

La difficile neutralité concurrentielle entre opérateurs publics et privés Le cas de l'industrie de l'électricité en France

Guy Brassard

Le marché de l'électricité en France est toujours dominé par les deux opérateurs historiques – EDF et GDF-Suez – qui restent contrôlés par l'État, alors que ce marché a été ouvert, à l'injonction de l'Union européenne, à la concurrence. L'analyse des pratiques des deux géants du secteur révèle que la concurrence est déloyale, les entreprises du secteur public agissant – notamment en acceptant des pertes financières – pour empêcher les sociétés du secteur privé de prendre position sur ce marché fraîchement concurrentiel. Une politique qui s'avère coûteuse pour l'État actionnaire et donc pour les actionnaires, l'existence d'entreprises publiques ne se justifiant que si elles répondent à des besoins sociaux qui ne peuvent être satisfaits par des entreprises du secteur privé.

Le capital, le talent et le travail peuvent-ils garantir la réussite d'une entreprise confrontée aux pratiques déloyales d'un opérateur historique abusant de sa position dominante ? Pour réduire les déséquilibres des conditions de concurrence entre les opérateurs publics et privés dans le marché national, les États ont le choix entre deux approches. La première, structurelle et préventive, est appliquée notamment par les États-Unis et le Royaume-Uni : elle vise à restreindre l'activité des entreprises publiques¹ au minimum afin d'éviter de nuire au développement du secteur marchand. La seconde est curative ; c'est le choix de la France et de la majorité des pays de l'Union européenne : elle consiste à mandater l'organisation administrative pour faire respecter les

1. En droit communautaire, les entreprises publiques sont celles où les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation ou des règles qui la régissent. Voir : DELION, A, DURUPTY, M, *Chronique du secteur public économique*, Revue française d'administration publique, 2013/3 n° 147, pp. 801-814.

principes de concurrence adoptés par les instances européennes et nationales.

La France a créé un environnement concurrentiel où des entreprises publiques doivent lutter entre elles et contre des entreprises privées pour des parts de marché. Nous allons étudier les caractéristiques de la concurrence dans l'industrie de l'électricité en France, où l'État contrôle EDF et GDF-Suez, soit les deux plus grands électriciens au monde². EDF et GDF-Suez représentent environ 70 % de la capitalisation des entreprises cotées de l'Agence des participations de l'État (APE). Pour comprendre le mouvement de libéralisation des marchés monopolistiques, nous nous pencherons sur l'histoire de la concurrence et des stratégies de développement commercial des pays développés.

2. L'État détient directement 84,49 % des actions d'EDF SA et 36,6 % des actions du groupe GDF-Suez si l'on tient compte des participations du secteur public : CDC (1,7 %), Areva (1,2 %) et CNP Assurances (1,1 %).

La libéralisation des monopoles publics a révélé leur grande ténacité pour la captation de clientèle. L'agressivité commerciale des opérateurs historiques a été commentée par les autorités de la concurrence. La Commission européenne a condamné Wanadoo, filiale de France Télécom au moment des faits, pour avoir pratiqué des prix prédateurs pour la fourniture d'accès à internet. Quant au Conseil de la concurrence, il a rappelé à maintes reprises à France Télécom que des remises sur le segment d'activité en monopole ne devaient pas être liées à des engagements sur les activités en concurrence³. Plus récemment, on a vu reprocher à la SNCF des pratiques déloyales dans l'activité du transport ferroviaire de fret. Pour empêcher des concurrents aux coûts de fonctionnement plus bas de capturer ce marché, la SNCF a pratiqué des prix prédateurs, en offrant des services à perte. Elle a aussi œuvré pour bloquer la concurrence, notamment en sur-réservant massivement les sillons, wagons et cours de marchandises dont elle savait que ses concurrents auraient besoin pour remplir leurs engagements contractuels⁴. Dans le domaine de l'énergie, le Conseil de la concurrence a condamné EDF en 1996 pour des pratiques déloyales visant à augmenter le coût des centrales privées en cogénération et à empêcher leur raccordement pour le motif qu'elles étaient plus performantes que ses propres centrales à combustion⁵. En 2000, EDF s'est vu refuser par le Conseil une affectation jugée disproportionnée de ses dettes au bilan séparé du réseau de transport RTE car cela aurait induit des frais de transport dissuasifs aux nouveaux entrants dans la production d'électricité⁶.

En 2000 toujours, EDF a été condamnée par le Conseil de la concurrence pour des pratiques déloyales dans l'éclairage public consistant en ventes liées (de services du monopole et du segment commercial) et de partage de clientèle avec un autre établissement⁷. Dans le domaine des énergies renouvelables, le groupe EDF a savamment cultivé la confusion entre ses activités de service public et commercial, notamment par l'usage du logo et du sigle EDF. Or, il appert que l'appartenance au groupe EDF constitue un avantage considérable pour les filiales du groupe œuvrant dans les domaines en concurrence avec des entreprises de faible notoriété. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) en témoignait en observant que le grand public méconnaissait le contexte de séparation entre les activités du groupe⁸. EDF a aussi permis l'exploitation de la base de clientèle du monopole par ses filiales et accordé de l'aide et des subventions croisées aux mêmes filiales en situation de concurrence⁹. Dans une autre affaire, l'Autorité de la concurrence a fait état de favoritisme en faveur d'EDF Énergies Nouvelles et de pression sur RTE pour des raccordements au réseau¹⁰.

1. La tradition centralisatrice

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de 1946 ne mentionnent pas le principe de libre concurrence. En revanche, la jurisprudence constitutionnelle a défendu le droit de propriété, la liberté contractuelle et

3. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Études thématiques, rapport annuel 2003, pp. 79-111.

4. Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

5. Conseil de la concurrence, Décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 relative aux saisines présentées par la Compagnie Générale de Chauffe *et al.*

6. La méthode proposée par EDF aurait abouti à affecter à RTE plus de la moitié des dettes d'EDF, ce qui était apparu au Conseil hors de proportion. Conseil de la concurrence, Avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

7. Conseil de la concurrence, Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public.

8. Autorité de la concurrence, Décision n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Solaire Direct, p. 10.

9. Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

10. Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque.

surtout la liberté d'entreprendre¹¹. On peut certainement alléguer qu'on ne saurait jouir de la liberté d'entreprendre sans la protection de la libre concurrence et à l'abri de toute restriction arbitraire¹². La notion de neutralité concurrentielle entre opérateurs publics et privés entre toutefois en friction avec la tradition centralisatrice de la France et avec un préjugé favorable aux entreprises publiques qui seraient garantes de l'intérêt de la nation et des citoyens. Cette dichotomie est d'importance si l'on considère que le Traité de l'Union européenne est fondé sur l'économie marchande comme ressort de la prospérité du marché unique, dont une condition essentielle est la neutralité concurrentielle dans les États-membres¹³. Le Traité repose sur la conviction que la liberté de circulation des personnes, des biens et des services est favorable à la prospérité et à la paix.

Il faut remonter à Louis XIV pour apprécier la rationalité économique de la centralisation en France. Le traumatisme de la fronde a pu contribuer à la détermination du roi à affirmer l'absolutisme royal. Toujours est-il qu'à cette époque, la France a été bureaucratisée, centralisée, réglementée et le peuple lourdement imposé¹⁴. Alors que les colonies commençaient à avoir un attrait commercial pour la métropole, le colbertisme offrait une source de revenus majeure pour la monarchie. L'État vendait des titres de monopoles, de manufacture royale et de corporations pour en extraire une rente la plus élevée possible. Les corporations assuraient alors un ordre hiérarchisé en encadrant les compagnons et, de ce fait, établissaient des barrières à l'entrée pour les activités concernées. Certes, la protection des membres des corporations contre la concurrence aidait

à maintenir un certain niveau de qualité des biens et services tout en assurant une rente satisfaisante¹⁵. Il fallait réglementer pour ce résultat et c'est ce que l'on a fait. La réglementation appelant la réglementation, il est devenu nécessaire de confier cette tâche complexe à des agents spécialisés. On a créé donc le Conseil du roi (devenu depuis le Conseil d'État) qui permettait au roi de filtrer l'influence des puissants groupes d'intérêts du royaume. Louis XIV a choisi ses ministres et secrétaires d'État parmi les gens de robe, du fait des compétences dont on les créditaient et parce que le roi pouvait facilement s'en défaire s'il le souhaitait, à la distinction des nobles d'épée ou de cour¹⁶.

D'après Tocqueville, la centralisation est un instinct et rien n'indique que le gouvernement de l'Ancien Régime n'ait suivi un plan précis, cet instinct poussant tout gouvernement à vouloir mener seul ses affaires¹⁷. Soit, mais la bureaucratie a eu des conséquences inattendues. D'une part, la centralisation menait naturellement à la création de monopoles, puisque cela facilitait l'extraction de revenus ainsi que l'échange d'information et la coordination des activités de l'élite financière. C'est ainsi que l'on a pu créer des « champions » du commerce et de l'industrie par des subventions, en les protégeant grâce à des barrières réglementaires et douanières. La concentration du pouvoir administratif a facilité les interventions de l'élite des affaires auprès du gouvernement pour le maintien de ses privilèges, par exemple par l'adoption de règlements réduisant la menace de concurrents éventuels. La centralisation a facilité la capture de la bureaucratie en offrant à l'élite des affaires une cible précise¹⁸. D'autre part, cette stratégie avait un inconvénient coûteux sur les plans économique et politique ; en effet, l'économie française n'a pu bénéficier de l'apparition d'une classe d'entrepreneurs grouillants issus de milieux divers. Une autre conséquence majeure de la centralisation

11. CLAMOUR, Guylain, *La concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Université de Montpellier 1, 2004-2005.

12. Voir la Décision n° 81-132 du 16 janvier 1982 du Conseil Constitutionnel sur la Loi de nationalisation.

13. Les articles 101 à 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne définissent le cadre concurrentiel de l'Union et déclarent incompatibles avec le marché intérieur les aides d'État aux entreprises, publiques ou privées, qui faussent la concurrence. Ces dispositions sont à comparer, en droit national, aux articles 420-1 à 420-6 du Code du commerce.

14. LE ROY LADURIE, Emmanuel, FITOU, Jean-François, *Saint-Simon ou le système de la Cour*, Fayard, 1997.

15. DUBY, Georges, *Histoire de la France*, Larousse, 2007, p. 575 et suiv.

16. LE ROY LADURIE, Emmanuel, *op. cit.*, p. 94 et suiv.

17. de TOCQUEVILLE, Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, texte présenté par Jean-Marie Tremblay, 2002.

18. ROOT, Hilton, *La construction de l'État moderne en Europe*, PUF, 1994.

consistait dans la concentration des regards vers la bureaucratie de Paris et Versailles pour la solution des problèmes sociaux, puisque le peuple avait été rendu dépendant d'un gouvernement centralisateur¹⁹.

2. La liberté d'entreprendre

Les restrictions au commerce et à l'industrie établies par l'Ancien Régime ont vraisemblablement encouragé une partie de la bourgeoisie à participer à l'élan révolutionnaire. Il est remarquable que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce en son article deuxième les droits naturels et imprescriptibles de l'homme en quatre concepts : « *La liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». La substance et la frontière de la notion de liberté sont proposées par l'article IV en affirmant que celle-ci « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »²⁰. La liberté d'entreprise en France est fondée sur ce même article car, selon le Conseil Constitutionnel, « *la liberté qui, aux termes de l'article IV de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* »²¹.

La propriété privée peut néanmoins être expropriée, mais seulement dans un cadre légal. Par l'article XVII de la Déclaration, la propriété privée est soumise à « *la nécessité publique* » constatée dans une loi ordonnant une expropriation ou une nationalisation²². Le Code civil a substitué *l'utilité publique* à la *nécessité pu-*

blique par une loi adoptée en 1804²³ garantissant juste indemnité et formalisme lors d'une prise de possession par la puissance publique, ce qui n'était pas toujours le cas sous l'Ancien Régime²⁴. L'article 545 du Code civil a uniformisé les conditions de l'expropriation, mais il a, du même coup, atténué la protection du droit de propriété conféré par la Déclaration des droits. La loi étant muette sur la définition d'utilité publique²⁵, les juges se sont vu attribuer la responsabilité de l'apprécier, non sans difficultés. On peut alléguer que la mission d'utilité publique est une notion subjective²⁶ et que sa riche évolution en France montre qu'il est impossible d'en identifier un socle définitif.

La centralisation bureaucratique de l'Ancien Régime a perduré, malgré les nombreux bouleversements politiques²⁷ ; d'ailleurs, elle a été méthodiquement renforcée sous le premier Empire. Le soutien des grands groupes financiers créés sous l'Ancien Régime est apparu nécessaire au fonctionnement du gouvernement révolutionnaire²⁸. En revanche, donnant corps à la liberté d'entreprise et d'activité économique, la Constituante a adopté le décret d'Allarde en mars 1791, en accordant à toute personne le droit d'exercer tel négoce, profession, art ou métier, sous réserve de payer les droits d'une patente (dont la base était la valeur locative des lieux occupés) et de respecter la réglementation. La liberté d'exercice établie par le décret d'Allarde a pu être motivée par les difficultés de financement que les Constituants ont eu tôt fait de rencontrer, alors que l'Ancien Régime avait jugé bon de créer les corporations et les monopoles pour remplir les caisses de l'État.

19. *Ibid*, p. 159

20. Article IV : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

21. Conseil Constitutionnel, Loi de nationalisation, Décision n°81-132du 16 janvier 1982 ; aussi : Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 et Décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010.

22. Article XVII : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

23. Art 545 du Code civil : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

24. ALBERT, Jean-Luc, *L'article 545 du Code civil*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2008.

25. Néanmoins, certains textes spécifient des circonstances précises où l'expropriation est envisageable, notamment dans le cas de catastrophe naturelle ou de risque technologique.

26. SCHNABEL, Annette, *What makes collective goods a shared concern?* Rationality and Society, Vol 18(1), 2006 pp. 5-34.

27. LE ROY LADURIE, *Saint-Simon*, *op. cit.*

28. ROOT, Hilton, *La construction de l'État moderne en Europe*, PUF, 1994, p. 275.

À la suite de l'adoption du décret d'Allarde, des associations et groupements ont tenté de préserver les anciens privilèges et de restreindre la concurrence. En réaction, l'Assemblée vota la loi Le Chapelier en juin 1791 qui anéantissait toutes les alliances professionnelles et corporations de citoyens sous quelque forme que ce soit. La justification idéologique de la loi Le Chapelier était d'éliminer toute association intermédiaire entre les citoyens et l'Assemblée. En pratique, cette loi interdisait non seulement les corporations, dont la rigidité avait été source de tension, mais aussi les associations de compagnons et syndicats d'ouvriers²⁹, facilitant le développement d'un capitalisme brut au XIX^e siècle. La loi Le Chapelier a eu le double effet d'éliminer une source de revendication politique pouvant troubler la stabilité du nouveau régime et de favoriser le développement de la concurrence dans le domaine économique. La Loi Le Chapelier a été abrogée en deux temps. Sous le second Empire, la France connaissait une vigoureuse croissance industrielle qui soulageait les misères, tandis que les conflits sociaux se sont multipliés à partir de 1861. Le 25 mai 1864, la loi Ollivier abolissait le délit de coalition, accordant ainsi le droit de grève. L'Empereur souhaitait alléger la répression qui avait caractérisé la décennie suivant le plébiscite de 1851. Ensuite, c'est sous la III^e République que les groupements professionnels, comprenant les syndicats, ont été légalisés par la loi Waldeck-Rousseau adoptée le 21 mars 1884. Le gouvernement de Jules Ferry voulait consolider la République en rétablissant les libertés publiques alors que l'on dénombrait plusieurs centaines de chambres syndicales agissant sans autorisation³⁰.

3. Les monopoles

Au XVIII^e siècle, les monopoles étaient également critiqués en Angleterre. Dès sa parution en 1776, *La richesse des nations* d'Adam

29. BEAUVISAGE, Jérôme, *La Loi Le Chapelier du 14 juin 1791, fruit amer de la Révolution*, Les Cahiers de l'Institut CGT d'histoire sociale, N° 117, pp. 6-11.

30. DUBY, Georges, *Histoire de la France*, Larousse, 2007, p. 863 et suiv.

Smith a été perçue comme une critique des monopoles. Cet essai était une plaidoirie en faveur de la fixation des prix par un marché libre, ce qui paraissait incompatible avec les monopoles et les idées mercantilistes. Smith voyait la concurrence comme une protection de la liberté des entreprises et des citoyens contre l'emprise féodale³¹. Smith avait en vue le bien commun et prêchait pour la frugalité ; il n'imaginait pas que le marché libre livrerait le peuple à une nouvelle forme d'exploitation impitoyable, celle des entrepreneurs.

La liberté des prix n'empêche aucunement la concentration du marché. Monopoles et cartels se sont multipliés car les entreprises dominantes ont intérêt à contrôler le marché afin de réduire l'incertitude. Plus spécifiquement, les grandes entreprises ont une inclinaison naturelle à collaborer pour limiter les nouveaux entrants et stabiliser les prix³². Les cartels sont une forme naturelle de régulation du marché, mais ont provoqué une réaction déterminée. La première loi contre les cartels est apparue au Canada en 1889³³ ; elle a été suivie en 1890 par le *Sherman Antitrust Act* aux États-Unis. Ces législations ont été adoptées en réponse aux pressions des agriculteurs, au fort poids électoral en Amérique du Nord à l'époque, car ils s'estimaient exploités par les chemins de fer et les fabricants d'équipements de ferme³⁴. Ces législations reposaient sur le raisonnement d'Adam Smith à l'effet que les prix ne devaient pas être fixés par des agents égoïstes mais par un marché libre. En revanche, nombreux étaient ceux qui adhéraient à l'idée que le protectionnisme et les cartels constituaient les meilleures armes pour développer des « champions » et protéger l'économie nationale. Ainsi, dans la première moitié du XX^e siècle, les cartels ont pu couvrir environ 40 % du commerce mondial. Le rôle des cartels dans l'effort

31. SMITH, Adam, *An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, commented by Laurence Dickey, Hackett, Cambridge, 1993.

32. FEAR, Jeffrey, *Cartels and Competition: Neither markets nor Hierarchies*, Harvard Business School, 2006.

33. *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in the Restraint of Trade*, SC 1889, Chapter 41.

34. BENSON, L, GREENHUT, ML *et al.* *Interest Groups and the Antitrust Paradox*, Cato Journal, Vol. 6, N° 3, 1987.

de guerre nazi, au début de la Seconde Guerre mondiale, a contribué à les discréditer et les États occidentaux ont commencé à démanteler les cartels qu'ils avaient mis plus d'un demi-siècle à construire³⁵. En France, l'interdiction des cartels a été introduite conjointement avec la répression de l'abus de position dominante, lors de l'entrée en vigueur de la Communauté européenne du charbon et de l'acier en 1952. Les dispositions protégeant la concurrence ont été confirmées par le Traité de Rome en 1957.

La doctrine du « service public à la française » s'est formée au début du XX^e siècle, alors que la concession privée était le modèle dominant d'organisation des entreprises de réseau. Les grands principes régissant ces établissements privés comprenaient notamment : la continuité, l'égalité et l'adaptabilité ; s'y ajoutait le principe de spécialité pour les services publics détenus par l'État³⁶. Après la guerre, la France a créé le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) le 18 octobre 1945, puis trois grandes entreprises dans l'énergie en 1946, par des regroupements et des nationalisations : Électricité de France (EDF), Gaz de France (GDF) et Charbonnages de France. EDF et GDF sont des entreprises de réseaux qui constituent un exemple remarquable de fourniture à des coûts moyens décroissants³⁷. La maîtrise par l'État de ces outils de développement a permis de développer ces entreprises pour en retirer plus d'avantages économiques que n'aurait pu le faire le secteur privé réglementé. Ainsi, en plus de bénéficier de coût de financement plus bas, l'entreprise d'électricité agrandie était en mesure de développer les ressources hydrauliques, puis nucléaires après la guerre du Kippour de 1973, de façon systémique dans un objectif à long terme. Le secteur privé n'aurait pu accepter, sans aide de l'État, les risques liés à la technologie et à la surcapacité de production d'investissements massifs autant dans les domaines hydraulique que nucléaire.

Dans les années 1970, l'administration démocrate du président Carter a fait adopter

aux États-Unis des réformes pour l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques. Ce mouvement a été suivi par les autorités européennes dans les années 1980 et 1990. Elles ont commencé à appliquer avec plus d'assurance les articles du Traité concernant les principes de la concurrence³⁸, parce que des monopoles fondés sur un partage national du marché européen demeurent contraires aux principes de l'Union³⁹.

En France, tout de suite après la nationalisation, EDF et GDF avaient outrepassé les limites légales définissant le cadre de leur activité de monopole ; à savoir : la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation de gaz ou d'électricité. Jusqu'au milieu des années 1980, ces deux monopoles de l'énergie se sont cantonnés aux activités en amont du compteur. A la fin de la construction des grandes centrales hydrauliques et nucléaires, EDF et GDF ont compris que le champ d'activité qui leur avait été réservé à titre monopolistique n'était plus garanti. C'est alors qu'EDF s'est lancée dans une politique de diversification, avec une conscience certaine que le groupe sortirait de l'espace du service public au sens de la loi, en créant des filiales actives notamment dans le traitement des déchets, les services du câble, l'aquaculture et l'éclairage public⁴⁰.

En 1996, le parlement européen a adopté la directive pour le marché intérieur de l'électricité, considérant que l'achèvement d'un marché de l'électricité était un pas important vers le marché intérieur de l'énergie⁴¹. En France, cette époque était propice à la diversification des monopoles publics car la mission d'examen du

38. Les articles 85 à 92. Les articles 81 à 89 du Traité de Lisbonne définissent le cadre concurrentiel de l'Union et déclarent incompatibles avec le marché intérieur les aides d'États aux entreprises, publiques ou privées, qui faussent la concurrence. Ces dispositions correspondent aux articles 101 à 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

39. DENOIX de SAINT MARC, Renaud, *Le service public*, op. cit.

40. GUILLET, JP, AUBERT, JP, PLANTAMP, D, *Rapport sur la politique de diversification d'EDF et de GDF*, ministère de l'Industrie, 1993.

41. Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

35. FEAR, Jeffrey, *Cartels and Competition*, op. cit. p. 15.

36. DENOIX de SAINT MARC, Renaud, *Le service public*, Rapport au Premier ministre, 1996.

37. COASE, R.H. *The Marginal Cost Controversy*, *Economica*, New Series, Vol. 13, N° 51, 1946, pp. 169-182.

rôle du service public de 1996 mentionnait que les Français ne faisaient guère de différences entre services publics marchands et non marchands⁴². Les collectivités locales étaient le marché cible privilégié par EDF et GDF car les monopoles y étaient bien implantés, ce qui facilitait les relations privilégiées. Pour remporter des contrats, des aides financières pouvaient être proposées, tels des prêts à taux bonifiés, des subventions ou des aides à l'investissement. Dans les années 1990, EDF revendiquait faire travailler 200 000 Français directement ou en sous-traitance⁴³.

La libéralisation des marchés occupés par les monopoles, voulue par Bruxelles, a été adaptée à Paris en accélérant la diversification des monopoles contrôlés par l'État⁴⁴. Après l'élection à la présidence de François Mitterrand, les entreprises publiques ont pu percevoir un vent favorable à l'extension de leurs activités, alors que le président annonçait en 1981 son intention de nationaliser une dizaine d'entreprises. Le président invoquait alors que les nationalisations étaient une tradition récente établie par le Général de Gaulle pour assurer la prospérité et l'investissement. Bien que farouchement combattue, la loi de nationalisation a été adoptée en 1982. Quatre ans plus tard, un processus de privatisation a commencé sous le gouvernement de cohabitation, en réaction aux conséquences négatives de la loi de 1982 sur l'économie, pour favoriser la concurrence et pour réduire la dette publique.

La diversification d'EDF se poursuivait selon la méthode de l'essai et de l'erreur, c'est-à-dire en évitant de faire des vagues ; c'est ce qu'on a appelé la « théorie de la bavure ». Lorsque des entreprises locales exerçaient des pressions auprès des instances nationales pour qu'il soit mis fin à une activité nouvelle d'EDF qui était trop gênante, le service public corrigeait le plus souvent la source du trouble et mettait

le tout sur le compte d'une bavure locale⁴⁵. L'administration et la justice jouaient alors un rôle de soutien à la volonté de diversification au point de transformer le principe de spécialité des entreprises publiques en stratégie de diversification pour la prospérité de ces mêmes entreprises. Un exemple est offert par la décision du Conseil d'État de 1992 portant sur le droit de la RATP de prendre des participations financières dans des sociétés de transport opérant en dehors de l'Île-de-France. Les règles constitutives de la Régie limitaient sa mission d'exploitant à la région parisienne. Pourtant, le Conseil a considéré que la spécialité de l'établissement public ne lui interdisait aucunement d'exercer, même en dehors de la région parisienne, des activités qui sont le complément de sa mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci⁴⁶. La préoccupation du Conseil d'État était d'aider un monopole public à se développer alors qu'au même moment soufflait un vent contraire en provenance de l'Union européenne. La Commission avait d'abord mis en œuvre une politique volontariste d'ouverture des marchés livrés aux monopoles, puis elle s'était montrée plus critique à leur égard. Ainsi, dans son rapport de 1999 sur la politique de la concurrence, les monopoles publics sont estimés *a priori* incompatibles avec les règles communautaires de la concurrence, puisqu'ils fonctionnent sur une division nationale du marché favorisant l'abus de position dominante⁴⁷. De façon générique, l'OCDE proposait en 2004 qu'il soit pratiquement impossible de créer un environnement concurrentiel lorsque le marché n'est pas entièrement privatisé. Il y a des mesures dérogatoires, des barrières invisibles ou réglementaires et des prérogatives procurant des avantages parfois occultes mais importants aux entreprises publiques⁴⁸.

42. DENOIX de SAINT MARC, Renaud, *Le service public*, *op. cit.*

43. GUILLET, JP *et al.*, *op. cit.*

44. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Études thématiques, Rapport annuel 2003 ; Autorité de la concurrence, Décision n° 09-MC-01 du 8 avril 2009, p. 21.

45. GUILLET, JP *et al.*, *op. cit.*, p. 30.

46. Conseil d'État, Avis n° 352.281 du 15 juillet 1992.

47. VAN den ABEELE, Eric, *Les services d'intérêt général, État du débat européen*, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2005/36-37, n° 1901-1902, pp. 5-72.

48. OCDE, *Regulating Market Activities by the Public Sector*, Policy roundtables, 2004, p. 314.

4. Les cartels

On comprend que les États aient favorisé l'émergence de monopoles en raison de certains avantages économiques et sociaux, en particulier dans les entreprises de réseau à coûts décroissants. Certains cartels ont aussi été encouragés par les politiques gouvernementales. C'est le cas dans l'industrie des énergies renouvelables, propice à la libéralisation car les unités de production d'électricité sont décentralisées. Le marché des énergies renouvelables est hiérarchisé. Les fournisseurs sont tenus de vendre leur production à un seul acheteur (l'opérateur historique) afin de bénéficier du prix de l'électricité fixé par la loi⁴⁹, à des conditions contrôlées par le groupe EDF. Il demeure que l'opérateur historique a un intérêt stratégique à dominer la production des énergies renouvelables, car il doit être préparé à l'éventualité de l'abandon de l'activité nucléaire en France et à des développements technologiques dans les énergies renouvelables qui remettraient en question le bouquet de production.

La loi sur la modernisation du service public a créé les conditions d'un cartel de producteurs dans les énergies renouvelables. Les entreprises formant la quasi-totalité de l'offre industrielle et commerciale du secteur ont créé des associations pour l'échange d'informations et l'exercice commun de pressions politiques, avec la participation des filiales des sociétés contrôlées par l'État : le groupe EDF et GDF-Suez. L'environnement commercial du cartel étant stabilisé, aucun opérateur n'est en mesure de contrôler le marché ; en revanche, le risque de collusion existe. Le Syndicat des énergies renouvelables s'est d'ailleurs fait condamner par le Conseil de la concurrence en 2003 pour participation à une entente de partage de marché dans le Gard⁵⁰. Néanmoins, comme dans tout cartel, les producteurs d'énergie renouvelable sont

habituellement en concurrence vive entre eux, sauf en ce qui concerne les prix de vente de l'électricité. Cela signifie que les sociétés luttent pour des parts de marché, par la recherche de nouveaux débouchés, par l'innovation et même l'exploitation de réseaux professionnels.

L'industrie de la production d'énergie renouvelable est fragmentée parce que les barrières à l'entrée sont faibles. Dans un marché protégé comme celui créé par le contrat d'Obligation d'achat pour les énergies renouvelables, les entreprises de faible taille peuvent réaliser des marges bénéficiaires plus importantes que les opérateurs historiques car les entrepreneurs privés ont un meilleur contrôle des coûts. Les petites sociétés ont un intérêt vital au maintien d'un environnement réglementaire élaboré, car elles en retirent une meilleure protection contre les grandes entreprises et un plus grand pouvoir politique que dans un contexte concurrentiel parfait (par des associations de producteurs)⁵¹. La réglementation est aussi un outil pour les opposants à l'industrie. Ces facteurs ont conduit à la complexification excessive des règles d'aménagement et de raccordement des installations nouvelles, ayant pour effet d'accroître l'incertitude et les coûts des investisseurs privés⁵². Par exemple, depuis 2012 les producteurs d'énergies renouvelables sont exposés aux schémas régionaux de raccordement au réseau (S3REN), dont les coûts obscurs et croissants associés aux longs délais de raccordement imposés par ERDF réduisent la visibilité des investisseurs.

L'Autorité de la concurrence existe pour empêcher que les entreprises les plus fortes n'asphyxient les éléments les plus fragiles par des pratiques anticoncurrentielles. L'opérateur historique dispose néanmoins d'une ouverture politique pour reconquérir le contrôle du marché, laquelle consiste à user de son influence pour l'adoption d'un régime dérogatoire qui écarterait les concurrents. L'éviction de rivaux

49. Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

50. Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-54 du 28 novembre 2003 relative à des pratiques sur le marché des énergies renouvelables.

51. STIGLER, George J, *The Theory of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, N° 1, Spring 1971, pp. 3-21.

52. SAPPINGTON, David, SIDAK, Gregory, *Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities*, Hoover.org/documents, 2004.

avec l'aide du gouvernement est possible, notamment en réservant un marché convoité à un appel d'offres, système dont le caractère réducteur de la compétition commerciale a été reconnu par le Conseil de la concurrence⁵³.

En théorie, les avantages des appels d'offres sont la réduction de l'asymétrie d'information entre les producteurs et le régulateur ainsi que la tarification au plus juste « *par une procédure concurrentielle* »⁵⁴. Les objectifs des appels d'offres sont louables, mais les critères de sélection d'un prestataire pour un projet économiquement important et technologiquement complexe sont toujours nombreux et peu transparents. Par ailleurs, plusieurs appels d'offres ont été lancés autant dans l'éolien maritime que terrestre mais ont échoué en raison d'un contentieux⁵⁵. Dans le cas des appels d'offres maritimes remportés par EDF en 2012, il apparaît que la difficulté de préparer une offre à prix fixe était élevée en raison de l'impossibilité d'estimer, avec un degré raisonnable de certitude, le coût d'installation et de raccordement sur des fonds marins méconnus. Les critères de sélection étaient par ailleurs imprécis : la qualité du projet industriel et social comptait pour 40 %, le prix d'achat de l'électricité proposé pour 40 % et le respect de la mer et de ses usages pour 20 %. Dans un dossier complexe avec un risque non mesurable, les entreprises n'ont d'autre choix que d'anticiper le scénario le plus difficile et

de demander un prix élevé⁵⁶. Le processus de préparation de la réponse à l'appel d'offres devait nécessairement évincer la quasi-totalité des opérateurs éoliens en France en raison du risque considérable et des coûts de transition nécessaires⁵⁷. Trois lots éoliens de l'appel d'offres maritime de 2011 ont été remportés par le consortium emmené par EDF et Alstom, alors que le lauréat du quatrième lot était dirigé par Areva, STX et Iberdrola. Un consortium dirigé par GDF-Suez et Areva a remporté un appel d'offres maritime subséquent en 2014 pour une capacité installée de 1 000 MW. La création de 10 000 emplois dans le nord-ouest de la France a été mise en relief par les parties. Cet aspect important pour le gouvernement est cependant embarrassant, car un critère de retombées régionales peut contrevenir aux règles du commerce international et à celles du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵⁸.

Invoquer l'intérêt public peut cacher la prédation alors que les règles de la concurrence offrent un remède imparfait pour contrer les manipulations politiques⁵⁹. Il est d'ailleurs impossible de définir la frontière de ce qui constitue une transgression en matière de concurrence. Il n'existe aucun test pour déterminer si une pratique ou une décision gouvernementale ont pour objet l'éviction de concurrents d'un marché⁶⁰. La panoplie d'outils pour contourner la concurrence est grande, notamment pour les politiques et les commis de l'État. Ils peuvent s'adonner à la tromperie délibérée sur la performance des entreprises publiques ou de projets d'investissement tout

53. « *le recours à titre principal à la procédure d'appel d'offres est de nature à limiter le développement de la concurrence par rapport à la procédure d'autorisation* », Conseil de la concurrence, Avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998.

54. Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Document de consultation sur l'évolution des mécanismes de soutien aux installations sous obligation d'achat*, février 2014.

55. Un premier appel d'offres maritime pour 500 MW a été publié en 2004, sans succès en raison d'un contentieux. En 2007, un deuxième appel d'offres pour 3 000 MW en mer a été lancé, mais il a aussi été enlisé dans un contentieux. Des appels à propositions pour l'éolien terrestre ont été publiés par EDF en 1997 et 1998 ; seuls 53 MW ont pu être installés, soit un résultat bien inférieur à celui espéré. En septembre 2004, un nouvel appel d'offres a été lancé pour 1 000 MW mais aucun projet n'a vu le jour en raison des prix offerts et du contentieux. Source : France Énergie Éolienne.

56. TADELIS, Steven, BAJARI, Patrick, *Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement*, in *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006.

57. OFFICE OF FAIR TRADING, *Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality*, UK, July 2010.

58. OMC, Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis, 6 et 24 mai 2013. Dans cette affaire, l'Organisation mondiale du commerce a estimé que le tarif éolien de l'Ontario accordait un traitement préférentiel aux produits domestiques à l'encontre des règles du commerce.

59. CRANE, Daniel, *Antitrust Modesty*, Michigan Law Review, Vol. 105 N° 6, April 2007.

60. HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust and the Dominant Firm: Where do we stand?* University of Iowa, 2007.

en se justifiant d'agir dans l'intérêt public, sans crainte de poursuite en justice car la responsabilité en matière publique est diffuse⁶¹. Les ententes corruptrices seraient facilitées par les réseaux professionnels établis pendant les années d'étude quand on apprend à appliquer le droit de la concurrence aux opérateurs publics⁶². La corruption est un phénomène évolutif qui comprend les efforts par des agents politiques ou bureaucratiques visant à manipuler et détourner l'application des procédures légales pour favoriser un groupement professionnel ou quelque entreprise publique ou privée. Ces comportements constituent un détournement de la démocratie et induisent des externalités négatives sérieuses aux entreprises concurrentes et à l'ensemble des contribuables⁶³. En France, comme dans tous les pays occidentaux, les risques de corruption paraissent sous-estimés. Tout comme l'initiative était étouffée dans les pays communistes, la concurrence peut être asphyxiée administrativement avec des méthodes de même inspiration, notamment par des listes d'attente, l'opacité et l'instabilité des règles, des délais et retards⁶⁴. Ces techniques ont pour effet d'augmenter les coûts de fonctionnement des concurrents privés⁶⁵.

5. La capture du régulateur et le rôle des élites

L'État a mission d'intervenir dans l'économie lorsque le capital privé est absent ou sert inefficacement l'intérêt général, sinon il doit laisser le champ libre à l'entreprise privée⁶⁶.

61. FLYVBERG, B, GARBUIO, M, LOVALLO, D, *Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: Two Models for Explaining and Preventing Disaster*, California Management Review, Vol. 51, N° 2, Winter 2009, pp. 170-193.

62. ENA, *Opérateurs publics et concurrence*, Promotion 2006-2008, groupe 10, février 2008, voir p. 32 et 44.

63. SOREIDE, Tina, *Corruption in public procurement*, Michelsen Institute, Bergen, Norway, 2002.

64. BECKER, Gary S, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, 76(2), pp. 169-217.

65. SALOP, Steven, SCHEFFMAN, David, *Raising Rival's Costs*, The American Economic Review, Vol. 73 N° 2, 1983, pp. 267-271.

66. MATTHEWS, J, SHULMAN, A, *Competitive advantage in Public sector organizations: Explaining the public*

L'investissement public a un effet négatif sur l'économie nationale lorsqu'il évince le capital privé⁶⁷. Pourtant, alors qu'il était admis de longue date que la Constitution réserve l'entreprise à l'initiative privée sauf si un intérêt public le justifie⁶⁸, le Conseil de la concurrence et le Conseil d'État ont élargi considérablement le cadre de diversification d'EDF en 1994. Au regard du droit de la concurrence, le Conseil a approuvé la politique de diversification adoptée par EDF en 1988, laquelle était explicitement motivée par les propres besoins de l'entreprise, tels le ralentissement de la croissance de la consommation d'électricité et l'incitation à développer un esprit de concurrence au sein de l'établissement public⁶⁹. Au regard du droit administratif, le Conseil d'État a alors autorisé la diversification d'EDF et de GDF dans le domaine marchand, sous la double condition que ces activités soient techniquement et commercialement le complément normal de la mission statutaire et qu'elles soient d'intérêt général et « utiles à l'entreprise publique »⁷⁰. Ainsi, les entreprises publiques françaises peuvent intervenir dans un domaine marchand bien que le secteur privé soit présent et efficace, sous réserve d'un lien indéfini avec le domaine de spécialité. A l'aube de l'ouverture du marché de l'électricité, le Conseil de la concurrence a interprété la libéralisation des marchés en recommandant une extension du champ d'activité d'EDF, dans le but de protéger l'entreprise publique de la concurrence des grands groupes diversifiés pouvant associer des services à la fourniture d'électricité, « dans le souci que la concurrence soit efficace »⁷¹. L'interprétation des règles de diversification

goods/sustainable competitive advantage paradox, Journal of Business Research, 58 (2), 2000, pp. 232-240.

67. United Nations, *The role of public investment in social and economic development*, New York and Geneva, 2009.

68. Arrêt ville de Nevers, Conseil d'État, N° 6781, 30 mai 1930.

69. Conseil de la concurrence, Avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence.

70. Avis « Diversification des activités d'EDF/GDF », Conseil d'État, n° 356089, 7 juillet 1994.

71. Conseil de la concurrence, Avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998.

des établissements publics du Conseil d'État et du Conseil de la concurrence dans les avis de 1994 et 1998 semblent s'éloigner d'une lecture prudente de la Constitution et du droit communautaire. Cela peut être dû à un cas notable de « capture du régulateur ». Ce phénomène se produit lorsqu'une entreprise publique parvient à influencer ceux qui sont chargés de la superviser, c'est-à-dire les agences de contrôle, les actionnaires et le législateur⁷². Cette influence est d'autant plus forte que le domaine d'activité est complexe et important, conférant plus de discrétion au régulé. Les politiciens cherchent naturellement à augmenter leur capacité d'intervention économique par la création d'entreprises « championnes » dans des secteurs stratégiques, mais le contrôle de ces entités leur échappe car ils n'ont ni le temps ni la capacité de maîtriser la pléthore de problèmes que seuls des spécialistes peuvent décortiquer. Dans ce même avis de 1998 sur le fonctionnement concurrentiel, le Conseil de la concurrence affirmait candidement que le processus de régulation de l'opérateur public se réduisait alors, dans les faits, « à un tête-à-tête assez peu transparent entre les pouvoirs publics et lui (EDF-GDF) »⁷³. L'État est l'actionnaire majoritaire d'EDF, mais l'entreprise est en mesure d'influencer les politiques en matière énergétique car aucune agence en France ne possède les données et la capacité d'analyse d'EDF dans le domaine de l'électricité.

L'État n'est pas un investisseur ordinaire car ses décisions ont pour objectif d'appliquer ou de prolonger les politiques du gouvernement. En France, les succès commerciaux des entreprises publiques sont perçus comme une démonstration de l'efficacité de la politique économique. Une entreprise publique peut donc se trouver en situation de concurrence et être confrontée à des choix opposant le succès commercial de l'entreprise et l'intérêt général. La théorie de l'agence propose que les entreprises publiques résolvent les conflits d'intérêt en favorisant la survie de l'entreprise

72. DAL NO, Ernesto, *Regulatory capture: a review*, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, N° 2, 2006, pp. 203-225.

73. Avis n° 98-A-05, *supra*, p. 9.

au détriment de l'intérêt des contribuables⁷⁴. À cet égard, la Cour des comptes a étudié les rémunérations à EDF SA dans son rapport 2013 ; elle les a estimées plus généreuses que dans les entreprises publiques comparables⁷⁵. Le rapport fait ressortir que le salaire moyen au sein d'EDF a progressé de plus de 26 % entre 2006 et 2010, beaucoup plus vite que l'inflation hors tabac (7,8 %) et le SMIC (7,1 %) ⁷⁶. Pourtant, la sous-performance boursière des entreprises publiques cotées en bourse est reconnue⁷⁷, alors que les entreprises publiques retiennent des travailleurs moins sollicités par le marché et sont alourdies par des sureffectifs importants⁷⁸. Les dirigeants d'une grande entreprise ont un intérêt personnel à relever les salaires et avantages des subalternes, car cela permet mécaniquement de relever les leurs et d'éviter les conflits sociaux qui attirent l'attention des médias. Cette complaisance a cependant des répercussions sur la concurrence, laquelle doit tenir compte des pratiques de l'entreprise dominante du secteur de l'énergie. Cette générosité salariale a aussi un coût qui est supporté par le consommateur. Dans les conclusions de son rapport annuel, la Cour des comptes a par ailleurs regretté « l'amointrissement de l'information de l'actionnaire ». En somme, EDF détiendrait une influence marquante sur les organes responsables de la politique énergétique nationale alors qu'elle aurait été capturée par ses syndicats, lesquels seraient ainsi en mesure d'influer sur des variables affectant directement la concurrence et les consommateurs. Enfin, Areva présente un autre exemple de capture du régulateur. Dans les termes du pré-rapport de la Cour des comptes concernant la période

74. STIGLER (1971), *op. cit.* ; POPA, I, DOBRIN, C *et al.* *Competitive advantage in the public sector*; Theoretical and Empirical Researches in Urban Management, Vol. 6, N° 4, November 2011.

75. COUR DES COMPTES, *Les rémunérations à EDF SA : une progression rapide, une accumulation d'avantages, peu de liens avec les performances*, Rapport annuel 2013, pp. 361-402.

76. *Ibid.*, p. 367

77. AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ÉTAT, *L'État actionnaire*, octobre 2012.

78. FRIEBEL, G, MAGNAC, T, *Public servants: a competitive advantage for public firms?* 2nd draft, IDEI, Toulouse 2007.

2006-2012, un certain nombre de difficultés du groupe nucléaire provenaient de la « forte personnalité » de la présidente du directoire. Son influence aurait aussi permis le versement de revenus et d'indemnités jugés excessifs par la Cour, au vu des résultats⁷⁹.

6. Stratégie et performance financière

En 2000, EDF a pris une participation de 35 % dans le capital de SIIF Énergies, créée en 1990 par Pâris Mouratoglou, pour devenir l'entité du groupe EDF dédiée aux énergies nouvelles. A partir de 2002, la société était détenue à parts égales par EDF et le groupe familial du fondateur. SIIF Énergies prendra le nom d'EDF Énergies Nouvelles en 2004. Lors de l'introduction en bourse d'EDF Énergies Nouvelles en 2006, la société était détenue à 50% par EDF et 25,1% par le groupe Mouratoglou, le solde étant le flottant. En 2011, EDF racheta les minoritaires pour détenir la totalité des actions et retirer la société du CAC 40. L'investissement cumulé d'EDF dans EDF Énergies Nouvelles a été d'environ 4,6 milliards d'euros⁸⁰. Le

79. Le total des rémunérations versées à la présidente en 2010 dépasse le million d'euros. Source : Les Echos.fr, *Les principaux extraits du pré-rapport de la Cour des comptes sur Areva*, 12 mai 2014.

80. Cette estimation est basée sur les rapports annuels d'EDF Énergies Nouvelles et ne tient pas compte des investissements directs dans EDF Énergies Nouvelles Réparties.

rendement sur cet investissement colossal est cependant modeste et déclinant. La baisse du rendement sur le capital investi coïncide avec la prise de contrôle de 100% des actions d'EDF Énergies Nouvelles par EDF et le départ de son fondateur Pâris Mouratoglou (Tableau 1).

La chute du rendement sur le capital investi est la conséquence d'une injection massive de capital par EDF pour une société dont la capacité de générer des bénéfices était faible. La montée d'EDF au capital de la filiale a été coïncidente à une augmentation des salaires et charges des employés de 59 % de 2009 à 2012. Fin 2012, la capacité installée et détenue en propre par EDF Énergies Nouvelles atteignait 4 208 MW, dont 3 629 MW d'éolien et 410 MW de solaire. La valeur sur le marché de cette capacité de production installée était de l'ordre de 5 milliards d'euros⁸¹. Tenant compte des fonds propres investis par EDF dans sa filiale, la valeur soldée des actifs d'EDF Énergies Nouvelles pourrait générer une perte en capital d'environ 3 milliards d'euros pour EDF⁸².

81. L'estimation est fondée sur la valeur des actifs éoliens français d'Iberdrola transigés en 2012. Cette transaction a porté sur 32 parcs éoliens avec une capacité installée de 321 MW pour un prix de 350 millions d'euros avec une prime éventuelle de performance de 50 millions d'euros.

82. Ce résultat est basé sur le bilan 2012 d'EDF EN en substituant la valeur soldée des actifs à leur valeur comptable et en éliminant les écarts d'acquisition. Le passif est calculé en retenant les fonds propres investis par EDF dans sa filiale. Ce calcul ne tient pas compte de la prime qu'un

Tableau 1

Rentabilité de l'investissement d'EDF dans EDF Énergies Nouvelles sur la base du bénéfice net

Source : Rapports annuels d'EDF Énergies nouvelles ; EDF Énergies nouvelles, *Document de base 2006*.

(au 31/12)	Contrôle	Investissement cumulé (A)	Chiffre d'affaires (B)	Net consolidé (C)	Rendement sur le capital investi (C)/(A)
2006	50 %	€ 296,5 M	€ 15 M	-€ 322 K	-0,02 %
2007	50 %	€ 296,5 M	€ 560 M	€ 26,84 M	9,1 %
2008	50 %	€ 546,5 M	€ 1 006 M	€ 38,43 M	7,0 %
2009	50 %	€ 546,5 M	€ 1 173 M	€ 52,26 M	10,5 %
2010	50 %	€ 546,5 M	€ 1 573 M	€ 42,80 M	7,8 %
2011	100 %	€ 3 096 M	€ 1 351 M	€ 80,17 M	2,6 %
2012	100 %	€ 4 600 M	€ 1 471 M	€ 79,82 M	1,7 %

Cette perte virtuelle provient principalement de l'achat d'actions des majoritaires jusqu'en 2007 (€ 300 millions), l'achat des actions des minoritaires en 2011 (€ 1,55 milliards), de dépréciations d'actifs (€ 175 millions) et des pertes cumulées de EDF EN Réparties (€ 320 millions). Il est vraisemblable qu'EDF Énergies Nouvelles devra effectuer des dépréciations importantes sur ses actifs et ceux de ses filiales car la valeur comptable des actifs reflète des coûts de développement élevés. Malgré une performance financière décevante, le ratio de distribution de dividende a progressé de 34,5 % en 2010 à 217 % en 2012 ; c'est-à-dire que la société a payé des dividendes plus de deux fois supérieurs à son bénéfice net en 2012 à EDF, son actionnaire unique. Or, la trésorerie d'EDF Énergies Nouvelles a été équilibrée en 2012 grâce à une augmentation de capital de 1,5 milliard d'euros réalisée par EDF⁸³.

Des investisseurs privés n'auraient sans doute pas injecté aussi massivement des capitaux dans EDF Énergies Nouvelles sans avoir la conviction d'un rendement approprié sur le capital. Nous avons donc l'exemple d'une entreprise contrôlée par l'État, en concurrence dans le domaine marchand, dont le niveau d'activité est dû au financement public plutôt qu'à sa capacité de générer des bénéfices. En droit de la concurrence, cette situation est légale s'il n'y a pas preuve d'aide de l'État au sens du Traité de fonctionnement de l'UE ni d'abus de position dominante. Sur le plan économique, cette situation est malheureusement coûteuse pour EDF et pour les contribuables. Des concurrents du secteur privé, pour leur part, ont dû se retirer de certains marchés.

En 2005, le directeur général de l'Agence des participations de l'État (APE) écrivait que

acquéreur pourrait accepter de payer pour le contrôle de la société.

83. De plus, le compte courant d'EDF EN dû à EDF au 31 décembre 2012 totalisait 421 millions d'euros. Cette situation suggère que la société mère a préféré améliorer ses bénéfices comptables par un dividende important de sa filiale s'ajoutant aux intérêts du compte courant plutôt que de permettre à EDF EN de réduire ses charges financières en les réduisant. Par ailleurs, EDF a distribué 2 355 millions d'euros en dividendes en 2012, alors que la société a augmenté son endettement net de 8,3 milliards d'euros. Source : Rapports annuels EDF et EDF EN de 2012.

la faible rentabilité était une spécificité des investissements de l'État. Il ajoutait que l'État devait veiller à ce que ses entreprises soient créatrices de valeur⁸⁴. Cependant, les attentes du gouvernement à l'égard d'EDF ne se limitent pas à la création de valeur. Selon le contrat de service public entre l'État et EDF signé en 2005, EDF devait apporter une contribution indispensable à la réalisation des objectifs de la politique énergétique de la France, à savoir : l'indépendance énergétique, la préservation de l'environnement, une énergie la meilleur marché possible, la cohésion sociale et le maintien de la sûreté des installations⁸⁵. Le gouvernement demandait aussi à EDF de contribuer au développement économique de la nation et à alimenter sa trésorerie, sans choquer les consommateurs-électeurs. Les rôles attendus d'EDF par le gouvernement ne pouvaient être aisément conciliables avec la culture de rentabilité que le directeur de l'APE invoquait dans un discours au même moment. Aujourd'hui, les obligations du groupe EDF sont en substance les mêmes⁸⁶. EDF doit en plus assurer le maintien de son statut d'opérateur dominant.

Ce dernier objectif est complexe en raison du contexte concurrentiel imposé par le Traité de fonctionnement de l'UE. La volonté d'EDF de prolonger la vie de son parc nucléaire s'explique en termes d'intérêt stratégique de l'opérateur historique. Pour être un fournisseur d'électricité important, il faut disposer de capacité de production en base. En France, la source d'électricité la plus compétitive est le nucléaire (et quelques grandes centrales hydrauliques). Or, aucune entreprise n'est en mesure de concurrencer EDF en base parce que le parc nucléaire est un réseau qui bénéficie de coûts décroissants liés à sa dimension⁸⁷. L'intérêt stratégique

84. SAMUEL-LAJEUNESSE, Denis, *L'Agence des participations de l'État – L'État actionnaire*, La revue du Trésor, N° 7, juillet 2005.

85. EDF, *Contrat de Service Public entre l'État et EDF*, 2005.

86. Articles 121-1 et suivants du Code de l'énergie.

87. Cette question a été ouverte à l'occasion d'une discussion sur les ciseaux tarifaires dans la décision du Conseil de la concurrence n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie.

de l'opérateur historique (dont les coûts de production sont nettement inférieurs aux coûts de remplacement des centrales nucléaires historiques) est de retarder les investissements pour des installations nouvelles, afin de fermer l'entrée aux concurrents qui souhaiteraient prendre une part du marché de capacité mais sont freinés par un tarif régulé trop bas⁸⁸. Le tarif régulé constitue une barrière à l'entrée efficace tout en maintenant la rentabilité de l'opérateur historique. Le parc nucléaire amorti est donc une source de revenus garantis pour EDF et l'État. En revanche, le remplacement des centrales nucléaires par des EPR ou des centrales thermiques replacerait EDF à égalité avec les autres producteurs d'électricité possédant les capacités financières requises. Le groupe GDF-Suez aurait la capacité technique et financière pour se tailler une part importante du marché de la production électrique en France mais il faudrait pour cela obtenir des autorisations gouvernementales. Le gouvernement protège le rôle dominant du groupe EDF et le groupe GDF-Suez peut difficilement s'en plaindre car il est aussi contrôlé par l'État.

Si l'investissement d'EDF dans les énergies renouvelables n'avait pas une motivation financière, aurait-il un sens stratégique ? Il semble que le groupe EDF vive dans la crainte de la colère du législateur et des concurrents qu'il serait plus prudent d'éviter d'éjecter de l'espace restreint qui leur est réservé. La politique d'EDF dans les énergies renouvelables suit la logique du maître qui ne veut pas céder son rang. La possibilité d'un arrêt obligé du nucléaire n'est bien sûr pas souhaitée par l'opérateur, mais il doit parer à toutes les éventualités afin de conserver sa pertinence dans la production électrique en toutes circonstances. Dans un contexte de libéralisation de la production d'électricité, EDF ne peut être favorable à une faible réglementation ni à une forte rentabilité de la production d'électricité d'origine renouvelable, car EDF serait vite débordée en raison de l'absence de barrières à l'entrée.

88. VASSILOPOULOS, Philippe, *Les prix des marchés de gros de l'électricité donnent-ils les bons signaux et les bonnes incitations pour l'investissement en capacité de production électrique ?* Thèse pour le doctorat en sciences économiques, Paris-Dauphine, 2007.

Le Code de l'énergie (art. 121-1), tout comme le contrat de service public de 2005, prévoit la mise en œuvre par EDF d'un programme de recherche *pour le progrès technologique*. Cette disposition pose une question intéressante en termes de concurrence entre les secteurs public et privé. L'électricien a besoin d'un groupe de recherche pour trouver des solutions innovantes aux problèmes techniques de ses opérations. Cependant, quelle devrait être la politique du groupe EDF concernant la mise au point de technologies de pointe dans la production d'énergie renouvelable pour réduire les coûts de production de façon importante ? Une entreprise du secteur privé pourrait profiter d'une telle découverte pour prendre une part léonine du marché, affaiblir la concurrence, augmenter ses revenus et l'effort de recherche de l'entreprise. Le groupe EDF ne réagirait sans doute pas de cette façon, parce qu'il contrôle déjà le marché et pourrait craindre les réactions qu'il susciterait. EDF hésiterait certainement à mettre au point une technologie qui menacerait la rentabilité de son parc de production en base ou sa position dans l'industrie.

7. Les pertes sacrificielles

Le Conseil de la concurrence maintient que les pertes financières d'une entreprise publique, même pendant une longue période, n'indiquent pas nécessairement un objet anticoncurrentiel. Ceci suppose que l'entreprise publique ne chercherait pas à maximiser le profit, mais poursuivrait l'intérêt général. Pourtant, l'intérêt public n'explique pas les déboires de la SNCF dans son activité de fret qui n'a jamais été rentable depuis l'ouverture à la concurrence en 2003, cumulant plus de 3 milliards d'euros de pertes et environ 1 milliard d'euros de dépréciations pour la période 2003 à 2010⁸⁹. On sait que les coûts de livraison du fret des transporteurs ferroviaires privés étaient de l'ordre de 30 % inférieurs à ceux de la SNCF. Afin de conserver son marché historique, la

89. GRIGNON Francis, *Avenir du fret ferroviaire : comment sortir de l'impasse ?*, Commission de l'économie, Sénat.fr, 2010.

SNCF a formulé des offres commerciales sur la base de sous-estimations délibérées de ses coûts pour justifier les prix à perte qu'elle a pratiqués. Cette stratégie d'éviction a permis à la SNCF de retenir des trafics que des entreprises privées auraient capturés⁹⁰. Dans le secteur des énergies renouvelables, l'intérêt public n'explique pas les pertes virtuelles d'EDF pour ses investissements dans EDF Énergies Nouvelles, lesquelles sont du même ordre de grandeur que celles de la SNCF pour le fret. Enfin, selon le pré-rapport de la Cour des comptes sur Areva pour la période 2006-2012, les pertes du groupe nucléaire pourraient cumuler 3,5 milliards d'euros sur le contrat clé en main à prix non révisable de l'EPR Olkiluoto 3 et près de 2 milliards sur le rachat d'Uramin. Cette société junior canadienne d'exploration minière était propriétaire de gisements d'uranium en Afrique ; Areva l'a rachetée sans examen approfondi de ses actifs. Ces pertes ne seraient pas attribuables à un quelconque intérêt public, mais à la supervision inefficace par l'actionnaire public (l'État et le CEA) de la gestion débridée d'Areva⁹¹.

On comprend la préoccupation des opérateurs historiques devant la volonté d'entreprises privées de capturer une part des marchés libéralisés, parfois les plus rentables. Mais comment expliquer que les opérateurs publics acceptent des pertes financières pour empêcher l'initiative privée de pénétrer les marchés ouverts à la concurrence ? Ce sont des cadres et des salariés qui commettent des pratiques déloyales pour le bénéfice du groupe dans le but d'empêcher la réussite d'établissements rivaux, sans ressentir de culpabilité. Ces comportements rappellent les pertes sacrificielles qu'on a constatées tout au long de l'histoire de la civilisation. La perpétration de sacrifices de manière rituelle au sein d'un groupe permet de soustraire les individus à tout sentiment de responsabilité.

L'automutilation où les hommes offraient leur sang aux dieux prouvait leur détermination de guerriers et pouvait effrayer les ennemis. De même, les pertes commerciales soutenues délibérément par les entreprises en proie à la concurrence ont pour effet de décourager les concurrents actuels ou potentiels sur un territoire déterminé. Les pertes commerciales peuvent être la conséquence de l'incertitude associée à un investissement et doivent être acceptées par les actionnaires. En revanche, les pertes systématiques de capital public dans le but de contenir le développement d'un marché concurrentiel sont préjudiciables aux contribuables et aux consommateurs. En fait, elles ne bénéficient à personne et il faut les prévenir.

Les pertes sacrificielles de la SNCF, d'EDF et d'Areva n'auraient pas été rendues possibles sans la garantie financière de l'État, laquelle crée une distorsion majeure dans les marchés concurrentiels. Un exemple étonnant du bénéfice de cette garantie nous est présenté par la situation de la Régie Renault en 1984, alors qu'elle appartenait à l'État. À cette époque, Renault avait des fonds propres négatifs de 6 milliards et un endettement de 64 milliards de francs. Malgré cette situation financière désastreuse, les émissions obligataires de la Régie étaient toujours cotées AAA⁹². Une garantie financière publique automatique et illimitée améliore la position concurrentielle d'un établissement en lui permettant d'emprunter à meilleur taux, de remporter des marchés grâce à l'image de solidité financière de l'État et de supporter des pertes dans des marchés concurrentiels. La Commission européenne tend à juste titre à considérer la garantie financière des entreprises publiques comme une « aide d'État » au sens des traités, c'est-à-dire une pratique nuisible au fonctionnement de la concurrence sur les marchés libres⁹³.

90. Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012, p. 95.

91. LES ÉCHOS.FR, *Les principaux extraits du pré-rapport de la Cour des comptes sur Areva*, 12 mai 2014. Le 13 mai, la Cour des comptes a regretté la publication d'un article évoquant un rapport non définitif relatif à Areva.

92. ARTHUIS, Jean, BELOT, Claude *et al.*, *Les ambiguïtés de l'État actionnaire*, Sénat, 1994.

93. DELION, André, DURUPTY, Michel, *Chronique du secteur public économique*, Revue française d'administration publique, 2012/4, N° 144, pp. 1143-1148.

8. La transgression

Le désordre de la concurrence public-privé est lié à la banalité de la transgression dans les entreprises et institutions⁹⁴. Les domaines fortement régulés font souvent l'objet de manipulations systématiques par des entreprises privées et publiques dans les pays développés. Aux États-Unis, la Banque J.P. Morgan a accepté en 2013 de payer une amende de \$410 millions pour des manipulations du marché de l'électricité lui ayant permis d'extirper des prix indus en profitant de failles réglementaires⁹⁵. La banque UBS a fait l'objet de poursuites pour évasion fiscale⁹⁶ et Citigroup, parmi d'autres, pour manipulation du LIBOR au Japon⁹⁷. Enfin, un juge américain a reproché à l'agence fédérale de sécurité (NSA) d'avoir fréquemment et systématiquement contrevenu aux procédures qu'elle avait prétendu respecter. Le juge a critiqué ce qu'il a appelé des « *déclarations erronées* » dans les soumissions du gouvernement⁹⁸.

Ces affaires ont un point commun concernant la responsabilité : il est improbable que l'on puisse attribuer les actes répréhensibles à un ou des individus. La complexité des marchés modernes est telle qu'il est impossible de connaître et parfois même de comprendre les actions à incidence financière de chacun des intervenants dans une grande entreprise. Certaines pratiques délictueuses sont bien connues et détectables, mais elles ne sont sévèrement réprimandées que lorsqu'elles nuisent gravement à l'image de l'entreprise.

Les considérations relatives aux règles de concurrence demeurent des abstractions. Les chartes de déontologie représentent un idéal théorique qui ne permet pas de résoudre les nombreux conflits d'intérêt rencontrés à tous

les niveaux. Il faut aussi prendre en compte la volonté naturelle de réussir et le regard des autres collaborateurs. Les salariés et les cadres sont focalisés sur la performance technique et financière de leur activité et sur leurs perspectives d'avancement personnelles. Certains analystes affirment même que personne n'est impartial⁹⁹. Si tel était le cas, l'exigence d'impartialité invoquée par l'Autorité de la concurrence à l'égard des opérateurs historiques paraîtrait exorbitante. Prenons l'exemple du maire de la commune fictive du « Chat Jaune » qui favoriserait le projet photovoltaïque d'un jeune entrepreneur et qui, par ailleurs, demanderait au groupe EDF de réaliser un investissement dans le réseau de distribution de la commune et d'y situer un poste d'entretien pour le département. En théorie, les règles de la concurrence imposent de séparer les dossiers sans les relier de quelque façon. Dans cet exemple, il y aurait une grande utilité dans la transgression pour le représentant de l'opérateur public, alors que le risque d'inconvénients pour les acteurs tendrait vers 0. Le représentant commercial du groupe public pourrait être tenté de faire miroiter une proposition liée et même de dénigrer le jeune entrepreneur en suggérant que son entreprise pourrait faire faillite comme beaucoup d'autres sociétés privées dans le photovoltaïque. Le maire serait certainement tenté par une proposition garantissant la construction d'installations départementales. Dans tous les cas, la vente de biens et services par une entreprise d'État aux communes constitue un avantage concurrentiel indéniable qu'a reconnu le Conseil de la concurrence¹⁰⁰.

Le niveau de transgression par les agents des secteurs public et privé serait réduit par une criminalisation des actes fautifs, mais cela comporterait des inconvénients sérieux liés à un sentiment de conflit d'intérêt renforcé, à la démotivation des employés et de problèmes de preuve. Les chartes de déontologie constituent

94. BABEAU, Olivier, CHANLAT, Jean-François, *Déviance ordinaire, innovation et gestion : l'apport de Norbert Alter*, Revue Française de Gestion, 37, 210, 2011, pp. 33-50.

95. TRACY, R, FITZPATRICK, D, *J.P. Morgan Settles Case Over Electricity Market*, Wall Street Journal, July 31, 2013.

96. SAUNDERS, L, LETZING, J, *U.S. Nears Swiss-Bank Deal Over Tax Evasion Flap*, Wall Street Journal, August 30, 2013.

97. ENRICH, D, FUKASE, A, *Rate-Fixing Probe Shines Spotlight on Higher-Ups*, Wall Street Journal, August 30, 2013.

98. GORMAN, S, BARRETT, D, *NSA Admits It Violated Privacy-Protection Rules*, Wall Street Journal, September 12 2013.

99. SCHELLING, Thomas C, *Ethics, Law and the Exercise of Self-Command*, The Tanner Lectures on Human Values, University of Michigan, 1982, pp. 45-79 ; EHRICH, L, CRANSTON, N, KIMBER, M, *Public sector managers and ethical dilemmas*, Journal of the Australian and New Zealand academy of Management, 10 (1), 2004, pp. 25-37.

100. Conseil de la concurrence, Avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999.

non pas un rempart efficace contre les transgressions, mais un outil disciplinaire entre les mains des dirigeants. Les bonnes intentions exprimées dans une charte éthique permettent d'exploiter la naïveté des idéalistes et de contester le comportement de n'importe lequel élément en invoquant l'exemplarité demandée par une charte constituée de principes absolus. Par exemple, la charte éthique d'EDF Énergies Nouvelles, pourtant parfaitement conforme aux recommandations de l'OCDE¹⁰¹, accorde un droit d'alerte à tout salarié en cas d'un manquement individuel ou collectif aux valeurs du groupe ou aux lois et règlements, mais menace le même salarié au cas de divulgation d'information confidentielle¹⁰². Ainsi, un employé peut alternativement être dénoncé par un collègue (peut-être vindicatif) ou se voir reproché une transgression, une défaillance aux valeurs de l'entreprise ou la divulgation d'information confidentielle à l'occasion d'une alerte. Les dilemmes déontologiques sont fréquents dans les grandes organisations. Il est préférable d'éviter de créer des situations où les salariés d'une entreprise publique seraient tenus responsables de l'équilibre concurrentiel avec le secteur privé, dans le respect de la charte de déontologie, au détriment de leur performance, des intérêts de leur employeur et de leur carrière.

9. Les plaintes et les sanctions en droit de la concurrence

Les sanctions pécuniaires sont un remède inadapté en ce qui concerne la concurrence déloyale. Dans le cas d'un opérateur contrôlé par l'État, les sanctions pécuniaires sont répercutées sur les consommateurs et les contribuables. Pour que la sanction soit dissuasive, il apparaîtrait logique qu'elle soit fixée à un niveau supérieur au bénéfice tiré du comportement concurrentiel réprouvé, mais tel n'est pas le cas. En effet, l'Autorité de la concurrence détermine une sanction pécuniaire sur la base du dommage causé à

101. OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*, 2005.

102. EDF Énergies Nouvelles, *Charte éthique et déontologique*, imprimée sur internet le 31 juillet 2013.

l'économie, plafonnée à « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial » annuel du contrevenant¹⁰³. En pratique, les sanctions ne mettent pas la santé financière du contrevenant en péril. Dans l'affaire Solaire Direct décidée en 2013, l'Autorité a estimé que les pratiques déloyales du groupe EDF avaient contribué à fragiliser ses concurrents ; une dizaine avaient disparu du marché après que d'autres difficultés eurent apparues, à savoir le moratoire de 2010 et les baisses de tarifs¹⁰⁴. Dans cette affaire, le groupe EDF a été condamné à une sanction de 13 millions d'euros, alors que le chiffre d'affaires photovoltaïque du groupe EDF avait été de l'ordre de 400 millions d'euros pendant les sept années de la procédure. Le prix payé par EDF pour l'éviction de la concurrence dans le solaire photovoltaïque était une dépense supportable si l'on considère que le chiffre d'affaires mondial du groupe avait atteint 72 milliards d'euros en 2012.

Les sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence n'ont pas pour objet de réparer les dommages subis par les consommateurs ou les entreprises victimes¹⁰⁵. En réalité, la

103. Article 464-2 du Code du commerce : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

104. Solaire Direct s'est retiré du segment résidentiel, alors qu'Evasol a été placé en liquidation judiciaire en 2012, tout comme Sunnco en 2011, Soleil en tête, Admissol, Sun PV, Aehlios, CervinENR, S comme Solaire et Photon Plus. Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

105. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Étude thématique*, Rapport annuel 2005, pp. 99-177. Contrairement à l'Autorité

sanction pécuniaire est le prix de la transgression en droit de la concurrence et ce prix est calculé sans qu'il soit tenu compte du bénéfice tiré par le contrevenant. Le droit français évite les sanctions qui menaceraient la pérennité de l'entreprise condamnée. La concurrence déloyale peut donc être rentable, surtout si elle a permis d'établir une barrière à l'entrée de l'industrie pendant une période prolongée ou d'éliminer des concurrents¹⁰⁶. Il serait exigeant de calculer les avantages financiers retirés par un concurrent déloyal. Pour cette raison, certains analystes souhaitent l'introduction de dommages punitifs qui tiendraient compte des avantages du comportement illégal. Les dommages punitifs ne constituent pas une panacée, car un entrepreneur rationnel continuerait à estimer les avantages d'une conduite déloyale, par opposition au coût d'une plainte dont la probabilité resterait limitée et le prononcé d'une condamnation tardif. Une sanction plus dissuasive consisterait dans la dilution forcée du capital par la confiscation ou la vente imposée d'actions des sociétés privées qui auraient adopté une politique déloyale pendant une période prolongée, causant un tort irréparable au marché et à leurs concurrents. En ce cas, le coût de la transgression aurait des conséquences à long terme et porterait les entreprises à réfléchir avant d'enfreindre les règles de la concurrence.

La responsabilité des actes commis par les préposés d'un opérateur public est embrouillée par une chaîne de délégation d'autorité étendue avec des objectifs commerciaux abstraits et interprétables. L'Autorité de la concurrence peut ordonner de modifier des pratiques jugées déloyales afin de faire cesser des abus démontrés. Cependant, les injonctions et recommandations ne peuvent empêcher les acteurs de rechercher d'autres voies, dont l'illegalité n'a pas été identifiée ou démontrée, pour atteindre ou conserver la domination

té de la concurrence, le juge administratif peut indemniser un préjudice, mais ne peut sanctionner l'administration par une amende ; voir : NICINSKI, Sophie, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 170.

106. de MONCUI, Godefroy, *La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique*, Le Concurrentialiste, mai 2013, pp. 17-29.

du marché. Par ailleurs, les injonctions et les recommandations de l'Autorité de la concurrence ne peuvent remédier aux dommages causés aux nouveaux entrants jusqu'à la mise en place des mesures curatives. Dans le cas des entreprises publiques, la sanction la plus efficace serait la privatisation des activités en cause dans le domaine marchand afin que la libre concurrence puisse jouer son œuvre.

Les entreprises qui estiment avoir été lésées par un comportement concurrentiel condamné par l'Autorité pourront demander réparation en fondant une action sur l'article 1382 du Code civil. En ce cas, les demandeurs devront prouver le comportement fautif, les dommages et le lien de cause à effet entre la faute et les dommages. La procédure civile comporte une difficulté majeure. Certes, la victime pourra alléguer une perte de chance ou de part de marché pendant la période couverte par les pratiques condamnées par l'Autorité, mais l'évaluation du préjudice du demandeur et la part de responsabilité du concurrent déloyal resteront difficiles à établir. L'évaluation des dommages est un exercice approximatif, voire impossible, lorsque certains concurrents ont déjà fermé leurs portes dans une industrie subissant une conjoncture difficile, comme ce fut le cas dans le solaire photovoltaïque.

Une plainte en droit de la concurrence et une poursuite civile pour dommages-intérêts comportent des inconvénients pour l'initiateur dont l'entreprise a été lésée par les pratiques d'un concurrent indélicat. Il n'est pas sans risque d'ouvrir un contentieux avec un client ou un fournisseur avec lesquels on se trouve par ailleurs en concurrence sur certains marchés. L'importance des achats de biens et services par EDF rend sensible la décision d'attaquer le groupe en justice pour concurrence déloyale ou abus de position dominante. Ce problème était déjà mentionné dans le rapport Guillet en 1993¹⁰⁷. Par ailleurs, le contentieux augmente le coût d'opération des entreprises victimes, ce qui peut être précisément le but recherché par une entreprise dominante. Le temps de la procédure et de l'appel éventuel ainsi que les difficultés de la preuve peuvent

107. GUILLET, J.P. *op. cit.* p. 28.

décourager certains gestionnaires. La crainte des conséquences commerciales de procédures judiciaires est aussi alléguée pour expliquer la rareté historique des poursuites civiles en réparation fondées sur une décision de l'Autorité de la concurrence, même confirmée par la cour d'appel¹⁰⁸.

L'Autorité de la concurrence estime que les pratiques d'abus de position dominante des opérateurs historiques sont étroitement liées à leur intégration verticale et que la séparation comptable ne modifie pas leur intérêt à mettre en place des stratégies d'éviction¹⁰⁹. Les mesures curatives ne suffisent pas à rétablir la neutralité concurrentielle. L'ordre actuel permet à un opérateur historique d'agir dans un domaine marchand ouvert à la concurrence, même si cette présence constitue une allocation inefficace des ressources au service des contribuables et des consommateurs. En étant curatif plutôt que préventif, le droit de la concurrence permet aux entreprises dominantes de conserver l'initiative face à des nouveaux entrants souvent modestement organisés et capitalisés. Le droit de la concurrence a, bien entendu, un effet modérateur de l'agressivité dominatrice des opérateurs historiques dans le domaine marchand. En revanche, le droit peut être exploité par les entreprises qui ont adopté des pratiques déloyales. Cela est dû à la lenteur du droit, sa lourdeur en termes procéduraux et au coût des litiges qui incitent les victimes à patienter avant d'ester en justice. Le droit public de la concurrence paraît être le produit de groupes d'intérêt majeurs, comme les politiciens, les commis de l'État et les gestionnaires des grandes entreprises. Le droit public de la concurrence ne peut traiter tous les problèmes de neutralité concurrentielle, tels les avantages statutaires, les subventions croisées et les pertes des opérateurs publics que la garantie financière de l'État permet de supporter. Les sanctions interviennent habituellement de nombreuses années après le début des pratiques déloyales prohibées et les sanctions

pécuniaires plafonnées sont répercutées sur les contribuables.

Il ne s'agit pas de déterminer comment l'État français doit faire respecter la concurrence, mais d'empêcher les entreprises d'État de nuire à la concurrence. Il est manifestement difficile pour l'État de restreindre le champ d'activité des entreprises publiques. Mais la création d'un cadre concurrentiel neutre entre opérateurs historiques et entreprises privées est illusoire car il exigerait une grande complexité réglementaire et un examen permanent des pratiques administratives. Cet encadrement formerait une organisation aussi complexe que coûteuse et son succès nécessiterait un changement culturel à tous les échelons politiques et administratifs. Des mesures structurelles s'imposent pour restreindre le problème de la concurrence déloyale entre opérateurs publics et privés. Il faut réduire le besoin de supervision administrative. À cette fin, la frontière entre les activités du secteur public et du domaine privé doit être respectée. Il n'est pas utile que des entreprises privées parviennent à capturer une partie des activités de réseau à coûts décroissants qui sont traditionnellement le domaine des monopoles d'État. En revanche, on peut déplorer la diversification des opérateurs publics dans des activités concurrentielles lorsque le secteur privé est efficace. Aucun établissement public ne devrait survivre ou être créé à moins de répondre à un « test d'entreprise publique utile ». Une entreprise publique ne devrait pas justifier sa diversification en fonction de ses propres besoins mais en fonction des besoins sociaux qui ne pourraient être satisfaits convenablement par le secteur privé. Ce n'est pas l'équité qui peut déterminer la sphère d'activité marchande des établissements publics mais l'intérêt général, c'est-à-dire l'allocation des ressources la plus efficace pour le bien-être des citoyens. Le secteur public a une responsabilité économique cruciale au-delà des monopoles naturels. Il s'agit de concentrer le talent et les capitaux du secteur public sur les difficultés techniques qui freinent notre développement, par exemple le stockage de l'énergie, l'exploitation des ressources minières sous-marines et l'organisation d'infrastructures de transport décarbonés. L'État doit vendre ses participations

108. RIFFAULT-SILK, Jacqueline, *Table ronde : « Le point de vue des magistrats »*, Colloque Droit et économie de la concurrence, Cour de Cassation, 17 octobre 2005.

109. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Étude thématique*, Rapport annuel 2011, pp. 53-97.

dans les entreprises actives dans le domaine marchand où la concurrence est satisfaisante. Il est contreproductif que les entreprises publiques se positionnent en « champions » dominants dans le domaine marchand lorsque le secteur privé est en mesure de satisfaire les besoins des consommateurs et de créer des vainqueurs par le mérite. ■

Bibliographie

- ADAMS, Gary, HAYES, Sharon et al. *Regulatory Capture: Managing the Risk*, Australian Public Sector Anti-Corruption Conference, Sydney, 24 October 2007.
- AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ÉTAT, *L'État actionnaire*, octobre 2012.
- ALBERT, Jean-Luc, *L'article 545 du Code civil*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2008.
- ARTHUIS, Jean, BELOT, Claude et al. *Les ambiguïtés de l'État actionnaire*, Sénat, 1994.
- ASCHAUER, David, *Public investment and productivity growth in the Group of Seven*, Economic perspectives, Federal Reserve Bank of Chicago, pp. 17-25, 1989.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Étude thématique*, Rapports annuels 2009 à 2013.
- BEAUVISAGE, Jérôme, *La Loi Le Chapelier du 14 juin 1791, fruit amer de la Révolution*, Les Cahiers de l'Institut CGT d'histoire sociale, N° 117, p. 6-11.
- BABEAU, Olivier, CHANLAT, Jean-François, *Déviance ordinaire, innovation et gestion : l'apport de Norbert Alter*, Revue Française de Gestion, 37, 210, 2011, pp. 33-50.
- BABEAU, Olivier, CHANLAT, Jean-François, *La transgression, une dimension oubliée de l'organisation*, Revue Française de Gestion, n° 183, 2008/3, pp. 201 – 219.
- BECKER, Gary S, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, 76(2), pp. 169-217.
- BENSON, L, GREENHUT, M.L. et al. *Interest Groups and the Antitrust Paradox*, Cato Journal, Vol. 6, N°3, 1987.
- BOITEUX, Marcel, *Les ambiguïtés de la concurrence*, Revue Futuribles n° 331, juin 2007.
- CITY OF SAN JOSE, CALIFORNIA, *Public private competition policy*, Policy n° 0-29, October 20, 2009.
- CLAMOUR, Guylain, *La concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Université de Montpellier 1, 2004-2005.
- CNRS-GREDEG, *Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés de l'électrification et d'éclairage public*, Contrats publics, (CP-ACCP), n° 109, avril 2011, pp. 59 – 64.
- COASE, R.H. *The Marginal Cost Controversy*, *Economica*, New Series, Vol. 13, N° 51, 1946, pp. 169-182.
- CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, Études thématiques, rapports annuels 2002 à 2008.
- CONSEIL NATIONAL DU DÉBAT, *Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France*, Paris, juillet 2013.
- COUR DES COMPTES, *Les rémunérations à EDF SA : une progression rapide, une accumulation d'avantages, peu de liens avec les performances*, Rapport annuel 2013, pp. 361-402.
- CRANE, Daniel, *Antitrust Modesty*, Michigan Law Review, Vol. 105, N° 6, April 2007.
- DAL NO, Ernesto, *Regulatory capture: a Review*, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, N°2, 2006, pp.203-225.
- DELION, A, DURUPTY, M, *Chronique du secteur public économique*, Revue française d'administration publique, 2008 à 2013.
- DELVOLVE, Pierre, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, Colloque de la Fondation Singer Polignac, 2000.
- DENOIX de SAINT MARC, Renaud, *Le service public*, Rapport au Premier ministre, 1996.
- DUBY, Georges, *Histoire de la France*, Larousse, 2007.
- EDF, *Contrat de Service Public entre l'État et EDF*, 2005.
- EDF ÉNERGIES NOUVELLES, *Charte éthique et déontologique*, imprimée sur internet le 31/07/2013.
- EHRICH, L, CRANSTON, N, KIMBER, M, *Public sector managers and ethical dilemmas*, Journal of the Australian and New Zealand academy of Management, 10 (1), 2004, pp. 25-37.
- ENA, *Opérateurs publics et concurrence*, Promotion 2006-2008, groupe 10, février 2008.
- ERDF, *Barème pour la facturation des raccordements au réseau public de distribution d'électricité concédé à ERDF*, version V.3, note externe, 2011.
- EUROPEAN COMMISSION, *Paper of the Services of DG Competition containing draft Guidelines on environmental and energy aid for 2014-2020*, Brussels, 2013.
- EVENETT, Simon, *Competition policy foundations for trade reform, regulatory reform and sustainable development*, final report, DG Research, European Commission, 2012.
- FEAR, Jeffrey, *Cartels and Competition: Neither Markets nor Hierarchies*, Harvard Business School, 2006.
- FEKL, Matthias, *Action publique et droit de la concurrence*, IEP de Paris, 2007.
- FLYVBERG, B, GARBUIO, M, LOVALLO, D, *Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: Two Models for Explaining and Preventing Disaster*, California Management Review, Vol. 51, N° 2, Winter 2009, pp. 170-193.
- FRANCE ÉNERGIE ÉOLIENNE, *Éolien et intégration marché, étude comparée des schémas de financement*, étude E-CUBE, octobre 2013.
- FRIEBEL, G, MAGNAC, T, *Public servants: a competitive advantage for public firms? 2nd draft*, IDEI, Toulouse 2007.
- GREVE, Carsten, *The Regulated Competition Model and Public Leadership Strategies*, University of Delaware, Newark, Delaware, 2007.
- GRIGNON Francis, *Avenir du fret ferroviaire : comment sortir de l'impasse ?*, Commission de l'économie, Sénat.fr, 2010.
- GUILLET, J.P., AUBERT, J.P., PLANTAMP, D, *Rapport sur la politique de diversification d'EDF et de GDF*, ministère de l'Industrie, 1993.
- GUIRAUD, François, LEPAGE, Henri, *Livre blanc sur les distorsions de concurrence public/privé*, Institut de l'entreprise, 1994.
- HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust and the Dominant Firm: Where do we stand?* University of Iowa, 2007.

- HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust and the Movement of Technology*, University of Iowa, College of Law, 2012.
- JORDE, Thomas, TEECE, David, *Innovation, Dynamic Competition, and Antitrust Policy*, Regulation, Fall 1990.
- JULIUS, DeAnne, *Public Services Industry Review*, Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform, UK, 2008.
- LE ROY LADURIE, Emmanuel, FITOU, Jean-François, *Saint-Simon ou le système de la Cour*, Fayard, 1997.
- MAFUNISA, MJ, *Conflict of interest: Ethical dilemma in politics and administration*, South African Journal of Labour Relations: Winter 2003, pp. 4-22.
- MATTHEWS, J, SHULMAN, A, *Competitive advantage in Public sector organizations: Explaining the public goods/sustainable competitive advantage paradox*, Journal of Business Research, 58 (2), 2000, pp. 232-240.
- MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉNERGIE, *Document de consultation sur l'évolution des mécanismes de soutien aux installations sous obligation d'achat*, février 2014.
- de MONCUIT, Godefroy, *La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique*, Le Concurrentialiste, mai 2013, pp. 17-29.
- NICINSKI, Sophie, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005.
- OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*, 2005.
- OCDE, *Regulating Market Activities by the Public Sector*, Policy roundtables, 2004.
- OCDE, *Table ronde sur l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques*, 29 septembre 2009.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality*, UK, July 2010.
- ORBACH, Barak, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, Arizona Legal Studies, Paper n° 10-07, 2011.
- PARKHILL, K.A. DEMSKI, C. et al. *Transforming the UK Energy System: Public Values, Attitudes and Acceptability*, UKERC, London, 2013.
- PERCEBOIS, Jacques, *La dérégulation de l'industrie électrique en Europe et aux États-Unis : un processus de décomposition recomposition*, Creden, Université de Montpellier, 1997.
- POPA, I, DOBRIN, C, et al. *Competitive advantage in the public sector*, Theoretical and Empirical Researches in Urban Management, Vol. 6, N° 4, November 2011.
- PORTER, Michael, *How competitive forces shape strategy*, Harvard Business Review, March-April 1979, pp. 34-50.
- POSNER, Richard, *Antitrust in the new economy*, Chicago Law School, 2000.
- POSNER, Richard, *Economic analysis of law*, Aspen Law & Business, 5th edition, 1998.
- POSNER, Richard, *Values and consequences: An introduction to economic analysis of law*, John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 53, 1998.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Rapport relatif à l'État actionnaire*, Annexe au projet de loi de finances pour 2014.
- RIFFAULT-SILK, Jacqueline, *Table ronde : « Le point de vue des magistrats »*, Colloque Droit et économie de la concurrence, Cour de Cassation, 17 octobre 2005.
- ROOT, Hilton, *La construction de l'État moderne en Europe*, PUF, 1994.
- ROUCOLLE, Elisabeth, *Histoire du droit de la faillite en France : une approche de la représentation de la défaillance*, X^e conférence de Management stratégique, Université Laval, Québec, 2001.
- SALOP, Steven, SCHEFFMAN, David, *Raising Rival's Costs*, The American Economic Review, Vol 73, N° 2, 1983, pp. 267-271.
- SAMUEL-LAJEUNESSE, Denis, *L'Agence des participations de l'État - L'État actionnaire*, La revue du Trésor, n°7, juillet 2005.
- SAPPINGTON, David, SIDAK, Gregory, *Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities*, Hoover.org/documents, 2004.
- SAUVÉ, Jean-Marc, *Les autorités administratives indépendantes*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Audition, Conseil d'État, 11 février 2011.
- SCHELLING, Thomas C, *Ethics, Law and the Exercise of Self-Command*, The Tanner Lectures on Human Values, University of Michigan, 1982, pp. 45-79.
- SCHNABEL, Annette, *What makes collective goods a shared concern? Rationality and Society*, Vol. 18(1) 2006 pp. 5-34.
- SMITH, Adam, *An Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, commented by Laurence Dickey, Hackett, Cambridge, 1993.
- SOREIDE, Tina, *Corruption in public procurement*, Michelsen Institute, Bergen, Norway, 2002 and 2004.
- SPACKMAN, Michael, *Public-private partnerships: lessons from the British approach*, Economic Systems 26, pp. 283-301, 2002.
- STIGLER, George J, *The Theory of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, N° 1, Spring 1971, pp. 3-21.
- TADELIS, Steven, BAJARI, Patrick, *Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement*, in *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006.
- TADELIS, Steven, BAJARI, Patrick, *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*, Rand, Journal of Economics, Vol. 32, n° 3, Autumn 2001, pp. 387 - 407.
- UNITED NATIONS, *The role of public investment in social and economic development*, New York and Geneva, 2009.
- VAN den ABEELE, Eric, *Les services d'intérêt général, État du débat européen*, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2005/36-37, n° 1901-1902, pp. 5-72.
- VAN de WALLE, Steven, *When do Public Services Perform? Changing and contested definitions of performance in the "Services of general interest" debate*, EGPA Annual Conference, Rotterdam, 3-6 September 2008.
- VASSILOPOULOS, Philippe, *Les prix des marchés de gros de l'électricité donnent-ils les bons signaux et les bonnes incitations pour l'investissement en capacité de production électrique ? Thèse pour le doctorat en sciences économiques*, Paris-Dauphine, 2007.
- WASHINGTON, Sally, *Managing Government Ethics*, The OECD Observer, n° 204, February/March 1997, p. 15.