

Séparation structurelle dans les secteurs réglementés

Rapport sur la mise en œuvre
de la Recommandation de l'OCDE

2016

Séparation structurelle dans les secteurs réglementés

**Rapport sur la mise en œuvre
de la Recommandation de l'OCDE**

2016



Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues des pays membres de l'OCDE ou de l'Union Européenne.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit:

OCDE (2016), *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés: Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de l'OCDE.*

Avant-propos

Le 26 avril 2001, le Conseil de l'OCDE a adopté une recommandation concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés suggérant aux pays de l'OCDE que lorsque les entreprises réglementées ont des activités qui sont potentiellement concurrentielles et liés à des activités non concurrentielles (telles que les activités de monopole naturel), les gouvernements devraient envisager les bénéfices et les coûts des mesures structurelles nécessaires pour séparer les deux activités. La recommandation a été accompagnée d'un rapport détaillé, tous les deux préconisant un examen attentif des avantages et inconvénients de la séparation structurelle par rapport aux avantages et inconvénients potentiels de mesures comportementales.

Depuis, l'OCDE a effectué plusieurs examens de l'expérience avec la séparation structurelle dans de nombreux pays et dans une variété de secteurs. Les secteurs ont toujours inclus, parmi d'autres, l'électricité, le gaz, les chemins de fer et les télécommunications. La recommandation a été modifiée en 2011 pour que les impacts potentiels sur l'investissement soient pris en compte quand la pertinence éventuelle de la séparation structurelle est considérée.

Ce rapport est le quatrième rapport publié pour surveiller la mise en œuvre de la recommandation. Il conclut que la séparation structurelle reste un remède toujours pertinent pour faire avancer le processus de libéralisation du marché et constate que d'autres domaines d'application pourraient également être inclus tels que les industries intégrées verticalement où seules certaines activités sont soumises à des contraintes concurrentielles. Pour inclure ces et d'autres points, une deuxième modification de la recommandation a été faite et est annexée au présent rapport. Dans l'ensemble, le rapport conclut que la recommandation est toujours importante et pertinente, et tiens compte de l'évolution importante des politiques depuis la création de la recommandation.

Table de matières

Chapitre 1. – Introduction.....	7
1.2 La Recommandation et son contexte	8
1.3 La séparation structurelle dans la théorie et la pratique.....	10
1.4 La séparation structurelle : thèmes récurrents et pratique récente	14
Chapitre 2 – Mise à jour des données d’expérience dans les secteurs établis	17
2.1 L’électricité.....	17
2.2 Le gaz naturel.....	25
2.3 Les services ferroviaires	31
2.4 Les télécommunications.....	42
Chapitre 3 – Les nouveaux secteurs d’application de la recommandation.....	55
3.1. Les services postaux	55
3.2 Les ports.....	61
3.3 Eau et assainissement.....	69
3.4 Secteur bancaire	79
3.5 Services d’autobus	93
3.6 Systèmes de paiement.....	96
3.7 Agences d’évaluation du crédit.....	99
3.8 Autres secteurs.....	100
Chapitre 4 – Remarques de conclusion	103
Annexe. Recommandation du conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [c(2001)78/final]	105

Chapitre 1. Introduction

En avril 2001, le Conseil a adopté la « Recommandation concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés »¹ (ci-après « la Recommandation »). Pour l'essentiel, la Recommandation encourage les pays Membres à voir dans la séparation structurelle un mécanisme de restructuration renforcée de la concurrence, par opposition aux mesures comportementales, notamment dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation ou de la réforme de la réglementation.

La Recommandation a été précédée d'un rapport détaillé, intitulé *Concurrence et restructuration des services publics*². Ce rapport, consacré aux problèmes de concurrence pouvant résulter de l'intégration verticale, comparait les options de séparation verticale à l'accès réglementé et donnait un bref aperçu des différentes formes de séparation structurelle appliquées dans divers secteurs, notamment les aéroports, les ports, les routes, l'électricité, le gaz naturel, les services ferroviaires, les télécommunications, les services de radiodiffusion et les services interactifs à haut débit, et les services postaux.

La Recommandation chargeait par ailleurs le Comité de la concurrence de faire un bilan des expériences des pays Membres dans la mise en œuvre de ses propositions trois ans après son adoption. Un premier rapport, publié en juin 2006³, fournit un aperçu des expériences des pays Membres ainsi qu'une série d'études de cas plus détaillées dans les secteurs de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des services ferroviaires et des services postaux. En 2011⁴, une mise à jour détaillée des expériences dans les secteurs de l'électricité, du gaz, des télécommunications et des services ferroviaires a été remise au Conseil dans un second rapport. Ce second rapport, qui mettait en relief le nombre croissant de travaux relatifs aux effets possibles de la séparation structurelle sur l'investissement⁵, a conduit à la révision de la première Recommandation pour y inclure une référence

¹ *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, adoptée le 26 avril 2001 [C(2001)78/FINAL] et amendée le 13 décembre 2011 [C(2011)135 et C(2011)135/CORR1], www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm.

² OCDE, *Concurrence et restructuration des services publics* (2001) (ci-après le « rapport de 2001 »), www.oecd.org/daf/competition/sectors/19635977.pdf.

³ OCDE, *Rapport au Conseil sur les expériences en matière de mise en œuvre de la Recommandation concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, publié en juin 2006 [C(2006)65, Annexe], publié en juin 2006 (ci-après le « rapport de 2006 »), www.oecd.org/daf/competition/sectors/45518043.pdf.

⁴ OCDE, *Expérience récente en matière de séparation structurelle : Rapport sur les expériences en matière de mise en œuvre de la Recommandation de 2001 concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés* [C(2011)135, Annexe I et C(2011)135/CORR1] (ci-après le « rapport de 2011 »), www.oecd.org/daf/competition/sectors/50056685.pdf.

⁵ Rapport de 2011, pp. 108-112.

aux possibles « effets sur les incitations à l'investissement des entreprises » dans le calcul des facteurs susceptibles de conduire un pays Membre à opter pour la séparation structurelle.

Le présent rapport offre une troisième mise à jour des données d'expérience sur la séparation structurelle. Fondé sur d'importants travaux de l'OCDE disponibles sur la question, il va plus loin en examinant les nouveaux secteurs potentiels d'application de la Recommandation et les données d'expérience de certains pays non Membres. Ce rapport a été élaboré par le Secrétariat de l'OCDE sur la base du questionnaire adressé aux délégués du Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation (ci-après le « Groupe de travail n° 2 "ou "GP2») le 6 octobre 2014, mais aussi sur la base des discussions menées lors des réunions du GP2 des 15 décembre 2014 et 19 juin 2015 et des travaux d'investigation du Secrétariat. Une première version du rapport a été communiquée aux délégués le 9 juin 2015 la présente version révisée tient compte des observations des délégations suivantes: l'Australie, le Japon, la Lettonie, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, la Turquie et les Etats-Unis.

La Recommandation s'adresse autant aux pays Membres qu'aux pays non Membres qui souhaitent y adhérer. La Roumanie (qui participe au Comité de la concurrence et à ses organes subsidiaires) est à ce jour le seul pays non Membre ayant adhéré à la Recommandation. Cela étant, les discussions menées au sein du Groupe de travail n° 2 sur la question de la séparation structurelle ont suscité un grand intérêt auprès d'autres non-Membres. En conséquence, outre les Membres et la Roumanie, le rapport étend sa portée aux délégués au Comité de la concurrence (notamment de Bulgarie, Colombie, Lettonie, Lituanie, Fédération de Russie, Pérou et Ukraine) et à l'Union européenne.

Le rapport est organisé de la manière suivante.

Le **chapitre 1** présente le contexte de la Recommandation et la notion de séparation structurelle qu'elle retient. Il aborde également un certain nombre de thèmes récurrents notables tirés de la littérature et des récentes données d'expérience, parmi lesquels : le recours croissant au modèle de gestionnaire de réseau indépendant ; un partenariat public-privé plus poussé et un investissement public plus important dans certains secteurs privatisés ; et la séparation structurelle comme moyen de promouvoir des objectifs en dehors du contexte classique de concurrence.

Le **chapitre 2** décrit et analyse les données d'expérience des pays Membres et de certains pays non Membres concernant les quatre secteurs établis examinés en détail dans le rapport précédent, à savoir l'électricité, le gaz naturel, les télécommunications et les services ferroviaires.

Le **chapitre 3** examine ensuite la possibilité d'appliquer la Recommandation à d'autres secteurs, notamment les services postaux, les ports, les services de transport par autobus, l'approvisionnement en eau et les opérations bancaires.

Le **chapitre 4** offre une brève conclusion. Les données présentées dans ce rapport confirment que la Recommandation n'a rien perdu de sa pertinence et illustrent que son application dans un éventail de plus en plus large de secteurs peut permettre de répondre à une vaste gamme de problèmes de concurrence. Compte tenu du cadre étendu du présent rapport, il est proposé d'apporter plusieurs modifications mineures au texte de la Recommandation afin de rendre compte de son importance et de sa large portée.

1.2 La Recommandation et son contexte

Le rapport de 2001 qui a précédé la Recommandation expose les grandes lignes de son contexte économique. Il relève que la plupart des « secteurs » de marché se composent en fait d'une série

d'activités ou de composantes distinctes mais connexes, dont certaines produisent des biens ou des services intermédiaires utilisés dans d'autres activités. Il y a relation verticale lorsque ces composantes complètent la production du bien ou du service final à fournir. Il y a relation horizontale lorsque ces composantes servent de substituts pour la production du bien ou du service final⁶.

Dans le cas des secteurs réglementés classiques (souvent appelés les services publics), au moins l'une des activités constitutives de la production du bien ou du service final est en général non concurrentielle, que ce soit par exemple en raison d'économies d'échelle classiques, d'effets de réseau, ou de restrictions réglementaires imposées pour faciliter la fourniture du service universel⁷. La nature concurrentielle ou non de ces activités diffère généralement d'un secteur à l'autre et d'un pays à l'autre : « En principe, le niveau de concurrence susceptible d'être supporté par un secteur ne varie pas »⁸.

D'un point de vue historique, les services publics classiques ont été fournis, dans la plupart des pays, par des monopoles totalement intégrés. Cependant, le rapport de 2001 souligne les bienfaits potentiels de l'introduction de la concurrence dans les segments concurrentiels de ces industries, notamment par l'augmentation du niveau de performance et d'innovation ; un plus grand choix pour les consommateurs ; et un moindre besoin en réglementation intensive. Toutefois, lorsqu'un monopole historique verticalement intégré doit faire face à de nouveaux concurrents dans ses activités potentiellement concurrentielles, l'entreprise en place est fortement incitée à restreindre la concurrence dans ses activités complémentaires :

- Dans certains cas, la réglementation des services groupés (concurrentiels et non concurrentiels) sera plus souple que celle des seuls services non concurrentiels, de manière à ce que l'entreprise réglementée puisse récupérer tout ou partie des rentes de monopole en entrant sur le marché et en restreignant la concurrence sur les activités concurrentielles.
- Si l'organisme de réglementation éprouve des difficultés à évaluer la valeur des actifs inclus dans la « base tarifaire » de l'entreprise réglementée, celle-ci pourrait tenter de pénétrer sur d'autres marchés afin d'élargir sa « base tarifaire » et ainsi accroître ses bénéfices.
- On peut également évoquer la possibilité qu'une entreprise en place dont les activités non concurrentielles sont menacées par une éventuelle innovation technologique puisse chercher à éviter la concurrence dans ses activités concurrentielles pour rendre plus difficile toute nouvelle entrée sur son segment monopolistique⁹.

Dans ce sens, le rapport de 2001 fait état de plusieurs mécanismes qui pourraient permettre aux décideurs politiques de protéger et de favoriser la concurrence dans la ou les composantes soumise(s) à la concurrence d'un secteur d'activités englobant également des segments non concurrentiels : l'accès réglementé ; la séparation de la propriété ; le club, c'est-à-dire la détention conjointe de l'activité non concurrentielle par des entreprises opérant sur le segment concurrentiel ; la séparation de l'exploitation en vertu de laquelle la composante non concurrentielle est placée sous le contrôle d'une entité indépendante ; la séparation de la composante non concurrentielle en plusieurs parties de taille plus

⁶ Rapport de 2001, p. 8.

⁷ *Ibid.*

⁸ Rapport de 2001, p. 9.

⁹ Rapport de 2001, pp. 10-11.

modeste ; et des formes moins poussées de séparation, comme la séparation comptable, fonctionnelle ou des structures d'entreprise¹⁰.

La séparation verticale présente plusieurs avantages par rapport à l'accès réglementé : elle limite le besoin de réglementation, qui se révèle difficile à mettre en œuvre, coûteuse et seulement partiellement efficace ; elle améliore l'information ; et elle supprime le risque de subventions croisées de la part de l'entreprise en place entre ses secteurs concurrentiels et non concurrentiels. À l'inverse, la séparation peut donner lieu à une perte (potentiellement très significative) des économies d'échelle résultant de l'intégration¹¹. Par ailleurs, comme le rapport de 2011 l'a mis en évidence, la séparation peut avoir – mais pas *nécessairement* – un impact négatif sur les incitations des propriétaires et des exploitants de réseaux¹². Pour cette raison, la séparation structurelle pourrait constituer une réforme intéressante de tout secteur intégré. Avant sa mise en œuvre, il convient toutefois d'évaluer attentivement ses éventuels avantages (et, plus encore, ses éventuels inconvénients) dans une situation donnée.

Par là-même, le dispositif de la Recommandation propose les mesures suivantes aux pays Membres et non Membres qui y ont adhéré (ci-après les « Adhérents ») :

- Lorsqu'ils sont confrontés à une situation dans laquelle l'entreprise réglementée opère simultanément, ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle, les Adhérents devraient bien peser les bénéfices et les coûts des mesures structurelles contre les bénéfices et les coûts des mesures comportementales.
- Les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises, les coûts de transition des modifications structurelles et les bénéfices économiques et d'intérêts généraux de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.
- Les coûts et bénéfices à mettre en balance devraient être ceux qui sont reconnus par l(es) autorité(s) compétente(s), y compris l'autorité de concurrence, à partir de principes définis par l'Adhérent. Cette mise en balance devrait intervenir tout particulièrement dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation ou de la réforme réglementaire.

Les rapports de 2006 et de 2011 ont tous les deux conclu que la Recommandation demeurerait importante et pertinente, tout comme sa suggestion de mettre en balance les coûts et les bénéfices. Comme nous l'avons vu, le rapport de 2011 préconisait une plus grande reconnaissance de l'impact potentiel de cette mise en balance sur les incitations à l'investissement. Cet impact est aujourd'hui pris en compte au point 2 de la Recommandation, comme nous l'avons indiqué ci-dessus.

1.3 La séparation structurelle dans la théorie et la pratique

On compte une grande variété de degrés de séparation possibles entre le monopole intégré et la séparation de propriété complète des composantes concurrentielles et non concurrentielles dans un

¹⁰ Rapport de 2001, pp. 11-20.

¹¹ Rapport de 2001, pp. 20-26.

¹² Rapport de 2011, pp. 108-112.

secteur. La séparation comptable, aux termes de laquelle l'entité réglementée tient une comptabilité séparée pour ses différentes activités commerciales, constitue la forme de séparation la plus faible possible. Elle a cependant été assez fréquemment utilisée en pratique, en particulier aux premiers stades de la libéralisation, et fait souvent office de prélude à des formes de séparation ultérieures beaucoup plus intensives.¹³ Au-delà de la séparation comptable, Cave a identifié « six degrés » de séparation fonctionnelle ou opérationnelle plus intensive qui ne vont cependant pas jusqu'à une véritable séparation de la propriété, à savoir : la création d'une division de vente en gros ; la séparation virtuelle ; la séparation des activités ; la séparation des activités s'accompagnant d'incitations localisées ; et enfin, la séparation juridique aboutissant à la création d'entités distinctes appartenant à un même propriétaire¹⁴.

La question de savoir s'il y a lieu de considérer les formes de séparation inférieures à la séparation de propriété complète comme des mesures structurelles ou, à l'inverse, comme des approches strictement comportementales, est ouvertement débattue¹⁵. Le rapport de 2001 place très clairement la séparation de la propriété dans la catégorie des approches « structurelles »¹⁶ ; il considère que la séparation de l'exploitation constitue une approche « hybride »¹⁷ ; et bien qu'il reconnaisse des degrés moindres de séparation – comptable, fonctionnelle et juridique – comme étant des formes de séparation en tant que telles, il doute que ces approches puissent efficacement favoriser ou protéger la concurrence à elles seules, compte tenu notamment de leur impact beaucoup trop limité sur les mesures incitatives¹⁸. Ces degrés moindres de séparation pourraient néanmoins constituer un moyen important et efficace de renforcer d'autres formes de séparation ou de réglementation, notamment l'accès réglementé¹⁹. Comme l'illustrent les données d'expérience examinées dans le présent rapport et dans les rapports précédents, les Membres ont expérimenté différents types et degrés de séparation, et ne semblent pas concernés par la question sémantique de savoir si les actions qu'ils engagent relèvent d'approches structurelles ou comportementales. Dans le respect de l'esprit de la Recommandation, la capacité des mesures de séparation mises en œuvre à apporter une solution durable aux problèmes de concurrence structurels persistants revêt une importance majeure.

La séparation, quel qu'en soit le degré, peut être réalisée de diverses façons. La Recommandation s'adresse aux Membres et s'attend à ce que les décisions des dirigeants de mettre en œuvre la séparation structurelle soient le plus souvent prises dans le cadre d'évolutions importantes du secteur concerné, par exemple au moment de sa privatisation ou de sa libéralisation. L'ouverture progressive des marchés de

¹³ Par exemple, les premières directives européennes relatives à l'électricité et au gaz (directives 96/92/CE et 98/30/CE, respectivement) ne prescrivent que la séparation comptable des entreprises en place dans le secteur de l'énergie ; à l'époque du troisième paquet de directives sur l'énergie (directives 2009/72/CE et 2009/73/CE, respectivement), les États membres étaient tenus d'adopter une séparation de propriété complète ou un système ISO ou GRT ; voir également le rapport de 2011, pp. 28-34 et 50-52.

¹⁴ Martin Cave, « Six Degree of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation », 64 *Communications and Strategies* (4^e trimestre 2006), pp. 1-15. Voir également l'examen des avantages et inconvénients de la séparation fonctionnelle in Orada Teppayayon et Erik Bohlin, « Functional Separation in Swedish Broadband Market: Next Step of Improving Competition » (2010) 34 *Telecommunications Policy*, pp. 375-383.

¹⁵ Voir également le rapport de 2011, p. 10.

¹⁶ Rapport de 2001, p. 13.

¹⁷ Rapport de 2001, p. 14.

¹⁸ Rapport de 2001, p. 18.

¹⁹ Rapport de 2001, p. 19.

l'électricité et du gaz dans l'Union européenne, qui s'accompagne pour les opérateurs historiques de prescriptions de plus en plus exigeantes en matière de séparation, illustre bien cette réforme descendante²⁰. Les autorités de tutelle sectorielles peuvent être habilitées à imposer la séparation comme mesure réglementaire correctrice. De la même façon, les autorités de contrôle de la concurrence ont généralement la faculté d'exiger, ou à tout le moins d'accepter, la séparation structurelle comme mesure correctrice, qu'il s'agisse d'affaires d'ententes ou de concentrations²¹. Enfin, les entreprises en place peuvent de leur propre initiative suggérer ou accepter des mesures de séparation, même si elles y ont généralement recours lorsque l'hypothèse d'une séparation (potentiellement involontaire) est déjà prévue dans les programmes d'action politique. À cet égard, la décision de BT, opérateur historique de télécommunications au Royaume-Uni, d'appliquer de plein gré une séparation fonctionnelle en 2005 est un exemple significatif²².

Comme nous l'avons vu précédemment, la séparation peut impliquer de trouver le juste équilibre entre les avantages tirés d'une concurrence accrue, d'une part, et la réduction d'efficacité qui résulte de la perte des économies d'échelle. Le rapport de 2011 fait état d'un nombre important de travaux qui examinent dans quelle mesure la séparation a été utile en pratique dans différents secteurs et systèmes juridiques²³. D'importants travaux récents confirment qu'il n'y a pas de réponse globale à la question de savoir si la séparation structurelle est en définitive avantageuse, même s'il ne fait aucun doute que des effets positifs ont été mis en évidence dans de nombreux cas²⁴. Il est important de souligner à nouveau

²⁰ Voir supra note 14 ci-dessus.

²¹ Voir l'examen de la séparation structurelle en tant que mesure correctrice figurant au chapitre 2 du rapport de 2011.

²² Rapport de 2011, pp. 83-85.

²³ Rapport de 2011, pp. 12-14, et notamment note de bas de page 18.

²⁴ Voir par exemple J. Gregory Sidak & Andrew P. Vassallo, « Did Separating Openreach from British Telecom Benefit Consumers? » 38 *World Competition* 38 31-76 (2015) ; Felix Höffler et Sebastian Kranz, « Imperfect legal unbundling of monopolist bottlenecks », 29 *Journal of Regulatory Economics* 273-292 (2011) ; Marc Bourreau, Pınar Doğan et Romain Lestage, « Level of access and infrastructure investment in network industries », 46 *Journal of Regulatory Economic* 237-260 (2014) ; Christian Growitsch et Marcus Stonzik, « Ownership unbundling of natural gas transmission networks: empirical evidence », 46 *Journal of Regulatory Economics* 207-225 (2014) ; Xuejuan Su, « Have customers benefitted from retail competition? » 47 *Journal of Regulatory Economics* 146-182 (2015) ; Marc Bourreau et Joeffrey Drouard, « Progressive entry and incentives to invest in alternative infrastructure », 45 *Journal of Regulatory Economics* 329-351 (2014) ; Roland Meyer, « Economics of scope in electricity supply and the costs of vertical separation for different unbundling scenarios », 42 *Journal of Regulatory Economics* 95-114 (2012) ; Stephen Littlechild, « Merchant and regulated transmission: theory, evidence and policy », 42 *Journal of Regulatory Economics* 308-335 (2012) ; Fumitoshi Mizutani et Shuki Uranishi, « Does vertical separation reduce cost? An empirical analysis of the rail industry in European and East Asian OECD Countries » 43 *Journal of Regulatory Economics* 31-59 (2013) ; Jacques Pelkmans et Giacomo Luchetta, « Enjoying a single Market for Network Industries? » *Notre Europe Jacques Delors Institute*, février 2013 ; Klaus Gugler, Mario Liebensteiner et Stephan Schmitt, « Vertical Disintegration in the European Electricity Sector: Empirical Evidence on Lost Synergies », publié en octobre 2014, www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/ri/regulation/Gugler_et_al_2014_Vertical_Disintegration_WU_Working_Paper.pdf ; Rico Merkert et David A. Hensher, « Open access for railways and transaction cost economics—Management perspectives of Australia's rail companies », 48 *Research in Transport Economics* 227-236 (2014) ; Bruce Mountain, « Independent regulation of government-owned monopolies: An oxymoron? The case of electricity distribution in Australia », 31 *Utilities Policy* 188-196 (2014) ; Dirk Buschle, « Unbundling of State-owned Transmission System Operators—Effective Remedy or Eyewash? » *European Networks Law & Regulation Quarterly* 1/2013,

que l'intégration verticale n'est pas problématique en soi et qu'elle ne devrait donc pas d'emblée être écartée comme structure possible du marché²⁵.

Par ailleurs, la plupart des secteurs ayant des composantes concurrentielles font déjà l'objet d'une certaine réglementation dans la majorité des pays. Le lien entre réglementation et séparation structurelle est complexe : elles peuvent être complémentaires mais aussi interchangeable dans leurs effets. Le rapport de 2001 établit une dichotomie claire entre l'accès réglementé, d'une part, et la séparation complète de la propriété, d'autre part²⁶. Il prévoit néanmoins une complémentarité entre les formes plus limitées de séparation et l'accès réglementé, permettant aux premières de faciliter la tâche du dernier.²⁷ Un thème récurrent de plusieurs études empiriques récentes est l'importance majeure d'une réglementation rigoureuse et efficace sur le marché libéralisé et en voie de libéralisation, qui peut l'emporter sur la réorganisation structurelle²⁸. En revanche, il est prouvé qu'une réglementation efficace peut contribuer à atténuer les problèmes de coordination que peut poser la séparation verticale²⁹. En conséquence, comme la Recommandation le reconnaît, l'examen des avantages de la séparation structurelle ne peut pas se faire en vase clos mais doit au contraire tenir compte de la réglementation sectorielle existante et future. Toute mise en balance doit par ailleurs tenir compte de l'essor de l'« amélioration de la réglementation » et de la « réglementation intelligente » en vigueur dans de nombreux pays³⁰.

Le préambule de la Recommandation fait explicitement référence à son applicabilité au sein des « réseaux de services d'utilité publique réglementés » et des « industries de réseaux ». Les rapports précédents portaient principalement sur les données d'expérience en matière de séparation structurelle dans ce que l'on pourrait décrire comme étant les services publics classiques, qui ont par ailleurs été progressivement libéralisés dans la plupart des pays, à savoir, l'électricité, le gaz, les télécommunications et, dans une moindre mesure, les services ferroviaires. Le chapitre 3 du présent rapport examine cependant la possibilité d'appliquer la Recommandation, outre ces domaines conventionnels : (i) aux

p.49 (2013) ; Paolo Mancuso, « Regulation and efficiency in transition: The case of telecommunications in Italy », 135 *International Journal of Production Economics* 762-770 (2012) ; Jan Krämer et Daniel Schnurr, « A unified framework for open access regulation of telecommunications infrastructure: Review of the economic literature and policy guidelines », 38 *Telecommunications Policy* 1160-1179 (2014) ; et Bronwyn Howell, « Separation Anxieties: Structural Separation and Technological Diffusion in Nascent Fibre Networks », 2014 *TPRC Conference Paper*, publié en août 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418599.

²⁵ F. Lafontaine et M. Slade (2007), « Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence », 45 *Journal of Economic Literature* (2007), pp. 629-685.

²⁶ Rapport de 2001, p. 20 à 27.

²⁷ Rapport de 2001, p. 20.

²⁸ Voir par exemple Reza Rajabiun et Catherine Middleton, « Regulation, investment and efficiency in the transition to next generation broadband networks: Evidence from the European Union », 32 *Telematics and Informatics* 230-244 (2015) ; Filippo Belloc, Antonio Nicita et Maria Alessandra Rossi, « Whither policy design for broadband penetration? Evidence from 30 OECD countries », 36 *Telecommunications Policy* 382-398 (2012) ; et Antonio Massarutto et Paolo Ermano, « Drowned in an inch of water. How poor regulation has weakened the Italian water reform », 24 *Utilities Policy* 20-31 (2013).

²⁹ Miguel Amaral et Jean-Christophe Thiebaud, « Vertical Separation in Rail Transport: How Do Prices Influence Coordination? » 16(2) *Network Industries Quarterly* 15 (2014).

³⁰ Voir, plus généralement, Stephen Weatherill (ed.), *Better Regulation*, Hart Publishing, Oxford, UK (2007).

services publics dans lesquels la capacité de concurrence est moins développée (par exemple, l'eau et les services postaux) ; (ii) aux infrastructures de transport qui peuvent à peu de choses près présenter un caractère d'« installation essentielle » (par exemple, les ports et les services de transport par autobus) et, de manière plus radicale ; (iii) aux marchés qui ne connaissent pas les problèmes classiques structurels ou concomitants de goulets d'étranglement ou de verrouillage liés aux réseaux verticalement intégrés, mais où la séparation pourrait remédier à d'autres problèmes, comme l'aléa moral. Certains de ces secteurs sont mentionnés dans le rapport de 2001. À contre-courant de l'argument généralement admis selon lequel la séparation structurelle ne sera pas toujours la meilleure option possible, même dans des secteurs publics pleinement libéralisés comme l'énergie, le chapitre 3 cherche à déterminer si la séparation structurelle peut profiter à un plus grand nombre de secteurs, et à traiter un éventail plus large de problèmes sur le marché que ceux déjà envisagés. La Recommandation elle-même est rédigée en termes généraux et sa description de toute « entreprise réglementée [qui] opère simultanément ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle », est suffisamment large pour couvrir les catégories (i) et (ii) ci-dessus. Bien que la catégorie (iii) n'entre probablement pas dans son champ d'application, le chapitre 3 aborde néanmoins la question, dans la mesure où la séparation structurelle dans le secteur bancaire a sans doute constitué un enjeu majeur dans ce contexte ces dernières années.

1.4 La séparation structurelle : thèmes récurrents et pratique récente

À la lumière des données d'expérience décrites dans les chapitres ci-dessous, la Recommandation n'a rien perdu de sa pertinence et pourrait s'appliquer à un éventail de plus en plus large de secteurs. Il convient de signaler que la Recommandation elle-même préconise une évaluation nuancée de l'ensemble des considérations de politique publique avant de décider d'appliquer des mesures de séparation. Comme le montre par ailleurs l'expérience récente en matière de séparation structurelle, plusieurs thèmes récurrents ou facteurs pertinents se dégagent depuis quelques années.

Premièrement, les modèles de gestionnaire de réseau indépendant et de gestionnaire indépendant du réseau de transport, qui peuvent modifier l'équilibre des avantages en termes de séparation, sont de plus en plus utilisés. Pollitt identifie cinq modèles possibles d'exploitation du réseau de transport :

- Le modèle de gestionnaire indépendant du réseau de transport (GIRT), dans lequel la fonction d'exploitation du réseau est intégrée à la propriété et à l'entretien du réseau de transport ;
- La séparation juridique du gestionnaire du réseau de transport, qui est juridiquement dissocié du reste du réseau et qui possède et exploite les actifs de transport ;
- Le modèle de gestionnaire de réseau indépendant (GRI), qui exploite le réseau de transport mais ne détient pas les actifs de transport ;
- Un modèle hybride dans lequel les structures de propriété du GRI et du propriétaire des installations de transport sont dissociées du reste du réseau ;
- Le service public verticalement intégré³¹.

³¹ Michael G. Pollitt, « Lessons from the History of Independent System Operators in the Energy Sector, with applications to the Water Sector », *EPRG Working Paper No.1125*, publié en août 2011, www.eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/EPRG-1125_complete.pdf, pp. 3-4.

Les modèles de GRI/GIRT ont d'abord été utilisés à grande échelle aux États-Unis dans le secteur de l'énergie, même si leur efficacité dans ce contexte a été contestée³². Ces deux modèles reposent sur la nécessité de séparer l'exploitation (et parfois la propriété) d'un réseau de transport ou de distribution du contrôle ou de l'exploitation d'autres activités (potentiellement concurrentielles) dans la chaîne de valeur, comme la production³³. La principale différence entre les deux modèles tient au fait que le GRI ne possède ni câbles ni conduites, alors que le GIRT est propriétaire de ses infrastructures³⁴. Comme leur intitulé le suggère, l'indépendance est un objectif réglementaire essentiel pour la gouvernance du GRI et du GRT, mais il peut s'avérer difficile à réaliser dans la pratique³⁵. De plus, le GRI peut rencontrer des problèmes d'incitation dans la mesure où il est « allégé en actifs », à la différence notamment du GIRT, de sorte que toute sanction financière susceptible d'être imposée par les organismes de réglementation est généralement très faible par rapport à l'impact négatif que peut entraîner une baisse des résultats sur l'ensemble du marché³⁶. Cependant, les données d'expérience examinées dans les chapitres suivants semblent indiquer que ces deux modèles, en particulier le GRI, sont de plus en plus utilisés pour remédier aux problèmes de concurrence sur les marchés verticalement intégrés³⁷. Demeure toutefois la question de savoir si cette Recommandation considère au final la séparation complète de la propriété comme la meilleure structure du marché possible (ce que l'utilisation croissante des modèles de GRI/GIRT peut mettre en doute).

Deuxièmement, la ligne de démarcation entre entreprise publique et entreprise privée est de plus en plus fluide, ce qui une nouvelle fois peut modifier l'évaluation réglementaire de l'opportunité de la séparation structurelle³⁸. La Recommandation s'applique « tout particulièrement dans le cadre de la privatisation » et, en effet, la libéralisation des anciens secteurs monopolistiques réglementés s'est accompagnée dans de nombreux pays Membres d'un programme concomitant de privatisation des anciens actifs détenus par l'État. Les données d'expérience examinées dans les chapitres suivants prouvent cependant que la réalité est souvent plus nuancée que ne le suggère la dichotomie classique entre propriété publique et privée. Il est prouvé que les partenariats public-privé sont de plus en plus utilisés pour financer le développement ou l'exploitation d'infrastructures prétendument publiques³⁹. S'agissant notamment des projets d'infrastructure de grande ampleur et à forte intensité de capital comme le développement de la fibre optique, on relève également un plus grand engouement pour l'investissement public dans des branches d'activités par ailleurs privatisées⁴⁰. Cette combinaison

³² Voir par exemple Theodore J. Kury, « Price effects of independent transmission system operates in the United States electricity market », 43 *Journal of Regulatory Economic* pp.147-167 (2013).

³³ Pollitt (2011), p. 1.

³⁴ Pollitt (2011).

³⁵ Pollitt (2011), p. 18.

³⁶ Pollitt (2011), p. 18.

³⁷ Voir également Pollitt (2011) pour un aperçu complet de l'utilisation des modèles GRI/GIRT dans le secteur de l'énergie.

³⁸ Voir, par exemple, dans le contexte des télécommunications, Jan Krämer et Daniel Schnurr, « A unified framework for open access regulation of telecommunications infrastructure: Review of the economic literature and policy guidelines », 38 *Telecommunications Policy* 1160-1179 (2014).

³⁹ Voir par exemple María Cabrera, Ancor Suárez-Alemán et Lourdes Trujillo, « Public Private Partnerships in Spanish Ports: Current status and future prospects », 32 *Utilities Policy* 1-11 (2015).

⁴⁰ Voir, par exemple, les investissements importants réalisés par les gouvernements australien et néo-zélandais dans le déploiement de la fibre. Pour la position en droit européen, voir Commission

d'éléments publics et privés peut avoir une incidence sur la nécessité, ou la pertinence, d'adopter la séparation structurelle. La participation du secteur privé dans les projets d'infrastructures publiques peut, d'un côté, être encouragée par davantage de garanties structurelles en matière de concurrence des marchés. Ainsi, une récente étude sur l'Argentine laisse à penser que la séparation verticale est, et devrait être, un moyen de restaurer la confiance des investisseurs dans les partenariats public-privé pour le développement des services publics⁴¹. D'un autre côté, un État qui souhaite tirer le maximum de profit de son investissement peut accorder des monopoles privés à des concessionnaires afin d'en tirer une prime⁴². Une infrastructure exploitée par un organisme privé qui est au moins en partie financé sur fonds publics risque d'être soumise à des obligations exigeantes en matière de liberté d'accès, ce qui peut supprimer la nécessité d'une séparation structurelle plus intensive⁴³.

Troisièmement, la Recommandation a été envisagée comme moyen de limiter au maximum les problèmes de concurrence susceptibles de se poser lorsqu'une entreprise verticalement intégrée exerce ses activités sur des segments de marché concurrentiels et non concurrentiels, et plus précisément, de limiter le risque de verrouillage. Cependant, les données d'expérience examinées dans ce rapport prouvent que les responsables de l'action publique ont aussi utilisé la séparation structurelle pour promouvoir des objectifs plus généraux, autres que ceux relevant du contexte immédiat de la concurrence. Plus précisément, le chapitre 3 examine l'utilisation récente (et contestée) de la séparation structurelle dans le secteur bancaire, dans le but spécifique d'en assurer la stabilité et la résistance. La question d'une réforme structurelle s'est entre autres posée dans le secteur de l'eau précisément pour stimuler la concurrence en amont et diversifier les sources d'approvisionnement, permettant ainsi de répondre au risque de futures pénuries d'eau liées à la croissance démographique et au changement climatique. Dans le secteur portuaire, la tendance à une adoption plus généralisée du modèle de « port propriétaire », qui comprend un degré important de séparation entre la propriété et l'exploitation de l'infrastructure, rend compte non seulement des problèmes de concurrence sous-jacents, mais aussi de l'importance du transport maritime et des ports pour les échanges et pour la croissance économique et la compétitivité nationale qui en découlent, à la fois dans les économies développées et en développement⁴⁴. Bien que le présent rapport ne formule pas d'observations sur l'efficacité ou la pertinence de la séparation structurelle en tant que mécanisme permettant la réalisation de ces objectifs parallèles, il est important de prendre la pleine mesure de la multitude d'objectifs politiques qui peuvent être poursuivis dans ce contexte, en complément des considérations de politique publique énoncées dans la Recommandation elle-même.

européenne, *Guide d'investissement sur le haut débit*, Parution 1.1 – publié le 22 octobre 2014, en particulier pp. 32-35.

⁴¹ Voir Andrés Chambouleyron, « Mitigating expropriation risk through vertical separation of public utilities: The case of Argentina », 30 *Utilities Policy* (2014), pp. 41-52.

⁴² Voir, par exemple, les préoccupations soulevées par le secteur portuaire australien.

⁴³ Voir également l'exemple de la Nouvelle-Zélande, où l'opérateur historique de télécommunications privatisé a mis en œuvre de son plein gré une séparation juridique formelle pour pouvoir participer au programme très rentable de développement de la fibre soutenu par l'État : voir ci-dessous p. 46.

⁴⁴ Voir, par exemple, *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, pp. 192 et 206; OCDE (2011), p. 109; et Lourdes Trujillo, María Manuela González et Juan Luis Jiménez, « An overview on the reform process of African ports », 25 *Utilities Policy* 12 (2013).

Chapitre 2 – Mise à jour des données d’expérience dans les secteurs établis

Ce chapitre fait le point sur les données d’expérience en matière de séparation structurelle dans les quatre secteurs établis examinés dans le rapport de 2011, que sont le gaz naturel, l’électricité, les télécommunications et les services ferroviaires. Il étudie l’évolution de la situation dans plusieurs pays.

2.1 L’électricité

Cette section présente une mise à jour non exhaustive des données d’expérience en matière de séparation structurelle dans le secteur de l’électricité.

Australie

Un récent examen de la politique de la concurrence réalisé par le gouvernement australien montre que la séparation structurelle constitue une caractéristique importante de la réforme des marchés de l’électricité menée en Australie depuis les années 90. Avec les nouvelles réformes, des progrès considérables ont été réalisés sur les marchés de l’électricité ces dernières années, notamment en termes de choix et d’autonomisation des consommateurs⁴⁵. Partant du constat qu’il existe un degré élevé de séparation structurelle sur ces marchés et que les régulateurs indépendants utilisent de plus en plus la régulation des prix pour contrôler les réseaux monopolistiques, le rapport laisse à penser que la réorganisation du marché et l’amélioration de la performance sont clairement liées⁴⁶. Le rapport fait toutefois état d’une augmentation significative des prix de l’électricité, attribuée par certains acteurs aux effets de la concurrence et de la privatisation. Avec l’augmentation des prix de l’énergie, la performance du secteur de l’énergie a fait l’objet d’une attention particulière ces dernières années. Le principal moteur de l’augmentation du prix de l’électricité dans la plupart des pays a été la hausse des coûts de réseau. Dans certains cas, cette hausse s’est avérée nécessaire pour remplacer les actifs vieillissants et pour couvrir la demande lors des pics de consommation. Cela étant, en raison des lacunes du cadre de régulation des entreprises de réseaux d’énergie, et notamment en raison des lois qui restreignent la capacité de l’organisme de régulation de refuser des prévisions excessives, les consommateurs ont payé plus cher qu’ils n’auraient dû un approvisionnement fiable en énergie. Une modification des règles en 2012 et 2014 a permis une meilleure tarification des coûts d’utilisation des réseaux d’électricité et, par la suite, une stabilisation des prix de détail.

⁴⁵ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, p. 191;

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 191-192.

*Bulgarie*⁴⁷

En 2013, la Commission bulgare pour la protection de la concurrence (CPC) a réalisé une étude sur le fonctionnement du secteur de l'électricité. Elle avait principalement pour but d'appréhender les questions clés susceptibles d'avoir une incidence sur le rythme de la libéralisation et d'identifier les problèmes de concurrence existants qui mériteraient des actions supplémentaires de la part de la CPC. L'étude a conclu que la séparation fonctionnelle appliquée par les trois fournisseurs historiques d'électricité – EVN, CEZ et Energy Pro – était inefficace en pratique, bien que prescrite par le droit de l'Union européenne et le droit national.

La CPC a par la suite engagé des poursuites contre ces opérateurs sur la base du droit de la concurrence pour un prétendu abus de position dominante, les accusant d'empêcher les consommateurs autres que les ménages de changer de fournisseurs, et de ralentir ainsi l'émergence d'un marché ouvert de l'électricité. Malgré le fait que ces entités soient formellement séparées sur le plan fonctionnel, la CPC a considéré que chacune se comportait comme une entité unique sur son territoire respectif pour ce qui était de la distribution, de la fourniture et du commerce d'électricité. Il semble que les procédures soient encore pendantes.

République tchèque

En avril 2013, la Commission européenne a arrêté une décision rendant juridiquement contraignant les engagements proposés par le fournisseur d'électricité historique tchèque, CEZ⁴⁸, de céder environ 800 à 1 000 MW de sa capacité de production⁴⁹. Cette décision d'engagement a été précédée d'une enquête antitrust menée par la Commission au titre de l'article 102 TFUE. La Commission craignait que CEZ n'ait abusé de sa position dominante sur le marché tchèque de la production et de la fourniture en gros d'électricité en procédant à une réservation anticipative sur le réseau tchèque de transport d'électricité, ce qui aurait pu entraver l'entrée de nouveaux arrivants. Pour répondre aux préoccupations concurrentielles de la Commission, mais aussi pour éviter d'être en état d'infraction, CEZ a proposé de vendre l'un de ses actifs de production en République tchèque, entre la centrale au lignite de Pocerady (1 000 MW) ; la centrale au lignite de Chvaletice (800 MW) ; la centrale au charbon de Detmarovice (800 MW) ; ou la centrale au lignite de Melnik III (500 MW) avec les centrales au lignite de Tisova (Tisova I – 184 MW et Tisova II – 112 MW). Selon les termes de la décision d'engagement, CEZ est libre de choisir l'actif qui sera vendu, mais il lui sera interdit d'exercer une influence directe ou indirecte sur l'actif de production cédé pendant 10 ans. Dans son évaluation de la proportionnalité des engagements pris, la Commission a considéré que :

le transfert d'une partie de la capacité de production de CEZ vers un concurrent constitue une solution claire aux problèmes de concurrence relevés. Le transfert de la capacité de production

⁴⁷ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion du Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation concernant la séparation structurelle qui s'est tenue le 15 décembre 2014.

⁴⁸ Sur le fondement de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003.

⁴⁹ Voir le résumé de la décision de la Commission du 10 avril 2013 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire AT.39727 – CEZ) (JO C 251/4, 31.8.2013).

*est nécessaire en l'espèce étant donné qu'aucun autre type de mesure corrective ne peut contrer de manière efficace les effets du comportement de CEZ*⁵⁰.

La Commission a indiqué que l'acquisition de l'un des actifs mentionnés dans les engagements devrait permettre à l'acheteur de s'implanter sur le marché tchèque de la production et de la fourniture en gros d'électricité, et qu'un nouvel arrivant devrait alors pouvoir se constituer progressivement un portefeuille plus vaste d'actifs de production et concurrencer efficacement CEZ⁵¹.

Union européenne (UE)

Les options de séparation présentées dans les troisièmes directives sur le gaz⁵² et l'électricité⁵³ sont décrites en détail dans le rapport précédent. Les directives exigent notamment que les États membres adoptent l'un des trois modèles de séparation pour les réseaux de transport du gaz et de l'électricité, à savoir : la séparation complète des structures de propriété ; le modèle de gestionnaire de réseau indépendant dans lequel les actifs de transport pourraient demeurer au sein d'un groupe verticalement intégré, mais où le réseau serait exploité par une entité ayant une structure de propriété distincte ; et le modèle de gestionnaire de transport indépendant, dans lequel les actifs de transport seraient exploités par une entité autonome, tout en restant au sein du même groupe verticalement intégré. En dépit de critiques parfois acerbes sur l'efficacité de ces réformes dans la pratique⁵⁴, l'objectif de séparation structurelle fixé dans les directives se poursuit à un bon rythme.

Conformément à l'article 9 des deux directives, dans le premier modèle (séparation complète des structures de propriété), il est interdit à une même entité de contrôler les activités de production et/ou de fourniture et en même temps d'exercer un contrôle ou un quelconque pouvoir sur un gestionnaire de réseau de transport ou un réseau de transport. En mai 2013, la Commission a publié un document de travail définissant son approche (expressément non contraignante juridiquement) concernant l'interprétation et l'application des règles relatives à ce premier modèle⁵⁵. Ces lignes directrices précisent en particulier que :

⁵⁰ *Ibid.*, point 15.

⁵¹ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/13/320: « Antitrust : la Commission accepte les engagements de CEZ concernant le marché tchèque de l'électricité et les rend juridiquement contraignants », publié le 10 avril 2013.

⁵² Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JO L 211/94, 14.8.2009).

⁵³ Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JO L 211/55, 12.8.2009).

⁵⁴ Voir par exemple Klaus Gugler, Mario Liebensteiner et Stephan Schmitt, « Vertical Disintegration in the European Electricity Sector: Empirical Evidence on Lost Synergies », publié en octobre 2014, www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/ri/regulation/Gugler_et_al_2014_Vertical_Disintegration_WU_Working_Paper.pdf, qui semblent indiquer que les plus grands réseaux de production d'électricité, en particulier, peuvent être marqués par un haut niveau d'inefficacité en raison de la dissociation des structures de propriété.

⁵⁵ Document de travail des services de la Commission, *Ownership Unbundling: The Commission's Practice in Assessing the Presence of a Conflict of Interest including in case of Financial Investors* (SWD(2013) 177 final) (en anglais uniquement), publié le 8 mai 2013.

[...] les règles de découplage des directives relatives au gaz et à l'électricité visent à lever tout conflit d'intérêt entre les producteurs, les fournisseurs et les opérateurs des réseaux de transport. Il serait contraire à cet objectif de refuser la certification d'un gestionnaire dans les cas où il peut être clairement démontré que rien n'incite ses actionnaires à peser dans sa prise de décision en faveur de ses structures de production et/ou de fourniture au détriment d'autres utilisateurs du réseau⁵⁶.

Ces lignes directrices citent en exemple le cas où un actionnaire pourrait avoir une participation dans un réseau de transport dans l'UE et dans des activités de production dans d'autres pays (par exemple l'Australie ou les États-Unis), ou encore le cas où des participations dans ces deux secteurs seraient détenues par des investisseurs financiers sans lien de dépendance. Dans de telles situations, lorsqu'il apparaît clairement que rien n'incite l'actionnaire/investisseur à influencer le processus décisionnel du gestionnaire concerné dans l'intérêt de ses autres avoirs, la Commission estime que la certification du gestionnaire, conformément aux exigences des directives, est justifiée⁵⁷.

À la lumière de ces lignes directrices, qui témoignent d'une approche plus souple et plus nuancée de la dissociation des structures de propriété que ne le suggère le strict libellé des directives, le gouvernement britannique a proposé de modifier ses propres dispositions en la matière, qui appliquent généralement le modèle de la dissociation intégrale. En particulier, l'appel à commentaires note avec préoccupation que « la transposition des exigences du troisième paquet relatives à la dissociation des structures de propriété pourrait restreindre les investissements de façon indue dans le sens où Ofgem [le régulateur britannique du secteur de l'énergie] ne sera pas toujours en mesure de certifier certaines situations qui [...] ne présentent pas de risque de traitement discriminatoire »⁵⁸. Pour l'essentiel, le gouvernement propose de maintenir les critères existants de dissociation des structures de propriété aux fins de certification, mais de les assouplir en permettant à l'Ofgem d'accorder la certification même lorsque les critères existants ne sont pas satisfaits, dans les cas où le demandeur peut démontrer l'absence de risque de discrimination⁵⁹.

Le dernier rapport sur les prix et coûts de l'énergie dans l'UE fait état d'une augmentation au-dessus du niveau de l'inflation pour les ménages et les entreprises au cours de la période 2008-2012, malgré une consommation à la baisse ou stable. Le rapport indique que l'augmentation des tarifs est principalement due à une hausse des coûts de réseau et à une hausse des taxes et impôts. D'importantes disparités existent entre les différents États membres en termes de prix de détail, mais aussi au niveau des prix de gros, ce qui témoigne de faiblesses du marché intérieur de l'énergie. Le rapport recommande entre autres de procéder à l'étalonnage des pratiques et des coûts liés aux réseaux pour encourager les pratiques européennes convergentes, ce qui permettra d'améliorer l'efficacité et de réduire les coûts⁶⁰.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁵⁸ Voir Ministère de l'Énergie et du Changement climatique, appel à commentaires concernant les modifications proposées aux dispositions de la Loi sur l'électricité de 1989 et de la Loi sur le gaz de 1986 relatives à la dissociation des structures de propriété, publié le 16 septembre 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/354981/unbundling_call_4_comments.pdf.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Prix et coûts de l'énergie en Europe* (COM(2014) 21/2), publiée le 29 janvier 2014.

En matière de mesures de lutte contre les ententes, la Commission a adressé une communication des griefs à l'entreprise Bulgarian Energy Holding (BEH) en août 2014, l'informant à titre préliminaire que les restrictions territoriales à la revente contenues dans les contrats de fourniture d'électricité de BEH conclus avec les opérateurs sur le marché non réglementé de vente en gros d'électricité en Bulgarie pourraient constituer une violation de l'article 102 TFUE. En particulier, la Commission craignait que BEH, compagnie énergétique historique verticalement intégrée appartenant à l'État bulgare, entrave la concurrence en imposant des restrictions concernant les lieux potentiels de revente de l'électricité fournie par BEH⁶¹. L'affaire est actuellement en cours.

*Israël*⁶²

Comme l'indique le précédent rapport⁶³, la déréglementation et la privatisation comptent depuis un moment parmi les objectifs d'Israël pour le secteur de l'électricité, même si elles n'ont pas encore été réalisées. En juillet 2013, le directeur général de l'autorité israélienne de la concurrence (IAA) a adressé une lettre détaillée aux ministres de l'Énergie, du Trésor et de l'Économie, énonçant ses recommandations en vue d'une restructuration du marché national de l'électricité. Il préconisait notamment la séparation complète de la propriété et du contrôle des activités de production, de transport et de distribution. Actuellement, l'entreprise publique Israel Electric Company (IEC) contrôle la majeure partie de la production, l'intégralité du transport et la quasi-totalité de la distribution d'électricité dans le pays. L'IAA estime que cette structure de propriété incite et aide IEC à exercer une puissance commerciale dans le secteur de la production d'électricité et à empêcher l'accès de nouveaux entrants. Cette analyse laisse par ailleurs entendre que seule la séparation complète de la propriété et du contrôle des différents segments permet le bon fonctionnement et la compétitivité du marché.

*Japon*⁶⁴

Depuis de nombreuses années, le secteur japonais de l'électricité connaît une concurrence au sein du secteur de la production d'énergie et une déréglementation partielle du prix de détail⁶⁵. Au lendemain du Grand séisme de l'Est du Japon, et suite à l'accident nucléaire de Fukushima en mars 2011, il est toutefois devenu évident que le réseau d'électricité existant se heurtait à différentes difficultés. La nécessité d'une réforme est apparue, dont le principal objectif était de garantir un approvisionnement stable en électricité. En réponse, le gouvernement du Japon a adopté une « Politique de réforme du réseau d'électricité » en avril 2012, prévoyant les propositions suivantes :

- Libéralisation totale des secteurs de la distribution et de la production d'énergie : le marché de détail doit être entièrement libéralisé au plus tard en 2016 pour permettre à tous les consommateurs, y compris les ménages, de choisir leur fournisseur d'électricité. La diffusion

⁶¹ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/14/922: « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs à Bulgarian Energy Holding pour abus de position dominante présumé sur le marché de gros de l'électricité bulgare », publié le 12 août 2014.

⁶² Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁶³ Rapport de 2011, p. 60.

⁶⁴ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁶⁵ Voir également le rapport de 2006, p. 30.

de de davantage d'informations, associée à des campagnes de publicité actives du gouvernement et des services publics permettront de renforcer la libre concurrence de manière à ce que les consommateurs puissent choisir leur fournisseur d'électricité en connaissance de cause. Des compteurs intelligents seront également adoptés. L'objectif de libéralisation totale de la production d'énergie sera également poursuivi, conjointement à une déréglementation du marché de gros ; et des initiatives seront menées pour accroître les volumes d'échange d'électricité sur les marchés de gros de l'électricité. Le gouvernement examine l'opportunité d'étendre le champ d'application de la Loi sur le marché à terme des matières premières au secteur de l'électricité.

- Séparation juridique des secteurs du transport et de la distribution : afin de permettre aux gestionnaires de la production et de la fourniture d'électricité d'utiliser équitablement les réseaux de transport et de distribution d'électricité, l'objectif serait de dissocier juridiquement ces secteurs et de créer des entreprises indépendantes des compagnies générales d'électricité, sans toutefois exclure d'éventuels liens capitalistiques entre ces entreprises (séparation juridique). Il est par ailleurs prévu d'appliquer un code de conduite pour la gestion du personnel et du budget, afin de renforcer encore la neutralité.

L'amendement à la Loi sur l'industrie électrique qui énonce le principe de séparation juridique a été adopté en juin 2015⁶⁶.

En réponse à la décision du gouvernement relative à une réforme institutionnelle du secteur de l'énergie, la Commission japonaise de la concurrence (JFTC) a mené une étude sur l'état actuel du marché de l'électricité. Son rapport complet, intitulé *Propositions pour le marché de l'électricité du point de vue de la politique de la concurrence*, a été publié en septembre 2012.⁶⁷ Le rapport résume d'abord l'évolution du marché de l'électricité depuis sa déréglementation partielle et observe que les parts de marché des nouveaux fournisseurs d'énergie restent faibles en comparaison de celles des compagnies générales d'électricité. Même si ces dernières produisent plus de 70 % de l'électricité au Japon, les nouveaux détaillants ont tendance à acheter leur électricité auprès de producteurs indépendants, et certains possèdent leurs propres installations. Même si les compagnies générales d'électricité sont soumises à des exigences de séparation comptable à l'égard de leurs activités de transport et de distribution, la JFTC a constaté que la fixation de tarifs de transport excessifs les encourageait à traiter injustement les nouveaux fournisseurs d'électricité. En réaction, la JFTC a recommandé la séparation juridique des unités de production et de vente en gros des compagnies générales d'électricité de leurs unités de vente au détail, de même que la séparation juridique de leurs réseaux de transport et de distribution de leurs activités de production et de vente au détail. Elle a également préconisé de redynamiser les échanges sur les bourses d'électricité en rendant les règles plus opératoires, et en procédant à une libéralisation totale du marché de détail.

⁶⁶ Des précisions sur le processus législatif sont disponibles à l'adresse www.meti.go.jp/english/policy/energy_environment/electricity_system_reform/index.html.

⁶⁷ Le texte intégral du rapport est disponible en ligne, en langue anglaise, sur le site internet de la JFTC, à l'adresse www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2012/sep/individual-000499.files/FullText.pdf.

*Lettonie*⁶⁸

Le secteur de l'électricité en Lettonie est principalement régi par la Loi sur le marché de l'électricité promulguée en 2005. Suite au programme européen de libéralisation du marché de l'électricité, l'ancienne entreprise publique verticalement intégrée, JSC Latvenergo, a procédé à la séparation juridique de ses activités de transport et de distribution. Depuis juillet 2007, le réseau de distribution d'électricité est géré par Sadales tīkls, une filiale juridiquement indépendante de Latvenergo. JSC Augstsprieguma Tīkls est le gestionnaire indépendant du réseau de transport en Lettonie. Filiale de Latvenergo jusqu'en janvier 2012, il appartient maintenant au ministère des Finances. Une autre filiale de Latvenergo, JSC Latvijas elektriskie tīkli, est propriétaire des actifs du réseau de transport. Une société publique de négoce d'électricité, JSC Enerģijas publiskais tirgotājs, a été créée en février 2014 ; elle a pour fonction d'acheter de l'électricité auprès d'entreprises pratiquant des tarifs de rachat garantis pour la production d'électricité à partir de sources renouvelables et d'installations à haute efficacité. Les modifications apportées à la Loi sur le marché de l'électricité en mars 2014 prévoyaient la libéralisation totale du marché letton de l'électricité au plus tard en janvier 2015, avec une déréglementation des tarifs d'électricité applicables aux ménages sur le marché de détail. En 2013, la Lettonie a rejoint la bourse de l'électricité NordPool Spot (NPS), par laquelle passe aujourd'hui l'intégralité de son commerce de gros d'électricité.

*Pérou*⁶⁹

À l'exception du secteur de l'électricité, la séparation structurelle n'est généralement pas utilisée pour remédier aux défaillances du marché au Pérou, hormis quelques cas de séparation comptable dans certaines branches d'activités. Le secteur de l'électricité a été ouvert à la concurrence et une séparation structurelle a été instituée entre le transport et la distribution, d'une part, et la production, d'autre part. Par exception, une exigence de notification de pré-fusion s'applique au secteur de l'électricité (mais pas aux autres secteurs), dont le respect est assuré par l'Indecopi, l'autorité générale du Pérou en matière de concurrence.

*Fédération de Russie*⁷⁰

L'avancée la plus importante vers la libéralisation de l'électricité dans la Fédération de Russie a été l'adoption en 2003 d'une série de lois fédérales qui exigent, entre autres, la dissociation des activités de transport, d'exploitation et de distribution de l'électricité des activités liées à la production, à l'achat et à la vente d'électricité. La séparation de ces activités a été rendue obligatoire en avril 2006. Le respect de ces obligations est soumis au contrôle de l'autorité de la concurrence, le service fédéral antimonopoles. La législation prévoit la vente forcée des biens de toute entreprise combinant ces activités, et a pour ambition de créer une concurrence effective sur le marché de l'électricité.

⁶⁸ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁶⁹ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁷⁰ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

*Ukraine*⁷¹

La réforme du secteur ukrainien de l'électricité a été plus lente que dans le secteur du gaz. Une nouvelle législation, qui énonce des Principes de bon fonctionnement du marché de l'électricité, a été adoptée à la fin de 2013 et servira de prélude à une réforme de fond du secteur. L'objectif est de passer du modèle de l'acheteur unique qui prévaut actuellement sur le marché de gros de l'électricité à un modèle de contrats bilatéraux et de marchés d'équilibrage. Un marché de l'électricité à grande échelle devrait être créé en juillet 2017. Pour l'heure, le législateur envisage également de rendre obligatoire la séparation structurelle des activités du secteur de l'électricité, prévue également à partir de juillet 2017.

*Royaume-Uni*⁷²

Le secteur britannique de l'électricité a fait l'objet d'une séparation verticale au moment de la privatisation lancée en vertu de la Loi sur l'électricité de 1989. Les fusions ultérieures qu'a connues le secteur ont cependant abouti à la création de groupes verticalement intégrés, ainsi qu'à une diminution importante du nombre de fournisseurs sur le marché de détail, qui se réduit à six principaux acteurs⁷³. Cette nouvelle intégration verticale des compagnies d'électricité au Royaume-Uni leur a permis de répondre elles-mêmes à un plus grand nombre de leurs besoins en production, sans avoir besoin de négocier sur le marché de gros. Il existe néanmoins une séparation fonctionnelle sur ce marché, dans la mesure où les activités de gros et de détail des acteurs du marché verticalement intégrés sont dissociées en termes d'exploitation et de gestion, de sorte qu'en principe, ils traitent de la même manière avec les entreprises indépendantes et leurs propres filiales.

Dans une évaluation de l'état de la concurrence sur les marchés britanniques de l'énergie publiée en mars 2014, l'Ofgem, le régulateur britannique du secteur de l'énergie, a mis en évidence les avantages du modèle actuel d'intégration verticale (partielle), tout en laissant entendre qu'ils pourraient limiter la concurrence sur le marché :

L'intégration verticale constitue une couverture financière contre l'instabilité des prix de gros de l'énergie et une couverture naturelle contre le risque de déséquilibre. Moins soumis à l'obligation de négocier, les fournisseurs intégrés bénéficieront sans doute aussi de meilleures cotes de crédit, leur permettant de réduire leurs dépôts de garantie ... Nous estimons que l'intégration verticale réduit le coût de leur capital par rapport aux entreprises semblables non intégrées en ce qu'elle limite l'exposition à la volatilité du marché. Compte tenu de la nature hautement capitalistique de la production d'énergie, les consommateurs pourraient en tirer des bénéfices importants sous la forme d'une baisse des prix et d'une meilleure sécurité de l'approvisionnement.

⁷¹ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁷² Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁷³ Les six principaux fournisseurs d'électricité détiennent en propre environ 70 % de la capacité de production : OFT, Ofgem & CMA, *State of the Market Assessment*, publié le 27 mars 2014, <https://www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/86804/assessmentdocumentpublished.pdf>, point 1.36. Le rapport constate que l'intégration verticale n'est pas si prépondérante sur le marché du gaz.

Cela étant, nous considérons que l'intégration verticale entraîne aussi des coûts en termes de réduction de la concurrence sur les marchés de l'énergie. Le faible degré de liquidité sur les marchés de gros de l'électricité, en particulier pour certains produits à certaines périodes, fait obstacle à l'entrée de nouveaux fournisseurs non intégrés. Elle freine également le développement des fournisseurs non intégrés déjà sur le marché. Un manque de liquidité sur le marché pour les contrats à plus long terme peut aussi limiter la capacité des producteurs indépendants d'assurer le financement de nouveaux investissements, ou d'augmenter le coût de leur capital...

...nous ne considérons pas que les avantages d'une intégration verticale soient si évidents...Nous estimons également que les coûts occasionnés à la concurrence de détail en termes d'entraves à l'entrée et à l'expansion résultant de l'intégration verticale peuvent être importants – en particulier sur un marché où la concurrence est déjà faible...⁷⁴

Plutôt que d'envisager une séparation structurelle complète pour remédier aux problèmes de liquidité, l'Ofgem a opté pour une série de mesures visant à améliorer certains aspects du régime existant. D'autres changements en termes de séparation ont été jugés potentiellement coûteux et ne seront donc retenus qu'en dernier ressort. Ces mesures spécifiques prévoyaient notamment l'obligation de vendre une part de leur électricité et de partager les informations sur les prix figurant normalement dans les arrangements bilatéraux privés de manière à donner aux petits opérateurs des prix de référence pour leurs propres transactions.

L'Autorité de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority*) mène actuellement, à la demande de l'Ofgem, une enquête approfondie sur le marché de l'énergie. Elle doit notamment déterminer si les compagnies d'électricité verticalement intégrées nuisent à la position concurrentielle des entreprises non intégrées au détriment des consommateurs, soit en augmentant le coût de l'électricité achetée aux fournisseurs d'énergie non intégrés, soit en réduisant les volumes de ventes des producteurs d'électricité non intégrés⁷⁵. Les conclusions de cette enquête seront publiées en décembre 2015.

2.2 *Le gaz naturel*

Cette section présente une mise à jour non exhaustive des données d'expérience en matière de séparation structurelle dans le secteur du gaz naturel dans certains pays.

Australie

Tout comme dans le cas du secteur de l'électricité, la séparation structurelle est un élément essentiel des marchés australiens du gaz depuis les années 90. Les réseaux de distribution et les principales conduites de transport de gaz sont séparés des segments contestables de la chaîne d'approvisionnement et font l'objet d'une réglementation indépendante. Cette réforme a été examinée dans les précédents rapports.

⁷⁴ *Ibid.*, points 1.36-1.39.

⁷⁵ CMA, *Energy Market Investigation. Updated Issues Statement*, publié le 18 février 2015, https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/54e378a3ed915d0cf7000001/Updated_Issues_Statement.pdf

Dans un examen récent du marché de l'Est de l'Australie, le gouvernement a étudié les changements que connaît actuellement le secteur du gaz, qui découlent du passage d'un marché exclusivement domestique à un marché d'exportation, en raison notamment de l'émergence de projets de gaz naturel liquéfié (GNL) de grande ampleur⁷⁶. Une conséquence visible de cette réorientation a été l'augmentation des prix du gaz sur le marché intérieur, le marché australien étant confronté à une concurrence accrue et à l'influence des marchés mondiaux du gaz. Le rapport indique que jusqu'à ce jour, les infrastructures gazières existantes et leur cadre de réglementation ont « *semble-t-il bien fonctionné – ces dernières années, les infrastructures ont été constamment développées et renouvelées pour répondre à une demande croissante* »⁷⁷. Au vu des défis que pose le changement de cap du secteur du gaz en Australie, le rapport estime toutefois que certaines réformes ou évolutions structurelles sont souhaitables, parallèlement à une plus grande transparence des marchés, avant de conclure :

De tous les services d'infrastructure de la chaîne gazière, les services de transport par conduites offrent les meilleures chances de développement face aux changements importants que connaît le marché du gaz dans l'Est de l'Australie. Le réseau de gazoducs, qui avait permis de répondre adéquatement à la demande de gaz sur le marché de l'Est, s'est progressivement élargi, davantage en réponse à de fortes hausses de la demande dans certaines zones que dans le but de maximiser l'efficacité et l'interconnexion de la chaîne gazière dans son ensemble....

*S'il est vrai qu'une tarification efficace de l'accès à l'infrastructure ne suffira pas à résoudre les problèmes de concurrence sur le marché en amont, elle a toutefois un effet sur le fonctionnement du marché. Une plus grande transparence dans la façon d'utiliser et (dans certains cas) de déterminer le prix de l'infrastructure pourrait donc permettre d'améliorer les paramètres fondamentaux du marché*⁷⁸.

Deux autres examens sont actuellement menés dans le cadre du processus de réforme. En décembre 2014, le Conseil de l'énergie des gouvernements australiens a lancé une étude visant à déterminer la structure, le type et le nombre des marchés accessibles sur la côte Est. La Commission australienne de la concurrence (ACCC) a également été chargée par le gouvernement australien d'analyser la compétitivité des prix de gros du gaz, ainsi que la structure des activités d'amont, de traitement, de transport, de stockage et de commercialisation du secteur gazier. Ces deux examens s'achèveront début 2016.

Union européenne

Le rapport de 2011 présente dans ses grandes lignes le programme progressif de libéralisation des marchés du gaz dans l'UE, qui a abouti à la troisième directive sur le gaz en 2009⁷⁹. Les dispositions de la directive devaient être mises en œuvre dans leur intégralité au plus tard le 3 mars 2013. En septembre 2014, la grande majorité des États membres avait communiqué des mesures de transposition à la Commission, mais des procédures d'infraction étaient toujours en instance contre deux États membres

⁷⁶ Ministère de l'Industrie et Bureau of Resource and Energy Economics, Eastern Australian Domestic Gas Market Study, publié en janvier 2014, www.industry.gov.au/Energy/EnergyMarkets/Documents/EasternAustralianDomesticGasMarketStudy.pdf.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁹ Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JO L 211/94, 14.8.2009). Voir également le rapport de 2011, pp. 28-40.

pour non-transposition ou transposition partielle du troisième paquet « énergie »⁸⁰. Toutefois, comme pour l'électricité, certains commentateurs ont remis en cause l'efficacité à long terme de la politique de séparation adoptée par la Commission dans ce domaine⁸¹.

En outre, plusieurs affaires d'ententes impliquant des fournisseurs historiques de gaz naturel sont pendantes devant la Commission européenne. Une enquête très connue sur les pratiques anticoncurrentielles alléguées de Gazprom, la société gazière russe en partie détenue par l'État, a été officiellement ouverte en septembre 2012. La Commission nourrissait des craintes quant à un éventuel abus de position dominante de la part de Gazprom sur les marchés d'approvisionnement en gaz en amont dans des États membres d'Europe centrale et orientale, en violation de l'article 102 TFUE⁸². En septembre 2014, l'enquête a été suspendue pour des raisons politiques, sans toutefois avoir été formellement clôturée⁸³. En avril 2015, la Commission a adressé une communication formelle des griefs à Gazprom, alléguant une stratégie générale abusive susceptible d'entraver la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gaz dans huit États membres (Bulgarie, République tchèque, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne et République slovaque). Cette stratégie comprend trois infractions présumées : l'imposition de restrictions territoriales dans les accords de fourniture avec les grossistes et avec certains clients industriels dans ces huit pays ; une politique de prix déloyale dans cinq États membres (Bulgarie, Estonie, Lettonie, Lituanie et Pologne) ; et la mise à profit de sa position dominante en subordonnant ses livraisons de gaz à la Bulgarie et à la Pologne à l'obtention d'engagements distincts de la part des grossistes concernant les infrastructures de transport gazier.⁸⁴ L'enquête est toujours en cours.

En outre, en mars 2015, la Commission a adressé une communication formelle des griefs à Bulgarian Energy Holding (BEH) – ainsi qu'à sa filiale d'approvisionnement en gaz Bulgargaz et à sa filiale d'infrastructures gazières Bulgartransgaz – l'informant, au stade préliminaire, qu'elle estimait que l'entreprise avait violé les règles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante en dissuadant des concurrents d'accéder à des infrastructures gazières essentielles en Bulgarie⁸⁵. BEH est l'entreprise publique historique de Bulgarie. Elle est intégrée verticalement, ce qui signifie qu'elle fournit du gaz et que ses filiales possèdent ou contrôlent le réseau national de transport de gaz, la seule

⁸⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie: état des lieux* (COM(2014) 634 final), publiée le 13 octobre 2014, p.13.

⁸¹ Voir par exemple Christian Growitsch et Marcus Stronzik, « Ownership unbundling of natural gas transmission networks », 46 *Journal of Regulatory Economics* 207-225 (2014).

⁸² Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/12/937: « Antitrust : la Commission ouvre une procédure à l'encontre de Gazprom », publié le 4 septembre 2012.

⁸³ Voir par exemple l'article du Reuters, « EU's Gazprom antitrust probe suspended, but case not closed », publié le 19 septembre 2014, <http://uk.reuters.com/article/2014/09/19/uk-eu-gazprom-antitrust-idUKKBN0HE0WR20140919>.

⁸⁴ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/15/4828: « Abus de position dominante : la Commission adresse une communication des griefs à Gazprom pour abus de position dominante présumé sur les marchés de l'approvisionnement en gaz en Europe centrale et orientale », publié le 22 avril 2015.

⁸⁵ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/15/4651: « Abus de position dominante : la Commission adresse une communication des griefs à Bulgarian Energy Holding et à ses filiales pour abus de position dominante présumé sur les marchés bulgares du gaz naturel », publié le 23 mars 2015.

installation de stockage de gaz de Bulgarie, et la capacité sur le principal gazoduc d'importation dans le pays. La Commission craignait que BEH et ses filiales n'aient refusé d'octroyer à leurs concurrents l'accès au réseau de transport et à l'installation de stockage et ne se soient réservé une capacité dont elles n'ont pas besoin sur le gazoduc d'importation. L'enquête est toujours en cours.

*Israël*⁸⁶

En septembre 2011, le directeur général de l'autorité israélienne de la concurrence (IAA) a fait part de son intention de déclarer que l'accès de Delek Drilling, Avner et Noble au gisement Leviathan constituait un accord restrictif interdit par la loi, qui n'avait pas reçu l'approbation de l'IAA⁸⁷. En novembre 2012, il a été déclaré que le partenariat pour le réservoir de gaz naturel de Tamar jouirait d'un monopole pour la fourniture du gaz naturel à compter de mi-2013. Les partenaires concernés – Delek Group, Noble, Isramco et Dor – ont été considérés comme des monopoles, conjointement et séparément. En conséquence, les règles juridiques régissant les monopoles sont devenues applicables à chacun de ces partenaires et ce, même dans le cadre d'autres réservoirs de gaz tels que Leviathan.

Suite à l'annonce par l'IAA de son intention de considérer l'accès au réservoir Leviathan comme un accord restrictif, les parties ont entamé des négociations avec l'autorité de la concurrence. Un accord d'engagement a été conclu en mars 2014, aux termes duquel les parties acceptaient de vendre leurs participations dans d'autres réservoirs de gaz à un nouveau concurrent, qui serait alors en mesure de répondre à une part importante de la demande locale en gaz naturel. En décembre 2014, toutefois, l'IAA a informé les parties qu'elle n'était pas disposée à soumettre cet accord d'engagement au tribunal compétent pour approbation finale au motif qu'il aurait permis aux parties concernées de conserver leurs participations dans les deux gisements de gaz de Tamar et Leviathan. L'IAA exigeait plutôt des parties qu'elles vendent leurs participations dans l'un des deux gisements⁸⁸.

En mai 2015, toutefois, une équipe interministérielle – constituée de représentants du ministère des Finances, du Conseil économique national et du ministère des Infrastructures, de l'Énergie et des Ressources en eau – a rédigé un compromis, au titre duquel les filiales de Delek Group, Delek Drilling et Avner Oil Exploration, n'avaient plus du tout accès au réservoir de Tamar, et devaient vendre leurs avoirs dans un délai de six ans. Cela étant, Noble Energy aurait besoin de réduire ses avoirs de 36 %, qu'elle possède aujourd'hui, à 25 %, et pourrait demeurer opérateur du bassin. Les deux entreprises seraient tenues de vendre leurs participations dans deux réservoirs en mer beaucoup plus petits, Karish et Tanin. À la différence des précédents projets de compromis, cette version abroge l'obligation faite à tous les actionnaires de Leviathan de commercialiser séparément leur gaz sur le marché israélien⁸⁹. Même si

⁸⁶ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁸⁷ Voir le communiqué de presse de l'autorité de la concurrence, « General Director of Restrictive Trade Practices Considers Declaring Delek to have a Monopoly in the Supply of Natural Gas and to determine that Delek, Avner, Noble and Ratio were Sides to a Restrictive Arrangement in relation to the 'Leviathan' Joint Venture », publié le 6 septembre 2011, www.antitrust.gov.il/eng/subject/182/item/32860.aspx.

⁸⁸ Pour plus de précisions, voir l'article d'OE Digital, « Noble suspends Israel investments, expansion », publié le 20 février 2015, www.oedigital.com/component/k2/item/8295-noble-suspends-israel-investments-expansion.

⁸⁹ Voir l'article du Jerusalem Post, « Antitrust Commissioner David Gilo to resign in August amid gas disputes », publié le 25 mai 2015, www.jpost.com/Business-and-Innovation/Antitrust-Commissioner-David-Gilo-to-resign-in-August-amid-gas-disputes-404017.

l'accord est largement soutenu par le gouvernement, il a entraîné la démission du directeur de l'IAA, David Gilo, qui a estimé que les propositions étaient insuffisantes pour garantir la concurrence sur le marché⁹⁰.

*Japon*⁹¹

En 2013, le ministère de l'Économie, du Commerce et de l'Industrie (METI) a formé un conseil d'experts – réunissant des universitaires, des représentants des consommateurs et des experts en matière d'énergie – en vue de discuter d'une révision de la Loi sur l'industrie du gaz, qui autorise les monopoles locaux de vente au détail de gaz aux ménages. Sur la base des débats du conseil, un amendement à la Loi sur l'industrie du gaz, visant à promouvoir la création d'un marché équitable et transparent au Japon, y compris la libéralisation totale du secteur de la distribution,⁹² a été adopté en juin 2015.⁹³

*Lettonie*⁹⁴

Le marché letton de la fourniture de gaz n'est pas raccordé au réseau d'approvisionnement en gaz d'Europe continentale, et tout le gaz naturel provient de Russie. Actuellement, JSC Latvijas Gāze est la seule entreprise à intervenir sur le marché du gaz naturel. Aux termes de l'accord de privatisation signé en 2007, Latvijas Gāze dispose des droits exclusifs de transport, de distribution, de stockage et de négoce du gaz naturel jusqu'en 2017. Même si la libéralisation du marché du gaz se poursuit conformément aux exigences de l'UE, la dérogation accordée aux « marchés isolés » continue à s'appliquer. Afin de mettre en œuvre les exigences de la troisième directive sur le gaz, la législation nationale a été modifiée pour prévoir la séparation comptable et l'accès des tiers. Par ailleurs, la date limite pour la séparation des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution a été fixée à 2017, à moins que le marché letton du gaz naturel soit raccordé à un réseau interconnecté situé dans tout État membre autre que l'Estonie, la Lituanie ou la Finlande ; ou que la part de marché du principal fournisseur de gaz naturel sur le marché letton tombe au-dessous de 75 %.

*Fédération de Russie*⁹⁵

Selon la loi actuelle, le transport de gaz en gros est un monopole naturel exercé via le système unifié d'approvisionnement en gaz, les systèmes régionaux d'approvisionnement en gaz, les réseaux de distribution de gaz, et les réseaux de distribution appartenant à des organisations indépendantes. Ces systèmes d'approvisionnement en gaz appartiennent en majorité au groupe Gazprom et à ses filiales. On compte également au sein de Gazprom plusieurs sociétés indépendantes sur le plan financier et sur le plan de l'organisation qui sont impliquées dans l'extraction, le transport et la vente du gaz naturel. Le

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁹² Voir également l'article d'Asia News Network, « Japan gas supply liberalisation seen in 2016 », publié le 3 septembre 2013, www.asianewsnet.net/Japan-gas-supply-liberalisation-seen-in-2016-51133.html.

⁹³ Des précisions sur révision sont disponibles à l'adresse www.meti.go.jp/english/press/2015/0303_02.html

⁹⁴ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

⁹⁵ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

négoce de gaz naturel est un segment concurrentiel du marché de gros, qui a fait l'objet d'une séparation structurelle en application de la loi. Les dispositions sur l'accès non discriminatoire au système d'approvisionnement en gaz ont été définies par le service fédéral antimonopoles (FAS), l'autorité de la concurrence, dans le but de donner à toutes les entités économiques un accès égal au marché. Le développement du négoce de gaz naturel a entraîné une baisse des prix en deçà des prix fixés par la réglementation, et a également permis aux consommateurs de choisir leur fournisseur.

Turquie

Comme cela a été souligné dans le rapport précédent, en vertu de la Loi n°4646 de 2001 sur le marché du gaz naturel, la compagnie publique de transport de gaz transport, Boru Hatları ile Petrol Taşımacılığı (BOTAŞ), devait faire l'objet d'une séparation juridique au plus tard en 2009. Or, malgré l'entrée en vigueur de cette loi, la séparation n'a pas encore eu lieu. Un projet révisé de la Loi, actuellement examiné par le Parlement turc, propose la séparation de BOTAŞ en trois entités légales distinctes, chargées (i) du transport ; (ii) de l'exploitation de terminaux de GNL et du stockage ; et (iii) du négoce. Le projet de loi prévoit également la création d'un gestionnaire indépendant du réseau de transport qui exploitera son propre réseau de transport de gaz. Cette nouvelle structure devait initialement voir le jour au 1^{er} janvier 2015, mais le processus législatif est toujours en cours⁹⁶.

Dans un avis rendu sur le projet de loi en octobre 2013, l'autorité turque de la concurrence soutenait la mise en place de la séparation juridique de BOTAŞ. Afin d'éviter tout abus de position dominante, l'autorité de la concurrence a par ailleurs proposé que la séparation s'appuie sur un gestionnaire de réseau indépendant et sur le brûlage des rejets de gaz⁹⁷.

*Ukraine*⁹⁸

En Ukraine, le marché du gaz est régi par la Loi sur les principes de fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel, qui comprend les principes suivants : libre choix des fournisseurs de gaz par les consommateurs ; égale possibilité d'accès aux réseaux de gaz pour les consommateurs ; libre commercialisation du gaz naturel ; protection des droits et intérêts des consommateurs de gaz naturel ; et sanctions en cas de violation des règles du marché du gaz naturel. Cette loi prévoit aussi la séparation structurelle : il est interdit à une société de transport de gaz d'exercer des activités de production ou de fourniture de gaz naturel, de même qu'une société de distribution de gaz ne peut pas exercer d'activités de production, de fourniture, de stockage ou de transport du gaz naturel. Lorsqu'une société de transport ou de distribution de gaz fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, elle doit être indépendante des autres activités de cette entreprise, sur le plan juridique et de l'organisation, et autonome dans sa prise de décision concernant les opérations financières en cours, la maintenance, la construction et la modernisation de ses réseaux. Les sociétés de transport et de distribution de gaz rédigent un rapport annuel décrivant les dispositions prises en matière de séparation et d'indépendance de leurs activités, qui

⁹⁶ Voir Deger Boden, « Turkey: On the way to becoming an energy hub », publié le 3 juin 2014, www.iflr1000.com/NewsAndAnalysis/Turkey-on-the-way-to-becoming-an-energy-hub/Index/637; et Mondaq, « Turkey: 2014 Overview of Turkish Oil and Natural Gas Legislation », publié le 12 mai 2014, www.mondaq.com/x/312672/Oil+Gas+Electricity/2014+Overview+Of+Turkish+Oil+And+Natural+Gas+Legislation.

⁹⁷ Voir Deger Boden, « Turkey: On the way to becoming an energy hub », publié le 3 juin 2014, www.iflr1000.com/NewsAndAnalysis/Turkey-on-the-way-to-becoming-an-energy-hub/Index/637.

⁹⁸ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

est ensuite soumis à l'organisme de réglementation de l'État pour vérification et publication. Dans le cadre législatif en vigueur, la séparation des activités du secteur gazier devait être achevée au plus tard le 1^{er} janvier 2015.

2.3 *Les services ferroviaires*

Cette section présente une mise à jour non exhaustive des données d'expérience en matière de séparation structurelle dans le secteur ferroviaire, où son efficacité est contestée. Ainsi, en 2003, Mizutani et Uranishi ont publié une étude basée sur l'enquête qu'ils ont menée auprès de 30 organisations ferroviaires dans 23 pays Membres de l'OCDE européens et est-asiatiques, de 1994 à 1997. Leur enquête fait apparaître que la séparation horizontale tend à réduire les coûts du transport ferroviaire, alors que la séparation verticale a des effets différents selon la densité de trafic de l'organisation ferroviaire : elle tend à réduire les coûts lorsque le trafic est de faible densité et à les augmenter lorsque le trafic est élevé. Allant dans le sens de la Recommandation, les auteurs laissent donc entendre qu'il serait peu judicieux d'inscrire la séparation verticale dans la politique globale, dans la mesure où elle peut alourdir les coûts sur certains marchés⁹⁹.

Australie

Comme cela est expliqué dans le précédent rapport, la séparation structurelle a été largement mise en œuvre dans le secteur ferroviaire australien. L'examen de la politique de la concurrence réalisé récemment par le gouvernement australien résume la situation actuelle de la façon suivante :

Le principal réseau inter-États de fret ferroviaire est passé sous la propriété de l'Australian Rail Track Corporation et la gestion des opérations de fret ferroviaire a été privatisée. Les différents États disposent de régimes d'accès aux lignes régionales de transport de marchandises. Même si une concurrence dans les services de transport ferroviaire s'est développée sur certaines liaisons, les volumes de fret ont été trop faibles sur de nombreuses autres pour encourager l'entrée de nouveaux concurrents. Une partie du secteur du fret ferroviaire est soumise à une forte concurrence du transport routier¹⁰⁰.

L'examen constate que les réformes menées dans le secteur ferroviaire ont largement rempli les objectifs fixés par la *National Competition Policy* (politique de la concurrence du pays). Le contrôle de la réglementation semble avoir répondu aux préoccupations liées à une pratique possible de prix monopolistiques, et a le plus souvent favorisé la concurrence et encouragé l'arrivée de nouveaux venus. Par ailleurs, la concurrence intermodale – en particulier le transport routier – peut maintenir une pression concurrentielle efficace sur certaines parties du secteur du fret ferroviaire, et a réduit la nécessité d'une réglementation lourde dans le secteur ferroviaire. Cela étant, la difficulté de se conformer à de multiples régimes d'accès a été critiquée par certains acteurs du marché¹⁰¹.

Selon un argument intéressant soulevé dans certaines des communications adressées au groupe d'étude, la séparation structurelle a été imposée dans certains cas où la compétition dans les services ferroviaires ne s'était pas développée et était peu susceptible de le faire. En réponse, la Recommandation

⁹⁹ Fumitoshi Mizutani and Shuji Uranishi, « Does vertical separation reduce cost? An empirical analysis of the rail industry in European and East Asian OECD Countries », 43 *Journal of Regulatory Economics* 31-59 (2013), en particulier pp. 56-57.

¹⁰⁰ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, pp. 191-192.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 221.

propose aux « [o]rganismes de contrôle et aux décideurs politiques d'adopter une approche pragmatique de la séparation structurelle dans les chemins de fer, en reconnaissant que l'intégration verticale peut être préférable pour certaines liaisons ferroviaires de faible volume »¹⁰².

Comme le décrit le précédent rapport, deux services ferroviaires ont présenté des déclarations au titre du régime national d'accès, conformément au Titre IIIA de la Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation (CCA 2010), à savoir le réseau ferré de Tasmanie, déclaré en 2007, et le service de transport ferroviaire du minerai de fer de Goldsworthy, dans la région de Pilbara, déclaré en 2008¹⁰³. Le régime national d'accès conformément au Titre IIIA a fait l'objet d'un examen minutieux ces dernières années, notamment par la Haute Cour australienne dans l'affaire *Pilbara Infrastructure*¹⁰⁴, mais aussi par la Commission de la productivité¹⁰⁵ et dans le cadre de l'examen de la politique de la concurrence réalisé récemment par le gouvernement¹⁰⁶. Outre les déclarations, le Titre IIIA permet aussi à l'ACCC d'accepter les engagements d'accès des prestataires de services. L'ACCC a ainsi accepté les engagements d'accès proposés par l'Australian Rail Track Corporation (ARTC) sur son réseau de Hunter Valley et sur son réseau inter-États. Ces engagements précisent les modalités de l'accès des parties qui souhaitent exploiter des trains sur ces réseaux ferroviaires détenus ou loués par l'ARTC. Le gouvernement australien a annoncé qu'il mènerait une étude exploratoire en 2015-2016 sur différentes options pour l'avenir de la propriété, de la gestion et de l'exploitation de l'ARTC¹⁰⁷.

Union européenne

Le rapport de 2011 a passé en revue les actions engagées à ce jour au niveau de l'Union européenne en vue de la séparation verticale entre les entreprises de chemins de fer assurant les services de transport et les gestionnaires d'infrastructures ferroviaires, qui ont par ailleurs été les principaux moteurs de la séparation structurelle au niveau des États membres¹⁰⁸.

Le processus a commencé avec la directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, qui a rendu obligatoire la séparation comptable entre les entreprises ferroviaires et les gestionnaires d'infrastructures ainsi que l'accès des entreprises assurant des services de transport internationaux de voyageurs et/ou de marchandises à l'infrastructure des autres États membres, à des conditions équitables¹⁰⁹.

Le premier paquet ferroviaire de 2001 a élargi ce régime, en renforçant notamment les exigences d'accès à l'infrastructure sur une base non discriminatoire, les exigences de séparation comptable, les critères d'attribution des licences d'entreprises ferroviaires sur une base non discriminatoire, l'accès non

¹⁰² *Ibid.*, p. 134.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 212.

¹⁰⁴ *Pilbara Infrastructure Pty Ltd c. Australian Competition Tribunal* (2012) 246 CLR 379.

¹⁰⁵ Commission australienne de la productivité, *National Access Regime*, Rapport d'enquête n° 66, publié en octobre 2013.

¹⁰⁶ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015.

¹⁰⁷ Gouvernement australien, *Budget 2015 – Budget Paper No. 2: Budget Measures 2015-16*, 12 mai 2015.

¹⁰⁸ Rapport de 2011, pp. 93-96.

¹⁰⁹ JO L 237/25 du 24.8.1991

discriminatoire aux services connexes, la répartition des capacités et les principes de tarification de l'accès à l'infrastructure¹¹⁰.

Le deuxième paquet ferroviaire de 2004 exigeait l'ouverture à la concurrence du marché des services de transport international de fret à compter de janvier 2006 et du marché des services de transport international de passagers en janvier 2010¹¹¹.

Le troisième paquet ferroviaire adopté en octobre 2007 prévoyait l'ouverture des droits d'accès pour les services de transports ferroviaires internationaux de voyageurs, y compris le cabotage, à compter de 2010¹¹². Un rapport de la Commission publié en janvier 2013 relève toutefois qu'il est fait une utilisation relativement limitée de ce droit dans la pratique. Il en attribue la cause à une mise en œuvre tardive et souvent restrictive de la part des États membres, et au fait que peu de destinations internationales connaissent des flux de circulation suffisamment forts pour permettre aux opérateurs de proposer de nouveaux services économiquement viables¹¹³.

Le premier paquet ferroviaire a par la suite fait l'objet d'une « refonte » dans un texte unique, la directive 2012/34/UE¹¹⁴, adoptée en novembre 2012, qui vise à éclaircir, simplifier et renforcer l'accord actuel. La nouvelle directive, qui doit être transposée par les États membres avant juin 2015, remplace ainsi les dispositions existantes du premier paquet ferroviaire, et renforce ses exigences. En particulier, la directive de refonte exige, ou rend encore plus nécessaire :

- L'indépendance des entreprises ferroviaires et des gestionnaires de l'infrastructure (articles 4 et 7) ;

¹¹⁰ Voir directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (JO L 75/1 du 15.3.2001) ; directive 2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires (JO L 75/26 du 15.3.2001) ; et directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JO L 75/29 du 15.3.2001).

¹¹¹ Voir directive 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la Directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (JO L 164/164 du 30.4.2004) ; directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires ; et directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (JO L 315/44 du 3.1.2007).

¹¹² Voir, en particulier, directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, et directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (JO L 315/44 du 3.1.2007).

¹¹³ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre des dispositions de la directive 2007/58/CE relatives à l'ouverture du marché des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer accompagnant la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le quatrième paquet ferroviaire (COM(2013) 34 final), publié le 30 janvier 2013.

¹¹⁴ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JO L 343/32 du 14.12.2012).

- La gestion des entreprises ferroviaires selon des principes commerciaux (article 5) ;
- Lorsque subsistent des entreprises intégrées, la séparation comptable des activités relatives à la fourniture de services de transports par des entreprises ferroviaires d'une part, et des activités relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire, d'autre part (article 6) ;
- L'accès non discriminatoire à l'infrastructure et aux services ferroviaires (articles 10 et 13) ;
- L'utilisation efficace des capacités de l'infrastructure et la répartition non discriminatoire des capacités (articles 26 et 29) ; et
- Le renforcement du rôle des organismes nationaux de contrôle des chemins de fer (articles 55 à 57).

Plus récemment, en janvier 2013, la Commission a annoncé un plan d'action encore plus ambitieux visant à poursuivre la désagrégation des entreprises de chemins de fer verticalement intégrées existantes dans l'UE, conjointement à des mesures concomitantes de promotion d'une plus grande intégration des marchés ferroviaires européens. Le projet de « quatrième paquet ferroviaire » comprenait des mesures en matière de normalisation technique, d'amélioration de la sécurité, de main-d'œuvre et, de façon plus controversée, la réorganisation de la gestion de l'infrastructure et l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer¹¹⁵.

À cette fin, la proposition visant à exiger la séparation juridique/fonctionnelle – mais sans séparation totale de la propriété – entre les gestionnaires d'infrastructures ferroviaires et les entreprises de chemins de fer pour traiter le « conflit d'intérêts » apparent auxquels les gestionnaires de l'infrastructure peuvent être confrontés lorsqu'ils font partie d'une entreprise verticalement intégrée présente un intérêt particulier¹¹⁶. Précisément, il était proposé d'exiger que, « *Pour garantir l'indépendance du gestionnaire de l'infrastructure, les États membres veillent à ce qu'il soit organisé en une entité juridiquement distincte de toute entreprise ferroviaire* »¹¹⁷. Même si cela n'exclurait pas la possibilité pour un État membre d'être propriétaire à la fois de l'entreprise ferroviaire et du gestionnaire de l'infrastructure, les autorités publiques chargées du contrôle devraient être « différentes et juridiquement distinctes »¹¹⁸. Lorsque deux entités juridiquement distinctes sont rattachées à la même entreprise verticalement intégrée (c'est-à-dire en l'absence de séparation totale des structures de

¹¹⁵ La proposition est examinée de manière générale dans la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative au « Quatrième paquet ferroviaire – achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes » [COM(2013) 25 final], publiée le 30 janvier 2013. Voir également l'article d'Oxera *Agenda*: « The Fourth European Railway Package: does one size fit all? », novembre 2013, www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2013/The-Fourth-European-Railway-Package-does-one-size.aspx pour un aperçu des changements proposés.

¹¹⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire [COM(2013) 29 final], publiée le 30 janvier 2013, p. 3.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 5-6.

propriété), la proposition de directive exige une séparation assez stricte entre les activités des deux entités, y compris l'interdiction de recourir aux participations réciproques et aux subventions croisées¹¹⁹.

Pour formuler sa proposition, la Commission a considéré que :

Les exigences en vigueur en matière de séparation n'empêchent pas les conflits d'intérêts et certaines fonctions qui ne sont pas définies actuellement comme des fonctions essentielles (planification de l'investissement, financement ou maintenance) ont abouti à une discrimination pour certains nouveaux arrivants¹²⁰.

Elle a par ailleurs indiqué qu'il s'était avéré malaisé de transposer et de faire appliquer les exigences existantes en matière de séparation, et que le système actuel ne prévoyait aucune mesure d'incitation en faveur de la coopération européenne et intermodale¹²¹. La proposition a reconnu les critiques émises à l'égard du fait que les dispositions existantes peuvent entraîner une inefficience des opérations et une inadéquation des décisions d'investissement à long terme. Cependant, la Commission a rejeté l'argument selon lequel les données existantes montrent que la séparation est *forcément* inefficente, affirmant au contraire que ces données soulignent la nécessité de doter les gestionnaires de l'infrastructure de pouvoirs accrus, de manière à les rendre responsables de la planification de l'investissement à long terme, de l'établissement de calendriers et de la gestion des trains en temps réel ou encore de l'entretien¹²².

Parallèlement à la proposition de renforcer la séparation verticale des entreprises ferroviaires dans l'UE, la Commission a également proposé d'instaurer l'obligation de mise en concurrence des contrats (en général subventionnés par l'État) de services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs, afin d'introduire au moins un certain degré de concurrence « sur le marché » dans ce secteur¹²³.

Si ce que l'on a coutume d'appeler le « pilier technique » du quatrième paquet ferroviaire proposé est relativement consensuel, le « pilier du marché » a pour sa part suscité de vives critiques et controverses, liées aux aspects visant (véritablement ou non) une plus grande libéralisation et, potentiellement, une privatisation accrue des services ferroviaires¹²⁴. Bien que largement approuvées par

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative au « Quatrième paquet ferroviaire – achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes » [COM(2013) 25 final], publiée le 30 janvier 2013, p. 5.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative au « Quatrième paquet ferroviaire – achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes » [COM(2013) 25 final], publiée le 30 janvier 2013, p. 6.

¹²³ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer (COM(2013) 28 final), publiée le 30 janvier 2013.

¹²⁴ Voir par exemple James Abbott, « Is the 4th Railway Package in trouble? » *European Railway Review* Issue 2 (2014), www.europeanrailwayreview.com/20368/err-magazine/past-issues/issue-2-2014/introduction-is-the-4th-railway-package-in-trouble/.

les autorités de transport public¹²⁵, les propositions ont été rejetées entre autres par les plus grandes entreprises ferroviaires¹²⁶ et par les syndicats des salariés du rail. En février 2014, le Parlement européen a voté en faveur de la modification ou du rejet de certains éléments importants du « pilier du marché » lors de la première lecture de la proposition de paquet, affaiblissant ainsi les propositions visant à rendre obligatoires les procédures d'appel d'offres et la séparation juridique¹²⁷. Cette question doit encore être réglée avec l'aide du Conseil, qui a soutenu la première proposition, même s'il avait été suggéré que les éléments techniques et du marché soient dissociés pour des besoins législatifs et dès lors examinés séparément.

La Direction générale de la concurrence – division antitrust de la Commission européenne – a également mené plusieurs enquêtes sur des allégations d'abus de position dominante par des opérateurs ferroviaires historiques dans l'UE, en violation de l'article 102 TFUE. Dans deux affaires récentes, le comportement prétendument abusif était directement lié à la structure verticalement intégrée de l'entreprise défenderesse.

Dans l'affaire *Deutsche Bahn*, la Commission européenne a accepté les engagements légalement contraignants proposés par l'opérateur historique pour modifier sa politique de tarification appliquée au courant de traction, qui, d'après l'évaluation préliminaire, avait déjà eu pour effet d'exclure du marché allemand les fournisseurs de courant de traction concurrents, au bénéfice de sa propre filiale¹²⁸.

L'affaire *Baltic Rail* concerne une enquête sur une violation présumée de l'article 102 TFUE par l'opérateur ferroviaire historique lituanien, AB Lietuvos geležinkeliai, qui, en démontant une voie reliant la Lituanie à la Lettonie, a potentiellement limité le transport international de marchandises entre ces pays¹²⁹.

La Commission européenne a envoyé une communication des griefs dans cette affaire¹³⁰.

¹²⁵ Voir par exemple Practical Law, « Council announces political agreement on “technical pillar” of Fourth Railway Package », publié le 5 juin 2014, <http://uk.practicallaw.com/0-570-3839>.

¹²⁶ Voir par exemple communiqué de presse de la CER, « European Parliament paves the way for the future of a healthy European railway sector », publié à Bruxelles, le 26 février 2014, www.cer.be/press/press-releases/press-releases/european-parliament-paves-the-way-for-the-future-of-a-healthy-european-railway-sector/.

¹²⁷ Voir par exemple EurActiv, « MEPs vote in change to fourth railway package », publié le 27 février 2014, www.euractiv.com/transport/parliament-votes-changes-fourth-news-533796, et Railway Gazette, « European Parliament waters down unbundling proposals », publié le 26 février 2014, www.railwaygazette.com/news/policy/single-view/view/european-parliament-waters-down-unbundling-proposals.html.

¹²⁸ Voir résumé de la décision de la Commission du 18 décembre 2013 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire AT.39678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*) (JO C 86/4, 25.3.2014).

¹²⁹ Voir communiqué de presse de la Commission européenne « Antitrust : la Commission ouvre une procédure formelle d'examen contre l'opérateur ferroviaire historique lituanien, AB Lietuvos geležinkeliai », publié à Bruxelles, le 6 mars 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-197_fr.htm.

¹³⁰ Voir communiqué de presse de la Commission européenne « Abus de position dominante: la Commission envoie une communication des griefs à l'opérateur ferroviaire historique lituanien, AB

France

L'autorité française de la concurrence, (ci-après l'« Autorité ») a compétence dans le secteur ferroviaire et joue un rôle actif dans l'application des règles de concurrence dans ce domaine. Ainsi, en octobre 2014, elle a obtenu des engagements de la SNCF, l'opérateur ferroviaire historique, qui ont mis fin à l'enquête pour traitement prétendument discriminatoire à l'encontre des agences de voyages qui faisaient concurrence à sa propre filiale, voyages-sncf.com. La SNCF s'est notamment engagée à garantir une plus grande confidentialité et un traitement non discriminatoire dans ses relations avec les autres agences de voyages¹³¹.

En 2012, l'Autorité avait en effet sanctionné la SNCF en lui infligeant une amende de 60,9 millions EUR pour diverses pratiques anticoncurrentielles après l'ouverture, en 2006, du marché français du transport ferroviaire de marchandises. En effet, en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure délégué, la SNCF avait collecté des informations confidentielles sur les demandes de sillons horaires introduites par ses concurrents et les avait utilisées dans l'intérêt commercial de sa filiale fret, Fret SNCF¹³². La décision de l'Autorité a été partiellement réformée par la Cour d'appel de Paris le 6 novembre 2014. Elle confirme que les pratiques reprochées à Fret SNCF pouvaient être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles, sauf concernant une pratique de prix d'éviction. Elle a réduit la sanction de 60,9 millions EUR à 48,1 millions EUR. Cette décision par la Cour d'appel fait elle-même l'objet d'un pourvoi à la Cour de cassation.¹³³

En janvier 2015, l'Autorité a rendu un avis défavorable sur une série de mesures d'application d'une loi de 2014 réformant la gouvernance du secteur ferroviaire¹³⁴. Dans son avis relatif à quatre projets de décrets, l'Autorité a considéré que les mesures s'inscrivaient trop dans l'objectif de politique industrielle d'une intégration de la filière ferroviaire française, aux dépens des objectifs de concurrence et de neutralité et de transparence de l'accès aux infrastructures ferroviaires. Les mesures ne prévoient pas les garanties suffisantes de gestion indépendante de l'infrastructure ferroviaire dans le cadre d'une structure verticalement intégrée comprenant l'infrastructure et les services de transport ferroviaires. Il se pourrait alors que le principe d'un accès non discriminatoire à l'infrastructure ne soit pas respecté et que, de l'avis

Lietuvos geležinkeliai », publié le 5 janvier 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-2940_fr.htm.

¹³¹ Voir Réseau européen de la concurrence, *ECN Brief* 03/2014, pp. 9-10, et Autorité de la concurrence, « The French Competition Authority accepts commitments from a railway company in the distribution of train tickets market (SNCF and voyages-sncf.com) », 2 octobre 2014, *Bulletin e-Competitions* octobre 2014, article n° 69345.

¹³² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative au « Quatrième paquet ferroviaire – achever l'espace ferroviaire unique européen pour stimuler la compétitivité et la croissance européennes » [COM(2013) 25 final], publiée le 30 janvier 2013 ; voir également *International Rail Journal*, « SNCF fined EUR 60.9m for anti-competitive behaviour », publié le 12 décembre 2012, www.railjournal.com/index.php/freight/sncf-fined-%E2%82%AC609m-for-anti-competitive-behaviour.html.

¹³³ Président de l'Autorité de la concurrence contre La société nationale des chemins de fer français (SNCF), Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, pourvoi n° M 14-28.862.

¹³⁴ Autorité de la concurrence, *Avis n°15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire*, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15a01.pdf. Voir également *Global Competition Review*, « French authority criticizes railways reform », publié le 13 janvier 2015.

de l'*Autorité*, la législation française soit en conflit avec les obligations de l'UE. Plusieurs recommandations formulées par l'*Autorité* à une étape précédente de la consultation ont été intégrées dans le texte définitif des décrets, mais elles laissent cependant penser que d'autres ajustements importants devront être engagés. Ces réformes comprennent notamment des dispositions visant à garantir une plus grande indépendance du gestionnaire de l'infrastructure, notamment dans sa relation avec la SNCF, ainsi qu'un renforcement des pouvoirs de surveillance de l'autorité de régulation du secteur – l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAFER).

Italie

L'autorité italienne de la concurrence (AGCM) s'est résolument employée à donner suite aux plaintes pour comportement anticoncurrentiel déposées contre l'opérateur ferroviaire historique, Ferrovie dello Stato (FS), de même que contre ses filiales RFI, chargée de l'exploitation du réseau et Trenitalia, chargée des services de transport. En 2012, l'AGCM a infligé une amende de 300 000 EUR à FS, après avoir constaté que la compagnie avait, par le biais de RFI et Trenitalia, maintenu une « stratégie complexe et unifiée » pour écarter Arenaways – un concurrent potentiel qui était en faillite au moment de la décision – de la liaison rentable Milan-Turin entre 2008 et 2011. Les violations en cause résultaient des retards dans le traitement par RFI des demandes d'allocation de sillons ferroviaires formulées par des entreprises non affiliées au groupe FS et de la communication d'informations inexacts sur les charges comptables à des fins de réglementation financière. L'AGCM a considéré que ces pratiques étaient manifestement restrictives par nature et qu'elles avaient privé les consommateurs des avantages de la concurrence en excluant les entreprises rivales d'un marché à fort trafic¹³⁵.

En mai 2013, l'AGCM a ouvert une autre enquête visant FS, à la suite d'une nouvelle plainte déposée par un exploitant de services ferroviaires concurrent, NTV. (Une plainte et une enquête antérieures impliquant la même entreprise rivale s'étaient conclues par des engagements en 2009 et ont été examinées dans le précédent rapport.) Les violations présumées résidaient dans la stratégie d'exclusion menée par le groupe FS à l'endroit de NTV concernant l'accès à l'infrastructure ferroviaire nationale, la gestion des espaces publicitaires dans les principales gares italiennes et le marché du transport de passagers à grande vitesse. Cette affaire s'est elle aussi conclue par des engagements en mars 2014, sans qu'aucune violation n'ait été constatée. En revanche, FS et ses filiales se sont engagées : à prévoir un affichage dans les gares permettant aux voyageurs d'identifier précisément les services fournis par les différents exploitants ferroviaires ; à définir des zones d'installation visibles pour les bureaux mobiles et les billetteries automatiques des concurrents ; à fournir des espaces publicitaires à NTV dans plusieurs gares ; à réduire les frais d'accès au réseau de 15 % pour toutes les entreprises ferroviaires ; et à accorder à NTV les allocations de sillons demandées pour une durée d'un an. En même temps, l'AGCM a décidé d'ouvrir deux enquêtes à l'encontre de Trenitalia pour violation présumée des règles de protection des consommateurs¹³⁶.

¹³⁵ Réseau européen de la concurrence, *ECN Brief* 04/2012, pp. 37-38.

¹³⁶ Voir Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Press Release, « Rail Transport: the Competition Authority agrees with commitments of the FS Group to provide more information for rail travelers about competitors, who will have simpler access to the Railways », publié le 12 mars 2014.

Lettonie¹³⁷

JSC Latvijas dzelzceļš (LDz), la principale compagnie publique de chemin de fer en Lettonie, est à la fois propriétaire de l'infrastructure ferroviaire publique et d'une entreprise ferroviaire, LLC LDz Cargo. Pour assurer l'exercice indépendant de certaines fonctions essentielles, telles que l'allocation des capacités et la fixation des redevances d'accès aux infrastructures, celles-ci sont exercées par une société distincte, JSC LatRailNet, qui appartient au groupe LDz. L'intervention de LatRailNet est réglementée et contrôlée par le régulateur du réseau ferroviaire, l'Administration des chemins de fer. Les services de transport ferroviaire de voyageurs sont fournis par un transporteur public indépendant, JSC Pasažieru vilciens, à l'exception d'une ligne à voie étroite régionale, exploitée par une entreprise mixte municipale. Il n'y a pas de concurrence sur le marché du transport de voyageurs pour des raisons de faisabilité économique, même si la loi n'impose pas de telles restrictions. Trois entreprises opèrent dans le secteur du fret ferroviaire : LDz Cargo, et deux entreprises privées, dont la part de marché représente environ 20 % en tonnes par kilomètre. Les liaisons internationales vers la Russie et le Bélarus sont exploitées par LDz Cargo.

Mexique

Depuis la privatisation du réseau ferroviaire mexicain en 1995, les services ferroviaires sont fournis par deux (initialement trois) entreprises du secteur privé dans le cadre de concessions de l'État (aujourd'hui, Ferromex et Kansas City Southern de México). Même si l'infrastructure matérielle reste propriété de l'État, les concessionnaires la contrôlent de manière exclusive. Ce mécanisme témoigne par ailleurs d'une politique délibérée *contre* la séparation structurelle dans ce cas précis. À l'heure actuelle, le fret représente la grande majorité du transport ferroviaire au Mexique¹³⁸. Toutefois, compte tenu de la popularité croissante du transport ferroviaire de voyageurs, le ministère des Communications et des Transports a annoncé en 2014 un programme ambitieux de développement d'un réseau ferroviaire à grande vitesse, dont les services seraient eux aussi assurés par l'État. Élaboré dans le cadre du Programme d'investissements dans les infrastructures de communications et de transport 2013-2018, ce projet de nouvelle infrastructure ferroviaire a été spécifiquement envisagé sur le modèle d'un partenariat public-privé¹³⁹. Le projet s'est cependant heurté à de nombreuses difficultés, en raison notamment de l'issue infructueuse de la procédure initiale qui n'a permis de retenir qu'un seul candidat qualifié et des difficultés financières qui s'en sont suivies, qui ont conduit à sa suspension pour une durée indéterminée¹⁴⁰.

¹³⁷ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹³⁸ Voir Forum international des transports, *Examen par les pairs du développement du fret ferroviaire au Mexique*, février 2014, <http://internationaltransportforum.org/Pub/pdf/14MexicoRail-fr.pdf>.

¹³⁹ Pour plus de précisions, voir Lexology, « Recent Developments regarding Mexico passenger railway systems for 2014 », publié le 28 février 2014, www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d6cea711-9656-4a5c-b605-349bef890b44.

¹⁴⁰ Voir Bloomberg, « China Rail Stocks Sink After Mexico Shelves High-Speed Rail Line », publié le 2 février 2015, www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-02/china-rail-stocks-sink-after-mexico-shelves-high-speed-rail-line.

Fédération de Russie¹⁴¹

Le secteur ferroviaire russe a fait l'objet de quelques réformes structurelles. La législation actuelle établit une distinction entre « opérateurs » et « transporteurs ». Les opérateurs sont propriétaires de leur matériel roulant et organisent le transport, mais n'exploitent pas leurs propres locomotives ou trains. Les transporteurs possèdent leurs propres locomotives et exploitent leurs propres trains sur les voies de RZhD (l'entreprise ferroviaire publique). Le système est actuellement ouvert à la concurrence entre opérateurs et, dans une certaine mesure, entre transporteurs de voyageurs, mais il n'y a pas de mise en concurrence des transporteurs de marchandises, ce qui pénalise la catégorie de transport par rail actuellement la plus importante en Russie¹⁴².

En ce qui concerne le transport ferroviaire de voyageurs, la libre fixation des prix par le marché s'applique, avec notamment l'introduction d'un « modèle dynamique » de détermination des prix dans les différents segments libéralisés. Le prix du trajet peut ainsi être fixé en fonction des ventes de billets, des prévisions de la demande pour tous les segments du transport, de l'activité des concurrents et d'autres facteurs du marché. Ce programme concerne les itinéraires sur lesquels s'exerce une concurrence intermodale, comme le transport de voyageurs aérien, ferroviaire et routier, et entend stimuler la concurrence entre les différents modes de transport. La tarification dynamique s'est traduite par une augmentation globale des recettes et du nombre de passagers, malgré une baisse des recettes moyennes par passager. Environ 83 % des passagers achètent aujourd'hui leurs billets à un prix inférieur ou égal aux tarifs en vigueur avant l'instauration de la tarification dynamique.

Afin de bâtir un système de relations transparentes entre les acteurs de la chaîne de transport, l'autorité de la concurrence, le service fédéral antimonopoles, a entrepris de créer une infrastructure de marché avec la participation des prestataires de services de fret ferroviaire. Cette infrastructure doit constituer un mécanisme efficace de co-régulation en matière de prestation de services de transport de marchandises en assurant un accès non discriminatoire à l'infrastructure. Elle entend également assurer la protection et le développement de la concurrence sur ce marché et améliorer la réglementation technique, tarifaire et anti-monopole des marchés de produits dans le domaine du transport ferroviaire.

Turquie

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) est la compagnie publique des chemins de fer en Turquie. Entièrement intégrée verticalement, elle est historiquement responsable de la construction, de l'entretien et de l'exploitation des infrastructures, en plus de la prestation de services de transport ferroviaire de passagers et de marchandises. Le 1^{er} mai 2013, est entrée en vigueur la Loi sur la libéralisation des chemins de fer turcs (n° 6461), qui a pour objet de libéraliser le marché ferroviaire national en instituant entre autres, et dans une certaine mesure, la séparation juridique de la TCDD. Plus précisément, aux termes de la Loi n° 6461, TCDD cessera de fournir des services ferroviaires pour se concentrer sur ses fonctions de propriétaire et de gestionnaire de l'infrastructure. La fourniture des services ferroviaires sera confiée à une nouvelle filiale de TCDD, TCDD Taşımacılık A.Ş., qui n'a pas

¹⁴¹ La plupart des informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹⁴² Voir Russell Pittman, « Blame the Switchman? Russian Railways Restructuring after Ten Years » in Michael Alexeev and Shlomo Weber (eds.), *The Oxford Handbook of the Russian Economy*, OUP USA, New York (2013).

encore été créée¹⁴³. Contrairement à ce que suggèrent certaines critiques formulées à l'encontre de la séparation dans le cadre de l'UE, celle-ci a été principalement motivée par la nécessité d'amener le secteur privé à investir largement dans le secteur ferroviaire turc¹⁴⁴.

*Ukraine*¹⁴⁵

En décembre 2009, le Conseil des ministres de l'Ukraine a approuvé un programme national d'action pour 2010-2019 visant à réformer le transport ferroviaire dans le pays et dont l'un des principaux objectifs est de promouvoir la concurrence dans le secteur, et en premier lieu dans le transport de voyageurs. Le programme exige donc, entre autres choses : la séparation des fonctions économiques et de gouvernance ; la constitution en société anonyme du transporteur national de marchandises et de passagers sur le marché des services de transport, qui sera par ailleurs propriétaire de l'infrastructure ferroviaire ; la séparation verticale des activités isolées, au rang desquelles les services ferroviaires, ainsi que l'entretien et l'exploitation de l'infrastructure ; et le renforcement de la concurrence, en garantissant l'égalité d'accès aux marchés concurrentiels, potentiellement concurrentiels et adjacents.

*Royaume-Uni*¹⁴⁶

Comme cela est exposé dans le rapport précédent¹⁴⁷, la privatisation de l'industrie ferroviaire lancée en 1993 a entraîné la séparation structurelle entre les voies et les infrastructures d'une part, et les opérateurs de services ferroviaires de voyageurs, d'autre part. L'infrastructure est actuellement détenue et exploitée en monopole par Network Rail, qui depuis le 1^{er} septembre 2014 a le statut d'organisme public central. Les entreprises ferroviaires assurant des services de transport de passagers opèrent en majorité dans le cadre de franchises publiques accordées pour une durée déterminée, qui leur permettent d'exploiter leurs services sur une ligne principale, sur un ensemble de lignes ou dans une région donnée.

Dans sa contribution à la réunion de l'OCDE de 2014 sur la séparation structurelle, le Royaume-Uni note que la structure du secteur ferroviaire britannique a soulevé quelques critiques. Certains ont prétendu que la séparation établie entre les trains et les lignes avait réduit les investissements dans le réseau, en faisant valoir qu'un opérateur ferroviaire ayant le contrôle de l'infrastructure était plus efficacement incité à s'assurer de son bon fonctionnement et de son entretien. La durée limitée des franchises peut également rendre le système instable et décourager encore les investissements. Même si la séparation entre les trains et les voies est officiellement maintenue, des initiatives tendent à en minimiser les inconvénients grâce à une meilleure harmonisation et une plus grande collaboration. En janvier 2012, Network Rail a annoncé son intention de former un certain nombre d'« alliances » de

¹⁴³ Voir Cakmak Avukatlik Burosu, « Liberalization of Turkish Railway Sector », publié le 3 mai 2013, www.cakmak.av.tr/articles/Construction_Infrastructure/Liberalization%20of%20Turkish%20Railway%20Sector_01.pdf.

¹⁴⁴ Ibid; voir également Didem Ataun, « Turkey: High Speed and Fair Price in Turkish Railways! », publié le 5 juin 2013, www.mondaq.com/x/237166/cycling+rail+road/High+Speed+And+Fair+Price+In+Turkish+Railways.

¹⁴⁵ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹⁴⁶ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays à la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹⁴⁷ Rapport de 2011, pp. 105-107.

manière à établir une « collaboration plus étroite avec au moins six opérateurs ferroviaires, au bénéfice immédiat des passagers »¹⁴⁸. Ainsi, l'alliance entre Network Rail et South West Trains, annoncée en avril 2012, a été réalisée par la mise en place d'une seule équipe de direction conjointe chargée d'apporter des améliorations en ce qui concerne notamment les travaux de voie, la signalétique et les télécommunications. C'est la première fois depuis l'éclatement des chemins de fer britanniques que les gestionnaires sont responsables de l'infrastructure ferroviaire et du fonctionnement des trains. En juillet 2012, une alliance entre Network Rail et ScotRail a été annoncée, comprenant un projet d'électrification des voies entre Glasgow Central et Paisley Canal, cofinancé à hauteur de 12 millions GBP. Le coût du projet a été significativement inférieur à l'estimation initiale, grâce en partie à l'abandon par ScotRail de ses habituelles demandes d'indemnisation pour perturbation.

2.4 Les télécommunications

Cette section présente une mise à jour non exhaustive des données d'expérience en matière de séparation structurelle dans le secteur des télécommunications. La question de savoir dans quelle mesure la dissociation et les formes de séparation structurelle ont été profitables au secteur des télécommunications est, dans ce cas aussi, controversée, notamment au vu des investissements massifs généralement nécessaires dans de nombreux pays pour passer aux réseaux en fibres de la prochaine génération¹⁴⁹.

Australie

Le rapport précédent exposait les grandes lignes des premières phases de deux initiatives importantes menées en Australie : la construction financée par l'État d'un réseau national haut débit NBN (National Broadband Network) et l'éventuelle séparation structurelle de l'opérateur de télécommunications historique privatisé, Telstra.

Tout d'abord, le NBN est un projet mené à l'échelle du pays pour moderniser les infrastructures actuelles de réseau de téléphonie fixe et internet, dans le but premier de fournir aux foyers et aux entreprises un accès à un minimum de services haut débit dans l'ensemble du pays¹⁵⁰. NBN Co.,

¹⁴⁸ Voir communiqué de presse de Network Rail, *Passengers to Benefit from New Alliances with Train Operators*, publié le 23 janvier 2012, www.networkrail.co.uk/alliance-framework.aspx.

¹⁴⁹ Comparer notamment avec Pedro Pereira & Tiago Ribeiro, « The impact on broadband access to the internet of the dual ownership of telephone and cable networks », 29 *International Journal of Industrial Organisation* 283-293 (2011) ; Robert W. Crandall, Jeffrey A. Eisenach et Allan T. Ingraham, « The long-run effects of copper-loop unbundling and the implications for fiber », 37 *Telecommunications Policy* 262-281 (2013) ; Jan Krämer et Daniel Schnurr, « A unified framework for open access regulation of telecommunications infrastructure: Review of the economic literature and policy guidelines », 38 *Telecommunications Policy* 1160-1179 (2014) ; Duarte Brito, Pedro Periera et Joao Varela, « An assessment of the equality of access and no-regulation approaches to next generation networks », 35 *Telecommunications Policy* 818-826 (2011) ; John M. Paleologos & Michael L. Plemis, « What drives investment in the telecommunications sector? Some lessons from OECD countries », 31 *Economic Modelling* 49-57 (2013) ; Paolo Mancuso, « Regulation and efficiency in transition: The case of telecommunications in Italy », 135 *International Journal of Production Economics* 762-770 (2012) ; et Bronwyn Howell, « Separation Anxieties: Structural Separation and Technological Diffusion in Nascent Fibre Networks », 2014 *TPRC Conference Paper*, publié en août 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418599

¹⁵⁰ De plus amples informations sont disponibles sur le site internet de NBN Co. à www.nbnco.com.au/about-the-nbn.html. Voir également l'analyse de Grace Li, « The return of public

entreprise publique, a été créée en avril 2009 pour concevoir, construire et exploiter le NBN. L'énoncé des attentes, rédigé par les ministres actionnaires de NBN Co., expose les objectifs politiques clés de l'entreprise :

... veiller à ce que tous les Australiens aient accès au très haut débit dans les meilleurs délais, à des prix abordables, et au moindre coût pour les contribuables.

Pour atteindre ces objectifs, le NBN devrait être construit de manière rigoureuse en terme de budget, en utilisant la technologie correspondant le mieux à chaque région de l'Australie. Le présent énoncé des attentes offre à NBN Co. toute flexibilité et latitude dans l'adoption de décisions liées à l'exploitation, à la technologie et à la conception du réseau, dans les limites de ses fonds propres s'élevant à 29.5 milliards AUD...

Le gouvernement considère le NBN comme un réseau d'accès de gros uniquement, mis à la disposition de tous les demandeurs d'accès à des conditions équivalentes, et fonctionnant au plus bas niveau possible du réseau¹⁵¹.

L'infrastructure du NBN a été lancée à titre d'essai en Tasmanie en 2010, avant d'être étendue à de nombreux autres points du territoire continental. Même s'il avait été initialement envisagé de desservir par câble à fibre optique tous les foyers australiens ou presque, la politique suivie par le nouveau gouvernement composé en 2013 privilégie désormais un modèle multi-technologie, qui pourrait impliquer la fibre jusqu'à l'abonné (fibre to the home, FTTH), la fibre jusqu'au nœud (fibre to the node, FTTN) et des solutions hybrides de fibre optique-câble coaxial¹⁵². À ce jour, le modèle se développe rapidement, avec des taux d'utilisation de 30 à 40 % dans les bâtiments éligibles censés être reliés au réseau en 2015. Le taux relativement élevé de recours aux services du NBN s'explique principalement par le débranchement des services de téléphonie et d'internet haut débit qui a été imposé aux réseaux traditionnels de Telstra et Optus 18 mois après le lancement des services du NBN. Une autre explication notable à l'adoption rapide des services de NBN semble être liée aux indemnités compensatoires versées aux propriétaires des réseaux historiques de cuivre et de fibre optique – Telstra et Optus respectivement – qui ont été dédommagés pour chaque client passé d'un réseau traditionnel au NBN. Ces paiements encouragent fortement les opérateurs historiques, en tant que revendeurs, à promouvoir le déploiement rapide du nouveau réseau¹⁵³. Ces mesures incitatives ont toutefois eu des incidences financières non négligeables sur le lancement du NBN, et certains ont fait valoir qu'elles ne seraient en fait pas indispensables pour inciter un opérateur non réglementé à investir dans une infrastructure identique¹⁵⁴.

investment in telecommunications: Assessing the early challenges of the national broadband network policy in Australia », 28 *Computer Law & Security Review* 220-230 (2012).

¹⁵¹ Voir l'énoncé des attentes des actionnaires délivré à NBN Co., du 8 avril 2014, disponible sur le site internet de NBN Co. à www1.nbnco.com.au/content/dam/nbnco2/documents/SOE-Shareholder-Minister-letter.pdf.

¹⁵² Voir Commonwealth of Australia, *Implementation of the National Broadband Network. Migration Assurance Policy. Consultation Paper*, publié en septembre 2014.

¹⁵³ Bronwyn Howell, « Separation Anxieties: Structural Separation and Technological Diffusion in Nascent Fibre Networks », 2014 *TPRC Conference Paper*, publié en août 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418599, p. 13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

Une récente analyse coûts/bénéfices indépendante du régime du NBN confirme que l'amélioration des débits en Australie peut avoir d'importantes retombées économiques¹⁵⁵. Le rapport suggère toutefois qu'il y a beaucoup à gagner d'un lancement non subventionné – c'est-à-dire de la mise à disposition de l'infrastructure par NBN Co. – dans les cas où aucune subvention de l'État n'est nécessaire (c'est-à-dire lorsque le lancement est décidé sur la seule base des coûts, et lorsque le taux de rentabilité désiré est égal au coût du capital spécifique du NBN).

En second lieu, parallèlement au développement du NBN, Telstra, l'opérateur de télécommunications privatisé en place en Australie, a procédé à la séparation structurelle volontaire de ses activités de services aux particuliers et de gestion du réseau. La séparation structurelle de Telstra était envisagée depuis un moment¹⁵⁶. Le récent examen de la politique de la concurrence réalisé par le gouvernement australien laisse à penser que la privatisation de Telstra en tant qu'entreprise verticalement intégrée, associée à des mécanismes d'accès inadéquats, a eu pour effet de réduire la concurrence sur les marchés de détail de la téléphonie fixe – tout en notant par ailleurs que les mécanismes existants, qui ont amené Optus à se lancer dans une concurrence entre systèmes en construisant son propre réseau hybride de fibre optique-câble coaxial, n'étaient pas satisfaisants¹⁵⁷. La Loi de 2010 portant modification de la législation sur les télécommunications (Concurrence et protection des consommateurs) (*Telecommunications Legislation Amendment (Competition and Consumer Safeguards) Act 2010*), adoptée en novembre 2010, a modifié la *Loi de 1997 sur les télécommunications (Telecommunications Act 1997)* pour créer le cadre permettant à Telstra de mettre en œuvre la séparation fonctionnelle ou d'opter pour la séparation structurelle sur une base volontaire en créant une entité séparation structurelle (*structural separation undertaking - SSU*).

En juillet 2011, Telstra a déposé un projet de statuts pour son SSU ainsi qu'un plan de migration auprès de la Commission australienne de la concurrence et des consommateurs (*Australian Competition and Consumer Commission - ACCC*). Aux termes du plan de migration proposé, Telstra devait cesser d'utiliser ses propres réseaux fixes pour utiliser le réseau NBN de gros uniquement, pour la fourniture de services en aval. Ainsi, les réformes structurelles seraient mises en œuvre à mesure que serait construit le réseau d'accès en fibre optique NBN. La SSU prévoyait toute une série de mesures applicables aux services d'accès sur le réseau fixe fournis par Telstra à ses clients grossistes pendant la période de transition, dans le but de promouvoir l'équivalence et la transparence de l'offre de services de Telstra aux clients grossistes et à ses détaillants. La SSU définissait également des mesures de contrôle par l'ACCC du respect par Telstra de ses différents engagements¹⁵⁸. L'ACCC a lancé deux consultations publiques sur les propositions en août et en décembre 2011, après réception des propositions modifiées de Telstra¹⁵⁹. La SSU révisée a été officiellement acceptée par l'ACCC le 27 février 2012¹⁶⁰, de même que le projet de plan de migration.

¹⁵⁵ Voir *Independent cost-benefit analysis of broadband and review of regulation*,

Volume II: The costs and benefits of high speed broadband, publiée en août 2014, www.communications.gov.au/data/assets/pdf_file/0003/243039/Cost-Benefit_Analysis_-_FINAL_-_For_Publication.pdf.

¹⁵⁶ Voir par exemple *National Broadband Network: Regulatory Reform for the 21st Century*, Document de travail publié en avril 2009.

¹⁵⁷ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, pp. 192-192.

¹⁵⁸ ACCC, *Assessment of Telstra's Structural Separation Undertaking and draft Migration Plan*. Final decision, publié en février 2012, p. 1.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 4.

Dans sa décision formelle approuvant la proposition, l'ACCC indique que la réforme structurelle approuvée doit être mise en œuvre par:

- L'engagement de Telstra de cesser la fourniture de services spécifiés sur les réseaux placés sous son contrôle à partir du jour fixé – qui devrait être le jour où s'achèvera la construction du nouveau réseau national à haut débit de gros uniquement ; et
- Des mesures de transparence et d'équivalence concernant l'accès aux principaux services de gros de Telstra (c'est-à-dire les services réglementés) au cours de la période précédant le jour fixé ;
- Un plan de migration au titre duquel Telstra cessera de fournir ses services du réseau cuivre et la plupart de ses services HFC – y compris les services de gros (lorsqu'ils sont fournis) – qui migreront vers le réseau national à haut débit¹⁶¹.

L'ACCC est chargée de surveiller la mise en œuvre formelle de la SSU. Si Telstra agit à l'encontre de son engagement général d'équivalence, l'ACCC peut accepter toute proposition de correction visant à remédier à l'éventuel manquement ou la rejeter si elle estime qu'elle ne constituerait pas une solution efficace et ordonner à Telstra d'envisager des solutions alternatives¹⁶². Le dernier rapport annuel de l'ACCC relatif à la SSU relève de nombreux cas où Telstra a manqué à ses obligations de protéger les informations confidentielles ou commercialement sensibles relatives à ses clients grossistes et d'assurer l'équivalence entre ses activités de détail et de gros à certains égards¹⁶³. Le rapport fait cependant état des progrès significatifs accomplis par Telstra dans la résolution des problèmes qui ont suivi le lancement de la SSU¹⁶⁴.

Union européenne

Comme le mentionne le rapport précédent, le cadre réglementaire actuel des télécommunications au niveau de l'UE, adopté en 2009, n'impose pas la séparation structurelle des opérateurs de télécommunications. Au contraire, la séparation fonctionnelle est envisagée comme une mesure correctrice *possible* que les autorités de réglementation nationales peuvent imposer pour contrôler les cas de position dominante considérable sur le marché¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Voir « Structural Separation Undertaking given by Telstra Corporation Limited to the Australian Competition and Consumer Commission under section 577A of the Telecommunications Act 1997 dated 23 February 2012 (including variations up to 19 June 2013) », <https://www.accc.gov.au/system/files/Structural%20Separation%20Undertaking.pdf>.

¹⁶¹ ACCC, Assessment of Telstra's Structural Separation Undertaking and draft Migration Plan. Final decision, publié en février 2012, p. 14.

¹⁶² Pour une vue d'ensemble des activités de l'ACCC dans ce domaine, voir le site internet de l'ACCC à l'adresse <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/communications/industry-reform/telstras-structural-separation-undertaking>.

¹⁶³ Rapport de l'ACCC, *Telstra's Structural Separation Undertaking. Annual Compliance Report 2013-14*, publié en mai 2015.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1.

¹⁶⁵ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de

Comme dans d'autres juridictions, la nécessité de promouvoir et de permettre un investissement accru dans les technologies de nouvelle génération, et en particulier dans les réseaux haut débit à fibre optique, constitue un enjeu d'importance majeure dans l'UE¹⁶⁶. En juillet 2012, Neelie Kroes, alors Commissaire chargée de l'agenda numérique, annonçait une réorientation de la politique de télécommunications de l'Union européenne dans le but exprès de « *renforcer l'investissement dans le haut débit* »¹⁶⁷. Cette annonce faisait suite à deux consultations publiques menées par la Commission européenne relatives respectivement à la non-discrimination et au cadre réglementaire de l'accès aux réseaux de télécommunications¹⁶⁸, qui ont permis d'élargir le débat sur le rôle de la réglementation dans la promotion de la concurrence et de l'investissement dans ce secteur¹⁶⁹. Observant que « *l'essentiel de l'effort incombe à l'investissement privé* »¹⁷⁰ en matière de réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA) à haut débit et à large bande, la Commissaire souligne entre autres dans sa déclaration de politique générale le besoin de sécurité, d'une plus grande flexibilité et d'une certaine retenue en matière de réglementation des nouvelles technologies :

*« Il paraît évident que la politique réglementaire devrait constituer un catalyseur et non un obstacle à ces objectifs. Une réglementation stable dans le temps et cohérente dans l'ensemble de l'Europe peut favoriser une concurrence durable et des investissements rentables ».*¹⁷¹

communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (OJ L337/37, 18.12.2009).

¹⁶⁶ Voir par exemple Wolfgang Briglauer, « The impact of regulation and competition on the adoption of fiber-based broadband services: recent evidence from the European Union Member States », 46 *Journal of Regulatory Economics* 51-79 (2014).

¹⁶⁷ Commission européenne MEMO/12/554 « Renforcement de l'investissement dans le haut débit – déclaration de politique générale par Mme Kroes, vice-présidente de la Commission », publié le 12 juillet 2012.

¹⁶⁸ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/11/1147 « Stratégie numérique : consultations publiques sur l'accès aux réseaux de télécommunications », publié le 3 octobre 2011.

¹⁶⁹ MEMO/12/554.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

La déclaration de politique générale énonce ainsi sept principes directeurs pour l'élaboration des futures stratégies de réglementation à travers toute l'UE :

- L'exigence de règles homogènes pour assurer la concurrence, et garantir « un accès véritablement équivalent » aux réseaux historiques.
- La reconnaissance que l'excès d'intervention limite la flexibilité, de sorte que la réglementation devrait se concentrer sur les questions essentielles pour assurer une saine concurrence, en permettant de réduire l'intervention réglementaire dans d'autres domaines.
- La prise de conscience des effets directs et éventuellement indirects de la réglementation.
- Une méfiance à l'égard des « choix arbitraires » effectués dans le cadre de la politique des télécommunications et, partant, le besoin de neutralité technologique en matière réglementaire.
- Le besoin d'orienter les opérateurs de manière adéquate vers l'achat ou la construction grâce aux prix réglementés de l'accès de gros – notamment en incitant les autres opérateurs à créer leur propre infrastructure, lorsque cette solution est économiquement viable.
- Une réglementation stable et cohérente, en particulier pour assurer une certaine sécurité aux opérateurs – tout en maintenant la souplesse requise pour s'adapter aux éventuels changements de circonstances.
- La reconnaissance de la difficulté à déterminer si le prix de l'accès au réseau en cuivre peut stimuler les investissements dans les réseaux NGA.

Sur ce dernier point, la déclaration de politique générale définit le point de vue de la Commission en indiquant : « nous ne sommes pas convaincus qu'une baisse progressive des prix du cuivre pourrait stimuler les investissements dans les réseaux NGA. En effet, nous assistons désormais à une progression assez forte de l'investissement dans les réseaux en fibre optique dans certains États membres où les prix du cuivre se situent autour ou au-dessus de la moyenne de l'UE ». Ainsi, il semble que la Commission mesure mieux aujourd'hui – et privilégie autant que possible – les avantages d'une concurrence fondée sur les infrastructures plutôt que sur l'accès en matière de télécommunications. Ce nouveau positionnement, propre à stimuler l'investissement dans de nouvelles infrastructures, a reçu le vif soutien des représentants des opérateurs historiques et de leurs intérêts¹⁷², même si les opérateurs de télécommunications rivaux lui reprochent de porter préjudice à la concurrence existante¹⁷³.

La déclaration de politique générale a ensuite été complétée par une Recommandation (non contraignante) sur l'application du principe de non-discrimination au regard de l'accès de gros, et sur la

¹⁷² Voir le communiqué de presse ETNO, « ETNO reiterates support to Commission's announcement on a new regulatory environment for broadband investment and improve conditions for competitiveness », publié le 3 octobre 2012, <https://www.etno.eu/news/etno/2012/57>.

¹⁷³ Voir le communiqué de presse ECTA, « Vice-President Kroes turns her back on competition », publié le 12 juillet 2012, www.ectportal.com/en/PRESS/ECTA-Press-Releases/2012/Vice-President-Kroes-turns-her-back-on-competition/.

fixation réglementaire des tarifs d'accès.¹⁷⁴ Il est toutefois expressément indiqué que ces principes sont adoptés sans préjudice de l'imposition éventuelle d'une obligation de séparation fonctionnelle, ou de toute séparation sur une base volontaire en vertu de la directive 2002/19/CE.¹⁷⁵

La Commission a continué à lutter contre les ententes dans le secteur des télécommunications, agissant dans de nombreux cas en complément des exigences relatives à la libéralisation et à la dissociation. Dans l'affaire *Telekomunikacja Polska*, la Commission a sanctionné l'opérateur de télécommunications historique en Pologne pour refus constructif de fourniture contraire à l'article 102 TFUE¹⁷⁶. L'élément central du comportement anticoncurrentiel en cause était le refus répété de l'opérateur historique de fournir un accès de gros à son réseau pourtant prévu par la réglementation nationale en matière de télécommunications, en ayant recours à des manœuvres dilatoires et en imposant des conditions d'accès injustifiées. Son comportement a valu à *Telekomunikacja Polska* de se voir imposer une amende de plus de 127 millions EUR.¹⁷⁷

Dans l'affaire *Slovak Telekom*, la Commission a considéré que l'opérateur historique de télécommunications en République slovaque avait lui aussi violé l'article 102 TFUE en refusant d'accorder à ses concurrents un accès dégroupé à ses boucles locales. *Slovak Telekom* avait notamment refusé de transmettre aux autres opérateurs les informations sur les réseaux nécessaires au dégroupage des boucles locales ; réduit la portée de son obligation de procéder au dégroupage, se réservant ainsi des clients xDSL potentiels ; et défini de nouvelles conditions déloyales dans son offre de référence pour le dégroupage portant notamment sur la co-localisation, la qualification, la prévision, les réparations et les garanties bancaires. *Slovak Telekom* a aussi imposé une compression des marges en matière d'accès, en appliquant des tarifs qui empêchaient tout concurrent aussi efficace d'utiliser l'accès de gros pour reproduire les services à large bande au détail proposés par *Slovak Telekom* sans encourir de pertes. Le comportement abusif de *Slovak Telekom* lui a valu une amende de 38 838 000 EUR. En plus d'être tenue solidairement responsable de l'amende infligée à *Slovak Telekom*, une amende supplémentaire de 31 070 000 EUR a été infligée à la société mère de *Slovak Telekom*, *Deutsche Telekom*, qui avait déjà été sanctionnée pour une compression des marges sur les marchés du haut débit en Allemagne, en violation de l'article 102 TFUE¹⁷⁸.

Dans l'affaire *Telefónica/Portugal Telecom*, la Commission a interdit une clause de non concurrence entre les deux opérateurs historiques, qui a eu pour effet de morceler le marché des

¹⁷⁴ Recommandation de la Commission européenne sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit (C(2013) 5761 final), publiée le 11 septembre 2013.

¹⁷⁵ *Ibid.*, dix-huitième considérant.

¹⁷⁶ Voir Résumé de la décision de la Commission du 22 juin 2012 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*) (JO C 324/7, 9.11.2011).

¹⁷⁷ Pour une analyse plus approfondie, voir Eduardo Martinez Rivero, « *Telekomunikacja Polska*: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment », 3(1) *Journal of European Competition Law and Practice* 45 (2012).

¹⁷⁸ Aucune version publique de la décision n'est encore disponible ; un résumé est proposé dans le MEMO/14/590 de la Commission européenne « Antitrust: Commission decision on abusive conduct on Slovak broadband markets by *Slovak Telekom* and *Deutsche Telekom* - frequently asked questions » (en anglais uniquement), publié le 15 octobre 2014.

télécommunications, au mépris de l'article 101 TFUE. Des amendes de 66 894 000 EUR et 12 290 000 EUR ont été infligées à Telefónica et à Portugal Telecom respectivement¹⁷⁹.

Enfin, en juillet 2014, à la suite d'une enquête approfondie, la Commission européenne a autorisé le rachat d'E-Plus, la filiale allemande de télécommunications mobiles de l'opérateur téléphonique néerlandais KPN, par Telefónica Deutschland¹⁸⁰. Cette autorisation était subordonnée à la mise en œuvre intégrale d'une série d'engagements présentée par Telefónica. À l'origine, la Commission s'inquiétait du fait que la concentration aurait fait disparaître du marché allemand des télécommunications mobiles deux concurrents proches constituant des forces concurrentielles importantes, et que cette opération aurait encore affaibli la position des opérateurs de réseau mobile virtuel (ORMV) et des prestataires de services au détriment des consommateurs. Pour répondre à ces préoccupations, Telefónica a présenté des engagements garantissant que de nouveaux concurrents entreraient sur le marché allemand des télécommunications mobiles et que la position des concurrents existants serait renforcée. Ces engagements visent notamment à garantir, à court terme, l'entrée ou l'expansion de trois ORMV au maximum, qui entreront en concurrence avec l'entité issue de la concentration. Telefónica s'est donc engagée à céder, avant l'acquisition, jusqu'à 30 % de la capacité du réseau de l'entreprise issue de la concentration à un ou plusieurs ORMV (trois maximum) en Allemagne contre des paiements fixes, pour étendre ses accords de vente en gros existants avec les partenaires de Telefónica et d'E-Plus (à savoir les ORMV et les prestataires de services), et proposer à l'avenir des services 4G à tous les acteurs intéressés.

*Japon*¹⁸¹

Après une période de consolidation, les activités du secteur des télécommunications mobiles au Japon sont à présent concentrées autour de trois principaux acteurs. Dans ce marché par là même fortement oligopolistique, trois groupes d'entreprises offrent des plans de services à des tarifs identiques. En conséquence, la nécessité est reconnue de créer un cadre plus propice à la concurrence des ORMV – les opérateurs de télécommunications qui offrent des services mobiles grâce à un accès de gros au réseau fourni par un opérateur de réseau mobile, sans créer ni gérer de stations sans fil en propre. Face à cette situation, le ministère de l'Intérieur et des Communications a examiné des moyens de favoriser une concurrence loyale et de préserver les avantages dont jouissent les consommateurs de services de télécommunications mobiles. Il a dressé des orientations politiques en vue de veiller à ce que les ORMV aient un accès rapide et constant aux réseaux de télécommunications mobiles. Il préconise notamment l'élaboration de dispositions légales et réglementaires relatives à la séparation des réseaux de télécommunications mobiles qui sont pour l'heure prévus dans les orientations.

¹⁷⁹ Résumé de la décision de la Commission du 23 janvier 2013 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire COMP/39.839 – *Telefónica/Portugal Telecom*) (JO C 140/11, 18.5.2013).

¹⁸⁰ Voir le communiqué de presse de la Commission IP/14/771, « Concentrations : la Commission autorise le rachat d'E-Plus par Telefónica Deutschland sous réserve du respect de certaines conditions », publié le 2 juillet 2014.

¹⁸¹ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

*Lettonie*¹⁸²

La Lettonie a transposé le cadre réglementaire européen pour les télécommunications dans sa Loi sur les communications électroniques. Le secteur est surveillé par la Commission des services publics, qui est l'autorité réglementaire nationale compétente en matière de télécommunications, d'énergie et de transport. Le Conseil de la concurrence veille par ailleurs au respect du droit de la concurrence dans le secteur. Le marché des télécommunications fixes est partagé entre l'opérateur historique, LLC Lattelecom, et quelques opérateurs plus petits. Pour ce qui est des télécommunications mobiles, LMT (LLC Latvijas Mobilais Telefons), LLC Tele2, LLC BITE Latvija et LLC Telekom Baltija se partagent le marché. La concurrence dans le secteur letton des télécommunications est généralement bonne, avec des prix de détail parmi les plus bas de l'UE.

Nouvelle-Zélande

Le rapport de 2011 décrit la séparation opérationnelle (qui ne touche pas la structure de propriété) de l'opérateur historique privatisé en Nouvelle-Zélande, dont le nom était alors Telecom New Zealand, en trois divisions distinctes, correspondant aux activités de détail et de gros et à la gestion des infrastructures de réseau. En 2009, le gouvernement néo-zélandais publie officiellement son « initiative très haut débit », dont l'objectif est d'assurer une connexion très haut débit à 75 % des Néo-Zélandais d'ici à 2019, en mettant l'accent les premières années sur les écoles, les entreprises et les services de santé¹⁸³. La proposition comprend une série de partenariats public-privé, prévoyant que les investissements publics dans les réseaux de fibre optique sont gérés par une nouvelle société d'investissement d'État, Crown Fibre Holdings¹⁸⁴. L'initiative se fonde par ailleurs sur le principe que l'infrastructure financée (en partie) par l'État est libre d'accès et que les entreprises locales du secteur offrent un accès transparent et non discriminatoire à leurs infrastructures¹⁸⁵. Près de 1.35 milliard NZD de fonds publics ont été investis dans le projet.

Crown Fibre Holdings a ensuite établi des partenariats avec quatre entreprises privées pour développer des infrastructures à large bande à grande vitesse. La majorité des contrats (environ 70 %) ont été attribués à Chorus, la division chargée des infrastructures au sein de Telecom New Zealand, structure distincte sur le plan opérationnel. L'une des conditions de l'attribution était toutefois la séparation structurelle complète de Chorus du reste de Telecom New Zealand. La séparation formelle de Chorus a eu lieu le 1^{er} décembre 2011, avec son inscription à la bourse de Nouvelle-Zélande à titre de société distincte¹⁸⁶. Les autres divisions de services de Telecom New Zealand ont été regroupées sous le nom de Spark New Zealand au mois d'août 2014.

Initialement, il était prévu que les bâtisseurs d'infrastructure puissent bénéficier d'une « pause réglementaire », et ainsi soustraire les prix d'accès de gros à la surveillance réglementaire pendant la période d'instauration des partenariats public-privé. En réponse aux fortes pressions politiques exercées

¹⁸² Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹⁸³ Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, *Ultra-Fast Broadband Initiative. Overview of Initiative*, publié en septembre 2009, p. 1.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸⁶ Pour de plus amples informations sur Chorus, voir <https://www.chorus.co.nz/about-chorus/our-history/our-history>.

par les fournisseurs de services de télécommunications, cette stratégie de tolérance réglementaire a finalement été abandonnée et remplacée par des dispositions contractuelles de protection des bâtisseurs d'infrastructures, applicables en cas de réduction du prix de l'accès régulé¹⁸⁷. Bien que le projet ait été critiqué à ses débuts pour son taux de participation prétendument faible¹⁸⁸, en juin 2015 près de 54 % des zones de développement du projet étaient achevées, et plus de 106 000 utilisateurs étaient connectés¹⁸⁹. L'objectif du projet est de donner accès au très haut débit à 97.8 % des néo-zélandais d'ici la fin 2019¹⁹⁰. Les écarts de prix relatifs entre le câblage en cuivre et le câblage en fibre optique peuvent constituer un facteur important de migration, sachant qu'à ce jour, aucune mesure n'est prévue pour forcer les consommateurs à migrer vers le nouveau réseau. Le gouvernement néo-zélandais examine actuellement l'établissement des prix à long terme (après 2019).

*Fédération de Russie*¹⁹¹

En novembre 2014, la Fédération de Russie a adopté des règles en matière d'accès non discriminatoire aux télécommunications, qui imposent aux propriétaires des infrastructures d'assurer la connexion avec les systèmes de télécommunications. Ils sont également tenus d'enregistrer toutes les demandes d'accès. La mise en œuvre de ces dispositions a pour objectif de créer des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires dans le secteur des télécommunications ; de diminuer les risques de placement et de réduire notablement les obstacles à l'entrée de nouveaux participants sur le marché ; et de combler le « fossé numérique » entre les régions.

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a mis en œuvre (sur une base volontaire) la séparation fonctionnelle de BT, son opérateur historique de télécommunications, en 2006. Aux termes de son accord avec l'Ofcom, l'autorité de régulation des télécommunications du Royaume-Uni, BT a été séparé en divisions distinctes pour les activités de détail, de gros et d'accès, tout en demeurant au sein du plus vaste BT Group¹⁹². Bien que les effets à plus long terme de la séparation aient été contestés dans une certaine mesure¹⁹³, les commentateurs l'ont le plus souvent considérée comme une réussite¹⁹⁴. Par exemple, le prix moyen payé par les consommateurs britanniques pour des services à haut débit, qui était de 23.60 GBP par mois fin 2005, n'est plus que de 13.19 GBP par mois d'après des chiffres récents. Qui plus est, ces économies ne semblent pas avoir été préjudiciables à l'entreprise, le cours de l'action de BT ayant progressé après la séparation, contrairement à certaines prévisions. Les abonnements au haut débit ont également connu un

¹⁸⁷ Voir communiqué de presse du Ministère des Communications et des Technologies de l'information, « Regulatory forbearance to be replaced », publié le 18 mai 2011.

¹⁸⁸ Howell, p.13.

¹⁸⁹ Voir Ministère des Entreprises, de l'Innovation et de l'Emploi, *Broadband Deployment Update*, juin 2015.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

¹⁹² Voir l'analyse approfondie de ces mécanismes dans le rapport de 2011, pp. 83-85.

¹⁹³ Voir par exemple J. Gregory Sidak et Andrew P. Vassallo, « Did Separating Openreach from British Telecom Benefit Consumers? » 38 *World Competition* 38 31–76 (2015).

¹⁹⁴ Les chiffres qui suivent ont été soumis par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

essor important, attribuable dans une large mesure à la séparation de BT et d'OpenReach et à la mise en route du dégroupage de la boucle locale.

En novembre 2014, cependant, BT aurait contacté l'Ofcom pour étudier les possibilités d'intégrer ses activités de gros existantes à OpenReach, sa division de l'infrastructure. Le rapport indique que la proposition est motivée par une volonté de réduire les coûts généraux et par la baisse des recettes de vente de la division des services de gros. Les progrès technologiques, et notamment l'émergence de réseaux à haut débit par fibre optique, impliquent également que bon nombre de produits identiques sont aujourd'hui vendus par les deux divisions. Cela étant, le rapport relève une opposition probable des concurrents en aval à cette possible concentration, qui pourrait permettre à OpenReach de regrouper encore plus ses services et d'exploiter sa position de monopole actuelle¹⁹⁵.

États-Unis

Le secteur des télécommunications américain offre l'un des exemples les plus anciens et les plus marquants de séparation structurelle, avec l'éclatement de la vaste société AT&T par jugement convenu rendu en 1984¹⁹⁶. Cependant, comme le rapport de 2006 l'indique, les États-Unis ont par la suite renoncé à une stricte séparation structurelle des opérateurs ayant des liens verticaux¹⁹⁷. Après une série de fusions, le nombre d'exploitants régionaux associés à Bell (*Regional Bell Operation Companies*) est passé de sept au moment du désengagement de l'État à seulement trois aujourd'hui : Verizon, CenturyLink et AT&T (rebaptisée).

Le marché des télécommunications a changé de nature et met davantage l'accent sur les services Internet, qui sont également proposés par les câblodistributeurs parallèlement aux opérateurs de télécommunications fixes plus conventionnelles. En février 2014, Comcast, la plus grande entreprise de câblodistribution et le principal fournisseur de services Internet à domicile aux États-Unis, a annoncé son intention d'acquérir Time Warner Cable, le deuxième plus grand câblodistributeur du pays. Même s'il n'y avait pas de chevauchement direct entre les zones desservies par Comcast et Time Warner, la fusion s'est heurtée à une forte opposition réglementaire en raison du pouvoir de marché potentiel qu'elle aurait donné à l'entité combinée sur le marché de l'Internet à haut débit. On craignait notamment qu'après la fusion, Comcast puisse utiliser son pouvoir considérable sur le marché du haut débit pour perturber les services en ligne continus, qui font directement concurrence aux services classiques de télévision à péage par câble¹⁹⁸. En avril 2015, sur la base d'éléments donnant à penser que le ministère de la Justice s'apprêtait à bloquer la fusion sur le fondement de la législation antitrust, Comcast a annulé l'opération.¹⁹⁹

Par ailleurs, en février 2015, la Commission fédérale des communications (*Federal Communications Commission - F.C.C.*) a officiellement adopté une politique de « neutralité du

¹⁹⁵ Daily Telegraph, « BT plans to scrap £2.4bn Wholesale division », publié le 13 novembre 2014.

¹⁹⁶ *United States c. AT&T* 552 F. Supp. 131 (DDC, 1982); confirmée par l'affaire *Maryland c. United States*, 460 U.S. 1001 (1983).

¹⁹⁷ Rapport de 2006, p. 38-39.

¹⁹⁸ Forbes, « Comcast-TWC Merger Called Off Where Do These Companies Stand Now », publié le 28 avril 2015, www.forbes.com/sites/greatspeculations/2015/04/28/comcast-twc-merger-called-off-where-do-these-companies-stand-now/.

¹⁹⁹ New York Times, « Under Regulators' Scrutiny, Comcast and Time Warner Cable End Deal », publié le 24 avril 2015, www.nytimes.com/2015/04/25/business/media/comcast-time-warner-cable-deal.html.

réseau »²⁰⁰, qui aboutira à considérer les services Internet à haut débit comme un service public, au sens de la réglementation²⁰¹. Le point central de la neutralité du réseau est la volonté d'éviter un Internet « à deux vitesses » et d'appliquer le principe de non-discrimination à l'égard des tarifs et de l'accès à Internet entre les contenus et applications des concurrents. Les nouvelles règles couvrent les lignes fixes et les services de données mobiles pour smartphones et tablettes²⁰². Toutefois, l'adoption des règles n'a manifestement pas été unanime : les commissaires de la F.C.C. les ont adoptées par 3 voix contre 2 selon la ligne de leur parti, les deux représentants du Parti républicain ayant marqué leur désaccord²⁰³. Les règles détaillées qui définissent les exigences de la nouvelle politique ont été publiées en mars 2015²⁰⁴.

²⁰⁰ Le concept de « neutralité du réseau » a été introduit par le Professeur Tim Wu dans un article influent, « Network Neutrality, Broadband Discrimination », 2 *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 141 (2003).

²⁰¹ New York Times, « F.C.C. Approves Net Neutrality Rules, Classifying Broadband Internet Service as a Utility », publié le 26 février 2015, www.nytimes.com/2015/02/27/technology/net-neutrality-fcc-vote-internet-utility.html?_r=0.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Voir « *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet*, GN Docket No. 14-28, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order », publié le 12 mars 2015, disponible sur le site internet de la F.C.C.: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf.

Chapitre 3 – Les nouveaux secteurs d’application de la Recommandation

Le présent chapitre examine la possibilité d’appliquer la Recommandation dans certains secteurs intégrés verticalement (ou parfois horizontalement) qui n’ont pas été pris en compte dans le rapport de 2011 mais qui vont dans le sens du rapport de 2001. Dans les pays Membres, ces marchés potentiels sont généralement moins avancés en termes de déréglementation et de libéralisation que les secteurs plus établis examinés dans le chapitre précédent. Cependant, comme le montrent les données d’expérience ci-dessous, de nombreux pays se caractérisent par un certain degré de concurrence. Qui plus est, les problèmes de concurrence qui se sont posés ont donné l’occasion d’envisager des solutions structurelles et, à des degrés divers, de les mettre en œuvre. Ce chapitre a pour premier objectif de déterminer en termes généraux les éléments de concurrence – et autres – qui pourraient servir de base à une application éventuelle de la Recommandation dans ces secteurs. Il donne ensuite quelques exemples tirés des données empiriques disponibles de cas dans lesquels des mesures de séparation ont été envisagées et/ou imposées, avant de conclure par un bref aperçu des autres secteurs dans lesquels une séparation structurelle conforme à la Recommandation peut s’avérer appropriée dans certains cas.

3.1. Les services postaux

Beaucoup ont décrit de quelle façon et dans quelle mesure la concurrence peut (et devrait) être introduite dans le secteur postal²⁰⁵. Comme d’autres marchés des services d’utilité publique, le secteur postal est caractérisé par des éléments (possibles) de monopole naturel²⁰⁶, associés à des segments contestables. Le rapport de 2001 indique que « le monopole naturel, si tant est qu’il existe, apparaît dans la distribution locale régulière du courrier aux particuliers. Les segments restants dudit marché (collecte, tri, transport, courrier express et colis) sont tous potentiellement concurrentiels »²⁰⁷. D’autres aspects du secteur postal le rendent toutefois moins typique d’un marché de services publics : le secteur postal exige par exemple une main-d’œuvre particulièrement nombreuse²⁰⁸, alors que les services postaux sont aujourd’hui soumis à une forte concurrence des moyens de communication électroniques, s’agissant notamment de la distribution du courrier par rapport aux colis²⁰⁹. Bien que la libéralisation et la

²⁰⁵ Voir par exemple Michael A. Crew et Paul R. Kleindorfer (éd.), *Heightening Competition in the Postal and Delivery Sector*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010 ; Martin Cave, « Separation and Access Prices in Postal Services », 6 *Journal of Network Industries* 115 (2005) ; Christian Jaag, « Postal-sector policy: From Monopoly to Regulated Competition and Beyond », 31 *Utilities Policy* 266 (2014).

²⁰⁶ Le point de savoir si le secteur postal comprend véritablement des éléments de monopole naturel est contesté: une étude de la documentation figure dans Toufic M. El Masri, « Subadditivity and Contestability in the Postal Sector: Theory and Evidence », *University of Lüneburg Working Paper Series in Economics* No.195, publiée en février 2011.

²⁰⁷ Rapport de 2001, p. 51.

²⁰⁸ Jaag (2014), p. 266.

²⁰⁹ Voir Michael A. Crew et Paul R. Kleindorfer (eds.), *Reforming the Postal Sector in the Face of Electronic Competition*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

privatisation aient été engagées dans certains pays, dans d'autres, un prestataire sous régime de monopole d'État est toujours en place, au moins s'agissant des services d'acheminement des lettres. Cave, après avoir examiné les possibilités de concurrence dans le secteur postal, conclut ce qui suit :

Comparé à d'autres secteurs publics, le secteur postal a une structure de coûts différente, avec une part plus faible de capital et de coûts irrécupérables, ce qui facilite l'entrée de nouveaux arrivants. D'un autre côté, les structures monopolistiques héritées d'un secteur réservé, qui connaissent aujourd'hui un léger déclin dans de nombreux pays de l'OCDE, sont à l'origine de distorsions de concurrence qui peuvent justifier de rendre obligatoire l'accès à des éléments d'actifs qui sont difficiles à reproduire.²¹⁰

Cave précise en conclusion que bien que les données permettant d'évaluer les avantages de la séparation structurelle dans ce contexte ne soient pas faciles à obtenir (et restent d'ailleurs évasives dix ans après), « la question mérite d'être étudiée comme le suggère la Recommandation de l'OCDE »²¹¹.

Union européenne

Comme avec d'autres anciens secteurs monopolistiques, l'Union européenne s'est engagée dans une libéralisation progressive et harmonisée des marchés postaux en Europe. La première directive-cadre²¹² prévoyait l'adoption par les États membres de règles communes relatives à l'ouverture du marché et à la qualité des services dans le secteur postal (à terme). Les buts et objectifs sont définis à l'article premier :

Cette directive établit des règles communes concernant :

- la prestation d'un service postal universel au sein de la Communauté ;
- les critères définissant les services susceptibles d'être réservés aux prestataires du service universel et les conditions régissant la prestation des services non réservés, les principes tarifaires et la transparence des comptes pour la prestation du service universel ;
- la fixation de normes de qualité pour la prestation du service universel et la mise en place d'un système visant à assurer le respect de ces normes ;
- l'harmonisation des normes techniques ;
- la création d'autorités réglementaires nationales indépendantes.

Si la directive admettait que certains éléments du secteur postal étaient susceptibles d'être « réservés » du service universel (c'est-à-dire protégés de la concurrence), elle prévoyait aussi l'ouverture de segments non réservés. Ainsi, les États membres étaient autorisés à réserver les services suivants : « la levée, le tri, le transport et la distribution des envois de correspondance intérieure, que ce soit par courrier accéléré ou non, dont le prix est inférieur à cinq fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie normalisée la plus rapide, lorsqu'elle

²¹⁰ Cave (2005), p. 131.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15/14, 21.1.1998).

existe, pour autant que leur poids soit inférieur à 350 grammes »²¹³. Le courrier transfrontière et le publipostage pouvaient aussi être réservés dans les mêmes limites²¹⁴. La directive prescrivait au Parlement européen et au Conseil de prendre une décision, au plus tard le 1^{er} janvier 2000, sur « la poursuite de la libéralisation progressive et contrôlée du marché des services postaux, notamment en vue de la libéralisation du courrier transfrontière et du publipostage »²¹⁵.

En outre, pour améliorer la transparence et éviter toute atteinte à la concurrence par le jeu de subventions croisées²¹⁶, il était demandé aux prestataires du service universel de tenir dans leur comptabilité interne des comptes séparés au moins pour chacun des services compris dans le secteur réservé, d'une part, et pour les services non réservés, d'autre part²¹⁷. La directive prescrit également la création d'autorités réglementaires nationales pour le secteur postal dans chaque État membre, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux²¹⁸.

Le processus de libéralisation s'est poursuivi avec la deuxième directive postale²¹⁹, qui a réduit la limite de poids applicable aux services « réservés » aux prestataires du service universel :

*La limite de poids est fixée à 100 grammes à partir du 1^{er} janvier 2003 et à 50 grammes à partir du 1^{er} janvier 2006. Elle ne s'applique pas, à partir du 1^{er} janvier 2003, si le prix est égal ou supérieur à trois fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie la plus rapide et, à partir du 1^{er} janvier 2006, si le prix est égal ou supérieur à deux fois et demie ledit tarif.*²²⁰

Lorsque cela est nécessaire pour assurer la prestation du service universel, le publipostage et le courrier transfrontière sortant continuent à bénéficier de la même exemption des règles de la concurrence, en deçà des limites de poids et de prix applicables²²¹. La directive envisage également « l'achèvement du marché intérieur des services postaux » avant la fin 2009²²².

La troisième directive postale²²³ supprime le secteur « réservé » dans son intégralité. À la place, l'article 7 révisé de la directive-cadre dispose désormais : « Les États membres n'accordent pas ou ne maintiennent pas en vigueur de droits exclusifs ou spéciaux pour la mise en place et la prestation de

²¹³ Article 7, paragraphe 1, de la directive 97/67/CE.

²¹⁴ Article 7, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE.

²¹⁵ Article 7, paragraphe 3, de la directive 97/67/CE.

²¹⁶ Vingt-huitième considérant de la directive 97/67/CE.

²¹⁷ Article 14, paragraphe 2, de la directive 97/67/CE.

²¹⁸ Article 22 de la directive 97/67/CE.

²¹⁹ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (JO L 176/21, 5.7.2002).

²²⁰ Article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2002/39/CE.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (JO L 52/3, 27.2.2008).

services postaux »²²⁴. Les États membres ont la permission (à vrai dire, l'obligation) de fournir un service universel, y compris d'être indemnisés pour les services non rentables, pour autant qu'ils respectent la réglementation applicable à la passation de marchés publics²²⁵. Les États membres avaient l'obligation de transposer la directive avant la fin 2010²²⁶, même si certains nouveaux et petits États membres se sont vus accorder une dérogation aux dispositions de la directive jusqu'à la fin 2012²²⁷.

La séparation comptable des prestataires du service universel reste en vigueur, dans le but précis cette fois encore d'éviter les subventions croisées sur ces nouveaux marchés pleinement concurrentiels²²⁸. L'article 22 révisé de la directive-cadre indique par ailleurs explicitement que : « Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle des prestataires de services postaux veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part »²²⁹. Il a cependant été recommandé de modifier cette disposition pour rendre encore plus claire la nécessité d'une séparation structurelle entre les autorités des différents États membres qui régissent le secteur postal, à savoir : les autorités responsables de l'élaboration des politiques (un ou plusieurs ministères), les autorités réglementaires (une ou plusieurs autorités réglementaires nationales), et l'autorité chargée de surveiller la composition de l'actionnariat (si l'État possède un opérateur de services postaux)²³⁰.

Au 1^{er} mai 2013, les 28 États membres avaient tous adopté une législation transposant la troisième directive postale en droit national, à l'exception de Chypre²³¹ et de la Roumanie, mais aucun des 3 États membres de l'EEE, non-membres de l'EU, ne l'avait transposée²³².

²²⁴ Article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2008/6/CE.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Article 2 de la directive 2008/6/CE.

²²⁷ À savoir, la République tchèque, la Grèce, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Roumanie et la République slovaque. Voir article 3 de la directive 2008/6/CE.

²²⁸ Quarante-et-unième considérant de la directive 2008/6/CE.

²²⁹ Article 1^{er}, paragraphe 20, de la directive 2008/6/CE.

²³⁰ WIK-Consult, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013): Final Report. Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services*, publié en août 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/post/doc/studies/20130821_wik_md2013-final-report_en.pdf, p. 345.

²³¹ Note de la Turquie

Les informations figurant dans ce document qui font référence à « Chypre » concernent la partie méridionale de l'Île. Il n'y a pas d'autorité unique représentant à la fois les Chypriotes turcs et grecs sur l'Île. La Turquie reconnaît la République Turque de Chypre Nord (RTCN). Jusqu'à ce qu'une solution durable et équitable soit trouvée dans le cadre des Nations Unies, la Turquie maintiendra sa position sur la « question chypriote ».

Note de tous les États de l'Union européenne membres de l'OCDE et de la Commission européenne.

La République de Chypre est reconnue par tous les membres des Nations Unies sauf la Turquie. Les informations figurant dans ce document concernent la zone sous le contrôle effectif du gouvernement de la République de Chypre.

²³² *Ibid.*, p. i.

*Irlande*²³³

Conformément aux prescriptions de l'UE, le secteur postal en Irlande a été entièrement libéralisé le 2 août 2011. An Post, opérateur d'État historique et ancien titulaire de monopole, reste la plus grande entreprise postale du pays. An Post possède le principal réseau postal et l'infrastructure associée ; elle assume les fonctions fondamentales d'un opérateur postal et a été désignée, jusqu'en 2023, comme « prestataire du service postal universel » conformément à la Directive cadre modifiée de l'UE²³⁴. À cet égard, elle est régulée par la Commission for Communications Regulation (« ComReg »)²³⁵. En tant que prestataire du service postal universel, An Post est tenue de fournir ces services jusqu'en 2023, mais ils ne lui sont pas réservés et la concurrence est légalement possible même dans ce domaine.

Depuis la libéralisation, un petit nombre d'autres opérateurs sont entrés dans certains segments du marché irlandais. Toutefois, en dehors des services de courrier exprès et de messagerie, l'entrée dans d'autres segments de produits s'est avérée très limitée. On a constaté une entrée limitée dans le segment de marché des envois de correspondance, avec deux compagnies, CityPOST et Lettershop, qui servent des clients professionnels, mais seulement dans les grands centres urbains. Les nouveaux entrants se concentrent sur les envois professionnels en nombre, avec des services prépostaux et postaux pour l'envoi en masse d'objets de correspondance, de publipostage et de presse.

L'autorité de la concurrence irlandaise voit un certain nombre d'obstacles à la concurrence dans le secteur postal en Irlande. L'un d'eux est la question de la localisation des adresses postales. L'Irlande est le seul pays de l'UE qui ne possède pas de codes postaux, ce qui complique la tâche de situer le lieu géographique exact des adresses postales. An Post est propriétaire de la seule base de données complète d'adresses postales du pays, dénommée GeoDirectory. Il est toutefois prévu que chaque boîte à lettres dans le pays sera dotée d'un code unique à sept caractères, dans le cadre du futur National Postcode System, en 2015. Cette base de données accessible au public devrait favoriser l'entrée dans des segments de produits postaux dénués jusqu'à présent de concurrence.

Deuxièmement, An Post est le seul opérateur postal verticalement intégré à l'échelle nationale (Lettershop est verticalement intégré à Dublin). En outre, en tant que prestataire du service universel, dès lors que l'infrastructure nationale pour le courrier grand public est présente, An Post bénéficie d'économies de gamme substantielles avec le courrier professionnel. Tous les opérateurs postaux autorisés ont le droit d'accéder au réseau postal du prestataire du service universel dans le cadre des « arrangements d'accès en aval », qui sont des accords commerciaux entre An Post et les prestataires postaux non chargés du service universel. ComReg n'a qu'un rôle de résolution des différends ou de médiateur en ce qui concerne ces arrangements. Les prestataires postaux non chargés du service universel peuvent aussi acheter des services universels et autres produits d'An Post ou négocier avec An Post un accord d'utilisateur pour accéder à son réseau. La séparation structurelle n'est pas envisagée à l'heure actuelle dans le secteur postal.

En octobre 2014, à la suite d'un certain nombre de plaintes, l'Autorité de la concurrence a pris une décision répressive contre An Post concernant son système de tarification zonale pour les utilisateurs de

²³³ Les informations pour cette section ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

²³⁴ D'autres informations concernant An Post sont disponibles sur son site Web : www.anpost.ie/AnPost/.

²³⁵ D'autres informations concernant ComReg sont disponibles sur son site Web: www.comreg.ie/.

son produit « Services de publications »²³⁶. Ce produit est proposé aux éditeurs de journaux, magazines et autres périodiques qui postent plus de 100 exemplaires dans un même envoi. D'après l'Autorité de la concurrence, entre mars 2012 et février 2013, ce dispositif tarifaire a été mis en œuvre d'une manière équivalant par son effet à l'attribution d'une remise d'exclusivité. Eu égard à la position probablement dominante d'An Post sur le marché de la livraison par la poste de journaux ou périodiques présentés en vrac, l'application de ce dispositif tarifaire était susceptible de contrevenir à la section 5 de la loi irlandaise sur la concurrence de 2002 et à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'Autorité a toutefois admis que les procédures corrigées introduites en février 2013 par An Post pour l'application du dispositif de tarification zonale répondaient aux préoccupations en matière de concurrence qui avaient été mises en lumière et ainsi a clos son investigation sans envisager d'autre action.

*Lettonie*²³⁷

La Lettonie a transposé les exigences du cadre réglementaire de l'UE pour le secteur postal et le marché postal a été entièrement ouvert à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 2013. Le fournisseur de services historique, SJSC Latvijas Pasts, est une entreprise appartenant en totalité à l'État. Les services postaux sont considérés comme d'intérêt économique général et, à ce titre, sont soumis à la régulation d'une autorité générale indépendante, la Commission des services d'utilité publique, qui supervise la conformité des opérateurs de services postaux à leurs conditions d'autorisation et à des exigences de qualité spécifiques. Aux termes de la Loi sur la poste, il est permis aux entreprises postales d'accéder à l'infrastructure postale d'autres compagnies de ce secteur si elles peuvent conclure un accord sur la rémunération et sur les conditions de collecte, distribution ou retour des objets postaux.

Le régulateur tient un registre des entreprises postales autorisées ; toute entreprise titulaire d'une autorisation générale a le droit de fournir tout type de service postal dans tous les segments de marché. Toutefois, fin 2013, environ la moitié des entreprises autorisées à fournir des services postaux n'étaient pas actives sur le marché et les nouveaux entrants se concentrent généralement sur les segments de marché les plus rentables, comme les services de courrier exprès et de messagerie. En outre, la plupart des nouveaux entrants n'opèrent que dans certaines régions ou villes. À la fin de 2013, par exemple, seulement huit entreprises offraient des services traditionnels dans le secteur postal.

Suède

La Suède a été le premier pays d'Europe à libéraliser complètement son marché postal, en 1993, plusieurs années avant que d'autres États membres commencent à le faire²³⁸. Il n'existe pas d'accès en aval réglementé au réseau de distribution de l'opérateur historique de services postaux (anciennement Posten) pour les concurrents²³⁹. Néanmoins, CityMail, concurrent direct de l'opérateur historique, offre un exemple notable de concurrence de bout en bout. En entrant sur le marché, CityMail a choisi un modèle d'entreprise très sélectif comprenant : (i) une petite gamme de produits (courrier en nombre pré-

²³⁶ Enforcement Decision Series (E/14/001), Decision of the Competition Authority (Case COM/13/005), *Alleged anti-competitive conduct by An Post in the market for bulk distribution of pre-sorted publications by post in the State*, publiée en octobre 2014.

²³⁷ Les informations qui suivent ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

²³⁸ WIK-Consult (2013), p. 40.

²³⁹ *Ibid.*

trié) ; (ii) une faible fréquence de distribution ; et (iii) une concentration géographique sur les zones les plus densément peuplées. Cette entreprise vise principalement les plus grands envoyeurs en nombre capables de pré-trier le courrier au niveau des tournées, offrant ainsi ses services à des prix plus bas que ceux de Posten. CityMail a commencé par desservir seulement Stockholm, mais s'est ensuite étendue à d'autres zones urbaines. En outre, elle n'assure une distribution que tous les trois jours ouvrés²⁴⁰. Jaag conclut que le secret de son succès réside dans « un modèle d'entreprise très sélectif qui ne s'attache à pénétrer que les segments de marché les plus attrayants »²⁴¹. D'un autre côté, bien que CityMail ait réussi à doubler sa part de marché depuis 2001, elle a encore des difficultés à assurer sa rentabilité et dépend du soutien financier de son propriétaire, Posten Norge (Poste norvégienne)²⁴².

En juin 2009, Posten et Post Danmark ont opéré leur fusion, créant la société Posten Norden AB. Posten Norden est une société par actions suédoise appartenant pour 60 % à l'État suédois et pour 40 % à l'État danois²⁴³.

Royaume-Uni

Comme l'indique le rapport de 2006, le service postal au Royaume-Uni a été complètement ouvert à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 2006²⁴⁴. Conformément à la Loi sur les services postaux de 2011, l'opérateur de services postaux historique, Royal Mail, a été privatisé. Une majorité de ses actions ont été introduites à la cote du London Stock Exchange en octobre 2013, mais l'État conserve une part de 30 % dans cette société. Avant la privatisation, une compagnie postale de vente au détail, Post Office Ltd, a été créée de manière séparée pour offrir un large éventail de produits, allant des timbres-poste à des services bancaires, à travers son réseau national de bureaux de poste. Lors de la privatisation, Post Office Ltd est restée propriété publique et est maintenant détenue par la Post Services Holding Company Ltd, qui possède aussi la part publique de 30 % dans Royal Mail. L'ancien régulateur postal, Postcomm, a été incorporé au régulateur général des communications, Ofcom, en vertu de la Loi de 2011.

3.2 Les ports

Le rapport de 2001 note que le secteur des ports pourrait soulever des questions de séparation structurelle mais sans approfondir l'analyse²⁴⁵. Les ports présentent un certain degré d'intégration verticale, dans la mesure où il est nécessaire d'avoir accès à l'infrastructure portuaire, telle que les terminaux, pour pouvoir fournir les services correspondants comme la manutention. En outre, l'accès aussi bien à l'infrastructure qu'aux services est nécessaire pour les services de transport, maritimes ou terrestres (routiers ou ferroviaires), associés. Dans la plupart des territoires juridiques, l'infrastructure portuaire reste sous propriété publique, même si tout ou partie des services portuaires et des services de transport maritime, routier ou ferroviaire peuvent être privatisés.

²⁴⁰ Jaag (2014), p. 270.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² WIK-Consult (2013), p. 42.

²⁴³ WIK-Consult (2013), p. 40.

²⁴⁴ Rapport de 2006, pp. 27-28.

²⁴⁵ Rapport de 2001, p. 29.

Les ports opèrent selon un certain nombre de modèles distincts²⁴⁶. Dans le modèle des services, l'autorité portuaire possède, entretient et exploite chacun des actifs existants, offrant la gamme complète des services nécessaires au fonctionnement du port. Dans le modèle des outils, l'autorité portuaire possède, développe et entretient l'infrastructure portuaire et son personnel est chargé d'assurer le fonctionnement de tous les équipements appartenant à l'autorité, mais la manutention du fret est habituellement sous-traitée à des entreprises privées. Dans le modèle du propriétaire, l'autorité portuaire agit en organisme régulateur et en propriétaire foncier, tandis que les opérations portuaires sont réalisées par des entreprises privées. Enfin, la « forme la plus extrême de réforme des ports »²⁴⁷ est la privatisation complète de l'infrastructure et des services portuaires, qui souvent revêt ensuite la forme d'un port privé exploité suivant le modèle des services.

Le modèle du propriétaire est aujourd'hui l'approche prédominante pour l'exploitation et la régulation des ports de taille moyenne ou grande dans la plupart des économies développées²⁴⁸. En un sens, le modèle du propriétaire contient certains éléments de quasi-séparation structurelle. Dans ce modèle, l'autorité portuaire (typiquement, un organisme public) n'assure que des activités fondamentales d'infrastructure tandis que des entreprises privées fournissent sous contrat des éléments plus disputables comme la manutention, le dragage ou le remorquage²⁴⁹. Les ports hanséatiques d'Anvers, de Rotterdam, Brême, Bremerhaven et Hambourg, cinq ports universels en intense concurrence pour le trafic en Europe nord-occidentale, illustrent dans la pratique le modèle du propriétaire. Chacun d'eux opère selon le mode du partenariat public-privé où l'entité publique ne se charge que de : fixer le cadre juridique et les orientations de développement du port ; fournir l'infrastructure portuaire ; administrer et mettre en location les terrains publics ; et réguler et surveiller les mouvements des navires. Toutes les autres activités portuaires essentielles comme la manutention, le stockage et la distribution physique du fret sont effectuées par le secteur privé²⁵⁰. Dans son examen des structures de gestion des ports, la Banque mondiale conclut que le modèle du propriétaire est généralement efficient, dans la mesure où il permet d'adapter rapidement l'infrastructure portuaire à l'évolution des besoins du commerce mondial en tout rendant possible une concurrence dans le port entre différents prestataires, pour presque chacun des services aux navires, aux passagers ou au fret, si le trafic est d'ampleur suffisante²⁵¹.

La question de la concurrence dans les ports ou entre les ports est complexe. La concurrence entre les ports trouve un terrain plus favorable dans les régions où aucun d'entre eux ne possède un important avantage de coût par rapport aux autres, de telle sorte que les ports en question opèrent dans le même marché géographique²⁵². À l'intérieur de l'UE, par exemple, la Commission européenne a statué que les ports d'Europe du Nord, d'un côté, et les ports de Méditerranée, de l'autre, constituent dans l'un et l'autre cas un marché pertinent pour les services des lignes de transport de fret, rejetant les arguments

²⁴⁶ Voir Banque mondiale, « Module 3: Alternative Port Management Structures and Ownership Models », dans *Port Reform Toolkit*, 2^e éd. (2007), accessible en ligne à www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/03_TOOLKIT_Module3.pdf, pp.81-83.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 83.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 82.

²⁴⁹ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, p. 106.

²⁵⁰ Banque mondiale (2007), p. 110.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 110.

²⁵² OCDE, *Competition in Ports and Port Services*, [DAF/COMP\(2011\)14](https://doi.org/10.1787/DAF/COMP(2011)14) (2011), p. 10.

présentés par des transporteurs maritimes de conteneurs qui opéraient une fusion, suivant lesquels ces deux groupes de ports constituaient désormais un unique marché du fait de l'amélioration des transports terrestres²⁵³. Un port donné est supposé puissant sur le marché notamment s'il détient durablement une forte part de marché, s'il existe de fortes barrières à l'entrée et en l'absence d'une contre-puissance significative des acheteurs²⁵⁴. Dans certains ports (en particulier les ports de vrac), il peut y avoir quelques grands clients susceptibles d'exercer un contre-pouvoir ; dans d'autres cas (en particulier les ports urbains à conteneurs) l'absence d'un tel contre-pouvoir peut doter les autorités portuaires d'une puissance de marché significative s'il n'y a pas de régulation²⁵⁵. Les principales formes d'abus de position dominante découlant de l'existence de cette puissance de marché sont l'application de prix excessifs et/ou le refus de fournir, la vente liée ou groupée posant aussi des problèmes sur certains marchés²⁵⁶.

Dans sa Table ronde de 2011 sur la concurrence dans le secteur portuaire [DAF/COMP(2011)14], l'OCDE examine l'utilisation possible de la séparation structurelle pour atténuer les problèmes en matière de concurrence sur ces marchés :

Une option pour répondre aux préoccupations concernant la puissance de marché consiste à mettre en œuvre des mesures créant une situation où un port ne serait plus considéré comme étant en position dominante. Ce n'est faisable que quand il existe une possibilité physique de diviser les composantes de ce que l'on a jugé être le marché pertinent. Par exemple, si l'on conclut qu'un port ne comprenant qu'un seul terminal est le marché pertinent, il peut s'avérer impossible de réduire ce degré de domination. Quand il existe des possibilités de division, cela peut avoir lieu entre des ports ou à l'intérieur d'un port donné.

Si l'on a conclu qu'un marché comprend plusieurs ports concurrents et qu'une certaine entité possède tout ou partie de chacun d'entre eux, une option pour réduire la domination peut consister à imposer la cession de tel ou tel port. Beaucoup de grands ports ont des terminaux distincts, ce qui offre certaines possibilités de diviser la propriété de ces terminaux. Ainsi, si l'on juge qu'un port est en position dominante et que cela soulève des préoccupations, une séparation de la propriété de différents terminaux peut contribuer à remédier aux problèmes en matière de concurrence.

Cela requiert que les terminaux que l'on sépare exercent les uns sur les autres un certain degré de concurrence et donc qu'ils soient capables de traiter les mêmes types de clientèle ou de produits de base

²⁵³ Case No IV/M.831 – P&O/Royal Nedlloyd, 19 décembre 1996 ; Case No IV/M.1474 – Maersk/Safmarine, 7 mai 1999. Voir aussi Russell Pittman, « Competition Issues in Restructuring Ports and Railways, Including Brief Consideration of these Sectors in India », *International Journal of Regulation and Governance*, 9:2 (décembre 2009).

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

²⁵⁵ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, p. 207.

²⁵⁶ OCDE (2011), p. 11.

...En dehors de la séparation structurelle, une autre possibilité est la régulation de l'accès, qui peut contribuer à limiter le risque de discrimination quand un port est une entité verticalement intégrée possédant des intérêts en aval²⁵⁷.

Une autre question d'importance croissante est l'exploitation d'installations de terminaux portuaires par de grands utilisateurs tels que des compagnies maritimes ou de grands importateurs/exportateurs²⁵⁸. Dans le port de Barcelone, par exemple, un nouveau terminal de ferries est exploité par Grimaldi Lines, compagnie maritime qui a aussi diverses lignes de passagers à partir de ce port²⁵⁹. Même si de grands clients en aval pourraient contrebalancer la puissance de marché potentielle des opérateurs portuaires, l'intégration verticale entre les fonctions d'opérateur et d'utilisateur fait craindre une possibilité d'éviction, c'est-à-dire que les opérateurs de terminaux pratiquent une discrimination contre les compagnies qui leur font concurrence sur les marchés en aval. Ce genre de situation peut résulter de la création de nouvelles installations portuaires ou, comme on l'évoque dans le cas de l'Australie ci-dessous, de la privatisation d'installations existantes.

Australie

Les grands ports australiens ont fait l'objet d'une réforme (même si ce n'est pas une séparation verticale en bonne et due forme), suivant laquelle les autorités portuaires agissent typiquement en propriétaires pour des fournisseurs de services concurrents sans offrir directement ces services²⁶⁰. Ces réformes portuaires ont entraîné la transformation des ports en sociétés commerciales dans tous les États et dans les Territoires du Nord ; en outre, certains ports ont été privatisés alors que d'autres restent propriété publique²⁶¹.

En vertu de la Partie VIIA du *Competition and Consumer Act 2010*, l'ACCC suit l'évolution des prix, des coûts et des profits des opérateurs de manutention de conteneurs, installés dans les ports d'Adelaide, Brisbane, Burnie, Fremantle, Melbourne et Sydney. Son dernier rapport de suivi indique une concurrence accrue dans la manutention des conteneurs avec l'entrée sur le marché d'un troisième concurrent dans certains ports, ce qui a produit des effets bénéfiques pour les utilisateurs des services de manutention et pour la collectivité australienne en général²⁶². Une productivité accrue, une baisse des prix moyens et un investissement considérable dans les terminaux de conteneurs figurent parmi ces effets bénéfiques qui devraient en outre, d'après le rapport, se répercuter favorablement chez les consommateurs et chez les exportateurs australiens sous la forme d'importations moins chères et de coûts plus bas. Toutefois, le rapport met ensuite en lumière les défis à surmonter par les nouveaux entrants dans ces activités – dont certains résultent de l'économie de cette industrie, tandis que d'autres peuvent être liés aux arrangements existants. Le rapport note certains risques pour la poursuite de performances positives dans ces secteurs, dont le plus important à cet égard est l'impact des privatisations de ports.

²⁵⁷ OCDE (2011), pp. 12-13.

²⁵⁸ Voir aussi la discussion dans OCDE (2011), pp. 271-299.

²⁵⁹ María Cabrera, Ancor Suárez-Alemán et Lourdes Trujillo, « Public Private Partnerships in Spanish Ports: Current Status and Future Prospects », 32 *Utilities Policy* 1 (2015), particulièrement p. 8.

²⁶⁰ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, p. 191.

²⁶¹ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, pp. 206-207.

²⁶² ACCC, *Container Stevedoring Monitoring Report No.16*, publié en octobre 2014, accessible en ligne à <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20stevedoring%20report%202014.pdf>.

*L'adjudication de baux pour l'exploitation des ports rappelle à point nommé aux gouvernements les principes des privatisations exposés dans la politique nationale de la concurrence. Il est important que ces cessions prennent en compte l'objectif de promouvoir la concurrence et les gouvernements devraient réfléchir à la nécessité d'une régulation économique des actifs monopolistiques. Il existe des craintes sérieuses que la cession des ports, si elle n'est pas convenablement gérée, conduisent à des coûts plus élevés pour les manutentionnaires de conteneurs et autres utilisateurs des ports et finalement pour les consommateurs et les exportateurs*²⁶³.

Un examen récent de la politique nationale de la concurrence présente en outre des éléments anecdotiques indiquant que certains ports ont été privatisés, ou que leur privatisation a été envisagée, avec la mise en place de restrictions de la concurrence afin d'élever le prix des cessions. Le rapport signale les dommages potentiels pour la concurrence liés à la privatisation d'entités monopolistiques intégrées²⁶⁴.

Ainsi, l'ACCC recommande que la cession d'actifs portuaires promeuve, si possible, la concurrence, par exemple en séparant, et non en intégrant, des installations potentiellement concurrentes et en évitant les dispositions anticoncurrentielles dans les contrats avec les adjudicataires. Cet organisme note que les grands ports à conteneurs sont typiquement des actifs monopolistiques ou quasi monopolistiques, de telle sorte que leurs opérateurs publics ou privés sont généralement puissants sur le marché. L'ACCC avance qu'une régulation est probablement nécessaire, quand on privatise ces actifs, s'il n'existe qu'un seul port sur le marché considéré ou si l'exploitant d'un port opère dans un marché en aval ou est susceptible d'y entrer. Cela peut impliquer une régulation pour l'accès des tiers quand l'accès à un service monopolistique est nécessaire pour participer à la concurrence sur des marchés en amont ou en aval²⁶⁵. Un des exemples d'introduction d'une régulation pour l'accès des tiers dans le domaine portuaire est le *Port Terminal Access (Bulk Wheat) Code of Conduct*, qui régit le comportement des fournisseurs de services de terminaux portuaires de manière à ce que les exportateurs de blé en vrac disposent d'un accès équitable et transparent aux services de ces terminaux. Ce Code, et le régime d'engagements en matière d'accès qui l'a précédé, ont été établis en particulier pour répondre aux préoccupations concernant les possibilités, pour les opérateurs portuaires qui étaient aussi des exportateurs de blé, de refuser à leurs concurrents exportateurs l'accès au port ou de limiter cet accès.

Tout en exprimant des préoccupations concernant les problèmes en matière de concurrence susceptibles de résulter d'une intégration structurelle, l'ACCC suggère qu'une amélioration des connexions terrestres, augmentant les flux de fret, pourrait avoir des effets bénéfiques. Dans son rapport de suivi de 2014 sur la manutention des conteneurs, l'ACCC reconnaît qu'il existe peut-être un potentiel de gains de productivité, par des initiatives tendant à harmoniser les incitations à l'intention des participants de la chaîne logistique (par exemple, entreprises de manutention, entreprises de camionnage, dépôts de conteneurs vides et autres fournisseurs de services).

²⁶³ *Ibid.*, p. vii.

²⁶⁴ *The Australian Government Competition Policy Review*, Rapport de mars 2015, p. 207.

²⁶⁵ Document de l'ACCC daté du 25 juin 2014 soumis à l'*Australian Government Competition Policy Review*, pp. 7, 35-38.

Chili

Le secteur portuaire chilien a été réformé en 1997 par la Loi n° 19.542/1997, qui a remplacé la compagnie portuaire existante Emporchi, propriété de l'État, par dix entreprises distinctes, elles aussi publiques, chacune étant chargée de l'exploitation d'un seul port appartenant à l'État. Chacune de ces compagnies a pour principale tâche d'attribuer les installations portuaires dans le cadre de concessions, avec deux modèles autorisés : un système mono-opérateur, qui permet l'intégration verticale entre le concessionnaire de services portuaires et les services d'appui dans la zone de docks et un système multi-opérateur qui permet à différentes compagnies de fournir ces services d'appui²⁶⁶.

En 1998, trois grandes compagnies portuaires ont demandé à l'Autorité de la concurrence chilienne de réexaminer les conditions de la concurrence pour l'adjudication des installations portuaires dans les trois principaux ports du pays, à savoir Valparaíso, San Antonio et Talcahuano-San Vicente, qui ensemble représentent 60 % du fret total transféré par les ports chiliens. Ces trois compagnies avaient opté pour un modèle mono-opérateur. Pour l'évaluation des soumissions, l'Autorité de la concurrence imposa de strictes limites à l'intégration horizontale et verticale. En ce qui concerne l'intégration horizontale, elle interdisait à tout groupe de sociétés possédant plus de 15 % de la société concessionnaire d'un front d'amarrage d'être propriétaire, directement ou indirectement, de plus de 15 % d'une autre société concessionnaire d'un front d'amarrage dans un port public, ou d'un port privé, dans la même région. En ce qui concerne l'intégration verticale, elle décida que les « utilisateurs concernés » (définis comme les compagnies qui transfèrent d'importantes quantités de fret dans la région en question) n'étaient pas autorisés à posséder plus de 40 % des droits dans une société concessionnaire correspondante. Ces plafonds ont été contestés à l'époque de la décision, mais ils ont été finalement confirmés. Toutefois, en 2006, le Tribunal de la concurrence a accepté d'élever à 60 % la limite dans le cas de l'intégration verticale pour le port de San Antonio. D'autres concessions ont été autorisées les années suivantes, notamment dans les ports d'Iquique, Antofagasta et Arica²⁶⁷.

En mai 2011, une concession a été attribuée pour un deuxième terminal à San Antonio, qui a créé une concurrence intra-portuaire privée pour la première fois au Chili. En particulier, le concessionnaire existant pour le front d'amarrage concurrent dans le port n'a pas été autorisé à participer à l'appel d'offres²⁶⁸.

Union européenne

À l'heure actuelle, il n'existe pas de législation au niveau de l'UE qui impose ou régit la libéralisation des services portuaires dans les États membres. Des tentatives antérieures de la Commission européenne d'introduire une législation de ce genre en 2001 et en 2004 ont été rejetées, comme étant indûment prescriptives, de champ trop étroit et juridiquement incertaines²⁶⁹.

²⁶⁶ OCDE (2011), p. 109.

²⁶⁷ OCDE (2011), pp. 111-112.

²⁶⁸ OCDE (2011), pp. 114-116.

²⁶⁹ OCDE (2011), p. 280.

Toutefois, en mai 2013, la Commission a à nouveau présenté une proposition de règlement sur les services portuaires²⁷⁰. La législation proposée imposerait aux organismes gestionnaires des ports, entre autres, des exigences concernant l'accès au marché ainsi que la transparence financière. Pour le moment, cette proposition de règlement suit son cours dans le processus législatif.

Irlande

En 2013, l'Autorité de la concurrence irlandaise a réalisé une étude pour évaluer le degré de concurrence dans le secteur portuaire du pays²⁷¹. Tous les ports importants en Irlande, à l'exception d'un seul, sont propriété de l'État ; ils sont en majorité exploités suivant le « modèle du propriétaire ». La concurrence entre ports est limitée et l'étude est donc axée sur le potentiel de concurrence intra-portuaire, en particulier dans le port de Dublin, qui est le plus grand du pays. Il en est ressorti deux recommandations clés pour faciliter la concurrence intra-portuaire concernant, d'une part, les baux et les licences pour les terminaux de conteneurs à levage vertical et, d'autre part, la délivrance de licences aux entreprises de manutention dans l'ensemble des ports irlandais.

Il existe trois terminaux de conteneurs à levage vertical distincts dans le port de Dublin, qui sont déjà structurellement séparés et exploités par des entités privées dans le cadre d'accords de location et de licences. L'étude conclut toutefois que ces accords ont une durée de validité exceptionnellement longue — par exemple, il restait encore 110 années de bail pour un des terminaux — et que cela peut restreindre la concurrence en limitant sévèrement les possibilités d'entrées nouvelles. L'Autorité de la concurrence a recommandé que la Dublin Port Company envisage de réduire la durée de ces baux afin de remédier à leurs effets anticoncurrentiels, et que les futurs baux et licences pour les terminaux soient de plus courte durée et attribués de manière équitable, raisonnable et non discriminatoire.

En outre, bien que les services de manutention dans le port de Dublin soient de manière similaire séparés de la propriété du port et de l'exploitation des terminaux, il n'existe que deux licences de manutention « générale », qui toutes deux contiennent une clause permettant le renouvellement répété de ces licences au gré de leurs titulaires et en des termes identiques. L'étude recommande, au lieu de cela, que les licences de manutention générale soient attribuées aux candidats de manière équitable, raisonnable et non discriminatoire ou par un appel d'offres. Il devrait aussi y avoir un plus grand nombre de licences d'auto-manutention.

Les pratiques restrictives mises en lumière dans l'étude donnent à penser que, même quand il existe un certain degré de séparation structurelle dans un site, la nature particulière des baux et des licences dans le cadre desquels opèrent les fournisseurs de services en aval peut avoir pour effet de d'atténuer les effets bénéfiques de la séparation.

²⁷⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports* (COM(2013) 296 final), publiée le 23 mai 2013.

²⁷¹ The Competition Authority, *Competition in the Irish Ports Sector*, publié en novembre 2013, accessible en ligne à www.tca.ie/images/uploaded/documents/Ports%20Study%202013.pdf.

*Lettonie*²⁷²

Les activités économiques dans le secteur portuaire de la Lettonie sont entièrement ouvertes à la concurrence. Les ports opèrent suivant le modèle du propriétaire. Les autorités portuaires sont des organismes publics sans but lucratif établies par la municipalité concernée ; elles sont chargées, entre autres, de fixer les redevances portuaires et les plafonds tarifaires, de la lutte contre la pollution, de la sûreté de la navigation, de la gestion de l'infrastructure portuaire et de la perception des redevances portuaires et des loyers fonciers. Toutes les activités économiques, telles que la manutention de fret, le stockage, le mazoutage, le dragage, les services aux passagers, la collecte des déchets d'exploitation des navires et des résidus de cargaison, le remorquage, etc., sont ouvertes à une libre concurrence. Le Conseil national de la concurrence veille à la conformité à la législation de la concurrence.

Pérou

Les contrats de concession constituent le mécanisme typique de régulation dans le secteur portuaire au Pérou. La plus grande partie de l'infrastructure portuaire est placée sous la supervision de l'OSITRAN, organisme public chargé de réguler le fonctionnement de toute l'infrastructure des transports publics. La régulation des tarifs et la séparation comptable sont les principaux mécanismes réglementaires appliqués par l'OSITRAN dans ces secteurs. À l'heure actuelle, sept terminaux portuaires exploités par diverses compagnies privées sont soumis à la supervision de l'OSITRAN. Par ailleurs, un certain nombre de terminaux sont administrés par l'Entreprise nationale des ports, qui est propriété de l'État, et la concurrence intra-portuaire apparaît dans ce cas plus problématique. Entre 2011 et 2014, l'autorité de la concurrence péruvienne (Indecopi) a réalisé une évaluation de la concurrence dans les services portuaires du pays, avec la conclusion qu'environ 65 % des services examinés étaient soumis à un certain degré de concurrence. Globalement, cette étude a montré que les services en rapport avec le fret étaient généralement concurrentiels tandis que les services aux navires l'étaient moins.

Suisse

Bien que le pays soit entouré de terres, la Suisse a, par le Rhin, un accès garanti à la mer. Le secteur portuaire suisse a connu ces dernières années un regroupement important en termes d'intégration horizontale. Le principal port fluvial du pays, « Ports rhénans suisses », est né de la fusion des quatre ports de Bâle en 2008, destinée à affermir leur position sur le marché, à promouvoir le trafic fluvial rhénan et à exploiter les synergies résultant de cette coopération.

Turquie

Une grande partie des grands ports de fret en Turquie ont été récemment privatisés ou sont en cours de privatisation. Dans son avis concernant la structure du processus de privatisation, le Conseil turc de la concurrence a recommandé qu'il ne soit pas permis à un même acheteur d'acquérir à la fois les ports de Mersin et d'Iskenderun, étant donné qu'ils sont situés dans le même marché géographique et que le port de Mersin détient une forte part de marché dans certains segments. Toutefois, le Haut conseil de la privatisation (organisme public décisionnaire pour le processus de privatisation) ayant contesté cet avis, le Conseil de la concurrence a révisé son opinion pour prendre en compte de nouveaux projets d'investissement portuaire en préparation par le secteur public et le secteur privé et a choisi de ne pas recommander une séparation. Il a toutefois préconisé que les spécifications de l'appel d'offres pour la

²⁷²

Les informations pour cette section ont été soumises par le pays lors de la réunion de l'OCDE de 2014 concernant la séparation structurelle.

privatisation d'Iskenderun comprennent un investissement dans la maintenance des conteneurs afin de développer la capacité du port et rendre possible la concurrence avec le port de Mersin²⁷³.

De même, s'agissant de la privatisation des ports d'İzmir et de Mersin, le Conseil de la concurrence a recommandé, afin de développer la concurrence intra-portuaire, que les quais dans ces ports soient divisés en différentes composantes en vue du transfert à deux entreprises différentes. Cependant, le Haut conseil de la privatisation a aussi rejeté cette recommandation au motif que ce type de séparation était irréalisable, l'infrastructure en question étant trop petite pour que deux entreprises séparées opèrent de manière efficiente sur le même site. Au lieu de cela, le Haut conseil a imposé des obligations comportementales à l'opérateur acquéreur, notamment en matière de non-discrimination et de régulation des prix²⁷⁴.

États-Unis

Les États-Unis ont un secteur portuaire varié, avec 183 ports commerciaux en eau profonde tout autour du pays. Ces ports ont de nombreuses structures de gestion différentes, des grands ports qui suivent le « modèle du propriétaire », composés de multiples terminaux concurrents, aux petits ports appartenant à des entités privées. Il n'y a pas d'organisme national unique pour la régulation des ports : le pouvoir dans ce domaine est réparti entre des autorités fédérales, étatiques et locales²⁷⁵.

Dans son rapport national présenté à la Table ronde de l'OCDE en 2011, les États-Unis notent trois tendances internationales en rapport avec la problématique de la concurrence intra-portuaire/interportuaire (et ainsi, plus indirectement, avec la nécessité éventuelle de la séparation structurelle). La première est l'amélioration mondiale du transport de fret intérieur qui tend à accroître la capacité des utilisateurs de substituer un port à l'autre de manière économique, et ainsi à réduire l'intérêt porté à la concurrence intra-portuaire par rapport à la concurrence entre ports. La deuxième tendance est la croissance, aussi bien organique que par fusion, de grands opérateurs multinationaux de terminaux, particulièrement en ce qui concerne les terminaux de conteneurs. Troisièmement, on constate une augmentation notable de l'intégration verticale ces dernières années, les compagnies maritimes (en plus d'une intégration horizontale accrue) s'étant verticalement intégrées dans la possession et l'exploitation de terminaux de conteneurs. En outre, de grands producteurs de minerai de fer, de charbon et de pétrole se sont verticalement intégrés dans la possession et l'exploitation de terminaux de vrac spécialisés destinés à leurs produits. Le rapport pose ainsi la question de savoir si une de ces entreprises ayant le contrôle d'une installation importante telle qu'un terminal portuaire pourrait l'utiliser de manière anticoncurrentielle, soit en refusant l'accès à des concurrents ou en accordant l'accès suivant des conditions défavorables²⁷⁶.

3.3 Eau et assainissement

Les services d'eau et d'assainissement sont considérés comme une catégorie typique des services d'utilité publique classiques au côté de l'électricité, du gaz et des télécommunications. Toutefois, alors que ces derniers ont fait l'objet d'une libéralisation progressive dans de nombreux pays au cours des dernières décennies, les services d'eau et d'assainissement ont été relativement peu touchés par cette

²⁷³ OCDE (2011), pp. 203-204.

²⁷⁴ OCDE (2011), p. 205.

²⁷⁵ OCDE (2011), p. 223.

²⁷⁶ OCDE (2011), p. 228.

évolution. En fait, lors d'une réunion de l'OCDE sur la séparation structurelle en décembre 2014, le Professeur Martin Cave décrivait ces secteurs comme étant peut-être la « dernière frontière » pour la concurrence dans la plupart des pays membres. Si la transformation des compagnies publiques des eaux en sociétés commerciales n'est pas un phénomène rare, la privatisation est moins fréquente et les effets bénéfiques de la privatisation dans le contexte des services des eaux sont en fait controversés²⁷⁷. La plupart des études soulignent toutefois les avantages d'une régulation robuste et efficace, quelle que soit la structure de propriété du secteur de l'eau²⁷⁸.

Il n'y a pas de norme mondiale pour la structure des marchés de l'eau, mais on constate certains thèmes récurrents. En particulier, bien que l'eau présente des caractéristiques de monopole naturel à l'échelle locale, en règle générale les grands pays, et même certains petits pays, n'ont pas un unique fournisseur monopolistique²⁷⁹. L'intégration verticale est la norme et elle est typique des fournisseurs d'eau aussi bien privés que publics²⁸⁰. En outre, l'approvisionnement en eau ne se limite à livrer des quantités physiques d'eau en un lieu donné : la qualité de l'eau est aussi essentielle²⁸¹. Abbott et al. mentionnent les caractéristiques suivantes de l'approvisionnement en eau pour expliquer la fréquence à la fois des monopoles locaux et de l'intégration verticale :

- L'approvisionnement en eau comporte des coûts d'investissement initiaux importants, avec des systèmes d'approvisionnement en eau et d'assainissement qui présentent généralement de fortes économies d'échelle. Ainsi, une grande part du coût de l'approvisionnement en eau et de l'évacuation des eaux usées est ancrée dans des réseaux de distribution qui sont coûteux à reproduire.
- L'eau est un produit de base à faible valeur ajoutée en regard de ses coûts de transport, si bien qu'une transmission centralisée sur de grandes distances à travers un vaste réseau national ou régional (comme dans le cas de l'électricité ou du gaz) est généralement impraticable. Ainsi, l'approvisionnement en eau est très localisé.
- La fourniture monopolistique facilite une responsabilisation claire du point de vue des questions de qualité de l'eau et de santé publique²⁸². En conséquence, l'eau est peut-être le secteur le plus difficile entre tous en ce qui concerne une possible séparation verticale, étant donné le risque que des changements subtils de la composition chimique du produit

²⁷⁷ Voir, par exemple, Ian Byatt, « The regulation of water services in the UK », 24 *Utilities Policy* 3 (2013) et María de los Ángeles García-Valinas, Francisco González-Gómez et Andrés J. Picazo-Tadeo, « Is the price of water for residential use related to provider ownership? Empirical evidence from Spain », 24 *Utilities Policy* 59 (2013).

²⁷⁸ Voir, par exemple, Antonio Massarutto et Paolo Ermano, « Drowned in an inch of water: How poor regulation has weakened the Italian water reform », 24 *Utilities Policy* 20 (2013), et Janice A. Beecher et Jason A. Kalmbach, « Structure, regulation and pricing of water in the United States: A study of the Great Lakes region », 24 *Utilities Policy* 32 (2013).

²⁷⁹ Pollitt et Steer, 19.

²⁸⁰ Malcolm Abbott, Bruce Cohen et Wei Chun Wang, « The performance of the urban water and wastewater sectors in Australia », 20 *Utilities Policy* 52 (2012), 53.

²⁸¹ Voir, par exemple, François Destandau et Serge Garcia, « Service quality, scale economies and ownership: an econometric analysis of water supply costs », 46 *Journal of Regulatory Economics* 152-182 (2014).

²⁸² Abbott et al., 53.

concurrentiel (à savoir l'eau elle-même) entraînent une détérioration/dépréciation excessive du réseau de conduites.

Il est néanmoins légitime d'examiner si un certain degré de séparation structurelle entre, par exemple, les composantes d'amont et d'aval d'un système d'approvisionnement en eau peut être bénéfique aux consommateurs. En outre, les avantages de la concurrence dans ce contexte peuvent aller au-delà des effets bénéfiques classiques en matière de prix, de qualité de service et d'innovation. La diversification des fournisseurs d'eau, particulièrement au niveau du puisage et de l'approvisionnement d'eau en gros, peut favoriser la résilience fondamentale du système, ce qui est une préoccupation grandissante pour les pays qui doivent faire face à la croissance démographique et/ou à des tensions environnementales liées au changement climatique.

Le point de savoir dans quelle mesure une séparation verticale à l'intérieur des marchés de l'eau pourrait être bénéfique est une question en grande partie inexplorée. Étant donné l'absence de cas concrets de dégroupage dans le contexte de l'eau jusqu'à présent, et donc de preuves de son efficacité, Pollitt et Steer, par exemple, s'appuient sur la théorie économique ainsi que sur des faits tirés d'autres secteurs pour argumenter en faveur de la séparation dans le contexte du secteur de l'eau au Royaume-Uni²⁸³. Stern exprime toutefois une opinion un peu plus sceptique²⁸⁴. Les exemples des pays membres ci-dessous montrent un certain nombre d'approches de la séparation structurelle (tout au moins d'un certain degré) à l'intérieur du secteur de l'approvisionnement en eau.

Australie

En 2004, le Conseil des gouvernements australiens a proposé une Initiative nationale pour l'eau (National Water Initiative, NWI), décrite comme un « plan de réforme du secteur de l'eau », qui a été acceptée d'un commun accord par le Commonwealth d'Australie et les gouvernements des États et des territoires. Les objectifs de la NWI concernaient la protection de l'environnement, l'atténuation du stress hydrique, l'ouverture des marchés et l'expansion du commerce de l'eau, ainsi que la création d'un système de « contrôle » de la distribution de l'eau²⁸⁵. Les fonctions de la NWI ont désormais été transférées à la Commission de la productivité²⁸⁶.

La récente analyse stratégique de la concurrence effectuée par le gouvernement australien a fait état du rythme jusqu'à présent peu soutenu des réformes du secteur de l'eau par rapport aux secteurs de l'électricité et du gaz. L'analyse a recommandé que tous les gouvernements fédéraux progressent dans la mise en œuvre des principes établis dans le cadre de l'Initiative nationale pour l'eau afin de garantir la cohérence nationale. Elle a également recommandé que les gouvernements donnent la priorité au renforcement de la réglementation économique en vigueur dans le secteur de l'eau en zone urbaine ainsi

²⁸³ Michael G. Pollitt et Steven J. Steer, « Economics of scale and scope in network industries: Lessons for the UK water and sewerage sectors », 21 *Utilities Policy* 17 (2012).

²⁸⁴ Jon Stern, « Developing upstream competition in the England Wales water supply industry: A new approach », 21 *Utilities Policy* 1 (2012).

²⁸⁵ Une description plus détaillée est disponible sur le site Internet de la Commission nationale des eaux : www.nwc.gov.au/nwi/objectives. Voir également Joel Byrnes, « A short institutional and regulatory history of the Australian urban water sector », 24 *Utilities Policy* 11 (2013).

²⁸⁶ Pour de plus amples informations sur le projet de cessation d'activités de la Commission nationale des eaux, voir : www.nwc.gov.au/organisation/closure-in-2014.

qu'à l'élaboration de mécanismes incitant les acteurs privés à participer davantage aux activités du secteur grâce à l'amélioration des pratiques tarifaires²⁸⁷.

- Melbourne

Un certain degré de séparation structurelle peut être observé dans la structure de la distribution de l'eau à Melbourne (État de Victoria). Dans cette ville, la distribution de l'eau a été restructurée en 1995 afin de créer une compagnie unique de distribution d'eau (Melbourne Water) et trois compagnies des eaux chargées de la distribution et de la redistribution de l'eau dans la ville (City West Water, South East Water et Yarra Valley Water)²⁸⁸. Ces dernières années, le marché de l'eau de Melbourne a connu d'importants problèmes de stress hydrique et de pénurie. Il a notamment été soumis aux pressions des sources d'approvisionnement en amont. Melbourne Water est responsable de la distribution et du traitement de l'eau vendue par les distributeurs. Ces fonctions comprennent les droits de captage (notamment auprès des agriculteurs) qui interviennent sur le marché commercial, dans la construction et la gestion des réservoirs, ainsi que dans l'achat de l'eau issue des usines de dessalement²⁸⁹. Une usine de dessalement à grande échelle dotée d'une capacité allant jusqu'à 150 milliards de litres d'eau propre par an a été récemment construite et a passé les tests de performance, de production et de fiabilité en décembre 2012. Bien qu'elle n'ait pas encore reçu de commande pour un approvisionnement en eau²⁹⁰, l'usine a été construite pour le gouvernement de l'État de Victoria par l'entreprise AquaSure, grâce à un partenariat entre les secteurs public et privé, géré par le Département de l'environnement, du territoire, de l'eau et de la planification. La concurrence en aval est de fait interdite, chacun des trois distributeurs ayant défini des bassins hydrologiques.

Une analyse indépendante des opérations sur le marché de l'eau à Melbourne, qui a été achevée en 2008, a envisagé la possibilité de fusionner les trois distributeurs en une entité unique mais a rejeté cette proposition car il était fort probable qu'elle n'ait qu'une incidence très limitée sur les prix dans les années à venir²⁹¹. L'analyse devait également examiner la question de la contestabilité future, c'est-à-dire la possibilité de rendre le secteur de l'eau en zone urbaine plus compétitif à court et à long terme. Elle a toutefois conclu que :

²⁸⁷ *Analyse stratégique de la concurrence effectuée par le gouvernement australien*, rapport de mars 2015, p.52-53. Pour une analyse des écarts entre les niveaux de productivité des différentes industries de l'eau en Australie, voir également Malcolm Abbott, Bruce Cohen et Wei Chun Wang, « The performance of the urban and wastewater sectors in Australia », *20 Utilities Policy* 52 (2012).

²⁸⁸ En effet, la propriété des autorités publiques dans le domaine de l'eau est protégée par le droit constitutionnel des États (voir la loi constitutionnelle de 2003 sur les autorités dans le secteur de l'eau de l'État de Victoria).

²⁸⁹ Consultez le site de Melbourne Water pour de plus amples informations sur ses sources d'approvisionnement : www.melbournewater.com.au/waterdata/Pages/waterdata.aspx.

²⁹⁰ Consultez le site de Melbourne Water pour de plus amples informations sur le projet : www.melbournewater.com.au/whatwedo/supply-water/Pages/Desalination.aspx.

²⁹¹ Commission de l'efficacité et de la concurrence de l'État de Victoria, *Water Ways: Inquiry into Reform of the Metropolitan Retail Water Sector – Final Report*, publié en février 2008, www.vcec.vic.gov.au/Inquiries/Completed-inquiries/Metropolitan-Water-Sector/Final-Report, p.xxiii.

Les récentes études et les expériences internationales connexes ne fournissent actuellement que peu d'éléments probants pour conclure que, dans le secteur de l'eau, la concurrence permettra de réduire la somme des coûts et des prix, quelles que soient les circonstances. Selon la Commission, les possibilités sont particulièrement limitées à court terme et ne pourraient avoir, au mieux, qu'un impact marginal, même si, sur le long terme, la multiplication des options d'approvisionnement sur le marché pourrait ouvrir la voie à davantage de possibilité s²⁹².

- Queensland du Sud-est

La structure de la distribution de l'eau dans le Queensland du Sud-Est (QSE) est récemment passée d'un modèle de séparation structurelle (partielle) à une approche plus intégrée²⁹³. Conformément à la loi (de restructuration) de 2007 sur le secteur de l'eau dans le Queensland du Sud-Est, toutes les grandes réserves d'eau et usines de traitement de l'eau du QSE ont été fusionnées en un unique organisme officiel, l'Autorité de la distribution de l'eau en vrac (connue sous le nom commercial de Seqwater). Cette fusion fut la conséquence des épisodes de sécheresse intense qui ont touché l'Australie à cette époque. Outre Seqwater, le système de distribution de l'eau dans le QSE comprenait un gestionnaire de réseau de transport (connu sous le nom commercial de LinkWater), plusieurs distributeurs autorités locaux jouissant d'un monopole local, un unique gestionnaire du réseau de l'eau jouissant d'un monopole exclusif en tant qu'acheteur de services de distribution d'eau en vrac, ainsi qu'un unique vendeur de l'eau en vrac destinée aux conseils du QSE et aux autorités de distribution de l'eau. La loi de 2007 a également pris des dispositions pour le commerce de l'eau.

En mai 2012, un changement de gouvernement dans le QSE a toutefois modifié l'approche de la distribution de l'eau. La loi de 2012 (de restructuration) portant sur le secteur de l'eau et sur d'autres amendements législatifs dans le Queensland du Sud-Est a abandonné les dispositions relatives au commerce prévues par la loi de 2007 et a adopté une structure pour le secteur semblable à celle qui a été mise en place à Melbourne, avec une compagnie unique de distribution d'eau fournissant plusieurs distributeurs en aval²⁹⁴. Le gouvernement a justifié cette modification de la loi pour des raisons d'efficacité :

La fusion permet aux services de distribution d'eau en vrac du QSE d'être placés sous l'égide d'une autorité unique. Seqwater exploite et gère les barrages, les usines de traitement de l'eau, les infrastructures d'assainissement des eaux usées et les usines de dessalement ainsi que les principaux aqueducs... Cette fusion permettra de réduire les coûts opérationnels et administratifs, en contribuant à réduire le coût de l'eau en vrac²⁹⁵.

²⁹² Ibid.

²⁹³ La question de l'évolution de la réglementation est abordée par Michael Rouse, *Institutional Governance and Regulation of Water Services*, 2nd éd., IWA Publishing, Londres, 2013, p.156-159.

²⁹⁴ Voir en particulier les notes explicatives relatives au projet de loi de 2012 portant amendement de la loi (de restructuration) sur le secteur de l'eau et autres dans le sud-est du Queensland, <https://www.legislation.qld.gov.au/Bills/54PDF/2012/SeqwaterROLAB12E.pdf>.

²⁹⁵ Consultez le site Internet du Département de l'approvisionnement en énergie et en eau du Gouvernement du Queensland : <https://www.dews.qld.gov.au/policies-initiatives/water-sector-reform/bulk-water-supply-sector>.

- Sydney

Conformément à la partie IIIA de la loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs (le système d'accès national), les services de transport des eaux usées fournis par différentes parties du réseau d'acheminement des eaux usées de Sydney Water ont été déclarés en 2005. Pour diverses raisons, le requérant ayant soumis la déclaration n'a pas concrétisé la construction des usines d'assainissement des eaux usées afin d'entrer en concurrence avec Sydney Water. La déclaration a été révoquée en octobre 2009, à la suite de la mise en vigueur d'un système d'accès distinct, spécifique au secteur de l'eau.

- L'eau en zone rurale

En ce qui concerne l'eau en zone rurale, le gouvernement australien a récemment analysé la *Loi de 2007 sur le secteur de l'eau*, qui a établi une autorité indépendante pour le bassin Murray-Darling afin de garantir la gestion intégrée et durable des ressources hydrographiques du bassin. La Commission australienne de la concurrence et de la protection des consommateurs (ACCC) joue un rôle essentiel dans le développement et l'application de la redevance sur l'eau et de la réglementation relative au marché de l'eau à l'intérieur du bassin, en vue de veiller à ce que les marchés de l'eau puissent agir librement au-delà des frontières des États et à ce que les effets pervers issus de dispositions incohérentes en termes de tarification de l'eau soient évités. Afin de répondre à l'une des recommandations issues de cette analyse, il a été demandé à l'ACCC de présenter des suggestions, d'ici la fin du mois de décembre 2015, concernant les modifications possibles à apporter à la réglementation des prix de l'eau.

Irlande

En Irlande, le secteur de l'eau est au cœur d'un important processus de réforme, avec l'établissement de la compagnie des eaux Irish Water en tant que service public et indépendant de l'eau, responsable des fonctions des services de l'eau de 34 autorités locales. Les services de l'eau doivent être réglementés par un régulateur économique indépendant, la Commission de réglementation de l'énergie, et un modèle de financement durable de l'eau a été introduit, comprenant notamment des frais basés sur la consommation domestique (cette dernière modification a toutefois été vivement contestée). Dans son rapport en réponse à la consultation publique sur la réforme du secteur irlandais de l'eau²⁹⁶, l'autorité irlandaise de la concurrence a mis en évidence les nombreux bénéfices que la concurrence est susceptible d'apporter, notamment : l'utilisation efficace de l'eau, l'amélioration du rapport qualité-prix, la mise en place d'une réglementation efficace, la limitation des dépenses et l'augmentation de la compétitivité du secteur en Irlande. L'autorité s'est toutefois rendu compte que la transformation de la fonction du secteur de l'eau, qui est passée des autorités locales à une entreprise semi-étatique œuvrant dans un environnement réglementaire, ainsi que le nouveau système de financement constituent un changement organisationnel fondamental. Elle a également convenu que le régime (de monopole) envisagé constitue le modèle le plus réaliste à court terme. Un service public est probablement le meilleur moyen de mettre en place l'ensemble des éléments nécessaires à l'existence d'un marché de l'eau efficace, notamment l'installation de compteurs d'eau, le transfert de membres du personnel des autorités locales et

²⁹⁶

Le texte complet du rapport soumis par l'autorité de la concurrence lors de la consultation sur la création d'un service public de l'eau, intitulé *Submission to the Department for the Environment, Community and Local Government (S/12/002)*, publié en février 2012, est disponible en ligne : www.environ.ie/en/Environment/Water/WaterSectorReform/Submissions/Organisations/FileDownload/31834.en.pdf.

l'investissement dans les infrastructures hydrauliques. L'autorité a noté qu'une fois la nouvelle structure établie, l'introduction de la concurrence, lorsqu'elle est possible, pourrait améliorer la fourniture et l'efficacité des services de l'eau. En conséquence, elle a recommandé que la nouvelle entreprise qui détiendra le monopole de l'eau ne soit pas créée avec la perspective qu'un tel modèle perdure indéfiniment.

Royaume-Uni

La structure du secteur de l'eau au Royaume-Uni présente d'importantes différences selon les régions. En Angleterre et au pays de Galles, les autorités publiques existantes dans le domaine de l'eau ont été privatisées en 1989, bien que le secteur de l'eau gallois ait été essentiellement renationalisé après que la compagnie de distribution privatisée ait rencontré d'importantes difficultés financières. En Angleterre, la distribution de l'eau continue à être assurée par des compagnies de distribution privées relativement importantes et verticalement intégrées. L'Écosse a résisté à la privatisation et il existe désormais une compagnie écossaise unique de distribution d'eau, Scottish Water, bien qu'un certain degré de concurrence ait été introduit au niveau des distributeurs. En Irlande du Nord, l'eau est distribuée par une entreprise publique unique, Northern Ireland Water Ltd.

- Écosse

L'Écosse a été la première région du Royaume-Uni à ouvrir son secteur de l'eau à la concurrence. La promulgation de la loi de 1998 sur la concurrence et l'introduction dans la réglementation du Royaume-Uni du concept d'« infrastructure essentielle » ont permis à l'exécutif écossais (le gouvernement décentralisé) de recevoir des conseils juridiques indiquant que le vaste réseau public des canalisations et des usines de traitement des eaux usées pourraient être considérés comme des infrastructures essentielles, sous l'angle de la nouvelle loi. L'absence d'un cadre législatif bien défini a fait craindre que l'accès puisse être déterminé, au contraire, par l'autorité de la concurrence ou les tribunaux. En conséquence, l'exécutif a lancé un processus de consultation concernant l'ouverture potentielle du marché²⁹⁷. Celui-ci a mis en évidence la nécessité, non seulement de clarifier la position de l'exécutif vis-à-vis de la loi sur la concurrence, mais également de garantir une augmentation des investissements dans les réseaux de distribution d'eau et d'assainissement des eaux usées, tout en renforçant la pérennité du secteur public de l'eau²⁹⁸.

Les réformes du secteur ont été introduites en plusieurs étapes²⁹⁹. La loi de 2002 sur le secteur (écossais) de l'eau a mené à la création de la compagnie Scottish Water, suite à la fusion des petites compagnies des eaux existantes, dans l'objectif d'exploiter les économies d'échelle latentes. Elle a également réorganisé le cadre réglementaire relatif aux services de l'eau en Écosse. La loi de 2005 sur les services (écossais) de l'eau a ensuite introduit la concurrence dans le secteur, en autorisant l'organe de régulation, la Commission de l'industrie de l'eau pour l'Écosse (WICS) à permettre à de nouveaux services de distribution d'eau et d'assainissement des eaux usées de fournir les clients autres que les ménages. Scottish Water resterait le

²⁹⁷ Voir John W. Sawkins, « The introduction of competition into the Scottish water industry », 20 *Utilities Policy* 22 (2012), 24.

²⁹⁸ Exécutif écossais, *The Water Services Bill—The Executive's Proposals. Consultation Paper* (2001), www.gov.scot/Resource/Doc/156343/0041940.pdf.

²⁹⁹ Discuté par Sawkins (2012), 24-25.

fournisseur monopolistique et l'unique distributeur pour les ménages, tandis que les nouvelles compagnies des eaux seraient autorisées à offrir leurs services de distribution aux autres clients. Afin de garantir la concurrence équitable entre la compagnie des eaux déjà en place et les nouvelles entités entrant sur le marché, Scottish Water a été tenue de mettre un terme à ses opérations de distribution aux clients autres que les ménages au profit d'autres activités. La compagnie qui a repris le contrôle desdites opérations, nommée par la suite Business Stream, a été, elle, tenue de demander à la WICS un permis pour la distribution d'eau et de se soumettre aux conditions de la commission comme tout autre distributeur concurrent. Il incombait également à la WICS de faciliter l'entrée sur le marché de manière ordonnée et de veiller à ce que la concurrence ne soit pas préjudiciable aux principales fonctions de Scottish Water³⁰⁰.

Le marché de la vente d'eau aux clients autres que les ménages a été totalement ouvert à la concurrence le 1^{er} avril 2008.³⁰¹ Après l'ouverture du marché en avril 2008, Business Stream a progressivement rompu tout lien avec la compagnie des eaux Scottish Water. Ainsi, Business Stream a déménagé dans des locaux commerciaux distincts et a obtenu ses propres contrats d'exploitation³⁰². Toutefois, Scottish Water et Business Stream continuent toutes deux à faire partie du même groupe et Business Stream continue à dominer le marché pour les clients autres que les ménages. Par ailleurs les coûts récurrents de l'exploitation d'un marché concurrentiel de la distribution restent importants³⁰³. John Sawkins laisse néanmoins entendre que le résultat principal des réformes pouvait être d'avoir démontré qu'une « ouverture du marché est possible, au niveau technique, juridique et administratif, même dans un environnement politique potentiellement hostile³⁰⁴ ».

- Angleterre et pays de Galles

En 2008, le gouvernement du Royaume-Uni (à savoir le chancelier de l'Échiquier, le secrétaire d'État à l'environnement, à l'alimentation et aux affaires rurales et le ministre gallois de l'environnement, de la durabilité et du logement) ont commandé une étude indépendante relative à la concurrence et l'innovation sur les marchés de l'eau en Angleterre et au pays de Galles, sous la direction de M. Martin Cave. L'étude, dont le rapport final a été publié en avril 2009, visait à « recommander certaines modifications à apporter aux cadres en vigueur dans le secteur de l'eau au profit des consommateurs et de l'environnement³⁰⁵ ». Lorsque l'étude a été réalisée, le secteur de l'eau était dominé par 21 monopoles verticalement intégrés soumis à la réglementation stricte de l'organe de régulation de l'industrie de l'eau, l'Ofwat (le bureau des services de l'eau)³⁰⁶. Outre l'augmentation des prix de l'eau, l'étude a été commandée dans le

³⁰⁰ Sawkins (2012), 25-26.

³⁰¹ Sawkins (2012), 27.

³⁰² Voir la discussion dans Oxera, *Agenda : Retail competition in water: next steps*, publié en août 2014.

³⁰³ Sawkins (2012), 28.

³⁰⁴ Sawkins (2012), 29.

³⁰⁵ Voir *Independent Review of Competition and Innovation in Water Markets: Final Report*, publié en avril 2009, p.5.

³⁰⁶ *Ibid*, p.6.

contexte des nouveaux défis auxquels l'industrie de l'eau est confrontée, notamment la croissance démographique et le changement climatique³⁰⁷.

L'étude a considéré comme acquise l'opinion répandue selon laquelle la mise en place d'un réseau national de l'eau ait été jugée non rentable et à haute consommation énergétique. Néanmoins, elle a indiqué que les compagnies des eaux développaient un système d'interconnexion plus efficace afin d'améliorer l'équilibre entre l'offre et la demande, ainsi que la capacité à garantir la sécurité d'approvisionnement³⁰⁸.

Parmi les nombreuses réformes du secteur de l'eau qui ont été étudiées (notamment les réformes relatives au captage, à la distribution ainsi qu'à la recherche et au développement du secteur), l'étude a pris en compte deux dimensions d'une potentielle séparation structurelle, liées à la concurrence en amont et entre les distributeurs.

En ce qui concerne les éléments de la chaîne de valeur en amont (notamment le traitement, la distribution, la collecte, le traitement des eaux usées ainsi que le traitement et l'élimination des boues), l'étude a mis en évidence les nombreuses manières possibles de fournir lesdits services mais a reconnu toutefois, dans la pratique, l'existence de barrières à l'entrée touchant de nouveaux fournisseurs de ces services sur le marché de l'eau. La distribution de l'eau reste donc dominée par des compagnies locales verticalement intégrées qui sont déjà bien établies sur le marché, avec pour conséquence le fait que les prix, les services, les normes de qualité et les résultats environnementaux dépendent de la réglementation plutôt que des mécanismes de marché³⁰⁹. Aussi l'étude a-t-elle analysé la possibilité que le secteur en amont puisse utiliser de manière plus efficace des modèles de marché, en introduisant un degré de concurrence plus élevé en amont. Outre le modèle de « concurrence pour le marché », selon lequel le processus existant qui vise à déterminer l'offre de capacités sur le marché serait remplacé par des contrats pour toutes les capacités, ou complété par des contrats pour les nouvelles capacités ou les capacités de remplacement³¹⁰, l'étude a utilisé un modèle de « concurrence sur le marché ». Ce modèle impliquerait de remplacer le processus actuel de négociation entre les compagnies des eaux existantes et l'Ofwat par des accords commerciaux centralisés entre les fournisseurs et les distributeurs grâce à un organisme de marché centralisé et actif, tel qu'un pool, ou par le biais de négociations bilatérales entre les fournisseurs et les distributeurs, associées à la mise en place d'un organisme de marché centralisé et passif. En vertu de ce modèle, les fournisseurs individuels deviendraient responsables de la qualité des eaux traitées ou des rejets émanant de leurs usines, tandis que les fournisseurs d'infrastructures seraient responsables de l'intégrité physique et de la maintenance effective du réseau. Compte tenu de ce que l'étude décrit comme « le rôle de plus en plus important du gestionnaire de réseau », il a été recommandé que, dans le cas où un modèle de « concurrence sur le marché » serait adopté, les compagnies existantes pourraient rester intégrées sur le plan juridique mais que les gestionnaires du réseau devraient être séparés sur le plan fonctionnel. De plus, l'étude précise qu'une « séparation sur le plan juridique pourrait être nécessaire en temps voulu³¹¹ ».

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*, para.2.13.

³⁰⁹ *Ibid.*, paras.4.3-4.6.

³¹⁰ *Ibid.*, paras.4.45-4.54.

³¹¹ *Ibid.*, paras.4.53-4.61.

Les avantages d'un modèle de « concurrence sur le marché » ont été décrits comme suit :

*L'approche de concurrence sur le marché permettrait d'optimiser le marché à l'intérieur et au-delà des frontières des compagnies des eaux existantes puisque les fournisseurs auraient un intérêt à vendre des services à des prix plus élevés et que les acheteurs seraient fortement incités à réduire les coûts en minimisant les coûts d'approvisionnement. D'où une diminution des besoins en capacités nouvelles et, donc, la création de pressions continues pour améliorer l'efficacité du secteur, les services et la qualité au fil du temps...*³¹²

Néanmoins, l'étude a finalement conclu que :

*Il existe effectivement des possibilités d'élargir la concurrence sur le marché dans certaines régions du pays mais le rapport coûts-bénéfices est beaucoup plus incertain et, selon la façon dont la concurrence est introduite, il existe un risque d'augmentation significative des coûts. Ce risque s'illustrerait par des coûts de financement transitoires et l'augmentation du coût du capital sur le nouvel encours de la dette. L'augmentation des coûts peut se manifester bien avant que l'on ne ressente les bénéfices liés aux gains d'efficacité. De tels coûts pourraient affecter les actionnaires mais également les consommateurs. Par conséquent, je ne recommande pas l'adoption de cette approche à l'heure actuelle, bien que cette analyse soit susceptible d'être modifiée avec le temps*³¹³.

En ce qui concerne l'élément de la chaîne de valeur lié aux distributeurs, le point de départ de l'étude a été de reconsidérer la situation existante dans laquelle seules les entreprises susceptibles d'utiliser 50 mégalitres d'eau par an étaient autorisées à choisir leur distributeur d'eau³¹⁴. Outre la proposition de réduire (ou de supprimer totalement) le seuil de consommation à usage non domestique pour la concurrence, le rapport intermédiaire publié par l'équipe chargée de l'étude a évoqué la possibilité d'introduire une séparation juridique entre, d'une part, les branches de distribution des compagnies des eaux pour la vente à usage domestique et non domestique et, d'autre part, le reste des entreprises officiellement désignées dans le secteur³¹⁵. En réponse aux résultats intermédiaires du rapport, le gouvernement du Royaume-Uni s'est déclaré « fermement décidé » à mettre en œuvre cette suggestion, tandis que le gouvernement de l'Assemblée galloise a demandé à ce qu'une analyse approfondie des bénéfices potentiels soit effectuée³¹⁶. Le rapport final de l'étude comprenait des analyses supplémentaires des coûts et bénéfices potentiels, ainsi que les modèles possibles pour la mise en œuvre de la séparation juridique³¹⁷. En adoptant l'approche selon laquelle les obstacles à ladite séparation n'étaient pas insurmontables et que les avantages attendus l'emportaient sur les coûts potentiels, l'étude a fini par conclure que :

³¹² *Ibid*, para.4.66.

³¹³ *Ibid*, para.4.109.

³¹⁴ *Ibid*, para.5.2.

³¹⁵ *Ibid*, para.5.6.

³¹⁶ *Ibid*, paras.5.8-5.10.

³¹⁷ *Ibid*, para.5.19-5.41.

*La séparation juridique devrait être obligatoire, sauf lorsque, dans le cas des petites entreprises, une telle séparation peut conduire à une augmentation significative des prix pour les consommateurs, à la fois inévitable et inacceptable, qui l'emporte sur les avantages monétaires et non monétaires de cette séparation. L'Ofwat devrait aiguiller le gouvernement en ce qui concerne la question de savoir si un seuil est approprié et, si tel est le cas, quel niveau faut-il fixer pour ce seuil. Une séparation fonctionnelle pourrait alors demeurer pertinente*³¹⁸.

La proposition d'un gestionnaire de systèmes séparés sur le plan fonctionnel a été reprise par l'Ofwat qui a organisé une consultation à ce sujet en 2011³¹⁹. Toutefois, suite aux commentaires négatifs des entités réglementées mais également de nombreux membres du groupe d'experts de l'Ofwat, la proposition d'une séparation obligatoire a été retirée³²⁰.

En 2014, le gouvernement du Royaume-Uni a cependant adopté la loi de 2014 sur le secteur de l'eau qui fournit un cadre législatif pour l'introduction, prévue en avril 2017, de la concurrence entre les distributeurs d'eau à usage non domestique en Angleterre, telle qu'elle a été introduite en Écosse. Il existera également un marché transfrontalier entre l'Angleterre et l'Écosse³²¹.

3.4 Secteur bancaire

Le secteur bancaire a connu ces dernières années des réformes majeures en matière de séparation structurelle, mais avec des visées quelque peu différentes des mesures prises pour les services d'utilité publique. À la suite de la crise financière mondiale qui a débuté en 2007, une série de pays ont mis en œuvre ou proposé des réorganisations structurelles contraignantes. Dans la mesure où le secteur bancaire n'est pas un secteur intégré verticalement dans le sens conventionnel, la séparation structurelle concerne ici la distinction établie entre les activités bancaires, qui va de la séparation au niveau juridique à la séparation au niveau de la propriété. En outre, dans ce contexte précis les réformes structurelles ont été déployées dans un premier temps pour lutter contre des problèmes liés au marché *autres* que les risques habituels propres à l'intégration verticale comme le verrouillage du marché ou encore les pratiques discriminatoires, même si l'accumulation de fonctions différentes au sein d'une même entité bancaire a vraisemblablement eu dans certains cas un impact négatif sur le coût du financement supporté par les banques. En conséquence, le secteur bancaire fournit l'exemple le plus pertinent à ce jour du rôle potentiel que la séparation structurelle peut jouer en tant que mesure corrective en dehors du contexte spécifique lié à la concurrence. Il faut néanmoins reconnaître que le recours à la séparation structurelle dans ce cas a été vigoureusement contestée notamment par certains acteurs du secteur bancaire.

Il existe de nombreux arguments en faveur de la séparation structurelle dans le secteur bancaire et presque autant de critiques concernant ces mêmes arguments³²². Le premier argument avancé a trait à la

³¹⁸ *Ibid.*, p.118; voir aussi para.5.43.

³¹⁹ Voir Ofwat, *Future Pricing Limits—A Preliminary Model: Informal Consultation*, publié en mars 2011: www.ofwat.gov.uk/future/monopolies/fpl/pap_con110405fpl_prelimmodel.pdf?download=Download.

³²⁰ Jon Stern et Jonathan Mirrlees-Black, « A Framework for Valuing Water in England and Wales », 23 *Utilities Policy* 12 (2012), 17.

³²¹ Voir la discussion dans Oxera, *Agenda: Retail competition in water: next steps*, publié en août 2014, www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Retail-competition-in-water-next-steps.aspx.

³²² Cette section s'appuie sur l'analyse de John Armour, « Structural Regulation of Banking » (2014), http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-economics-studies/john_armour_structural_regulation_working_22.06.2014.pdf, p.3-8, et l'étude de Matthias

volonté d'accroître la stabilité financière et la capacité de résilience dans le dit secteur. La séparation peut permettre d'atteindre ces objectifs cruciaux, ou à tout le moins de les soutenir de différentes manières. Elle permet de protéger les activités essentielles comme les dépôts contre une contagion à l'échelle de l'établissement dans sa totalité ; elle force les banques à améliorer l'exécution de ces activités ; elle facilite la mise en place d'exigences en matière de fonds propres qui permettent de réduire le risque de faillite; elle réduit le risque moral en limitant la garantie implicite de l'État envers les établissements autrefois considérés comme « trop grands pour faire faillite » ; et la plus grande transparence qui en résulte rend la surveillance plus aisée et si nécessaire, facilite la résolution des défaillances des banques. Une seconde explication, qui remonte aux débuts de la réglementation bancaire aux États-Unis, est à mettre en rapport avec la protection des consommateurs. Autrement dit, la volonté de protéger les clients des effets indésirables d'un conflit d'intérêts que pourrait connaître leurs banques fait de mesures adéquates. En dernier lieu, Finalement, la séparation structurelle, vue sous l'angle du risque moral évoqué ci-dessus, s'inscrit dans le cadre d'un climat politique favorable et est perçue comme un moyen qui permet d'éviter le renflouement futur des banques, qui a été mal reçu par la société et constitue un élément source d'inéquité dans la récente histoire financière.

Inversement, la séparation structurelle obligatoire s'est vue attaquée sur plusieurs terrains. En premier lieu, certains critiques font valoir que la diversification peut en fait améliorer la stabilité financière grâce à une dispersion des risques entre différents secteurs d'activités. C'est précisément pour cette raison que les efforts en matière de séparation structurelle ont visé à préserver, ou à tout le moins à permettre, une diversification au niveau des groupes tout en évitant les risques moraux au niveau des entités. Deuxièmement, la séparation structurelle s'avère coûteuse à deux niveaux : les coûts liés aux réorganisations et ceux qui touchent la mise en conformité. D'autres critiques portent sur le risque lié au fait que la séparation puisse en réalité constituer une entrave à la résolution des défaillances bancaires dans la mesure où les structures de groupe deviennent alors plus complexes. Sont également pointés du doigt le fait que les exigences à l'échelle nationale en matière de séparation puissent compromettre la compétitivité internationale des grandes banques nationales, la possibilité que la perte d'interconnexion pourrait accroître la dépendance vis-à-vis des fonds alloués par la banque centrale dans son rôle de prêteur en dernier ressort. En dernier lieu, les clients y perdraient aussi dans la mesure où ils n'auraient plus accès à une banque qui offre un vaste éventail de services bancaires.

Les exemples mentionnés ci-dessous illustrent les différentes approches en matière de séparation structurelle qui ont été adoptées ou proposées ces dernières années en réponse à la crise financière mondiale. Chacune des propositions vise en règle générale à traiter les mêmes problèmes structurels, certes, mais les approches adoptées varient significativement d'un pays à l'autre. Lehmann s'est interrogé sur le morcellement juridique du système financier mondial qui pourrait survenir, tout en soulignant, *entre autres*, la disparition possible des conditions équitables pour les acteurs sur la scène mondiale et potentiellement un surplus d'arbitrage réglementaire³²³. Cela étant, il ne remet pas en cause la nécessité de mettre en place certaines mesures pour traiter les problèmes qui sont apparus lors de la crise financière mondiale et salue même l'idée de réaliser certaines expériences avec différentes

Lehmann, « Volcker Rule, Ring-Fencing or Separation of Bank Activities: Comparison of Structural Reform Acts Around the World », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 25/2014 (2014), www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2014-25_Lehmann.pdf, p.2-5. Voir également Adrian Blundell-Wignall, Paul Atkinson et Caroline Roulet, « Bank business models and the separation issue », *OECD Journal: Financial Market Trends*, Volume 2013/2, www.oecd.org/finance/Bank-Separation-2013.pdf, et Leonardo Gambacorta et Adrian van Rixtel, « Structural banking regulation initiatives: approaches and implications », *BIS Working Papers* No 412, publié en avril 2013, www.bis.org/publ/work412.pdf.

323

Lehmann (2014), p.15-17.

structures³²⁴. La proposition de l'UE visant à mettre en œuvre une séparation structurelle harmonisée indique cependant l'importance d'une approche plus rationnelle en vue de réglementer les marchés à l'échelle mondiale.

États-Unis

Les États-Unis ont opté pour une approche en matière de séparation structurelle dans le secteur bancaire que l'on pourrait qualifier d'étroite mais approfondie. Cette approche met en place le niveau le plus élevé de séparation au niveau international, imposant de fait la séparation complète de la propriété au niveau des groupes bancaires. Cette approche a néanmoins une portée limitée, de sorte que le « modèle de banque universelle » reste de façon générale parfaitement légal³²⁵.

Les États-Unis ont déjà une longue histoire en matière de réglementation structurelle dans le secteur bancaire : la loi bancaire de 1933, aussi appelée loi Glass-Steagall, en est une des premières illustrations. Cette mesure législative avait pour but de réaliser la séparation complète de la propriété entre les banques commerciales et les banques d'investissement, tant au niveau des entités que des groupes³²⁶. Les activités des banques commerciales et des banques d'investissement mais également les transactions au sein d'un même groupe furent ainsi clairement délimitées. Ces limitations furent complétées par des dispositions sanctionnant le contournement de manière à éviter que les restrictions imposées au niveau des entités ne puissent être éludées via des structures plus grandes et restreignant les liens de filiation entre entités soumises aux restrictions initiales³²⁷. Ce sont les conflits d'intérêts potentiels entre les banques et leurs clients qui étaient à l'origine de la loi bancaire de 1933. Les deux législateurs s'inquiétaient du fait que les banques commerciales puissent exploiter leurs clients au profit de leurs filiales actives dans le secteur des investissements. En fait, c'est l'idée de protection des consommateurs qui constituait le fondement de la loi³²⁸.

La loi Glass-Steagall fut l'objet, dans la seconde moitié du XX^e, de critiques persistantes, doublées d'actions de lobbying afin d'obtenir le retrait de la loi. Les entités réglementées ont également commencé à mettre à l'épreuve les restrictions qui pesaient sur leurs activités, dans la mesure où les autorités de surveillance sont devenues plus réceptives aux chevauchements de l'offre bancaire³²⁹. La crainte que les mesures de séparation structurelle ne diminuent la compétitivité des banques américaines au niveau international constitua assurément un argument de poids, les concurrents étrangers n'étant pas soumis à de telles restrictions. Les exigences en matière de séparation structurelle présentes dans la loi de 1933 furent abolies par la loi Gramm-Leach de 1999, qui autorisa la combinaison d'activités commerciales, d'investissement et de courtage en assurance au sein d'une seule et même entité.

L'enthousiasme en faveur de la réglementation qui mit un terme aux restrictions de la loi Glass-Steagall fut toutefois sérieusement freiné en raison de la crise financière mondiale. Comme indiqué, la réglementation trop laxiste du secteur bancaire a été un des facteurs qui a contribué à l'effondrement du secteur financier à partir de 2007. Une des premières mesures législatives fut la loi Dodd-Frank de 2010

³²⁴ Lehmann (2014), p.17.

³²⁵ Voir Lehmann (2014), p.7.

³²⁶ Voir Armour (2014), p.2.

³²⁷ Armour (2014), p.15.

³²⁸ Armour (2014), p.8-9.

³²⁹ Armour (2014), p.19.

(section 619) qui réinstaura plusieurs restrictions sur les activités bancaires au niveau des groupes. Également connue sous le nom de « règle Volcker », elle interdit aux entités bancaires (établissements de dépôt assurés et leurs filiales) de :

- exercer des activités de négociation pour compte propre ;
- acquérir ou conserver tout lien en capital, partenariat ou autre intérêt propriétaire dans un fonds spéculatif ou un fonds de capital-investissement ; ou
- sponsoriser un fonds spéculatif ou un fonds de capital-investissement.

Il y a quelques exceptions qui concernent les transactions de courtage, les activités de tenue de marché qui n'excèdent pas les demandes à court terme des clients et des contreparties, la prise ferme, la réduction de la couverture des risques en relation avec les actifs d'une banque et d'autres catégories d'investissements autorisés, y compris les titres publics³³⁰. Même si l'interdiction portant sur la négociation pour compte propre a pris effet le 1^{er} juillet 2015, la mise en œuvre de certains aspects de la règle a été reportée jusqu'en 2017, en partie en raison des actions de lobbying déployées par les entités réglementées³³¹.

Outre les innovations de la règle Volcker en matière d'activités bancaires au niveau des groupes, les anciennes restrictions concernant les activités au sein d'un groupe ou au niveau des entités restent, elles, d'application³³².

Royaume-Uni

En juin 2010, une commission indépendante sur le secteur bancaire a été établie par le gouvernement du Royaume-Uni, sous la présidence de Sir John Vickers. Cette commission a étudié les potentielles réformes structurelles et non-structurelles à mettre en place dans le secteur bancaire national afin de promouvoir la stabilité financière et la concurrence. Suite à une série de consultations publiques, la commission a publié son rapport final en septembre 2011 en recommandant la mise en œuvre de réformes de grande envergure en sus d'autres amendements réglementaires³³³.

Plus particulièrement, la commission a recommandé qu'« *une protection renforcée des services bancaires à destination des particuliers soit mise en place au Royaume-Uni*³³⁴ ». Dans ce cadre, la volonté de la commission était de poursuivre le but et les objectifs suivants :

Le but de cette protection est d'isoler les activités bancaires qui fournissent des services indispensables à l'économie et à la clientèle des banques afin de garantir, premièrement, que la fourniture de services n'est pas menacée en raison d'activités propres à ces prestations et,

³³⁰ Armour (2014), p.19-21.

³³¹ Voir BBC New, « Federal Reserve delays parts of Volcker Rule until 2017 », 18 décembre 2014, www.bbc.co.uk/news/business-30542643.

³³² Armour (2014), p.15-18.

³³³ Commission indépendante sur le secteur bancaire, *Rapport final Recommandations*, publié en septembre 2011, section 1.1.

³³⁴ Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 2.27.

deuxièmement, que ces prestations peuvent être maintenues en cas de faillite sans recevoir une aide gouvernementale en vue de garantir la solvabilité de la banque en difficulté.

La mise au point des mesures de protection, a permis d'identifier deux zones d'intérêt : dans un premier temps, les activités qui doivent ou peuvent être exercées au sein des banques protégées, et en parallèle, celles qui sont la prérogative des banques d'investissement et en second lieu, le degré de séparation nécessaire entre les banques protégées et celles d'investissement³³⁵. Afin de mieux distinguer les tenants et aboutissants, la Commission a identifié cinq principes de base de protection qui permettent de déterminer comment une mesure de protection doit être introduite et qui doivent rester en phase avec l'innovation dans le monde de la finance³³⁶. Ces cinq principes s'énoncent comme suit³³⁷ :

1. **Les services autorisés** : seules les banques protégées peuvent recevoir l'autorisation de l'autorité de surveillance du Royaume-Uni de fournir des services autorisés. Les services autorisés doivent être des services bancaires qui répondent aux caractéristiques suivantes:

- une interruption même temporaire de la fourniture de services en raison de la faillite d'une banque entraîne des coûts économiques significatifs ;
- les clients ne disposent pas des moyens adéquats pour prévoir pareille interruption ;

Les services autorisés comprennent maintenant les activités de dépôt de la part des particuliers et des PME et la mise à disposition de découverts bancaires à ceux-ci.

2. **Services interdits** : les banques protégées ne peuvent pas fournir certains services. Ces services interdits correspondent aux services bancaires qui répondent à l'un des critères suivants :

- ces services rendent plus compliqué ou plus coûteux la mise en œuvre d'un plan de résolution pour une banque protégée ;
- ces services accroissent l'exposition des banques protégées aux marchés financiers mondiaux ;
- ces services impliquent directement la banque protégée dans la prise de risques et ne sont pas indispensables à la fourniture de services de paiement à la clientèle, ou concernent l'intermédiation des fonds entre épargnants et emprunteurs au sein des secteurs autres que la finance ;
- ils menacent d'une quelconque autre manière les objectifs poursuivis par la protection mise en place.

3. **Activités accessoires** : les seules activités autorisées pour une banque protégée sont : la fourniture de services qui ne sont pas interdits et les activités accessoires requises pour la

³³⁵ Commission indépendante sur le secteur bancaire section 3.5.

³³⁶ Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 3.6-3.7.

³³⁷ Développé dans le chapitre 3, Commission indépendante sur le secteur bancaire, et résumé dans la section 9.2.

fourniture efficiente desdits services. Les activités accessoires doivent être autorisées dans la mesure où elles sont requises pour la fourniture de ces services et ne constituent pas des activités autonomes.

4. **Liens juridiques et opérationnels** : dans le cas où une banque protégée fait partie d'un groupe élargi de sociétés, les autorités doivent avoir l'assurance qu'elles pourront isoler cette banque du reste du groupe en quelques jours seulement et lui permettre de continuer à fournir ses services sans lui apporter une aide pour garantir sa solvabilité.

En conséquence de quoi :

- les banques protégées doivent être des entités juridiques séparées, c'est-à-dire que toute entité juridique du Royaume-Uni qui fournit des services autorisés ne pourrait offrir à ses clients que des services qui ne sont pas interdits tout en exerçant des activités accessoires.
5. **Liens économiques** : dans le cas où une banque protégée fait partie d'un groupe élargi de sociétés, ses relations avec les autres entités du groupe doivent se dérouler par l'intermédiaire d'un tiers et la banque en question ne peut dépendre de la santé financière du reste du groupe pour assurer sa solvabilité ou ses liquidités. Des mesures réglementaires et un mode de gestion suffisamment indépendante devraient pouvoir garantir cette situation..

Forts de la conclusion que la séparation structurelle dans le cadre évoqué ci-dessus était appropriée, la commission a identifié trois arguments majeurs en faveur d'une séparation structurelle entre les banques de dépôt et les banques d'investissement :

- La séparation facilitera la mise en œuvre d'un plan de résolution des défaillances des banques qui se retrouvent dans une situation difficile (c'est-à-dire gérer le processus de défaillance de manière saine et ordonnée, sans faire appel au soutien du contribuable).
- La séparation permettra d'isoler les services bancaires indispensables, dont dépendent les particuliers et le PME, des problèmes surgissant ailleurs dans le système financier mondial, en réduisant, *entre autres*, l'interconnexion (et donc le risque systémique) du système financier dans son ensemble.
- La séparation réduira l'importance des garanties publiques implicites et diminuera le risque encouru par l'État tout en rendant encore plus improbable une exposition excessive des banques aux risques ³³⁸.

Ces avantages se sont retrouvés dans la proposition de déclaration d'objectifs des mesures de protection des activités de dépôt ³³⁹. Le rapport soulignait aussi le fait que la séparation accompagnée de normes de transparence devrait faciliter le suivi des activités bancaires par les acteurs du marché et les autorités de surveillance ³⁴⁰.

³³⁸ Commission indépendante sur le secteur bancaire, sections 2.6 à 2.10.

³³⁹ Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 3.3.

³⁴⁰ Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 3.4.

La commission a rejeté l'argument (avancé par de nombreux acteurs du secteur bancaire) selon lequel les coûts de la séparation structurelle sont trop importants par rapport aux bénéfices escomptés : elle estime au contraire qu'on ne pourra réellement parvenir à une plus grande stabilité financière grâce à ces réformes que dans la mesure où une forme de séparation structurelle est mise en place³⁴¹. D'un autre côté, la question du rapport coûts/bénéfices a guidé la commission dans sa décision en faveur d'une séparation partielle, contrairement à l'approche plus juridique du concept de protection. En particulier, la commission a estimé que la séparation totale coûterait plus cher que les mesures de protection par rapport à l'intermédiation efficace entre l'épargne et l'investissement, à la diversification des risques et aux synergies entre clients. Qui plus est, il n'était pas clair que la séparation totale serait plus bénéfique en termes de stabilité financière. La séparation totale était également plus difficile à appliquer au sein de l'UE, dans la mesure où les banques universelles situées dans d'autres États membres pourraient toujours posséder des activités bancaires de dépôt au Royaume-Uni³⁴².

Les mesures de protection ont été complétées par une recommandation portant sur les exigences en matière de capacités d'absorption des pertes pour les banques du Royaume-Uni (tant pour les activités de dépôt que pour celles d'investissement), avec dans l'idée de venir en complément des réformes structurelles garantissant d'une plus grande stabilité financière³⁴³. La commission a aussi pris en compte des questions de concurrence, plus particulièrement celles concernant les services bancaires de dépôt au Royaume-Uni et a émis une série de recommandations sur, *entre autres*, les mesures réglementaires et l'arbitrage de portefeuille³⁴⁴.

Les recommandations de la commission ont maintenant été mises en œuvre par le biais de la loi sur les services financiers (réforme bancaire) de 2013³⁴⁵. Cette loi introduit, entre autres, l'administration par l'autorité de régulation prudentielle des mesures de protection des dépôts, des découverts bancaires et autres services connexes. La loi comprend une exception *de minimis*³⁴⁶, selon laquelle les exigences en matière de protection s'appliquent uniquement à des sociétés du Royaume-Uni avec des dépôts permanents si le groupe qui les possède détient un total de dépôts qui excède les 25 milliards GBP. La loi vise à éviter toute incidence extraterritoriale dans la mesure où elle ne s'applique pas aux succursales au Royaume-Uni de banques étrangères ou de filiales à l'étranger de banques du Royaume-Uni, même si la loi concerne bel et bien les filiales au Royaume-Uni de banques étrangères qui se situent sous le seuil indiqué. En réponse à l'idée d'inclure quelques éléments de la « règle Volcker », le gouvernement a évoqué « *les difficultés majeures dans la définition de la négociation pour compte propre par rapport aux activités de tenue de marché, les défis techniques rencontrés dans le cadre de la mise en œuvre aux États-Unis de la 'règle Volcker' ainsi que les risques évoqués par Sir John Vickers que la complexité d'une interdiction supplémentaire sur la négociation pour compte propre pourrait s'avérer préjudiciable*

³⁴¹ Commission indépendante sur le secteur bancaire, sections 2.11-2.12 et 5.43-5.78.

³⁴² Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 2.15.

³⁴³ Commission indépendante sur le secteur bancaire, chapitre 4.

³⁴⁴ Commission indépendante sur le secteur bancaire, chapitres 7 et 8.

³⁴⁵ Ce paragraphe s'appuie sur le rapport du Conseil de stabilité financière aux leaders du G20 lors du Sommet de novembre 2014 intitulé « *Structural Banking Reforms Cross-border consistencies and global financial stability implications* », publié le 27 octobre 2014, www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_141027.pdf?page_moved=1, p.7-8.

³⁴⁶ Celle-ci a été exclue des recommandations de la commission: voir Commission indépendante sur le secteur bancaire, section 3.15: « On balance, the Commission is not persuaded of the need for any *de minimis* exemption from the ring-fence principles. »

aux mesures de protection car les mesures réglementaires s'en trouveraient détournées³⁴⁷ ». Le gouvernement est actuellement en train d'effectuer des consultations sur les règles nécessaires pour mettre en œuvre les mesures de protection, avec dans l'idée de finaliser celles-ci d'ici 2016. Les banques devront respecter ces règles d'ici 2019.

France

Les approches en matière de séparation structurelle ont été étroitement coordonnées par les pouvoirs publics en Allemagne et en France, tant au niveau des exigences imposées par les réformes structurelles que du calendrier pour leur mise en œuvre. Il existe néanmoins quelques petites différences entre les systèmes mis en place³⁴⁸.

Les règles françaises en matière de séparation structurelle des activités bancaires sont contenues dans la Loi n° 2013-672, publiée le 17 juillet 2013³⁴⁹. En ce qui concerne la séparation des activités de négociation pour compte propre, la loi interdit :

- aux établissements de crédit, compagnies financières et compagnies financières holding mixtes, d'exercer des activités de négociation sur instruments financiers quand celles-ci dépassent des seuils définis par décret en Conseil d'Etat, avec certaines exceptions ;
- aux établissements de crédit d'effectuer toute opération avec (a) des organismes de placement collectif à effet de levier, (b) d'autres véhicules d'investissement similaires, ou (c) des organismes de placement collectif investis ou exposés dans les organismes de placement à effet de levier ou qui y sont exposés ou d'autres véhicules d'investissement similaires quand l'investissement ou l'exposition dépasse des seuils définis par décret ministériel.

Ces activités interdites peuvent toutefois être effectuées par une filiale, expressément dédiée à ces activités, de l'établissement de crédit en question. Cette filiale doit être officiellement agréée en tant qu'entreprise d'investissement ou établissement de crédit. Ces établissements ne pourront pas recevoir de dépôts qui bénéficient du système de garantie des dépôts, ni fournir des services de paiement aux clients dont les dépôts bénéficient de telles garanties.

La réglementation ne prévoit toutefois aucune interdiction pour les activités de négociation pour compte propre, dans la mesure où les établissements sont autorisés à effectuer les activités de négociation sur instruments financiers faisant intervenir leur compte propre qui sont relatives :

- à la fourniture de services d'investissement à la clientèle ;
- à la compensation d'instruments financiers ;

³⁴⁷ Voir Department for Business, Innovation & Skills, *Banking Reform: a new structure for stability and growth* (Cm 8545), publié en février 2013, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228995/8545.pdf, section 2.35.

³⁴⁸ Lehmann (2014), p.8-9.

³⁴⁹ Les détails concernant le contenu de la loi française sont issus de Ashurst Paris, « France – Law on the separation and regulation of banking activities » publié en août 2013, https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=9486.

- à la couverture des risques de l'établissement de crédit ou du groupe ;
- à la tenue du marché ;
- à la gestion saine et prudente de la trésorerie du groupe et aux opérations financières entre les entreprises mères et leurs filiales appartenant à un même groupe ; *et*
- aux opérations d'investissement du groupe, au sens de l'article L. 511-20 du *Code monétaire et financier* français.

Les établissements de crédit doivent identifier d'ici le 1^{er} juillet 2014 les activités interdites qu'il faut transférer et les transférer ensuite à une filiale d'ici le 1^{er} juillet 2015.

La Loi n° 2013-672 prévoit également la réforme de certaines autorités françaises de surveillance. Elle crée un nouveau régime pour le redressement et la résolution d'établissements bancaires et financiers. Elle modifie le régime applicable aux chambres de compensation en France et introduit une série de réformes concernant, entre autres, le blanchiment des capitaux, l'évasion fiscale et l'encadrement des rémunérations des employés du secteur de la finance.

Allemagne

Le 6 février 2015, le gouvernement fédéral allemand a introduit un projet de loi sur la séparation des risques et le redressement et la résolution des établissements de crédit (*Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung und Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten*). La loi fut adoptée par le Bundestag le 17 mai 2013 et par le Bundesrat le 7 juin 2013³⁵⁰.

En matière de séparation structurelle, la loi allemande introduit l'interdiction pour tout établissement proposant des services de dépôt, toute société qui fait partie d'un groupe, tout groupe holding financier, tout groupe holding financier mixte ou tout conglomérat financier qui comprend un établissement qui offre des services de dépôt, d'exercer des activités spéculatives ou à haut risque, ou autrement dit : des activités de négociation pour compte propre. Celles-ci incluent l'achat ou la vente d'instruments financiers pour le compte propre d'une entreprise qui ne représentent pas un service pour autrui, le courtage à haute fréquence, les opérations de prêt et de garantie avec des fonds de couverture, des fonds de fonds de couverture ou leur société de gestion ou avec des fonds d'investissement alternatif à fort levier financier ou leur société de gestion. Les exceptions à l'interdiction concernant la négociation pour compte propre s'établissent comme suit :

- les activités pour les transactions de couverture pour leurs clients, et pour les besoins de taux d'intérêt, de monnaie, de liquidité et de gestion des risques de l'établissement de crédit ;
- les activités pour l'achat et la vente d'investissements à long terme et de transactions qui ne sont pas prévues pour profiter des fluctuations à court-terme du marché ;
- les activités pour propre compte qui représentent un service à destination d'autrui, comme des transactions à prix fixe ou des opérations de compensation ou de paiement;

³⁵⁰

Les détails concernant le contenu de la loi allemande sont issus de Freshfields Bruckhaus Deringer, « Briefing: Law on the separation of risks and the recovery and resolution planning for credit institutions », publié en juin 2013, www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/36262.pdf.

- la tenue de marché ;
- des activités pour couvrir les risques clients ;
- des activités en rapport avec la négociation d'instruments financiers, en particulier des activités de courtage ou de prise ferme ;
- des activités en tant que contrepartie centrale en matière de courtage en placements boursiers ;
- le placement d'instruments financiers sans engagement ferme ; et
- la gestion de portefeuille.

L'interdiction s'applique uniquement aux établissements qui dépassent une certaine valeur, à savoir des actifs qui dépassent les 100 milliards EUR, ou la valeur totale des actifs de l'institution financière ou du groupe atteint les 90 milliards dans chacun des trois derniers exercices financiers, pour autant que les activités pour compte propre dépassent 20 pour cent de la totalité des actifs de l'institution ou du groupe. En outre, l'autorité fédérale chargée de la surveillance financière (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) est habilitée à interdire aux établissements ou sociétés qui font partie d'un groupe qui comprend des structures semblables d'exercer certaines activités, sans tenir compte du fait que certains seuils en termes de valeur soient franchis ou non, pour autant que l'autorité en question estime que ces activités menacent de mettre en danger la solvabilité de la société..

De la même manière que dans le cadre de la loi française, ces activités peuvent être gérées par un établissement financier distinct qui appartient au même groupe de sociétés concernées. Tout établissement séparé doit répondre aux exigences formulées par la loi allemande sur le secteur bancaire (Kreditwesengesetz, KWG) qui concernent le statut juridique de l'établissement. Autrement dit, l'établissement en question doit avoir reçu l'autorisation d'exercer des activités de négociation pour compte propre quand cela s'avère nécessaire. En plus, cette structure doit fonctionner comme une société indépendante d'un point de vue économique, organisationnel et juridique à qui aucune dispense répondant à la section 2a du KWG ne peut être appliquée. Le refinancement doit être organisé indépendamment par rapport à la société mère, même si des services purement administratifs provenant du groupe sont autorisés.

Outre la séparation structurelle des activités de négociation pour compte propre, la réglementation allemande prévoit des dispositions pour des « testaments biologiques » à destination d'établissements financiers d'une certaine taille et introduit le concept de responsabilité pénale pour la violation par les cadres supérieurs des exigences en matière de gestion des risques.

Union européenne

La réforme structurelle du secteur bancaire à l'échelle de l'Union européenne a également été considérée en réponse à la crise financière mondiale. En février 2012, le Commissaire Michel Barnier, en charge du marché intérieur et des services financiers, a mis sur pied un groupe d'experts de haut niveau (HLEG) pour étudier les réformes bancaires structurelles, sous la présidence d'Erkki Liikanen. Après plusieurs consultations avec des parties prenantes, le HLEG a publié son rapport final en octobre 2012,

qui recommande entre autres un certain degré de séparation structurelle pour certaines banques européennes³⁵¹

Le rapport s'ouvre sur une considération concernant la récente crise financière au sein du secteur bancaire européen. Il relève la diversité du secteur au niveau européen, qui peut être un avantage dans la mesure où la diversité a tendance à favoriser la résilience mais souligne également qu'aucun modèle bancaire ne s'est particulièrement bien comporté, ou mal comporté lors de la crise financière. Au lieu de cela, le rapport met en évidence « une prise de risques excessive — due à des transactions portant sur des instruments très complexes ou à des prêts pour des biens immobiliers — et une confiance démesurée dans les financements à court-terme dans la période qui a précédé la crise financière. La prise de risques n'a pas été contrebalancée par une protection appropriée des capitaux et un niveau élevé de risque systémique est apparu en raison de liens étroits entre les établissements financiers.³⁵² ».

Le rapport envisage ensuite deux voies en matière de réformes : la première vise à renforcer la réglementation bancaire, via des exigences en matière de capitaux et des de résolution des défaillances tandis que la seconde a pour objet la séparation des activités bancaires de négociation pour compte propre et des autres activités à risques. Tout en reconnaissant les bénéfices potentiels d'une réglementation plus efficace, le rapport se conclut de la manière suivante, « *il est nécessaire d'imposer, au sein des groupes bancaires, une séparation légale entre certaines activités financières particulièrement risquées, d'une part, et les banques de dépôt, d'autre part. Les activités à séparer des autres incluraient la négociation pour compte propre sur valeurs mobilières et produits dérivés et certaines autres activités étroitement liées aux marchés de valeurs mobilières et d'instruments dérivés.*³⁵³ ». La séparation structurelle se présente et se justifie comme suit :

Cette séparation a pour objectifs centraux de faire en sorte que les groupes bancaires, en particulier celles de leurs activités qui sont vitales pour la société (essentiellement la collecte de dépôts et la fourniture de services financiers aux secteurs non financiers de l'économie), soient plus sûrs et moins liés à des activités de négociation à haut risque, et de limiter l'exposition, implicite ou explicite, du contribuable aux risques encourus par les composantes de ces groupes qui exercent des activités de négociation. Les recommandations du groupe en matière de séparation visent les activités qui sont considérées comme constituant les volets les plus risqués de l'activité de négociation, et dans le cadre desquelles les positions en risque peuvent changer le plus rapidement. La séparation de ces activités entre plusieurs entités juridiques distinctes au sein d'un groupe est la réponse la plus directe à la complexité et à l'interdépendance des banques. Cette séparation n'aurait pas seulement pour effet de simplifier et de rendre plus transparente la structure des groupes bancaires; elle favoriserait aussi la discipline au sein du marché, la surveillance de celui-ci et, en définitive, le redressement des banques et la résolution de leurs défaillances.³⁵⁴

³⁵¹ Voir le Groupe d'experts de haut niveau (High Level Expert Group, HLEG) sur la réforme de la structure du secteur bancaire de l'UE, présidé par Erkki Liikanen, *Rapport final*, publié à Bruxelles le 2 octobre 2012, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/liikanen-report/final_report_fr.pdf.

³⁵² HLEG, p.99.

³⁵³ HLEG, p.100.

³⁵⁴ HLEG, p.100.

Le rapport recommande que la négociation pour compte propre et toutes les positions sur actifs ou dérivés résultant d'activités de tenue de marché autres que les activités exemptées soient assignées à une entité juridique distincte, qui pourrait être une entreprise d'investissement ou une banque (ci-après « l'entité négociatrice »), au sein d'un groupe bancaire. Cependant, la séparation ne serait obligatoire que les activités qui doivent être séparées représentent une part importante du volume d'affaires de la banque, ou si ces activités peuvent être considérées comme « *significatives sous l'angle de la stabilité financière* ». Le groupe d'experts de haut niveau a proposé un test en deux étapes pour établir une décision :

- premièrement, les actifs détenus par une banque à des fins de transaction et disponibles à la vente doivent dépasser un seuil d'examen relatif situé entre 15 % et 25 % du total des actifs de la banque ou un seuil d'examen absolu de 100 milliards d'euros ;
- deuxièmement, les autorités de surveillance devront se prononcer sur la nécessité d'une séparation en fonction de la proportion d'actifs auxquels s'appliquerait l'obligation de séparation. Ce seuil, exprimé en pourcentage du total des actifs de la banque, devra être fixé par la Commission ;

Dès lors qu'une banque dépasse le seuil final, l'ensemble des activités concernées devra être transférée à une entité négociatrice légalement séparée (mais pas séparée sur base de la propriété des parts). La banque de dépôt et l'entité négociatrice légalement séparées pourront donc opérer au sein d'une même structure de holding bancaire afin de préserver la capacité des banques à fournir une vaste gamme de services financiers à leurs clients et préserver ainsi les avantages liés à la diversification. L'obligation de séparation ne s'appliquera pas à la fourniture, à des clients autres que des banques, de services de couverture, par rapport aux fonds propres, s'inscriraient dans des limites étroites (à définir) de position en risque, ni à la prise ferme de valeurs mobilières et autres activités connexes. Pour assurer la capacité de résistance des deux types d'entités, tant la banque de dépôt que l'entité négociatrice seront toutefois soumises, à titre individuel, à l'ensemble des exigences réglementaires applicables aux établissements financiers de l'UE ³⁵⁵.

Le groupe d'experts de haut niveau a émis une série de recommandations concernant les plans de résolution et redressement bancaires, l'utilisation d'instruments dédiés au renflouement, la fixation détermination de normes minimales de fonds propres, ainsi que le renforcement des réformes déjà entreprises en matière de gouvernance d'entreprise.

En janvier 2014, en s'appuyant sur les recommandations du HLEG, la Commission européenne a publié une proposition de règlement relative à des « mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE ³⁵⁶ ». La proposition a fait suite à diverses consultations publiques supplémentaires organisées par la Commission en présence des parties prenantes, mais également à un rapport d'initiative du Parlement européen qui a salué les mesures de réforme structurelle à l'échelle européenne pour répondre aux préoccupations concernant les banques « trop grandes pour faire faillite ». ³⁵⁷ Le considérant 12 de la proposition de règlement définit les objectifs suivants :

³⁵⁵ HLEG, p.101-102.

³⁵⁶ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'UE (COM(2014) 43 final), publiée le 29 janvier 2014.

³⁵⁷ *Ibid*, p.2-4.

Le présent règlement a pour objectif de restreindre la prise de risque excessive et l'expansion rapide de la taille des bilans, les difficultés de résolution, les difficultés de contrôle, les conflits d'intérêts, les distorsions de concurrence et la mauvaise allocation des capitaux. Il vise également à protéger les établissements qui exercent des activités justifiant un filet de sécurité public contre les pertes résultant d'autres activités. Les règles nécessaires devraient par conséquent contribuer à recentrer les banques sur leur rôle majeur, axé sur la relation clients, qui est de servir l'économie réelle, et à éviter qu'une part excessive des capitaux des banques soit allouée à des activités de négociation plutôt qu'au financement de l'économie non financière ³⁵⁸.

Afin de réaliser cet objectif, le règlement proposé :

- Interdira la négociation pour compte propre ³⁵⁹ par tout établissement de crédit qui est considéré comme étant « d'importance systémique mondiale » ou dont la valeur totale des actifs et passifs de son portefeuille de négociation est supérieure à 30 milliards EUR et la valeur totale des actifs et passifs de son portefeuille de négociation est supérieure à 70 milliards d'EUR ou à 10 % de la valeur totale de ses actifs ³⁶⁰ ; et
- Interdira à ces entités d'agir dans le seul but de réaliser un profit pour son propre compte, d'acquérir ou conserver des parts ou actions de fonds d'investissement alternatif (FIA); d'investir dans des produits dérivés ou tout autre instrument financier dont la performance est liée à des fonds d'investissement alternatifs; ou de détenir des parts ou actions d'une entité qui exerce des activités de négociation pour compte propre ou acquiert des parts ou actions de fonds d'investissement alternatifs ³⁶¹.

En outre, le chapitre 3 de la réglementation habilitera une « autorité compétente » ³⁶² afin de passer en revue et d'évaluer « les activités de négociation » ³⁶³ des « établissements de crédit à titre

³⁵⁸ *Ibid*,

³⁵⁹ Définie en vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la proposition de règlement comme « l'utilisation de fonds propres ou de fonds empruntés pour prendre des positions dans tout type de transaction d'achat, de vente, ou d'autres formes d'acquisition ou de cession, d'instruments financiers ou de matières premières, dans le seul but de réaliser un profit pour son propre compte, et sans aucun lien avec les activités, actuelles ou anticipées, menées pour le compte de clients, ou dans un but de couverture des risques de l'entité découlant des activités, actuelles ou anticipées, menées pour le compte de clients, par l'intermédiaire de salles de marché, d'unités, de divisions ou d'opérateurs de marché se consacrant spécifiquement à cette prise de positions et à cette réalisation de profit, y compris par l'intermédiaire de plateformes en ligne dédiées à la négociation pour compte propre ».

³⁶⁰ L'article 3 de la proposition de règlement définit les entités auxquelles s'applique le règlement ; l'article 4 définit les entités auxquelles le règlement ne s'applique pas.

³⁶¹ Les deux interdictions de « certaines activités de négociation » sont définies à l'article 6.

³⁶² Définie par l'article 5, paragraphe 7 de la proposition de règlement comme « une autorité compétente au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 40), du règlement (UE) n° 575/2013, y compris la BCE, conformément au règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil ».

³⁶³ Défini par l'article 8, paragraphe 1 de la proposition de règlement pour englober des activités *autres que* « la réception de dépôts éligibles au titre du système de garantie des dépôts conformément à la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil[40] ; les activités de crédit, y compris le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage avec ou sans recours et le financement des transactions commerciales (affacturage à forfait inclus) ; le crédit-bail ; les services de paiement au sens de l'article 4, point 3), de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil[41] ; l'émission

principal »³⁶⁴ sur base annuelle, avec un accent particulier sur les activités de tenue de marché, les investissements et l'activité de sponsor dans le cadre d'opérations de titrisation, et la négociation de certains types de produits dérivés³⁶⁵. Lorsqu'à l'issue de cette évaluation, l'autorité compétente conclut qu'il y a « une menace pour la stabilité financière de l'établissement de crédit à titre principal ou pour l'ensemble du système financier de l'Union », elle devra adopter une décision contraignante qui enjoint l'établissement de crédit à titre principal de ne pas effectuer les activités de négociation précisées dans ses conclusions³⁶⁶. L'établissement de crédit concerné pourra toutefois exercer des activités de négociation dans la mesure où celles-ci ont pour seul but la gestion prudente de ses capitaux, de sa liquidité et de ses financements³⁶⁷. En outre, quand l'établissement en question fait partie d'un groupe, alors les activités de négociation qui doivent être séparées peuvent être effectuées par une autre entité du groupe pour autant qu'elle soit séparée d'un point de vue légal, économique et opérationnel de l'établissement de crédit à titre principal³⁶⁸. La réglementation établit en plus des dispositions détaillées par rapport aux mesures de séparation vues sous l'angle pratique.

Étant donné que certains États membres ont déjà adopté des mesures visant à introduire un certain degré de séparation structurelle dans leur secteur bancaire afin d'accroître la stabilité financière, la proposition de réglementation comprend une dérogation aux règles du Chapitre 3 sur la séparation obligatoire. Plus particulièrement, la Commission pourra accorder une dérogation aux règles de séparation à un établissement de crédit recevant des dépôts de particuliers et de PME qui sont soumis à des textes législatifs nationaux primaires adoptés avant le 29 janvier 2014 lorsque que ladite législation nationale respecte les exigences suivantes :

- Elle vise à prévenir les difficultés financière ou les défaillances et le risque systémique ;
- Elle empêche les établissements de crédit recevant des dépôts éligibles de particuliers et de PME d'exercer l'activité réglementée de négociation d'investissements en tant que partie principale et de détenir des actifs à des fins de négociation ; *et*
- Quand l'établissement de crédit concerné fait partie d'un groupe, elle impose une séparation juridique entre l'entité de dépôts et toute entité du groupe qui exerce l'activité réglementée de négociation d'investissements en tant que partie principale et de détenir des actifs à des fins de négociation³⁶⁹.

La proposition de réglementation requiert l'approbation du Conseil de l'Union européenne et du Parlement européen avant qu'elle n'entre en vigueur de manière formelle. En novembre 2014, la Banque

et la gestion d'autres moyens de paiement tels que les chèques de voyage et les lettres de crédit (...); le courtage monétaire, la conservation et l'administration de valeurs mobilières; les renseignements commerciaux; la location de coffres; [et] l'émission de monnaie électronique. »

³⁶⁴ Défini par l'article 5, paragraphe 16 de la proposition de règlement comme « un établissement de crédit qui, au minimum, reçoit des dépôts éligibles au titre du système de garantie des dépôts conformément aux dispositions de la directive 94/19/CE[33] ».

³⁶⁵ Article 9 de la proposition de règlement.

³⁶⁶ Article 10 de la proposition de règlement.

³⁶⁷ Article 11 de la proposition de règlement.

³⁶⁸ Article 13 de la proposition de règlement.

³⁶⁹ Article 21 de la proposition de règlement.

centrale européenne a émis une opinion favorable à l'égard de cette proposition de réglementation, quoiqu'elle a recommandé, entre autres, une définition plus précise et une plus grande marge discrétionnaire pour les autorités de surveillance de la concurrence dans le cas de décision concernant la séparation structurelle ³⁷⁰. Apparemment, peu de progrès ont été réalisés sur cette question en 2014, même si la réforme structurelle du secteur bancaire européen fait encore partie du programme de travail de la Commission pour l'année 2015. ³⁷¹.

3.5 Services d'autobus

Lors de la réunion, en décembre 2014, du groupe de travail n°2 sur la concurrence et la réglementation, les services d'autobus ont été envisagés comme des candidats potentiels pour la séparation structurelle. Lors de cette réunion la délégation du Royaume-Uni a effectué une présentation à ce sujet.

Les services d'autobus ont une dimension verticalement intégrée, dans la mesure où il est nécessaire pour les prestataires de services d'avoir accès aux gares routières (pour aller chercher et déposer les passagers ainsi que pour les services connexes) mais également aux dépôts (pour stationner, pour la maintenance et les réparations des bus). Par conséquent, certaines gares routières peuvent revêtir les caractéristiques des « infrastructures essentielles », surtout si elles sont situées dans des zones urbaines très fréquentées. Les dépôts sont moins susceptibles de présenter de telles caractéristiques puisque l'endroit où ils sont situés est généralement moins essentiel dans ce contexte. Si, pour une raison quelconque (comme la rareté des terrains disponibles), l'accès aux dépôts est limité, des questions de concurrence peuvent toutefois se poser.

Le délégué du Royaume-Uni a décrit les deux différents modèles de concurrence des services d'autobus dans son pays. À Londres, tous les services sont fournis en vertu d'un modèle de franchise privé basé sur les itinéraires des bus, et d'un système de concurrence pour le marché, c'est-à-dire pour certaines lignes de bus spécifiques. En dehors de Londres, la décision de l'aménagement des lignes et des services d'autobus se fait, par les compagnies d'autobus, essentiellement sur une base commerciale, conformément au modèle prédominant de concurrence à l'intérieur des marchés. À Londres, un certain degré de « séparation structurelle » constitue la norme. Les gares routières appartiennent généralement à la compagnie Transport for London (TfL), un organisme public local qui gère le processus de franchise. À cet égard, TfL joue un rôle semblable à celui d'un gestionnaire de réseaux indépendant pour les services d'autobus à Londres. TfL peut également bénéficier des synergies créées par l'intégration, dans la mesure où la compagnie détermine les itinéraires et les horaires des bus. Bien que les dépôts de la ville, tout comme les parcs d'autobus, aient été inclus dans le processus de privatisation, l'utilisation du modèle de franchise basé sur les itinéraires, associé aux longs itinéraires des bus à l'intérieur de la ville, signifie que la concurrence entre les compagnies d'autobus intégrées qui possèdent leurs propres dépôts a été rendue possible. À l'extérieur de la ville, des questions d'accès se sont toutefois révélées problématiques et ont même fait l'objet d'une étude de marché spécifique menée par la Commission de la concurrence.

³⁷⁰ Voir l'avis de la Banque centrale européenne du 19 novembre 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'Union européenne (CON/2014/83).

³⁷¹ Voir European Banking Federation E-News, « European Commission maintains its Banking Structural Reform proposal », publié le 19 décembre 2014, <http://enews.ebf-fbe.eu/2014/12/european-commission-maintains-its-banking-structural-reform-proposal/>.

3.5.1 L'étude de marché sur les services d'autobus locaux de la Commission de la concurrence du Royaume-Uni

En 2011, la Commission de la concurrence du Royaume-Uni a fait paraître, à la demande du bureau nommé à l'époque Office of Fair Trading, un rapport détaillé sur la prestation des services d'autobus locaux au Royaume-Uni (sauf en Irlande du Nord et à Londres)³⁷². Le rapport a abordé, entre autres, la question de savoir si l'accès aux gares routières et aux dépôts pouvait constituer une barrière à l'entrée et au développement dans ces marchés. Cinq compagnies d'autobus privées fournissaient 69 % de tous les services d'autobus locaux dans la zone étudiée, tandis que des compagnies de taille moyenne (aussi bien privées que publiques) fournissaient la grande majorité du reste des services³⁷³.

Concernant la question de l'accès aux gares routières, le rapport a indiqué que celles-ci pouvaient appartenir aussi bien à des autorités locales, à des entreprises privées qui ne sont pas des compagnies de bus locales (telles que des centres commerciaux ou des exploitants d'aéroports), qu'à des compagnies de bus locales. La plupart des gares routières utilisées par les cinq compagnies les plus importantes étaient détenues et gérées par les autorités locales. Le rapport a noté toutefois que le propriétaire d'une gare routière n'était pas nécessairement son gestionnaire ou son exploitant, et que l'exploitation des gares détenues par des entreprises privées autres que les compagnies de bus locales avait tendance à être sous-traitée à une compagnie de bus locale³⁷⁴. Dans la plupart des cas, les compagnies d'autobus ne rencontraient aucune difficulté en termes d'accès aux postes de stationnement ou aux autres infrastructures disponibles dans les gares, mais une minorité de répondants a fait état de problèmes lorsque la gare concernée était détenue et/ou gérée par une compagnie d'autobus concurrente³⁷⁵. Parmi les restrictions potentielles à l'accès aux infrastructures des gares figuraient notamment l'attribution discriminatoire des postes de stationnement et/ou des capacités de correspondance, la mauvaise gestion des capacités de stationnement et, plus généralement, les restrictions en matière de capacités disponibles pour les nouveaux arrivants, ainsi que les restrictions concernant l'accès des conducteurs à certaines infrastructures disponibles dans les gares routières³⁷⁶. Bien que l'incidence de tels problèmes était limitée pendant la durée de l'étude, le rapport a toutefois indiqué que ces problèmes pouvaient bel et bien survenir, même lorsque le gestionnaire d'une gare routière était incité à utiliser sa position et avait la capacité de le faire pour augmenter les coûts d'une compagnie concurrente³⁷⁷.

Par ailleurs, le rapport a fait état d'un certain nombre de plaintes reçues concernant des droits excessivement élevés à verser pour utiliser les gares routières, en particulier lorsqu'une gare est gérée par une compagnie d'autobus concurrente. Les frais de départ moyens s'élevaient à 0,36 GBP pour quitter une gare routière gérée par les autorités locales, à 0,49 GBP pour quitter une gare gérée par une entreprise privée et à 1,06 GBP pour quitter une gare gérée par une compagnie d'autobus locale. Après avoir analysé les prix pratiqués dans 17 gares routières appartenant à des entreprises privées et gérées par une

³⁷² Commission de la concurrence du Royaume-Uni, *Étude de marché sur les services d'autobus locaux. Rapport de la prestation de services d'autobus locaux au RU (sauf en Irlande du Nord et à Londres)*, publié le 20 décembre 2011.

³⁷³ Bien qu'environ 1 245 compagnies fournissaient des services d'autobus locaux dans la zone de référence de l'étude, 95 % de l'ensemble des services étaient fournis par 219 compagnies : *ibid.*, para.2.43.

³⁷⁴ *Ibid.*, paras.9.129-9.130.

³⁷⁵ *Ibid.*, paras.9.131-9.146.

³⁷⁶ *Ibid.*, para.9.158.

³⁷⁷ *Ibid.*, para.9.159.

compagnie d'autobus locale, le rapport a identifié des éléments prouvant clairement l'existence d'une tarification discriminatoire appliquée à l'accès aux infrastructures des gares routières :

En nous basant sur les comparaisons des frais de tiers appliqués aux compagnies d'autobus locales pour quitter une gare routière et en tenant compte du coût résiduel du départ en lui-même de chaque gare routière, nous avons constaté que, pour 13 des 17 gares routières (soit 76 %), les frais de départ imposés aux compagnies d'autobus locales tierces étaient plus élevés que le coût résiduel du départ en lui-même. Notre étude a révélé que les frais de départ de tiers pouvaient être 1,2 jusqu'à 7,4 fois plus élevés que le coût résiduel du départ en lui-même, avec une moyenne de 2,7 fois le coût résiduel. Nous avons également calculé que si les gestionnaires des gares routières appliquaient des frais de départ à leurs propres bus au même niveau que les frais appliqués aux compagnies d'autobus locales tierces, 12 des 17 gares routières examinées réaliseraient des marges bénéficiaires de plus de 20 %³⁷⁸.

Le rapport a donc jugé que le niveau des frais de départ fixés par les gares routières pouvait avoir comme effet de désavantager les autres compagnies par rapport à la compagnie propriétaire/gestionnaire³⁷⁹.

En conséquence, le rapport a conclu que lorsqu'un nouvel arrivant se trouvait dépendant du comportement de l'une des compagnies concurrentes qui gérait une gare routière de manière à ce qu'elle puisse concurrencer efficacement les services du nouvel arrivant, toute difficulté connexe pour garantir l'accès à une gare routière était susceptible de constituer une importante barrière à l'entrée sur le marché³⁸⁰.

Le rapport a constaté que l'accès aux dépôts était nécessaire pour faciliter une entrée significative sur le marché, bien que des méthodes alternatives, telles que les gares périphériques, puissent être utilisées pour des activités à plus petite échelle. La facilité d'accès aux dépôts varie de manière significative dans la région étudiée. Concernant l'accès aux nouvelles infrastructures de dépôt, le rapport n'a toutefois pas analysé de manière détaillée la possibilité de partager (que ce soit sur base volontaire ou obligatoire) les infrastructures existantes, mais a plutôt abordé la construction de nouvelles infrastructures de dépôt. Il a indiqué que cela pourrait poser problème dans certaines zones, en raison des prix particulièrement élevés des terrains, de coûts supplémentaires ou encore de la difficulté d'obtenir un permis de construire (compte tenu, notamment, des préoccupations liées à la circulation ou à l'environnement dans certaines zones)³⁸¹. En conséquence, le rapport a conclu que la difficulté à trouver des dépôts adaptés pouvait constituer une barrière à l'entrée et à l'expansion sur le marché³⁸².

En réponse à ces préoccupations, que le rapport a identifiées comme des facteurs conduisant à un « effet néfaste sur la réalisation finale », la Commission de la concurrence a décidé d'adopter une ordonnance mandatoire mettant en œuvre une « mesure corrective garantissant un accès équitable, raisonnable et non discriminatoire »³⁸³. L'ordonnance régleme l'accès aux gares routières qui sont

³⁷⁸ *Ibid*, para.9.155.

³⁷⁹ *Ibid*, para.9.160.

³⁸⁰ *Ibid*, paras.9.161 et 14.7.

³⁸¹ *Ibid*, paras. 9.162-9.173.

³⁸² *Ibid*, para.14.7.

³⁸³ *Ibid*, para.15.224.

gérées par des compagnies d'autobus locales, en leur imposant d'assurer l'accès aux autres opérateurs sur une base équitable, raisonnable et non discriminatoire. Plus spécifiquement, l'ordonnance impose aux gestionnaires de gares routières de : publier les conditions d'utilisation des gares routières, notamment les informations relatives aux capacités et aux frais ; d'établir un contrat écrit avec chaque utilisateur qui inclut les conditions d'utilisation ; de mettre en œuvre des procédures de résolution des différends pour tout conflit concernant l'accès ou les frais et, dans le cas où de tels conflits surviendraient, de démontrer que les frais ont été calculés conformément à une approche équitable, raisonnable et non discriminatoire. Lorsque les différends ne peuvent être réglés de manière consensuelle, l'ordonnance prévoit également des dispositions visant à faire intervenir des experts indépendants et/ou l'autorité locale de transport ³⁸⁴.

Toutefois, lors de la réunion de décembre 2014, le délégué du Royaume-Uni a mis en garde contre une interprétation manichéenne des mesures correctives en matière d'accès dans ce contexte. Bien que le marché des services d'autobus soit relativement simple, les contrôles d'accès nécessitent souvent des spécifications détaillées et leur élaboration peut donc se révéler compliquée. Par ailleurs, la mise en œuvre d'un mécanisme de surveillance et d'application continues s'est avérée particulièrement complexe dans ce secteur. Le délégué du Royaume-Uni a indiqué que, sur ce marché comme sur d'autres, il est généralement plus aisé d'établir une séparation structurelle au moment de la privatisation plutôt qu'après que celle-ci ait eu lieu. En ce qui concerne la séparation structurelle, les décideurs politiques devraient tenter d'éviter de créer un pouvoir de marché horizontal et devraient également prendre en compte la perte potentielle des synergies engendrée par ladite séparation structurelle. En outre, dans le contexte des services d'autobus, toutes les infrastructures ne sont pas susceptibles de constituer des infrastructures dites essentielles. En particulier, dans la plupart des cas, les gares routières sont plus susceptibles de constituer des infrastructures essentielles que les infrastructures de dépôt.

3.6 *Systèmes de paiement*

Les systèmes de paiement comprennent les infrastructures grâce auxquelles les individus et les établissements effectuent un transfert de valeur monétaire, telles que les cartes de crédit et de débit ainsi que d'autres systèmes de traitement électronique. Les systèmes de paiement revêtent une importance capitale pour la quasi totalité des aspects du commerce dans les économies développées. Comme les agences d'évaluation du crédit, les systèmes de paiement peuvent démontrer un certain degré d'intégration verticale, dans la mesure où de nombreux systèmes sont détenus (et contrôlés) par un consortium de grands établissements de crédit. Les cas évoqués ci-dessous abordent les éventuels problèmes de concurrence : l'exploitation de clients existants (en fixant, par exemple, des commissions multilatérales d'interchange excessivement élevées) ou le refus d'accès aux infrastructures essentielles.

Union européenne

Un certain degré d'harmonisation a été mis en place au niveau européen en ce qui concerne le fonctionnement des systèmes de paiement ³⁸⁵. Par ailleurs, la Commission a activement poursuivi la mise en œuvre des commissions d'interchange applicables aux paiements par carte Visa et MasterCard, en

³⁸⁴ *Ibid*, paras.15.222-15.290.

³⁸⁵ Voir la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (JO L 319/1 du 5 décembre 2007), et la *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/UE et 2009/110/CE et abrogeant la directive 2007/64/CE* (COM(2013) 547 final), publiée le 24 juillet 2013.

application des règles de concurrence de l'Union européenne³⁸⁶. La Commission a fait valoir, et la Cour européenne de justice l'a confirmé³⁸⁷, que la fixation concertée (quoique non secrète) des prix par les établissements bancaires appartenant à la fois au réseau Visa et Mastercard équivalait à un accord ou une décision d'associations d'établissements empêchant, restreignant ou faussant le jeu de la concurrence, et contraire à l'article 101 du TFUE, lorsque les prix établis sont excessifs. En juillet 2013, ces efforts ont abouti à la publication d'une proposition formelle de règlement relatif aux commissions d'interchange applicables à l'ensemble de l'Union européenne, afin d'instaurer des plafonds pour les commissions d'interchange appliquées par les systèmes de paiement quadripartites aux opérations de paiement liées aux cartes de débit ou de crédit des consommateurs³⁸⁸. En conséquence, le règlement 2015/751, qui est entré en vigueur en juin 2015³⁸⁹, fixe, pour les commissions d'interchange, un taux de pourcentage maximal de 0,2 % pour les transactions effectuées par cartes de débit et de 0,3 % pour celles effectuées par cartes de crédit³⁹⁰. Bien qu'inférieur aux taux de pourcentage établis de manière individuelle par de nombreux systèmes de paiement par cartes, ce taux est aligné avec les taux établis par Visa et MasterCard afin de se conformer aux nombreuses enquêtes antitrust de la Commission. Par ailleurs, l'article 7 du règlement prévoit un degré de séparation entre les systèmes de cartes de paiement, telles que Visa et MasterCard, et les entités de traitement, à savoir toute personne physique ou morale prestataire de services de traitement d'opérations de paiement. Plus précisément, les systèmes de cartes de paiement et les entités de traitement : doivent être indépendants du point de vue de la comptabilité, de l'organisation et des processus décisionnels ; ne peuvent pas présenter les prix de manière groupée pour les activités liées au système de cartes de paiement et au traitement et ne peuvent octroyer de subventions croisées à ces activités ; et ne doivent pratiquer aucune discrimination dans la prestation de services. L'idée sous-jacente de ces obligations est que les activités liées au traitement constituent un segment de marché potentiellement concurrentiel, distinct des systèmes de cartes de paiement. Par conséquent, l'objectif est de permettre que « cette partie de la chaîne de valeur soit ouverte à une concurrence effective »³⁹¹.

³⁸⁶ Voir la décision de la Commission du 24 juillet 2002 concernant l'affaire COMP/29.373 — *Visa International — Commission multilatérale d'interchange* (JO L 318/17 du 22 novembre 2002) ; décision de la Commission du 8 décembre 2010 concernant l'affaire COMP/39.398 — *VISA MIF* (JO C 79/8, du 12 mars 2010) ; décision de la Commission du 26 février 2014 concernant l'affaire AT.39398 *Visa MIF* (JO C 147/7 du 16 mai 2014) ; et la décision de la Commission du 19 décembre 2007 concernant les affaires COMP/34.579 — *MasterCard*, COMP/36.518 — *EuroCommerce*, et COMP/38.580 — *Commercial Cards* (JO C 264/8 du 6 novembre 2009), confirmée en appel dans les affaires T-111/08 *MasterCard* EU:T:2012:260 et C-382/12 P *MasterCard* EU:C:2014:2201.

³⁸⁷ Voir les jugements *MasterCard*, *ibid.*

³⁸⁸ Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/UE et 2009/110/CE et abrogeant la directive 2007/64/CE* (COM(2013) 547 final), publiée le 24 juillet 2013.

³⁸⁹ Règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte (JO L 123/1 du 19 mai 2015).

³⁹⁰ Règlement 2015/751, articles 3 et 4.

³⁹¹ Règlement 2015/751, considérant 33.

*Royaume-Uni*³⁹²

Au Royaume-Uni, les sociétés de systèmes de paiement (BACS et CHAPs, par exemple) et leurs infrastructures appartiennent aux grandes banques existantes, qui possèdent un certain degré de contrôle sur les systèmes. D'aucuns craignent que cette structure donne aux banques la possibilité d'ériger des barrières à l'entrée et que, en conséquence, les concurrents et les petits acteurs ne puissent avoir accès aux systèmes de paiement selon des conditions équitables et transparentes. Ces préoccupations concernent à la fois les niveaux d'accès direct et indirect aux systèmes de paiement. Dans certains milieux, les banques ont été appelées à céder leur part dans les systèmes de paiement, si cela était jugé nécessaire ³⁹³.

Le régulateur de système de paiement (RSP) a été établi le 1^{er} avril 2014 et est devenu pleinement opérationnel au mois d'avril 2015. Il est doté, entre autres, de certaines fonctions de règlementation de la concurrence, en concertation avec le CMA. Le gouvernement a demandé au RSP, qu'une fois opérationnel, il mène et publie une étude complète sur la propriété des systèmes de paiement et sur les avantages et inconvénients des mesures pour en exiger la cession ³⁹⁴. Dans un document de consultation paru en novembre 2014 ³⁹⁵, le RSP a noté que les parties prenantes avaient fait part de leurs préoccupations initiales concernant la propriété, la gestion et le contrôle des systèmes de paiement, ainsi que leur degré d'ouverture et la représentation des utilisateurs de services. Afin de répondre à ces questions, le RSP propose : d'exiger que tous les opérateurs de système de paiement garantissent la bonne représentation des intérêts des utilisateurs de services dans les processus décisionnels au niveau du conseil d'administration ; d'établir des règles concernant les membres du conseil afin de minimiser les conflits d'intérêts potentiels ; et d'augmenter le niveau de transparence vis-à-vis de leurs processus décisionnels et de leurs activités ³⁹⁶. En ce qui concerne le point spécifique des conflits d'intérêts, le RSP remarque que ceux-ci résultent des relations verticales qui caractérisent ce secteur, « *impliquant la présence des mêmes participants à différents niveaux de la chaîne de valeur* »³⁹⁷. Le RSP propose également d'introduire un « ensemble de dispositions en matière d'accès » pour gérer (et surtout faciliter) l'accès direct aux systèmes de paiement. Celui-ci comprend une règle d'accès qui exigera des opérateurs de système de paiement de fixer des conditions d'accès objectives, fondées sur les risques et rendues publiques, ce qui permettra un plein accès équitable, et d'imposer des critères de contrôle rigoureux qui obligeront les opérateurs à rendre des comptes au RSP concernant le respect des obligations en matière

³⁹² Les informations de la présente section ont été fournies par le pays lors de sa participation à la réunion de 2014 de l'OCDE sur la séparation structurelle.

³⁹³ Commission parlementaire sur les normes bancaires, cinquième rapport : Changing banking for good, publié le 19 juin 2013, www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtpcbcs/27/2702.htm, para.53.

³⁹⁴ HM Treasury and the Department for Business, Innovation & Skills, *The Government's response to the Parliamentary Commission on Banking Standards*, Cm 8661, publié en juillet 2013, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211047/gov_response_to_the_parliamentary_commission_on_banking_standards.pdf.

³⁹⁵ Régulateur des systèmes de paiement, *Document de consultation : A new regulatory framework for payment systems in the UK*, PSR CP14/1, publié en novembre 2014, www.fca.org.uk/static/documents/psr/psr-cp14-1-cp-a-new-regulatory-framework-for-payment-systems-in-the-uk.pdf.

³⁹⁶ *Ibid*, p.28.

³⁹⁷ *Ibid*, p.30.

d'accès³⁹⁸. Ces propositions sont désormais reflétées dans la déclaration de politique formelle du RSP, qui définit de manière plus générale son approche de la régulation³⁹⁹. Compte tenu de son intention de réaliser prochainement une analyse approfondie du marché des commissions d'interchange, les propositions relatives à la représentation des utilisateurs de services et à la transparence ne s'appliquent toutefois pas, à l'heure actuelle, aux opérateurs de cartes de paiement.

3.7 Agences d'évaluation du crédit

Les agences d'évaluation du crédit (également connues sous le nom d'agences de référence de crédit, ou ARC) fournissent des services aux banques et autres créanciers relatifs à la solvabilité des consommateurs potentiels. Les notations de crédit sont basées sur les données collectées par plusieurs sources concernant essentiellement les habitudes d'emprunt et de paiement des factures des individus. Les ARC emploient leurs propres algorithmes pour compiler ces données dans des notations qui peuvent être utilisées par les bailleurs de fonds afin d'évaluer la probabilité de paiement d'un nouveau client. C'est la raison pour laquelle le bon fonctionnement du secteur des ARC est extrêmement important en termes de garantie de l'accès effectif au crédit à la consommation, en particulier pour les consommateurs qui peuvent être considérés comme des emprunteurs « fiables » et qui sont disposés à comparer les différentes offres⁴⁰⁰.

Les ARC démontrent un certain degré d'intégration verticale, dans la mesure où, dans de nombreuses régions, les ARC sont détenues, ou du moins contrôlées, par de grandes banques qui comprennent également les principaux utilisateurs de ces services. Bien que ce système tende à être efficace pour garantir l'accès permanent des ARC à des données pertinentes, il n'est pas exempt d'éventuels problèmes de concurrence. À titre d'exemple, les utilisateurs peuvent être incités à faire des affaires exclusivement ou essentiellement avec les ARC sur lesquelles ils exercent une influence. Alternativement, les ARC peuvent limiter l'accès aux principaux services analytiques pour les utilisateurs qui sont en concurrence avec la banque mère/associée.

En juillet 2014, l'Autorité fédérale de la concurrence économique du Mexique, la COFECE, a publié une analyse approfondie des conditions de concurrence dans le secteur financier mexicain, notamment dans le domaine des activités des ARC⁴⁰¹. Il a indiqué que les deux ARC actives sur le marché mexicain, le Búro de Crédito et le Circulo de Crédito, étaient détenues et contrôlées par de grandes banques. Le rapport a souligné la possibilité d'un modèle de concurrence sous-optimale à l'intérieur du marché mexicain, dans la mesure où les banques concernées sont réticentes à partager avec les banques concurrentes les précieuses informations dont elles disposent et qui ont été collectées par

³⁹⁸ *Ibid*, p.34.

³⁹⁹ Régulation des systèmes de paiement, *Déclaration de politique : A new regulatory framework for payment systems in the UK*, PSR PS15/1, publié en mars 2015, <https://www.psr.org.uk/sites/default/files/media/PDF/PSR%20PS15-1%20-%20A%20new%20regulatory%20framework%20for%20payment%20systems%20in%20the%20UK%20-%20Policy%20Statement.pdf>.

⁴⁰⁰ Voir par exemple OCDE, *Rôle de la concurrence en matière de protection financière des consommateurs*. Document de travail du Secrétariat, p.11, qui note que le partage des données sur la consommation par l'intermédiaire des ARC peut inciter les consommateurs à se tourner vers un autre prestataire de services, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2014\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2014)6/en/pdf).

⁴⁰¹ Voir COFECE, *Research and Recommendations on Competition Conditions in the Financial Sector and its Markets: Executive Summary* (version en anglais), publié en juillet 2014, www.cofece.mx/images/Estudios/ExecutiveSummary_10022015.pdf.

leurs ARC. Par conséquent, le COFECCE a recommandé, entre autres, que le cadre réglementaire financier soit modifié afin d'exiger un meilleur partage des informations utiles sur la consommations entre les ARC, et que ces agences soient tenues de rendre accessibles leurs base de données afin de faciliter l'innovation technologique dans ce domaine, notamment grâce à l'adoption de techniques d'exploration des données extrêmement sophistiquées ⁴⁰².

En Irlande, en réponse directe à la faiblesse du système existant qui a été frappé par la crise financière mondiale, un nouveau registre central des consommateurs sera bientôt établi, sous la direction et le contrôle de la Banque centrale d'Irlande ⁴⁰³. Le registre contiendra des informations relatives aux consommateurs mais également aux entreprises, et les bailleurs de fonds devront signaler, pour qu'elles soient inscrites dans le registre, les informations en matière de crédit et les données personnelles des clients pour toute demande et tout accord de prêt de plus de 500 EUR. Chaque année, les consommateurs disposeront d'un accès libre à leur dossier de crédit. Le coût du registre sera couvert par l'introduction d'une taxe appliquée aux bailleurs de fonds qui pourront également devoir payer des frais supplémentaires pour accéder aux informations du registre. La gestion du registre sera sous-traitée par une Banque centrale à un opérateur du secteur privé. En particulier, bien que la principale agence de vérification établie en Irlande, le Irish Credit Bureau, qui appartient aux grandes banques irlandaises, ait répondu à l'appel d'offres, la gestion du registre a été confiée en décembre 2014 à un opérateur italien, la CRIF ⁴⁰⁴.

De même, la Lettonie possède un registre central du crédit, géré par la Banque centrale de Lettonie, qui collecte, accumule et stocke des informations en matière de crédits, qu'elles soient positives ou négatives, sur les emprunteurs et les garants. Parmi les participants au registre figurent les établissements de crédit, les entreprises étroitement liées à ces établissements (notamment les groupes bancaires et les principaux créanciers octroyant des crédits à la consommation), les coopératives de crédit, les assureurs qui octroient des crédits et les sociétés publiques d'aide et de développement. La participation de ces compagnies au registre est imposée par la loi. Depuis janvier 2015, le droit national a également autorisé la participation des bureaux privés d'information sur le crédit, la Banque centrale servant de passerelle à ces créanciers qui choisissent de participer à la fois aux systèmes public et privé.

3.8 *Autres secteurs*

En réponse à l'appel à propositions pour l'étude de nouveaux secteurs, les délégués des pays membres et de la Colombie ont identifié des marchés supplémentaires pour lesquels une analyse approfondie serait utile. La dernière section de ce chapitre présente un bref aperçu desdits secteurs.

Le **secteur des déchets** a été identifié par certains délégués comme un domaine dans lequel des problèmes de concurrence peuvent survenir. Les entreprises du secteur des déchets peuvent être intégrées verticalement lorsque les activités de collecte, de traitement et d'élimination/mise en décharge sont contrôlées par une entité unique. En Irlande, le secteur des déchets ne présente qu'une faible intégration verticale mais l'Autorité de la concurrence a relevé certains problèmes de concurrence concernant le modèle de concurrence parallèle entre les entreprises concurrentes qui est en application dans l'ensemble du pays. Elle a proposé au gouvernement de réaliser une étude sur le marché de la collecte des déchets

⁴⁰² *Ibid*, p.61-65.

⁴⁰³ Credit Reporting Act, 2013.

⁴⁰⁴ Voir Irish Independent, « Setback for banks as tender for new credit bureau goes overseas », publié le 8 décembre 2014, www.independent.ie/business/irish/setback-for-banks-as-tender-for-new-credit-bureau-goes-overseas-30806314.html.

ménagers afin de déterminer le degré d'efficacité de la concurrence dans ce domaine. La Colombie a signalé des problèmes relatifs à l'accès au marché pour la collecte de déchets à Bogotá, où des entreprises privées ont été exclues du marché lorsque les services en matière de gestion des déchets ont été renationalisés.

Le secteur des **aéroports** a été envisagé comme secteur potentiel pour l'application de la recommandation dans le rapport de 2001 mais n'a toutefois pas fait l'objet de mises à jour ultérieures. Le rapport de 2001 a identifié trois formes potentielles de séparation structurelle verticale : la séparation entre les compagnies aériennes et les services aéroportuaires, la séparation entre la gestion du terrain et les autres aspects des services aéroportuaires, et la séparation entre les infrastructures aéroportuaires et les autres services en aéroports⁴⁰⁵. Dans ce contexte, les partenariats entre les secteurs public et privé constituent une question de plus en plus importante pour tous les pays⁴⁰⁶.

La décision de 2009 de la Commission de la concurrence du Royaume-Uni constitue un exemple particulièrement intéressant de séparation horizontale. La Commission de la concurrence avait en effet exigé la dissolution obligatoire de BAA Ltd, la compagnie privée propriétaire de nombreux aéroports dans le sud-est de l'Angleterre et en Écosse⁴⁰⁷. Après avoir constaté « l'effet négatif sur la concurrence » de la structure horizontalement intégrée de BAA, la Commission de la concurrence a exigé que BAA vende deux de ses trois grands aéroports dans la région de Londres ainsi qu'un aéroport en Écosse⁴⁰⁸.

Israël a fait part de son expérience en matière de séparation structurelle sur le marché de la fourniture de **ciment**. L'entreprise privée Neshet Israel Cement Enterprises a été déclarée en décembre 1988 comme étant le fournisseur monopolistique de ciment dans le pays. En effet, l'entreprise est uniquement confrontée à la concurrence du ciment importé, qui constitue une alternative peu intéressante à la production locale. En février 2015, l'Autorité antitrust israélienne (Israeli Antitrust Authority, IAA) a engagé des poursuites contre Neshet pour discrimination par les prix entre les grands et les petits fabricants de béton, en fournissant à certains clients des avantages supplémentaires dans le cadre du prix réglementé. Lors de l'enquête, la possibilité de résoudre l'affaire grâce à la mise en œuvre de mesures structurelles a été évoquée. Il s'agissait de mettre en œuvre la cession horizontale des usines de production de ciment de Neshet situées à Har-Tuv, plutôt que d'appliquer de simples mesures comportementales contre la discrimination par les prix. L'IAA a estimé que dans ce cas, la cession constituerait une mesure corrective plus efficace, en apportant une solution structurelle durable aux problèmes de concurrence. Les conditions de vente ont été fixées par l'IAA : si l'usine n'est pas vendue dans un délai déterminé, l'entreprise Neshet sera soumise à une réglementation des prix particulièrement stricte, afin de supprimer la discrimination par les prix.

⁴⁰⁵ Rapport de 2001, p.3.

⁴⁰⁶ Voir par exemple Anna Tomová, « PPP Projects and Airports: Experience and State in World Regions », www.infraday.tuberlin.de/fileadmin/fg280/veranstaltungen/infraday/conference_2009/papers_presentations/paper---tomova.pdf.

⁴⁰⁷ Commission de la concurrence, étude de marché sur les aéroports de BAA. Rapport de la prestation de services aéroportuaires de BAA au RU, publié le 19 mars 2009.

⁴⁰⁸ Décision confirmée en appel par la Cour d'appel dans l'affaire *BAA Limited v Competition Commission and Ryanair Limited* [2012] EWCA Civ 760.

Chapitre 4 – Remarques de conclusion

Ce rapport donne un aperçu des expériences récentes des pays Membres et de certains pays non Membres qui ont mis en œuvre, à des degrés divers, la séparation structurelle dans des secteurs réglementés.

Comme le suggèrent les expériences étudiées dans le présent rapport, différentes formes de séparation structurelle sont déployées par de nombreux pays Membres, notamment dans le secteur des services collectifs analysé dans le chapitre 2. De même, de nombreuses économies en développement ont mis en œuvre des mesures de séparation ou sont en train de le faire, en privilégiant les secteurs de l'énergie, des télécommunications et du transport ferroviaire. Néanmoins, les arguments en faveur de la séparation structurelle ne sont pas absolument tranchés ou impératifs, et comme la Recommandation l'indique, certaines considérations tenant à l'action publique peuvent aller à l'encontre de cette stratégie, en tout ou partie, lorsque certaines conditions sont réunies sur le marché. De fait, on constate dans certains pays étudiés une tendance à une réintégration partielle, par exemple dans le secteur de l'eau en Australie et dans celui du transport ferroviaire au Royaume-Uni. En outre, de nombreuses données de nature économique montrent que la séparation structurelle peut être efficace dans bien des circonstances, mais pas dans toutes. Aussi, il convient de procéder à une analyse complète et nuancée des avantages et inconvénients potentiels de la séparation, ainsi que la Recommandation le préconise.

Le chapitre 3 examine l'application potentielle de la Recommandation dans de nouveaux secteurs dans lesquels la libéralisation tarde à se concrétiser ou qui ne présentent pas nécessairement les caractéristiques classiques d'un secteur verticalement intégré tel que le prévoit la Recommandation. D'après les éléments disponibles, la séparation structurelle est envisageable comme mesure corrective dans ce contexte plus large, à condition de prêter dûment attention aux considérations habituelles, comme les incitations à l'investissement, la coordination efficace entre composantes séparées et une réglementation judicieuse pour encadrer la concurrence le cas échéant. À cet égard, le rapport constate aussi que la séparation structurelle est parfois utilisée pour résoudre des problèmes qui sortent du champ classique de la concurrence, comme la résilience financière, la protection face au changement climatique et la promotion des échanges et du développement. Bien qu'ils échappent au domaine couvert formellement par la Recommandation, les avantages sociaux ou économiques collatéraux qui peuvent résulter de la séparation structurelle doivent sans doute être considérés comme un argument supplémentaire en sa faveur.

En résumé, la séparation structurelle reste un recours potentiel lorsque les circonstances économiques s'y prêtent, dont le rapport coûts/avantages varie d'un secteur et d'un pays à l'autre. Les éléments réunis dans ce rapport réaffirment l'utilité de la Recommandation et la pertinence de son contenu.

Il est suggéré d'apporter des modifications rédactionnelles mineures à la Recommandation afin de refléter son application possible à des situations plus larges que le contexte classique de la privatisation et les réseaux réglementés de services collectifs, bien qu'elle demeure pleinement pertinente dans ces cas de figure. Ainsi, la séparation structurelle est jugée pertinente dans des secteurs hors réseau qui constituent un domaine important d'application possible. Il serait donc opportun de modifier le texte de

la Recommandation afin de préciser cet aspect. La Recommandation pourrait aussi mentionner le rôle des études de marché réalisées par les autorités de la concurrence, qui sont parfois utiles pour évaluer les résultats des mesures de séparation structurelle.

De manière plus générale, ce rapport conclut, dans la lignée des conclusions du rapport de 2011, que le choix de mesures structurelles plutôt que comportementales dans un scénario donné reste une question qui nécessite et mérite un examen approfondi de la part des responsables publics.

Annexe. Recommandation du conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés

Telle qu'adoptée par le Conseil le 26 avril 2001 [C(2001)78/FINAL - C/M(2001)9/PROV],
Amendé(e) le 13 décembre 2011 [C(2011)135 - C(2011)135/CORR1 - C/M(2011)20/PROV]
et le 23 février 2016 [C(2016)11 - C/M(2016)3]

LE CONSEIL,

VU l'article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

VU l'accord intervenu à la réunion du Conseil au niveau des Ministres en 1997 visant à réformer la réglementation économique dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence [C/MIN(97)10] et en particulier :

- « i) séparer les activités potentiellement concurrentielles des réseaux de services d'utilité publique réglementés, et procéder par ailleurs aux restructurations requises pour réduire la puissance sur le marché des entreprises en place ;
- ii) garantir l'accès aux réseaux essentiels à tous les entrants sur le marché dans des conditions de transparence et de non-discrimination » ;

VU le rapport sur la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [DAFFE/CLP(2001)11], le rapport du Comité de la concurrence au Conseil sur les expériences relatives à la mise en œuvre de la Recommandation concernant la séparation dans les secteurs réglementés [C(2006)65], le rapport du Comité de la concurrence sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [C(2011)135 et CORR1], et le rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [C(2016)11] ;

RECONNAISSANT que l'expérience récente montre que la séparation structurelle n'a pas seulement été examinée en rapport avec les réseaux de services d'utilité publique, mais aussi dans d'autres secteurs intégrés verticalement où seules certaines activités sont soumises à des pressions concurrentielles.

RECONNAISSANT qu'il existe des différences dans les caractéristiques des secteurs et des pays, des différences dans les processus de réforme réglementaire et des différences dans la reconnaissance de l'efficacité des politiques structurelles, des politiques comportementales etc., et que ces différences devraient être prises en compte lorsque l'on examine les questions structurelles ;

RECONNAISSANT que les entreprises réglementées opèrent souvent à la fois dans des activités non concurrentielles et dans des activités complémentaires concurrentielles ;

RECONNAISSANT que le degré de concurrence qui peut être maintenu dans les activités complémentaires concurrentielles varie mais que, lorsque ces activités peuvent supporter une concurrence effective, il est souhaitable de faciliter cette concurrence en tant qu'instrument permettant de maîtriser les coûts, de promouvoir l'innovation et d'accroître globalement la qualité de la réglementation, au bénéfice en fin de compte des utilisateurs et consommateurs finaux ;

RECONNAISSANT que, dans ce contexte, l'entreprise réglementée a la possibilité, en l'absence de mesures antitrust ou de mesures réglementaires, de limiter la concurrence en restreignant la qualité, ou autres conditions auxquelles les entreprises concurrentes, en amont ou en aval, ont accès aux services de l'activité non concurrentielle, en restreignant la capacité de l'activité non concurrentielle afin de limiter les possibilités d'entrée de nouvelles entreprises dans l'activité complémentaire, ou en utilisant les procédures réglementaires et juridiques pour retarder la fourniture d'un accès ;

RECONNAISSANT que, suivant la structure du secteur, une entreprise réglementée qui opère à la fois dans une activité non concurrentielle et une activité concurrentielle complémentaire peut aussi être incitée à restreindre la concurrence dans l'activité complémentaire ;

RECONNAISSANT que ces restrictions de la concurrence sont généralement préjudiciables à l'efficacité et aux consommateurs ;

RECONNAISSANT qu'il existe une variété de politiques susceptibles d'être poursuivies qui cherchent à renforcer la concurrence et la qualité de la réglementation en s'attaquant aux incitations et/ou à la capacité des entreprises réglementées à contrôler l'accès. Ces politiques peuvent, de manière générale, être réparties entre celles qui s'attaquent en premier lieu aux incitations de l'entreprise réglementée (comme la séparation verticale de la propriété ou le club ou la propriété conjointe) et que l'on peut appeler politiques structurelles, et les politiques qui s'attaquent en premier lieu à la capacité de l'entreprise réglementée à refuser l'accès (comme la réglementation de l'accès), que l'on peut appeler politiques comportementales ;

CONSIDÉRANT que les politiques comportementales, contrairement aux politiques structurelles, n'éliminent pas l'incitation qu'a l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence ;

CONSIDÉRANT que, malgré tous les efforts des autorités de contrôle, les mesures réglementaires axées sur les comportements qui visent à limiter la possibilité pour une entreprise réglementée intégrée de restreindre la concurrence peuvent conduire à une moindre concurrence que cela ne serait le cas si l'entreprise réglementée n'avait pas l'incitation à restreindre la concurrence ;

CONSIDÉRANT que, de ce fait, l'efficacité et l'efficacité de la réglementation de l'activité non concurrentielle, la capacité disponible pour assurer l'accès, le nombre d'accords en matière d'accès et la facilité avec laquelle ces accords sont conclus ainsi que le niveau global de concurrence dans l'activité concurrentielle peuvent être plus élevés, dans le cadre de politiques structurelles ;

CONSIDÉRANT que, dans de telles circonstances, il est d'autant plus nécessaire, pour prévenir et s'attaquer aux restrictions à la concurrence, que les autorités de concurrence disposent des instruments appropriés, en particulier de la capacité de prendre des mesures intérimaires adéquates ;

CONSIDÉRANT que certaines formes de séparation partielle d'une entreprise réglementée (par exemple séparation comptable ou séparation fonctionnelle) peuvent ne pas éliminer l'incitation pour l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence et donc peuvent être moins efficaces en général

pour ce qui est de faciliter la concurrence que les politiques structurelles, quoiqu'elles puissent jouer un rôle important et utile en apportant leur soutien à certaines politiques comme la réglementation de l'accès ;

RECONNAISSANT que, dans certaines circonstances, le fait d'autoriser une entreprise réglementée opérant dans une activité non concurrentielle à opérer dans une activité concurrentielle complémentaire permet à l'entreprise réglementée d'obtenir d'importants gains d'efficacité sur le plan économique ou de fournir un niveau déterminé de services universels ou de fiabilité des services ;

RECONNAISSANT que les décisions structurelles dans les secteurs réglementés exigent souvent des arbitrages délicats, complexes et ayant un grand retentissement, ce qui nécessite une indépendance vis-à-vis du secteur réglementé et requiert des compétences, de l'expérience et de la transparence pour évaluer les effets sur la concurrence et comparer ces effets avec les gains d'efficacité résultant de l'intégration ; et

RECONNAISSANT que les frontières entre les activités qui sont potentiellement concurrentielles et les activités qui peuvent être non concurrentielles sont susceptibles de changer et qu'il serait coûteux et inefficace d'ajuster continuellement le degré de séparation verticale ;

Sur proposition du Comité de la concurrence :

I. CONVIENT, aux fins de la présente Recommandation, des définitions suivantes :

- « Entreprise » désigne une entité juridique ou un groupe d'entités juridiques où le degré d'interdépendance (par exemple participations au capital) entre les entités dans le groupe est suffisant pour que ces entités soient considérées comme une seule entité au regard des lois nationales régissant les concentrations économiques ;
- « Entreprise réglementée » désigne une entreprise, qu'elle soit privée ou sous contrôle public, qui est soumise à une réglementation économique visant à contenir l'exercice de puissance sur le marché de la part de cette entreprise ;
- « Activité non concurrentielle » désigne un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel, à la suite d'une réglementation ou des caractéristiques propres de l'offre et de la demande sur le marché, une entreprise a une puissance sur le marché substantielle et durable ;
- « Activité concurrentielle » désigne un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel l'interaction entre les fournisseurs effectifs et potentiels a pour effet en pratique de limiter la puissance sur le marché d'un fournisseur quelconque
- « Complémentaire » désigne des produits (et services) qui se renforcent mutuellement. Les produits qui sont complémentaires de l'activité non concurrentielle d'une entreprise réglementée comprennent donc (1) les produits achetés par l'entreprise auprès de fournisseurs (en amont), (2) les produits vendus par l'entreprise aux clients (en aval), et (3) d'autres produits utilisés conjointement aux produits non concurrentiels de l'entreprise, et ce lorsque la réussite des concurrents à fournir ces produits dépend de leur capacité ou de la capacité de leurs clients à avoir accès aux produits non concurrentiels.

II. RECOMMANDE que, lorsqu'ils sont confrontés à une situation dans laquelle l'entreprise réglementée opère simultanément ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non

concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle, les Membres et les non-Membres ayant adhéré à la Recommandation (ci-après les « Adhérents ») comparent attentivement les bénéfices et les coûts des mesures structurelles avec les bénéfices et les coûts des mesures comportementales. À cet effet :

- Les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises, les coûts de transition des modifications structurelles ainsi que les bénéfices économiques et d'intérêts généraux de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.
- Les coûts et bénéfices à mettre en balance devraient être ceux qui sont reconnus par l'(les) autorité(s) compétente(s), y compris l'autorité de concurrence, à partir de principes définis par l'Adhérent. Cette mise en balance devrait intervenir tout particulièrement dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation, de la réforme réglementaire et peut en certaines occasions être pertinente pour les études de marché conduites par les autorités de concurrence.

III. INVITE le Secrétaire général et les Adhérents à diffuser la présente Recommandation.

IV. INVITE les non-Adhérents à prendre dûment en compte cette Recommandation et à y adhérer.

V. CHARGE le Comité de la concurrence :

1. de faire office, périodiquement ou à la demande des Adhérents, de forum de consultation sur les questions relatives à la Recommandation ; et
2. de suivre la mise en œuvre de la présente Recommandation et d'en faire rapport au Conseil dans les cinq ans suivant sa révision, puis ultérieurement, en tant que de besoin.

Non-Membres adhérents

Non-Membres adhérents* : Roumanie (Date d'adhésion : 12 décembre 2014)

* La date d'adhésion est celle de l'échange de lettres (date la plus récente si deux dates sont disponibles).

Séparation structurelle dans les secteurs réglementés: Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de l'OCDE

www.oecd.org/daf/competition

