

ALAIN LEVY — XAVIER GOSSELIN

*Société Civile Professionnelle d'Avocats*

ALAIN LEVY

DOCTEUR D'ETAT EN DROIT

XAVIER GOSSELIN

D.E.A DE DROIT PUBLIC  
DIPLOME DE L'INSTITUT DE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

---

VINCENT MALLEVAYS

D.E.S.S. DE DROIT DU MARCHE COMMUN

TANGUY SALAÛN

D.E.A. DE DROIT PUBLIC DE L'ECONOMIE

CLAUDE-ERIC STUTZ

DIPLOME de 3<sup>e</sup> CYCLE  
DROIT ET PRATIQUE DU BARREAU

---

*AVOCATS*

---

FRANCIS HAMON

PROFESSEUR AGREGÉ DES FACULTES DE DROIT  
CONSULTANT

## ETUDE ACTUALISEE

## SUR LA FAISABILITE JURIDIQUE

## D'UNE FUSION D'EDF ET DE GAZ DE FRANCE

(Janvier 2005)

<b>Introduction.....</b>	<b>4</b>
<b>I- Sur la possibilité d'une fusion au regard du droit communautaire de la concurrence .....</b>	<b>10</b>
<b>A- Sur la dimension non-communautaire d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.....</b>	<b>11</b>
<b>1. Rappel du dispositif de contrôle des concentrations au niveau communautaire.....</b>	<b>11</b>
<i>a- Les fondements du contrôle des concentrations d'entreprises en droit communautaire.....</i>	<i>11</i>
<i>b- Les modalités du contrôle.....</i>	<i>15</i>
<i>c- La fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE constituerait matériellement une opération de concentration.....</i>	<i>15</i>
<b>2. Sur l'inapplicabilité du droit communautaire des concentrations aux opérations de dimension nationale : appréciation de la dimension communautaire de l'opération.....</b>	<b>22</b>
<i>a- Les seuils de dimension communautaire des opérations de concentration.....</i>	<i>22</i>
<i>b- Application des principes de calcul du chiffre d'affaires à EDF et GAZ DE FRANCE.....</i>	<i>23</i>
<i>c- La fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne serait pas de dimension communautaire au regard de leurs chiffres d'affaires concurrentiels.....</i>	<i>30</i>
<b>B- En tout état de cause, sur la compatibilité de la fusion avec le Traité .....</b>	<b>39</b>
<b>1. Détermination des marchés pertinents.....</b>	<b>45</b>
<i>a- Les principes de définition des marchés en cause.....</i>	<i>45</i>
<i>b- Les marchés concernés par une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.....</i>	<i>46</i>
<b>2. Sur les situations de position dominante.....</b>	<b>51</b>
<i>a- Rappel sur la définition de la position dominante en droit communautaire.....</i>	<i>51</i>

<i>b- Situation d'EDF et de GAZ DE FRANCE</i> .....	52
3. Sur le caractère limité des effets restrictifs de concurrence.....	54
<b>II – Sur la possibilité d'une fusion au regard du droit français de la concurrence.....</b>	<b>61</b>
<b>A – La nature législative de la fusion écarterait en principe l'application du droit interne de la concurrence.....</b>	<b>62</b>
<b>B- En tout état de cause, sur la compatibilité de la fusion avec le droit français de la concurrence.....</b>	<b>65</b>
<b>1. Rappel du dispositif de contrôle des concentrations en droit français.....</b>	<b>65</b>
<b>2. Application du droit national de la concurrence aux entreprises publiques....</b>	<b>67</b>
<b>3. Application à une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.....</b>	<b>71</b>

Lors de sa séance du 18 novembre 2002, le Conseil Supérieur Consultatif des Comités Mixtes à la Production (C.S.C. des C.M.P.) s'est vu présenté par les Directions d'EDF et de Gaz de France un dossier relatif à l' "*Avenir du Distributeur*". A l'issue de cette séance, les représentants du personnel ont déposé un droit d'alerte, compte tenu des incidences du projet présenté par les deux Directions sur les activités du distributeur des deux groupes et les conditions d'exercice du service public sur le territoire national.

Au terme de sa séance du 12 février 2003, le C.S.C. des C.M.P., considérant n'avoir pas obtenu les réponses posées dans le cadre de son droit d'alerte sur le projet de réorganisation de la distribution, a décidé de maintenir celui-ci et d'engager, à ce titre, une expertise portant, entre autres points, sur l'examen des conséquences économiques, fiscales et financières de différents scénarii, parmi lesquels une fusion complète entre EDF et Gaz de France.

C'est dans ce cadre que l'auteur de la présente note a remis au Secrétaire du C.S.C. de C.M.P. une *Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion entre EDF et Gaz de France* en date du 7 juillet 2003.

Cette étude est intervenue alors que la fusion des deux entreprises publiques, revendiquée depuis plusieurs années par plusieurs organisations syndicales et notamment la CGT, connaît une nouvelle actualité compte tenu de la libéralisation croissante du secteur énergétique et de ses conséquences en termes de restructurations et de concentrations d'entreprises énergétiques, en particulier en Europe. Les partisans de la fusion, qui sont issus d'horizons politiques divers, considèrent à cet égard qu'une telle opération se justifie non seulement par la proximité existant entre EDF et Gaz de France depuis leur création en 1946, mais également par la nécessité de créer en France un groupe multi-énergétique intégré, qui soit de taille à affronter la concurrence internationale, tout en permettant de conserver une politique énergétique nationale et d'assurer la sécurité des approvisionnements.

De manière récurrente, la possibilité d'une fusion complète d'EDF et de Gaz de France se trouve néanmoins contestée sur des motifs tirés de l'application du droit de la concurrence, s'agissant en particulier des conséquences que pourrait avoir une telle opération au regard du dispositif de contrôle des concentrations institué au plan national et communautaire.

*L'Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion d'EDF et de Gaz de France* réalisée en juillet 2003 s'est donc attachée à examiner la possibilité d'une fusion au regard d'une part du droit communautaire de la concurrence, et d'autre part du droit national de la concurrence.

En ce qui concerne l'application du droit communautaire de la concurrence, et plus particulièrement de la possibilité et des conséquences d'un contrôle de la Commission dans le cadre du règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 *relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE n° L 257 21 septembre 1990)*, l'étude a conclu, à titre principal, que si la fusion de deux entreprises publiques appartenant à l'Etat, telles qu'EDF et de Gaz de France, constituerait bien une opération de concentration au sens de ce règlement, cette opération devrait, à l'instar de la fusion entre E.On. et RHURGAS, échapper au contrôle de la Commission dès lors qu'elle ne serait pas, en l'état des comptes publiés par les deux entreprises, une concentration de dimension communautaire.

Subsidiairement, et en tout état de cause, une analyse prospective des marchés concernés par l'opération et de la situation des deux entreprises sur ces marchés a conduit à considérer que l'opération ne serait pas de nature à modifier par elle-même fondamentalement leurs positions sur les marchés français et européens du gaz et de l'électricité, et ne devrait donc pas renforcer significativement ni créer de positions dominantes. S'agissant des entraves à la concurrence effective sur les marchés énergétiques concernés, il a été considéré, au terme de l'étude, que si la fusion devrait probablement s'accompagner d'ajustements correctifs dans certains Etats membres où

les deux entreprises sont présentes sur les mêmes marchés, elle ne devrait pas donner lieu aux "contreparties énormes" invoquées par les deux directions pour s'opposer à une telle opération. Nonobstant ces contreparties, il a donc été conclu qu'une fusion d'EDF et de GDF serait compatible avec les règles de concurrence figurant dans le Traité, ainsi qu'avec le droit communautaire dérivé.

En ce qui concerne la possibilité d'une fusion d'EDF et de Gaz de France au regard du droit français de la concurrence, son analyse s'avérait justifiée compte tenu de la dimension non communautaire de l'opération, qui devait par principe exclure un contrôle de la Commission au profit des autorités nationale de la concurrence. Or l'application du droit interne de la concurrence s'est également avérée improbable compte tenu de la nécessité d'une loi pour procéder à la fusion des deux entreprises publiques, et ce y compris même dans l'hypothèse d'une fusion consécutive à une transformation des deux entreprises en sociétés anonymes. Enfin, et en tout état de cause, il a été considéré qu'à l'instar de la Commission européenne, les autorités nationales de la concurrence, si elles étaient amenées à contrôler l'opération, devraient prendre en considération l'environnement de plus en plus concurrentiel dans lequel les deux entreprises exercent leurs activités, pour constater qu'une fusion d'EDF et de Gaz de France, qui bénéficient d'ores et déjà de structures communes, ne constituerait pas une entrave significative à la concurrence sur les marchés français du gaz et de l'électricité.

Il a ainsi été conclu, au terme de cette étude, que les législations communautaire et nationale permettaient bien d'envisager une opération de fusion entre les deux entreprises publiques, quel que soit leur statut juridique, et qu'en définitive, la mise en œuvre d'une telle opération relevait de la volonté politique des représentants de la Nation.

Comme on le sait, le contexte juridique qui a présidé à cette étude réalisée en juillet 2003 a été, depuis, sensiblement, modifié par l'entrée en vigueur consécutive, le 1<sup>er</sup> juillet 2004, des nouvelles directives européennes du 26 juin 2003 sur le gaz et

l'électricité<sup>1</sup>, puis, le 12 août 2004, de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* (J.O. 11 août 2004 p. 14256).

Alors que les nouvelles directives européennes n'interdisent en rien une telle opération, l'hypothèse d'une fusion demeure, à ce jour, écartée par le législateur, qui a procédé par, cette nouvelle loi, à la transformation du statut des deux entreprises publiques en sociétés anonymes, en maintenant donc le principe d'une séparation organique. On sait que cette transformation statutaire, n'était pas rendue obligatoire par la législation communautaire, le statut d'établissement public n'étant pas, par lui-même, contraire aux nouvelles directives.

En revanche, c'est bien afin de transposer ces dernières que la loi du 9 août 2004 a procédé à la séparation juridique, pour chacune des deux entreprises, du gestionnaire de réseau de transport (GRT), et organisé l'indépendance des services gestionnaires de réseaux de distribution (GRD).

Il faut constater que, pas plus que le changement de statut juridique des deux entreprises mères, ces modifications relatives aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution ne sont pas, par elles-mêmes, de nature à remettre en cause le scénario d'une fusion entre EDF et GAZ DE FRANCE.

A cet égard, si l'hypothèse d'une fusion n'a pas été retenue dans le cadre du vote de la loi du 9 août 2004, le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie avait néanmoins indiqué, lors du débat parlementaire, qu'il souhaitait que soient examinés les modes de relation possibles entre EDF et GAZ DE FRANCE, et que soient analysés les avantages et les inconvénients des diverses solutions envisageables, y compris celles d'une fusion entre les deux groupes.

---

<sup>1</sup> Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE* (JOUE 15 juillet 2003 L. 176) et Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE* (JOUE 15 juillet 2003 L. 176)

Cette demande a conduit les Directions d'EDF et de GAZ DE FRANCE à faire procéder par leurs services à une *Etude sur les conséquences possibles d'un rapprochement ou d'une fusion EDF/Gaz de France.*

C'est au vu de cette étude réalisée en interne que les Présidents des deux groupes se sont conjointement prononcés contre une fusion.

Alors même que l'hypothèse d'une fusion concerne au plus haut point l'avenir des deux entreprises et de leurs agents, l'étude réalisée par les deux Directions n'a toutefois pas été communiquée aux représentants du personnel.

Cette circonstance a conduit le C.S.C. des C.M.P., lors de sa séance du 14 octobre 2004, à adopter à l'unanimité la résolution suivante :

*"La presse fait état de la remise par les deux Présidents d'EDF et de Gaz de France au ministre de l'Economie et des Finances de leurs copies concernant la vision des Entreprises sur la fusion d'EDF et de Gaz de France. Elles seraient accompagnées par une étude juridique.*

*L'information des membres du CSC des CMP sur le contenu de ces études entre pleinement dans les prérogatives de l'organisme. Les membres de l'organisme demandent donc que ces études leur soient communiquées dans les plus brefs délais.*

*En raison de la sortie de ce rapport, les membres du CSC des CMP mandatent le Cabinet Lévy pour actualiser l'étude juridique qu'il avait réalisée sur la question de la fusion des deux Entreprises avant la promulgation de la loi du 9 août 2004."*

Par suite de cette résolution, l'*Etude sur les conséquences possibles d'un rapprochement ou d'une fusion EDF/Gaz de France* a été communiquée par les Directions aux représentants du personnel, de même que le courrier conjoint en date du 7 octobre 2004 par lequel les Présidents des deux groupes ont transmis cette étude au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, en jugeant à cette occasion que le scénario d'une fusion serait "*sur le plan industriel extrêmement dommageable aux deux groupes et par ailleurs source de graves difficultés sur le plan social*", et ce compte tenu des "*engagements très conséquents, notamment sous la forme de cession d'actifs*" qui devraient être pris dans le cadre d'un contrôle des autorités communautaires.

Par ailleurs, la question d'une éventuelle fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE a également été examinée par la Commission ROULET, chargée d'examiner la question du projet industriel et financier d'EDF.

A ce titre, la synthèse d'une *Etude sur la faisabilité d'une éventuelle fusion EDF-GDF* en date du 16 septembre 2004 réalisée par le cabinet BREDIN PRAT à la demande de l'AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ETAT (A.P.E.), représentée dans la Commission ROULET, a été communiquée aux membres de la commission.

Considérant que l'opération serait soumise à l'autorisation préalable de la Commission européenne au titre des concentration et qu'elle pourrait même, sous certaines conditions, relever du contrôle communautaire des aides d'Etat, l'étude réalisée par le Cabinet BREDIN PRAT conclut, au terme d'une analyse relativement approfondie des marchés en cause, que l'opération engendrerait de lourdes opérations d'investigations, au vu desquelles la Commission interdirait certainement que la fusion soit réalisée en l'état. Cette étude considère en effet que l'opération engendrerait des effets anticoncurrentiels horizontaux, verticaux et congloméraux tels que les remèdes qui permettraient éventuellement d'obtenir l'autorisation de la Commission seraient particulièrement lourds et, au final, contre-productifs.

C'est notamment sur la base de cette étude que la Commission ROULET, dans son rapport du mois de novembre 2004, a relevé les "*risques juridiques et les inconvénients stratégiques*" d'une fusion d'EDF avec GAZ DE FRANCE , pour finalement ne pas retenir ce scénario dans ses conclusions.

Conformément à la résolution précitée du C.S.C. des C.M.P. en date du 14 octobre 2004, il convient donc dans la présente note de procéder à une actualisation de l'*Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion entre EDF et Gaz de France* en date du 7 juillet 2003, en se positionnant par rapport aux études juridiques réalisées sur la question pour le compte des Directions d'EDF et de GAZ DE FRANCE et de l'AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ETAT.

## **I – Sur la possibilité d'une fusion au regard du droit communautaire de la concurrence**

Les éventuelles conséquences juridiques et économiques d'une fusion d'EDF et de GDF, et en particulier de l'exigibilité de contreparties en terme de cessions d'actifs ou d'abandon d'activités ou de parts de marché, doivent tout d'abord être appréciées au niveau européen. Il a été vu, à cet égard, que les directions d'EDF et de GDF, mais également le rapport de la Commission ROULET, brandissent la menace de contreparties exorbitantes conduisant à un démantèlement des deux entreprises publiques, et ce dans le cadre d'un contrôle de la Commission européenne.

De fait, compte tenu d'une part de la dimension internationale acquise par les deux entreprises publiques au cours des dernières années, et d'autre part du processus de

libéralisation du secteur énergétique actuellement mis en œuvre au niveau européen, il s'agit là d'une composante essentielle de la problématique de la fusion.

Il convient donc de vérifier en premier lieu l'applicabilité du dispositif européen de contrôle des concentrations à une fusion d'EDF et de GDF, c'est à dire de s'assurer de la dimension communautaire ou non de l'opération (A). On verra à cet égard que si, compte tenu des seuils de contrôle applicable, la fusion n'aurait pas une dimension communautaire, l'éventuelle application du droit communautaire de la concurrence n'aboutirait pas nécessairement à compromettre la faisabilité de la fusion (B).

## **A- Sur la dimension non-communautaire d'une fusion d'EDF et de GDF**

### **1. Rappel du dispositif de contrôle des concentrations au niveau communautaire**

#### ***a- Les fondements du contrôle des concentrations d'entreprises en droit communautaire***

Outre les ententes et abus de position dominante (articles 81 et 82 du Traité), le droit communautaire de la concurrence prévoit un contrôle des concentrations d'entreprises dans le Marché commun. Ce contrôle n'est pas directement prévu par le Traité mais a été instauré par le règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 *relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE n° L 257 21 septembre 1990)*, entré en vigueur le 21 septembre 1990. Ce règlement a été modifié par le règlement n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 *(JOCE n° L 180, 9 juillet 1997 p.1)*.

Les règlements n° 4064/89 et n° 1310/97 sont aujourd'hui abrogés depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mai 2004, du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au

contrôle des concentrations entre entreprises (JOUE 29 janvier n° L. 24, p.1), complété par un ensemble de textes de nature interprétative<sup>2</sup>, ainsi que par un nouveau règlement de procédure<sup>3</sup>. Au-delà d'une évolution des critères d'appréciation de la concurrence tels qu'ils sont exposés dans les motifs du nouveau règlement, les modifications essentielles apportées par la nouvelle législation communautaire concernent la procédure de contrôle.

Juridiquement, le nouveau règlement continue ainsi de se fonder sur les articles 83 et 308 du Traité, ce dernier prévoyant notamment que *"si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du Marché commun, l'un des objets de la Communauté sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées"*.

Sur le fond, le principe demeure le même : doivent être préalablement notifiées à la Commission européenne toutes les concentrations de dimension communautaire au sens dudit règlement, seules les dispositions de ce dernier étant alors applicables à ces opérations.

Sur le fond, les concentrations de dimension communautaire doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun par la Commission lorsqu'elles créent ou renforcent une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

L'article 2 du nouveau règlement, relatif à l'appréciation des opérations de concentration dispose à cet égard :

---

<sup>2</sup> Lignes directrices sur l'appréciation des fusions horizontales, JOUE n° CE 31, 5 février 2004 et Meilleures pratiques sur le déroulement de la procédure de contrôle.

<sup>3</sup> Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 (JOUE 30 avril 2004 n° L 133 p.1).

*"1. Les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.*

*Dans cette appréciation, la Commission tient compte :*

*a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ;*

*b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.*

*2. Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.*

*3. Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun (...)"*

Sous l'ancienne comme sous la nouvelle législation communautaire, le fondement économique du contrôle communautaire des concentrations d'entreprises procède donc toujours de la protection de la concurrence dans le Marché commun contre les concentrations susceptibles de l'entraver.

Ce contrôle a principalement un but préventif et non répressif, puisqu'il s'exerce en amont de l'opération (*ex ante*), contrairement au contrôle des ententes et des abus de position dominante, et ce en vue d'éviter *ab initio* la création de structures de marchés susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante (TPI 25 mars 1999 aff. T-102/96 *Gencor Ltd c/Commission*, Rec. TPICE II p.759).

Le contrôle communautaire des concentrations demeure toutefois fondé sur un principe d'interdiction générale sans dérogation possible.

Néanmoins, cette interdiction générale ne concernant que les concentrations qui seraient de nature à entraver la concurrence effective dans le marché commun, le domaine de l'interdiction est évidemment susceptible d'évoluer en fonction de l'appréciation de la notion de concurrence effective. Compte tenu de la conception dynamique de la concurrence maintenue par le nouveau règlement, celui-ci reste donc également fondé sur le souci de permettre la réalisation des concentrations compatibles avec la politique européenne de concurrence.

Il faut enfin relever dans deux arrêts du 27 avril 1998 rendus à la suite du recours en annulation de la décision Nestlé/Perrier de la Commission exercé par des comités d'entreprise et un syndicat des entreprises concernées, le Tribunal de Première Instance (TPICE) a considéré que l'appréciation de la compatibilité d'une concentration avec le marché commun devait être effectuée en tenant compte de l'objectif prioritaire d'établissement d'un régime de libre concurrence, mais que cette appréciation devait également tenir compte des objectifs sociaux du Traité (TPICE 27 avril 1995, Aff. T-12/93 *CCE Vittel et CE Pierval c/ Commission* et aff. T-96/92 *Perrier c/ Commission*, Rec. TPICE II p. 1250). La Commission s'était d'ailleurs expressément prononcée en ce sens à l'égard d'une concentration (Déc. n° 94/449/CE du 14 décembre 1993, aff. IV/M.308 *Kali und Salz/MdK/Treuhand* : JOCE n° L 354, 31 décembre 1994).

Autrement dit la compatibilité d'une concentration avec le droit communautaire ne devrait pas être exclusive des objectifs de renforcement de la cohésion économique et sociale figurant dans le Traité de Rome (art. 3)..

Enfin, il faut relever que le considérant 29 de l'exposé des motifs du nouveau règlement permet désormais clairement la prise en compte des gains d'efficacité

résultant de la concentration pour, à certaines conditions, contrebalancer ses effets anticoncurrentiels.

### ***b- Les modalités du contrôle***

Formellement, la législation communautaire demeure fondée sur un mécanisme de notification obligatoire à la Commission européenne de tous les projets de concentration de dimension communautaire.

Sous réserve du contrôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), la Commission possède une compétence exclusive pour déclarer les concentrations communautaires compatibles ou incompatibles avec le marché commun, ce monopole excluant toute compétence des autorités des Etats membres en la matière.

En vertu de l'article 9 du règlement, la Commission peut toutefois décider de renvoyer le contrôle d'une concentration aux autorités compétentes d'un Etat membre. Les Etats membres peuvent également saisir directement la Commission d'une opération de concentration qui relève théoriquement de leur compétence.

### ***c- La fusion d'EDF et de GDF constituerait matériellement une opération de concentration***

En ce qui concerne le champ d'application du nouveau règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004, celui-ci repose en premier lieu sur la notion même de concentration, telle qu'elle est définie à l'article 3 dudit règlement. Si la rédaction de cet article est différente de celle de l'article 3 du règlement n° 4064/89, la notion de concentration demeure : une concentration est réalisée lorsque le contrôle d'une entreprise change durablement après une fusion, une prise de contrôle ou la création d'une entreprise commune.

S'agissant d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, la question a pu se poser de savoir si la législation communautaire sur les concentrations serait ou non applicable à une telle opération, notamment parce que cette législation ne serait applicable qu'aux opérations de concentration procédant de l'initiative privée, et non de celle des pouvoirs publics d'un Etat membre.

Dans le même sens, certains partisans de l'opération ont pu considérer qu'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE n'entrerait pas dans le champ d'application du règlement communautaire, au motif que celles-ci ne sauraient être regardées comme des entreprises "*antérieurement indépendantes*", compte tenu de la propriété publique des deux entreprises, qui appartiennent l'une comme l'autre à l'Etat, et qui sont soumises à une même tutelle publique exerçant un contrôle *a posteriori* sur leurs décisions.

Une telle argumentation, qui se rattache en réalité à la problématique plus générale de l'application des règles de concurrence aux concentrations impliquant des entreprises publiques, demeure infondée au regard du droit communautaire.

A cet égard, il convient de rappeler en premier lieu que le Traité de Rome repose sur un principe de neutralité quand à la propriété des entreprises, l'article 295 (ex-222) disposant que le Traité "*ne préjuge en rien du régime de la propriété dans les Etats membres*". Il n'est donc pas interdit pour un Etat membre d'agir sur le marché au travers des entreprises dont il détient la propriété.

Mais ce principe de neutralité a pour corollaire l'assimilation des entreprises publiques aux autres opérateurs privés, et leur soumission au droit commun de la concurrence. Cette idée est réaffirmée explicitement au considérant 22 du nouveau règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004:

**"Dans le régime à instaurer pour un contrôle des concentrations et sans préjudice de l'article 86 paragraphe 2 du traité, il convient de respecter le principe de non-discrimination entre secteurs public et privé. Il en résulte, dans le secteur public, que, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée par une concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment du mode de détention de leur capital ou des règles de tutelle administratives qui leur sont applicables ;"**

En vertu de ce principe de non-discrimination, la Commission indique clairement, dans sa *Communication concernant la notion de concentration au sens du règlement (CEE) n° 40064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration des entreprises* (JOCE n° C 066 du 2 mars 1998 pp 05-013), laquelle demeure en vigueur malgré l'abrogation de l'ancien règlement, que les personnes susceptibles d'acquérir le contrôle d'une entreprise sont non seulement des entités de droit privé mais également des "*organismes de droit public*" (§ 8) qui sont donc bien des "*personnes concernées*" par l'opération de concentration.

Il peut ainsi s'agir de l'Etat lui-même (ex : les affaires *Swissair/Sabena* IV/M 20 juillet 1995 ; *Tractebel/Synatom* IV/M 466, 30 juin 1994 ; *Air France/Sabena* IV/M 157, 5 octobre 1992), de collectivités territoriales (ex : *GEA/CREA/CGE* IV M 1186, 18 juin 1998 ; *Hochtief/Aer Rianta/Düsseldorf Airport*, IV/M 1035, 22 décembre 1997), d'organismes de droit public (ex : la *Treuhand* en Allemagne : *Kali und Salz/MDK/Treuhand*, IV/M 308, 9 juillet 1998) ou bien d'entreprises publiques (ex : *EDF/London Electricity* IV/M 1346, 27 janvier 1999 ; *DHL/Deutsche Post*, IV/M 1168, 26 juin 1998).

Le cas d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE mettrait toutefois en présence deux parties qui sont toutes deux d'origine publique, de sorte que l'on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir s'il y aurait alors changement de contrôle au sens de l'article 3 du règlement du Conseil du 20 janvier 2004, dans la mesure où le propriétaire ultime des entreprises concernées demeurerait toujours l'Etat. Faute d'acquisition et de changement de contrôle, l'opération ne serait alors pas une concentration mais s'apparenterait à une restructuration interne, échappant en tant que

telle au contrôle de la Commission. Cette thèse se heurte néanmoins à la doctrine de la Commission européenne.

Pour s'y opposer, la Commission a pris, dans sa Communication précitée relative à la notion de concentration (JOCE n° C 066 du 2 mars 1998 pp 05-013), la position suivante (§ 8) :

*"Telle qu'elle est définie, la notion de "concentration" au sens du règlement sur les concentrations est limitée aux changements intervenant dans la structure du contrôle. La restructuration interne d'un groupe d'entreprises ne saurait par conséquent constituer une concentration.*

*Il peut arriver, à titre exceptionnel, que l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible soit toutes deux des entreprises publiques dont le capital est détenu par un même Etat (ou par un même organisme de droit public). Pour pouvoir répondre à la question de savoir si, dans le cas d'espèce, l'opération doit être considérée comme une restructuration interne, il faut déterminer si les deux entreprises faisaient antérieurement partie d'un même ensemble économique au sens du considérant 12 du règlement sur les concentrations. En effet, si les entreprises faisaient partie, auparavant, d'entité économiques indépendantes dotées d'un pouvoir de décision autonome, l'opération devrait être considérée comme une concentration et non comme une restructuration interne (cf. affaire n° IV/M.097 – Péchiney/Usinor du 24 juin 1991 ; affaire n° IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson du 22 février 1993). Il convient néanmoins de noter que ce pouvoir de décision autonome fait défaut, en règle générale, lorsque les entreprises dépendent d'une même holding."*

La doctrine de la Commission sur ce point est également développée dans sa *Communication concernant la notion d'entreprises concernées au sens du règlement (CEE) n° 40064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration des entreprises* (JOCE n° C 066 du 2 mars 1998 pp 014-023).

#### *"11. Prise de contrôle par une entreprise publique*

*55. Lorsqu'une entreprise publique fusionne avec une autre société contrôlée par le même Etat ou acquiert une telle société, la question se pose de savoir si ces opérations constituent réellement des concentrations au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations ou plutôt des opérations de restructuration interne de "groupe de sociétés du secteur public". A cet égard, le considérant 12 du règlement sur les concentrations pose le principe de la non-*

*discrimination entre secteurs public et privé et énonce que "dans le secteur public, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise participant à la concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables".*

*56. Une fusion ou une prise de contrôle entre deux sociétés appartenant au même Etat peut constituer une opération de concentration et si, tel est le cas, chacune de ces sociétés sera considérée comme une entreprise concernée, car le simple fait que deux sociétés appartiennent au même Etat n'implique pas nécessairement qu'elles appartiennent au même "groupe". En effet, l'élément déterminant est à savoir si ces sociétés appartiennent ou non au même holding industriel et font ou non l'objet d'une stratégie coordonnée. C'est le point de vue qui a été adopté dans la décision SGS/Thomson.*"

La Commission a pu appliquer ces principes dans plusieurs affaires. Ainsi dans sa décision *Péchiney/Usinor* (IV/M 097, 24 juin 1991) concernant l'acquisition par Péchiney du contrôle conjoint avec Usinor de la société Oloron Frittage (antérieurement filiale à 100 % d'Usinor, donc elle-même une entreprise publique), la Commission a considéré que les deux sociétés publiques françaises étaient autonomes et que l'opération devait s'analyser en une concentration. Pareillement, dans l'affaire *CEA Industrie/France Télécom/SGS-Thomson* (IV/M 216, 23 février 1993), la Commission a jugé que l'acquisition d'un contrôle conjoint sur SGS-Thomson par CEA Industrie, Finmeccanica et France Télécom, qui étaient toutes des entreprises publiques, devait être qualifiée de concentration.

Plus récemment, la Commission a eu à connaître de la prise de contrôle de l'entreprise publique IVO, contrôlée par l'Etat finlandais, par Neste, également contrôlée par cet Etat. Après enquête à ce sujet, la Commission a considéré que les deux sociétés en cause agissaient de manière indépendante sur le marché et qu'il n'y avait aucune indication que leur comportement commercial faisait l'objet d'une coordination. De ce fait, l'opération constituait donc bien une concentration (*Neste/Ivo*, IV/M 931, 2 juin 1998).

On voit donc que le statut d'entreprises publiques d'EDF et de GAZ DE FRANCE n'exclut en rien que leur fusion soit matériellement considérée comme une opération de concentration au sens du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004.

Il importe à cet égard d'apprécier si chacune des deux entreprises constitue ou non "*un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome*" et ce "*indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables*".

Or, en dépit des liens évidents qui unissent les deux entreprises publiques et de leur tutelle commune, il paraît difficile de soutenir que celles-ci ne disposent d'aucun pouvoir de décision autonome. EDF et GAZ DE FRANCE agissent en effet, pour l'essentiel, sur des marchés considérés comme distincts, ce qui exclut *a priori* toute coordination, et ce alors même qu'elles ont une structure commune en matière de distribution de l'électricité et du gaz.

Au contraire, les deux entreprises publiques peuvent être amenées à se trouver en concurrence sur certains marchés, comme le chauffage individuel ou certains services énergétiques.

Plus généralement, le récent développement international d'EDF et de GAZ DE FRANCE et leurs acquisitions sur différents marchés démontrent d'une part que chaque entreprise dispose d'une autonomie de décision, et d'autre part que leurs stratégies industrielles ne sont pas coordonnées entre elles, lorsqu'elles ne sont pas directement concurrentes. On citera pour exemple le négoce, secteur dans lequel EDF et GAZ DE FRANCE disposent chacun d'une filiale propre (GDF-International Trading et EDF-Trading), alors qu'il s'agit d'une activité multi-énergies (ainsi EDF Trading vend du gaz). De même, il serait difficile de prétendre que la pénétration du marché allemand par les deux entreprises publiques se fasse de manière coordonnée.

Ainsi, sans être nécessairement divergentes, les stratégies des deux groupes, notamment au plan international, attestent, de manière manifeste, de l'existence d'un pouvoir de décision autonome.

De fait, l'autonomie de gestion des deux entreprises et la divergence de leurs stratégies industrielles est revendiquée par leurs directions respectives, et ce notamment pour s'opposer à une fusion. La lettre conjointe adressée par les Présidents d'EDF et de GAZ DE FRANCE au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie afin de lui communiquer la note établie par leurs services sur la fusion des deux entreprises invoquent ainsi les difficultés juridiques qui s'attachent selon eux à une telle opération, mais également "*le manque d'intérêt stratégique d'une fusion entre nos deux groupes*".

En tout état de cause, il convient de rappeler que la Commission a déjà eu à connaître, sans s'y opposer, d'opérations de concentration mettant en présence EDF (Aff. IV/M.1346 – *EDF/London Electricity*, JOCE C92/09, 1<sup>er</sup> avril 1999 ; Aff. COMP/M.2209 - *EDF Group/Cottam Power Station*, JOCE C187/04, 3 juillet 2001 ; Aff. COMP/M.2563 – *EDF/Fenice*, JOCE C251/05, 11 septembre 2001 ; Aff. COMP/M.2679 – *EDF/TXU Europe/24 Seven*, JOCE C/43/10 16 février 2002 ; Aff. COMP/M.2890 *EDF/Seaboard*, JOCE C/200/8, 23 août 2002 ) ou GDF (Aff. COMP/M.2791 – *Gaz de France/Ruhrgas/Slovensky*, JOCE C154/07, 28 juin 2002).

Fût-ce implicitement, les deux entreprises ont donc été considérées par la Commission comme des entités économiques distinctes disposant d'un pouvoir de décision autonome.

**Il ressort donc des éléments qui précèdent qu'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE serait manifestement constitutive d'une opération de concentration au sens du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, et qu'elle relèverait donc en principe du contrôle de la Commission. Sur ce point, l'analyse contenue dans la note réalisée par les services des deux entreprises, ainsi que dans**

**l'étude du Cabinet BREDIN PRAT et dans le rapport de la Commission ROULET doit donc être validée.**

Néanmoins, le contrôle de la Commission ne pourrait s'exercer qu'envers une opération de dimension communautaire, ce qu'il convient de vérifier s'agissant d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.

**2. Sur l'inapplicabilité du droit communautaire des concentrations aux opérations de dimension nationale : appréciation de la dimension communautaire de l'opération**

***a- Les seuils de dimension communautaire des opérations de concentration***

Il vient d'être vu qu'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE répondrait manifestement à la définition de la concentration communautaire s'agissant de la nature de l'opération. Mais la concentration communautaire se définit également par sa dimension géographique, qui la différencie des concentrations relevant du droit des Etats membres.

La dimension communautaire d'une concentration est, en principe, définie quantitativement, par application de seuils dont le règlement définit les modalités de calcul.

**A cet égard, il faut constater que les seuils quantitatifs qui figuraient dans le règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 ont été maintenus dans le règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004.**

Aux fins de l'application du nouveau règlement, une opération est ainsi de dimension communautaire (art. 1<sup>er</sup> § 2) si :

a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros

et

b) le chiffre d'affaire total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaire total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre.

L'article 1<sup>er</sup> § 3 reprend par ailleurs les seuils introduits dans le règlement n° 4064/89 par le règlement n° 1310/97, qui avait fixé des seuils spécifiques de contrôle pour les concentrations transfrontalières qui n'atteignent pas les seuils de base. Toutefois les concentrations transfrontalières qui atteignent ces seuils sont également soumises à la règle selon laquelle les entreprises concernées par une concentration relevant du contrôle communautaire ne doivent pas réaliser plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires à l'intérieur d'un même Etat membre (art. 1<sup>er</sup> § 3).

#### ***b- Application des principes de calcul du chiffre d'affaires à EDF et GAZ DE FRANCE***

Dans la mesure où la dimension communautaire des opérations de concentration fait l'objet d'une définition quantitative fondée sur l'application de seuils, les modalités de calcul du chiffre d'affaires à prendre en considération s'avèrent particulièrement importantes.

La détermination du chiffre d'affaires à prendre en considération aux fins du droit communautaire des concentrations, et en particulier des seuils quantitatifs de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 139/2004 du Conseil, fait l'objet de l'article 5 dudit règlement, qui reprend ici encore les dispositions du règlement 4064/89.

Cet article prévoit :

*"1. Le chiffre d'affaires total au sens du présent règlement comprend les montants résultants de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article.*

*Le chiffre d'affaires réalisé, soit dans la Communauté, soit dans un Etat membre, comprend les produits vendus et les services fournis à des entreprises ou des consommateurs, soit dans la Communauté, soit dans cet Etat membre.*

*2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants. (...)*

*(...)*

*4. Sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires d'une entreprise concernée au sens de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 résulte de la somme des chiffres d'affaires :*

*a) de l'entreprise concernée ;*

*b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement*

*-soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation,*

*-soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote,*

*-soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise,*

*-soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;*

*c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;*

*d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;*

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées au point a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b).

5. Lorsque des entreprises concernées par l'opération de concentration disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au paragraphe 4 point b), il y a lieu, dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées au sens du présent règlement:

a) de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et chacune des entreprises concernées ou toute autre entreprise liée à l'une d'entre elles au sens du paragraphe 4, points b) à e).

b) de tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et toute entreprise tierce. Ce chiffre d'affaires est imputé à parts égales aux entreprises concernées."

Trois principes continuent ainsi de guider la détermination comptable du chiffre d'affaires.

En vertu de la première série de dispositions (art. 5§1), le chiffre d'affaires retenu se réfère explicitement aux "*montants résultant de la vente de produits et de la prestation de service*". Il doit donc refléter l'activité des entreprises concernées.

Par ailleurs, il s'agit du chiffre d'affaires net, après déduction des remises, impôts et taxes directement liés au chiffre d'affaires. Cela concerne également le chiffre d'affaires "interne" qui couvre les transactions intervenues entre les entreprises qui sont liées à l'entreprise concernée, de sorte que les montants pris en compte reflètent uniquement les transactions intervenues entre le groupe des entreprises d'une part et les tiers d'autre part.

Enfin l'exercice pris en compte est le dernier exercice précédant l'opération de concentration.

Le chiffre d'affaires à prendre en compte fait par ailleurs l'objet de règles de calcul qui sont précisées dans une communication n° 98/C66/04 de la Commission *sur le calcul*

*du chiffre d'affaires conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE n° C 066 du 2 mars 1998).*

Cette communication demeure en vigueur, et ses principes sont applicables à la nouvelle réglementation, qui, comme on vient de le voir, n'a pas modifié les seuils et les principes d'appréciation de la dimension communautaire d'une concentration.

En ce qui concerne le calcul des seuils de la dimension communautaire de la concentration, la communication de la Commission indique que le seuil relatif au chiffre d'affaires réalisé sur le plan mondial a notamment pour objet de mesurer la dimension totale des entreprises concernées, alors que le seuil relatif au chiffre d'affaires réalisé dans la Communauté "*permet de voir si la concentration s'accompagne d'un niveau minimal d'activités à cette échelle*". La communication indique également que "*la règle des deux tiers vise à exclure les opérations purement nationales de la compétence communautaire*" et confirme que cette règle s'applique de manière semblable pour les concentrations transfrontalières visées au paragraphe 3 de l'article 1<sup>er</sup>.

Selon l'interprétation de la Commission, "*les seuils retenus servent à établir la compétence et non à apprécier la position sur le marché des parties à la concentration ni l'incidence de l'opération de concentration. A cet effet ils englobent le chiffre d'affaires réalisé, et donc toutes les ressources mobilisées, dans tous les domaines d'activité des parties et pas uniquement dans ceux qui sont directement concernés par la concentration*". Les montants à prendre en compte doivent toutefois correspondre aux "*activités ordinaires*" des entreprises concernées (art. 5 §1).

S'agissant des aides accordées aux entreprises par des organismes de droit public, la Commission considère que "*toute aide correspondant à l'une des activités ordinaires d'une entreprise concernée est susceptible d'entrer dans le calcul du chiffre d'affaires si l'entreprise est elle-même bénéficiaire de cette aide et si l'aide est directement liée à*

*la vente de produits et à la prestation de services de cette entreprise et si, par conséquent, cette aide à des répercussions sur les prix de vente" (§ 16).*

En ce qui concerne le chiffre d'affaires des groupes, le nouveau règlement comme la communication de la Commission, confirment que lorsqu'une entreprise concernée par une opération de concentration fait partie d'un groupe, le chiffre d'affaires de la totalité du groupe doit être pris en considération pour déterminer si les seuils sont atteints, le but étant là aussi "*d'avoir un aperçu du volume total des ressources économiques que l'opération a pour effet de réunir.*"

A cet égard, la Commission insiste sur la notion de "*droit de gérer les affaires de l'entreprise*" pour déterminer, parmi les entreprises ayant des liens directs ou indirects avec une entreprise concernée, lesquelles doivent être considérées comme appartenant au même groupe (§ 37).

Autrement dit, le chiffre d'affaires de l'entreprise directement concernée par l'opération doit englober ses filiales, sa ou ses entreprises mères, les filiales et sous-filiales de ces dernières ainsi que toute entreprise contrôlée conjointement par au moins deux entreprises appartenant au groupe. Si l'entreprise concernée par la concentration est l'entreprise mère, le chiffre d'affaires de l'ensemble de ses filiales devra être pris en compte.

***A contrario, il faut en déduire que la part du chiffre d'affaires réalisée par des entreprises dans laquelle l'entreprise concernée ne dispose pas de la majorité du capital ou des droits de vote, et qui ne sont donc pas ses filiales, doit être exclue du calcul.***

Concrètement, le chiffre d'affaires concurrentiel se distingue donc du chiffre d'affaires comptable, lequel inclut les entreprises qui ne sont pas sous contrôle de l'entreprise mère à travers les techniques comptables d'intégration proportionnelle (pour les

contrôles conjoints) ou de mise en équivalence (pour les entreprises dans lesquelles la participation est minoritaire).

En l'espèce, dans la mesure où EDF et GAZ DE FRANCE constituent des groupes, il s'agit d'un point essentiel pour calculer le chiffre d'affaires à prendre en considération.

S'agissant d'autre part de leur statut d'entreprises publiques, la communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires indique (§ 3.5) que les dispositions de l'article 5 paragraphe 4 du règlement sur les concentrations doivent être considérées en liaison avec le considérant 12 du même règlement (v. supra), lequel se réfère à la notion d' "*entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables*".

Ainsi le simple fait que deux entreprises appartiennent au secteur public ne doit pas automatiquement amener à conclure qu'elles font partie d'un même groupe aux fins d'application de l'article 5 du règlement. Selon la Commission, il convient au contraire de voir s'il existe des raisons de penser que chaque entreprise constitue un ensemble économique autonome. Ainsi, "*lorsqu'une entreprise publique ne fait pas partie d'un groupe industriel plus vaste et ne fait l'objet d'aucune coordination avec d'autres groupes contrôlés par l'Etat, il y a lieu de la traiter comme un groupe autonome aux fins de l'application de l'article 5 du règlement sur les concentrations et de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires d'autres entreprises détenues par l'Etat en question*". Ce n'est que lorsque les intérêts d'un Etat membre sont rassemblés dans des holdings ou "*gérés ensemble*" ou lorsque, "*pour d'autres raisons*", il est évident que des entreprises publiques font partie d'un "*ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome*" qu'il y a lieu de considérer que le chiffre d'affaires de ces entreprises relève d'un même groupe.

Au vu de ces considérations, il paraît acquis que les chiffres d'affaires respectifs d'EDF et de GAZ DE FRANCE doivent être considérés séparément, faute de quoi les deux

entreprises seraient considérées comme faisant partie d'un même groupe et leur fusion ne serait pas une concentration au sens du règlement européen (v. *supra*).

En ce qui concerne enfin l'affectation géographique du chiffre d'affaires, laquelle s'avère également essentielle pour évaluer le seuil des deux tiers, l'article 5 paragraphe 1 indique, comme on l'a vu, que "*le chiffre d'affaires réalisé soit dans la Communauté, soit dans un Etat membre comprend les produits vendus ou les services fournis à des entreprises ou à des consommateurs soit dans la Communauté soit dans cet Etat membre*". Selon l'interprétation donnée par la Commission, l'affectation géographique du chiffre d'affaires est donc déterminée par le lieu où se trouve le client au moment de la transaction.

En résumé, selon la nouvelle réglementation européenne ci-dessus rappelée, la détermination du chiffre d'affaires d'EDF et de GAZ DE FRANCE à prendre en compte pour apprécier la dimension communautaire ou non d'une fusion des deux entreprises publiques doit répondre aux principes suivants :

- il s'agit du chiffre d'affaires net réalisé lors du dernier exercice ;
- doivent être déduits du calcul les impôts et taxes directement liés au chiffre d'affaires, notamment la T.V.A., ainsi que les transactions internes au groupe, mais non les aides de l'Etat relatives aux activités d'EDF et de GAZ DE FRANCE ;

- en dépit de leur statut d'entreprises publiques, EDF et GAZ DE FRANCE ne seraient pas considérés comme faisant partie d'un même groupe public mais comme des groupes distincts constituant chacun un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome ;

- il s'agit pour chaque groupe du chiffre d'affaires consolidé, incluant les résultats de toutes les filiales et sous-filiales d'EDF et de GAZ DE FRANCE ;

- au sein de chaque groupe, la partie du chiffre d'affaires correspondant aux participations minoritaires ou à celles ne donnant pas à EDF ou GAZ DE FRANCE le contrôle des entreprises dont il s'agit, devra être déduite.

***c- La fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne serait pas de dimension communautaire au regard de leurs chiffres d'affaires concurrentiels***

Au vu des principes de calcul ci-dessus exposés, il convient d'apprécier la dimension communautaire ou non d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, par application de la règle des deux tiers.

Il faut rappeler que *L'Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion d'EDF et de Gaz de France* du 7 juillet 2004 avait conclu, au vu des résultats comptables publiés par les deux entreprises pour l'exercice 2002, que la fusion des deux entreprises ne serait pas de dimension communautaire et échapperait donc au contrôle de la Commission de Bruxelles.

S'agissant de GAZ DE FRANCE, il était alors certain que l'entreprise réalisait plus des deux tiers de son chiffre d'affaires en France, et ce y compris même en prenant en compte l'ensemble des participations du groupe dans des entreprises non-filiales. Plus de 86% du chiffre d'affaires consolidé de Gaz de France était en effet réalisé en France.

En ce qui concernait EDF, le calcul du chiffre d'affaires concurrentiel s'avérait plus complexe. Néanmoins, bien qu'au plan mondial, la part du chiffre d'affaires consolidée réalisée en France soit inférieure à deux tiers (57,4%), les méthodes de calculs figurant dans le règlement n° 4064/89 et précisées dans la communication interprétative de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires permettaient, en les appliquant à EDF, de considérer que plus des deux tiers du chiffre d'affaires *concurrentiel* de l'entreprise étaient réalisés en France. Cette conclusion demeurerait valable y compris en en

intégrant la totalité du chiffre d'affaires d'EDF Trading dans le chiffre d'affaires communautaire (hors France).

Il est nécessaire d'examiner les comptes publiés par les deux entreprises pour l'exercice 2003 pour savoir si, aujourd'hui encore, la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne serait pas une concentration de dimension communautaire.

A cet égard, il faut constater que les études précitées sur la fusion d'EDF et de Gaz de France, réalisées entre temps, considèrent au contraire qu'une telle opération serait bien constitutive d'une concentration de dimension communautaire.

Toutefois, alors même qu'il s'agit là d'un élément fondamental pour apprécier les conséquences économiques, sociales et financières d'une fusion des deux groupes publics, il convient de relever que ces études ne reposent, sur ce point, sur aucune donnée comptable, ce qui s'avère particulièrement étonnant.

Ainsi, l'étude réalisée par les services d'EDF et de Gaz de France et communiquée au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie se borne-t-elle à affirmer (§.II p. 3) que *"L'éventuelle fusion entre EDF et Gaz de France ("l'opération") est constitutive d'une concentration de dimension communautaire et devrait donc être notifiée à la Commission européenne par les deux entreprises, en vue d'être autorisée préalablement à sa réalisation"*. L'Etude renvoie sur ce point à son Annexe I, c'est à dire à un document intitulé "Nature et Compétence" qui, selon cette étude, *"intègre l'analyse juridique confirmant la compétence de la Commission européenne"*.

Cependant, en fait d'analyse juridique, ledit document se limite à rappeler les seuils d'appréciation de la dimension communautaire d'une concentration, tels qu'ils figurent dans le règlement 139/2004 du 20 janvier 2004, et à affirmer que, pour 2003, la règle des deux tiers (présentée comme une "exception"), *"ne joue pas car, si Gaz de France a réalisé plus des 2/3 de son chiffre d'affaires communautaire en France, tel n'est pas le cas d'EDF"*.

L'étude réalisée par les deux entreprises énonce ainsi, sans le moindre début de démonstration comptable, que *"L'opération étudiée serait donc une concentration de dimension communautaire et son contrôle relèverait de la compétence des autorités communautaires"*.

Il en va de même de l'étude juridique en date du 16 septembre 2004 réalisée par le Cabinet BREDIN PRAT pour le compte de l'AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ETAT. Après avoir rappelé les règles énoncées ci-dessus, cette étude considère en effet (§ 17 p. 4) que *"Dans le cas d'espèce, il ressort des données chiffrées communiquées que l'éventuelle opération atteindrait les chiffres d'affaires définis à l'article 1.2 du Règlement 139/2004 et, en particulier, que EDF ne réalise pas plus des 2/3 de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre."* Ici encore, aucune donnée comptable ne vient étayer cette conclusion<sup>4</sup>.

De telles conclusions ont pourtant des conséquences essentielles sur le sens et l'orientation de ces deux études, qui s'attachent ensuite à démontrer l'importance des contreparties qui seraient exigées par la Commission européenne dans l'hypothèse d'une fusion des deux entreprises publiques, et, partant, l'infaisabilité d'une telle opération.

On doit dès lors considérer que tant la note réalisée en interne par les services d'EDF et de GAZ DE FRANCE que l'étude du cabinet BREDIN PRAT sont des documents de circonstance, qui n'ont pour seul objectif que d'accréditer la thèse selon laquelle les contreparties que nécessiterait une autorisation de la Commission européenne seraient d'une ampleur déraisonnable pour l'avenir des deux entreprises, et ce alors qu'aucune étude sérieuse, fondée sur des données chiffrées n'a été menée, ce qui retire toute crédibilité aux dites études.

---

<sup>4</sup> Il faut relever que l'étude du Cabinet BREDIN PRAT, telle qu'elle a été communiquée dans le cadre de la Commission Roulet, est présentée comme une synthèse. Il s'agit toutefois du seul document disponible à notre connaissance.

La Commission Roulet reprend dans son rapport (pp. 22-23) les conclusions du Cabinet BREDIN PRAT sur cette question, en précisant cependant qu'aucune analyse qualitative n'a été effectuée à ce stade, et en envisageant néanmoins l'hypothèse dans laquelle l'opération pourrait être traitée par les autorités nationales. Mais ici encore, les développements du rapport de la Commission ROULET sur les "*risques juridiques*" d'une fusion et sur le fait que "*la commission a entendu l'analyse du cabinet Bredin-Prat et en a retenu qu'une fusion entre EDF et Gaz de France relèverait très probablement de la compétence de la Commission européenne*" ne s'appuient sur aucune donnée chiffrée. En ce qui concerne la dimension communautaire de l'opération, le rapport se borne en effet à affirmer que "*l'opération relèverait des instances communautaires par l'application mécanique des seuils de compétence*".

Sur ce point, l'absence d'argumentation comptable de la Commission ROULET, dont il faut rappeler qu'elle avait pour mission de se prononcer sur le projet industriel *et financier* d'EDF, s'avère d'autant plus surprenante que ses membres disposaient de manière certaine de données chiffrées qui leur auraient permis de se prononcer par eux-mêmes sur l'application du seuil des deux tiers à une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, ou à tout le moins de discuter les conclusions de l'étude présentée par l'AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ETAT.

Et ce d'autant plus que ces données chiffrées relativement détaillées, notamment sur la ventilation géographique du chiffre d'affaires d'EDF et sur le montant de ses participations dans des filiales étrangères, sont annexées au rapport de la Commission. La compétence de Commission européenne pour connaître d'une éventuelle fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE par application du seuil des deux tiers est d'ailleurs expressément contestée par deux des organisations syndicales représentées dans la Commission, comme en attestent leurs contributions, également annexées au rapport.

Or il est constant que les objections essentielles à une telle opération procèdent des conséquences qu'aurait un contrôle de la Commission sur l'opération. Aussi l'appréciation de la compétence de cette dernière revêt-elle un aspect fondamental,

qu'il convient ici d'analyser au vu des données comptables disponibles pour l'exercice 2003.

En ce qui concerne en premier lieu **GAZ DE FRANCE**, les conclusions formulées en juillet 2003 dans le cadre de la présente étude au vu des résultats publiés pour l'exercice 2002 demeurent parfaitement valables pour l'exercice 2003.

En effet, selon les résultats consolidés présentés par l'entreprise pour l'exercice 2003<sup>5</sup>, le chiffre d'affaires total consolidé du groupe s'élève à 16,647 milliards d'euros.

La répartition géographique du chiffre d'affaires est la suivante :

- France : 14,096 milliards soit 84,6 %
- Europe hors France : 2.897 milliards soit 14,4 %
- Zone ALENA (Etats-Unis, Canada, Mexique) : 142 millions soit 0.85 %
- Reste du monde : 11 millions soit 0.06 %

Sans même avoir à distinguer les Etats européens membres de l'Union Européenne des autres Etats, il est donc acquis que **GAZ DE FRANCE** réalise, à l'intérieur de la Communauté européenne, plus des deux tiers de son chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul et même Etat membre.

En ce qui concerne **EDF**, les résultats consolidés présentés par l'entreprise en 2003<sup>6</sup>, indiquent un chiffre d'affaires consolidé du groupe qui s'élève à 44,919 milliards d'euros.

Selon les données publiées par l'entreprise, le chiffre d'affaires est ainsi réparti :

- France (Maison mère): 28,397 milliards (63,2 %)
- Royaume Uni : 5,222 milliards (11,6 %)

---

<sup>5</sup> Comptes consolidés disponibles sur le site [www.gazdefrance.fr](http://www.gazdefrance.fr)

<sup>6</sup> Comptes consolidés disponibles sur le site [www.edf.fr](http://www.edf.fr)

- Allemagne : 4,863 milliards (10,82 %)
- Autres pays européens : 2,220 milliards (4,9 %)
- Amérique Latine : 1,763 milliards (3,9%)
- EDF Trading (Marge brute): 0,295 milliards (0.65 %)
- Autres : 2,159 milliards (4,8%)

On relèvera que ces données publiées par l'entreprise coïncident globalement avec celles qui figurent dans le rapport de la Commission ROULET et dans ses annexes, ce qui rend d'autant plus incompréhensible la position sans nuance qui figure dans le rapport de la Commission sur cette question.

Au plan mondial, la part du chiffre d'affaires consolidé réalisée en France reste donc inférieure à deux tiers (63,2 %), mais se trouve être en augmentation par rapport à l'exercice 2002 (57,4 %), ce qui s'explique essentiellement par la baisse significative du chiffre d'affaires d'EDF Trading, due à un changement de méthode comptable. En effet, le chiffre d'affaires d'EDF Trading est désormais calculé sur la base d'une marge brute, une même quantité d'électricité ayant fait l'objet de plusieurs transactions n'étant comptabilisée qu'une seule fois. Le chiffre d'affaires de cette filiale est donc aujourd'hui plus réaliste et représentatif de son activité.

Cela étant, ainsi qu'il a été vu, l'appréciation du seuil des deux tiers est réalisée au niveau communautaire (art. 1<sup>er</sup> du règlement), et non au plan mondial.

Or le chiffre d'affaires du groupe réalisé dans les Etats membres de la Communauté européenne en 2003 s'avère difficile à déterminer précisément compte tenu des zones géographiques retenues dans la présentation faite par EDF.

Aucune ventilation n'est ainsi faite dans la catégorie "Autres pays européens" entre les Etats membres et les Etats européens qui ne font pas partie de l'Union européenne.

Il faut également s'interroger sur le cas des dix nouveaux Etats membres entrés dans l'Union au 1<sup>er</sup> janvier 2004, et dans lesquels EDF est présente (notamment la Pologne et la Hongrie), la question étant de savoir si ces Etats doivent ou non être considérés comme des Etats membres dans le cadre d'une appréciation de la règle des deux tiers réalisée en 2004-2005 au vu des résultats de l'exercice 2003.

A s'en tenir aux chiffres qui précèdent, et en considérant même qu'EDF Trading exerce l'intégralité de son activité dans la Communauté et que la catégorie "Autres pays européens" ne comprend que des Etats membres, la part du chiffre d'affaires réalisée dans les Etats membres de la Communauté européenne (France comprise) s'élèverait à 41 milliards d'euros dont 28,397 milliards réalisés en France, soit 69 %.

Mais il faut toutefois rappeler que, comme on l'a vu, le périmètre de consolidation diffère nécessairement entre le chiffre d'affaires comptable et le chiffre d'affaires à prendre en considération pour l'application du règlement européen. Autrement dit, certaines des 77 sociétés figurant dans le périmètre de consolidation du groupe<sup>7</sup> doivent être exclues du calcul du chiffre d'affaires concurrentiel.

Il s'agit des sociétés dont le chiffre d'affaires a été intégré selon la méthode de l'intégration proportionnelle (IP), les chiffres d'affaires intégrés selon la méthode de la mise en équivalence (ME) n'étant, pour leur part, pas consolidées dans les comptes du groupe (ex : DALKIA HOLDING).

Les sociétés intégrées proportionnellement sont des sociétés dans le capital desquelles EDF possède une participation importante mais minoritaire, et exerce un contrôle conjoint avec une ou plusieurs autres entreprises, de sorte que l'entreprise publique n'a pas acquis leur contrôle, qu'il s'agisse d'un contrôle de droit, d'un contrôle de fait ou d'un contrôle contractuel. Au sens de l'article 5 précité du règlement n° 139/2004, ce

---

<sup>7</sup> Voir en annexe n° 2 le périmètre de consolidation du groupe EDF. (Extrait du rapport annuel 2003 Groupe EDF- Etats financiers p. 42 et s.).

sont les sociétés dont EDF, bien que détenant des participations importantes au capital, ne dispose pas à elle seule du "*droit de gérer les affaires*".

Or l'exclusion des sociétés consolidées selon la méthode de l'intégration proportionnelle concerne majoritairement des entreprises situées dans la Communauté européenne, et en particulier EnBW, , de sorte que l'exclusion de ces sociétés du calcul du chiffres d'affaires a nécessairement pour effet d'augmenter la part de chiffre d'affaires réalisée en France.

Il convient à cet égard de considérer en particulier EnBW, dont EDF possède 45,81 % du capital et 39% des droits de vote. Les comptes d'EnBW intègrent notamment les sociétés EnAlpin, Hidroelectrica del Cantabrico, ZEAG, GVS, NWS et Stadtwerke Düsseldorf.

Or selon les comptes consolidés présentés par EDF, le chiffre d'affaires consolidé d'EnBW pour l'année 2003 s'élève à 4,863 milliards d'euros, chiffre qui correspond en réalité à l'ensemble du chiffre d'affaires d'EDF en Allemagne.

Dès lors, en application des principes de calcul ci-dessus étudiés, c'est toute la part du chiffre d'affaires réalisée par EDF en Allemagne qui doit être exclue du chiffre d'affaires à prendre en considération pour apprécier la dimension communautaire d'une fusion impliquant EDF.

En excluant donc le chiffre d'affaires d'EnBW, la part du chiffre d'affaires réalisée dans les Etats membres de la Communauté européenne (France y comprise) s'élève à 36,1 milliards d'euros dont 28,397 milliards réalisés en France, donc plus de 78 % dans ce seul et même Etat membre. Au surplus, un tel calcul intègre le chiffre d'affaires d'EDF Trading et considère ici encore, pour les besoins de l'analyse, que la catégorie "Autres pays européens" ne comprend que des Etats membres.

On pourrait certes s'interroger sur les pays inclus dans la catégorie "Autres", qui représente comme on l'a vu 4,8 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe. Au-delà des pays asiatiques, cette catégorie pourrait en effet inclure des pays européens, ou encore des filiales françaises d'EDF. Il faut toutefois constater qu'en incluant cette catégorie résiduelle dans le chiffre d'affaire total réalisé dans les Etats membres, la part de ce chiffre d'affaires réalisée en France serait de 74 %, soit encore au-dessus du seuil des deux tiers.

Enfin, dans la mesure où selon l'interprétation donnée par la Commission, l'affectation géographique du chiffre d'affaires est déterminée par le lieu où se trouve le client au moment de la transaction, on pourrait également s'interroger sur le point de savoir quelle part du chiffre d'affaires de l'entreprise mère EDF est réalisée hors de France, et notamment en Europe communautaire. Au vu des calculs réalisés ci-dessus, cette part devrait être supérieure à 15% pour que le chiffre d'affaires national passe en dessous du seuil des deux tiers. Cependant, il conviendrait alors de disposer également d'éléments de comptabilité analytique permettant d'affecter géographiquement, de manière précise, les chiffres d'affaires d'EDF Trading, et des catégories "Autres pays d'Europe" et "Autres". De tels éléments n'ont toutefois pas été communiqués aux représentants du personnel.

En l'état des comptes publiés par l'entreprise pour l'exercice 2003, les éléments qui précèdent permettent donc raisonnablement d'affirmer qu'EDF réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans la Communauté dans un seul et même Etat membre, la France.

On voit néanmoins qu'une telle conclusion pourrait être infirmée dans les années à venir, en particulier en cas de montée d'EDF dans le capital d'EnBw, de prise de contrôle d'Edison en Italie, de développement de ses activités dans les nouveaux Etats membres de l'Union Européenne et plus généralement de recentrage de ses activités sur l'Europe, comme le préconise le rapport de la Commission ROULET.

**Etant toutefois acquis qu'EDF et GDF réalisent actuellement plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires en France au sens des articles 1<sup>er</sup> et 5 du règlement CEE 139/2004 du 20 janvier 2004 *relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises*, la procédure prévue par ce règlement ne serait pas applicable à une fusion des deux entreprises publiques. N'étant pas de dimension communautaire, l'opération échapperait donc à un contrôle des autorités communautaires de la concurrence, lesquelles ne pourraient par conséquent soumettre la fusion à aucune contrepartie. Cela dément donc directement la position des directions d'EDF et de GAZ DE FRANCE.**

Dans le cadre de la présente étude, il convient néanmoins d'envisager l'application éventuelle des règles communautaires en matière de concentration à une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.

***B- En tout état de cause, sur la compatibilité de la fusion avec le Traité***

Il ressort des explications qui précèdent que la dimension non-communautaire de l'opération de fusion d'EDF et de GDF ne soumettrait pas celle-ci au contrôle de la Commission.

Néanmoins l'hypothèse d'une mise en œuvre du contrôle de la Commission dans l'hypothèse d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne peut être totalement écartée en l'espèce.

A cet égard, au titre de l'examen de la compatibilité d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE avec le droit communautaire de la concurrence, le cabinet BREDIN PRAT envisage dans son étude l'éventuelle qualification de cette opération en une mesure étatique relevant du régime communautaire des aides d'Etat (§. 27 à §. 34).

L'article 87-1 du Traité CE (ancien article 92-1 du traité de Rome) dispose en effet que sont incompatibles avec le marché commun "*dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*". Le pouvoir de contrôle des aides d'Etat appartient également à la Commission européenne.

Il est exact, comme le relève le cabinet BREDIN PRAT, que l'article 87 du Traité s'applique à toutes les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées, et que la Commission européenne a déjà eu à connaître, au titre du régime communautaire des aides d'Etat, d'une opération assimilable à une fusion d'entreprises publiques (aff. *Westdeutsche Landsbank*).

On peut donc considérer que la condition relative au transfert de ressources d'Etat serait probablement remplie dans l'hypothèse d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, compte tenu de la détention du capital de ces deux sociétés par l'Etat.

Pour autant, rien ne permet de laisser entendre, comme le fait le cabinet BREDIN PRAT, qu'une telle opération serait constitutive d'une aide d'Etat et que cette mesure serait par ailleurs incompatible avec le marché commun en tant qu'elle affecterait la concurrence et le commerce entre Etats membres.

Alors qu'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne prendrait pas matériellement la forme d'une quelconque aide de la part de l'Etat, ne s'accompagnerait d'aucune mesure de faveur fiscale ou économique et n'impliquerait nullement une augmentation de capital souscrite au moyen de capitaux publics, on ne voit notamment pas en quoi une telle opération procurerait à l'entreprise fusionnée plus d'avantages que n'en bénéficient actuellement les deux entreprises publiques, et ce au-delà des gains d'efficacité et des économies d'échelles qui motivent toutes les opérations de fusion.

A cet égard, on ne voit pas non plus en quoi un "*investisseur privé en économie de marché*" devrait renoncer à créer le premier groupe énergétique européen, eu égard aux intérêts stratégiques et économiques incontestables qui s'attacheraient à une telle opération. Or il faut rappeler que lorsque l'Etat se comporte comme un investisseur privé, il n'y a pas "aide" au sens de l'article 87 précité du Traité (CJCE 3 octobre 1991, aff. C-261/89 *Italie c/ Commission*, Rec. CJCE p. 4455).

Le Cabinet BREDIN PRAT ne saurait donc se fonder sur la seule présence d'EDF sur un grand nombre de marchés européens pour considérer qu'une fusion avec GAZ DE FRANCE lui procurerait nécessairement un avantage significatif et nécessiterait que l'opération soit préalablement notifiée à la Commission européenne au titre du contrôle des aides d'Etats. Il n'est d'ailleurs pas dit par cette étude quels avantages particuliers permettrait de considérer l'opération comme incompatible avec le marché commun, sans non plus que soit rappelé le principe de non discrimination entre les secteurs publics et privés et la possibilité prévue par le Traité d'accorder des droits économiques exclusifs aux entreprises de service public.

L'hypothèse d'une interdiction de l'opération au titre du contrôle communautaire des aides d'Etat ne saurait donc être validée

En second lieu lieu, la Commission pourrait contester le caractère non communautaire de la concentration, sur la base d'un calcul contestable du chiffre d'affaires concurrentiel d'EDF. Dans cette hypothèse, la Commission serait amenée à se prononcer sur la compatibilité de la fusion avec le marché commun, en assortissant le cas échéant sa décision de conditions et charges restrictives. Cette décision pourrait bien entendu faire l'objet d'un recours ultérieur devant le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. Un tel recours peut être exercé en plein contentieux par les entreprises parties à l'opération (article 16 du règlement), et en annulation par ces mêmes entreprises, par les Etats membres, par les institutions communautaires (Conseil, Parlement, Banque centrale européenne) et plus généralement par toute

personne physique ou morale destinataire de la décision ou qui est directement et individuellement concernée par celle-ci (article 230 du Traité). A ce titre, le recours est donc ouvert aux comités d'entreprises et aux syndicats présents dans les entreprises concernées (cf. les affaires *CCE Vittel et CE Pierval c/ Commission* et *Perrier c/ Commission, précitées*).

Par ailleurs, la dimension communautaire d'une concentration peut exceptionnellement faire l'objet d'une appréciation non-quantitative. En effet, en vertu de l'article 22 du règlement n° 139/2004, peuvent également être soumises au contrôle de la Commission, sous certaines conditions, les concentrations dont la dimension communautaire ne ressort pas de l'application des critères quantitatifs de l'article 1<sup>er</sup> (v. *supra*). Un tel contrôle ne peut toutefois être mis en œuvre par la Commission qu'à la demande d'un Etat membre ou à la demande conjointe de plusieurs Etats membres. Dans cette hypothèse, la concentration considérée n'est donc pas soumise à notification, mais elle doit quand même, pour être soumise au contrôle de la Commission, posséder une dimension communautaire dans la mesure où elle "*affecte le commerce entre Etats membres*" (art. 22).

**Or quand bien même la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE serait-elle considérée comme une concentration de dimension communautaire ou ferait-elle l'objet d'un contrôle de la Commission, cela ne signifierait en rien que l'opération serait incompatible avec les règles de concurrence, telles qu'elles figurent en particulier aux articles 81 et 82 du Traité.**

Il est en effet rappelé que, selon le règlement précité du Conseil du 20 janvier 2004 (art. 2), seules doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante..

C'est ainsi que la Commission, en collaboration avec l'autorité autrichienne de régulation de l'énergie (E-Control), a pu par exemple approuver, par une décision du 11 juin 2003, une opération de concentration dans le secteur de l'électricité en Autriche, sous réserve de certaines conditions et charges (*aff. EnergieAllianz/Verbund*).

Il est donc nécessaire d'analyser si, au regard des règles d'appréciation résultant du règlement du 20 janvier 2004, de la doctrine de la Commission européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE aurait ou non une influence restrictive de concurrence au sein du marché commun, et ce alors que les deux entreprises publiques constituent déjà des groupes intégrés et bénéficient de structures communes dans leur fonctionnement.

Aux termes de l'article 2 du règlement du Conseil, l'influence restrictive des concentrations incompatibles avec le marché commun est caractérisée par deux éléments : d'une part, l'entrave significative apportée à la concurrence effective dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci et, d'autre part (et "*notamment*" selon le nouveau règlement), la création ou le renforcement d'une position dominante.

Ces notions ne sont toujours pas définies par le nouveau règlement relatif aux concentrations, de sorte que l'appréciation en est laissée au cas par cas à la Commission, sous le contrôle de la CJCE.

Ainsi, pour chaque opération qui lui est soumise, la Commission adopte une approche pragmatique et économique dans son appréciation du ou des marchés concernés, de la position des entreprises concernées sur ces marchés et de l'atteinte portée à la concurrence.

La nécessité de procéder, en matière de concurrence et notamment de concentrations, à une appréciation économique et pragmatique a fréquemment été affirmée par la Cour

de justice des communautés européennes. Ainsi, dans un arrêt *Technique Minière* du 30 juin 1966 la Cour a-t-elle expressément relevé :

*"Pour être interdit comme incompatible avec le marché commun en vertu de l'article 85, paragraphe 1, du traité, un accord entre entreprises doit remplir diverses conditions dépendant moins de sa nature juridique que de ses rapports d'une part avec le "commerce entre les Etats membres", d'autre part avec le "jeu de la concurrence" ; que ledit texte, reposant ainsi sur une appréciation des répercussions de l'accord sous deux aspects relevant d'une appréciation économique, ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accords déterminée par sa nature juridique."*

La nécessité de prendre en considération *"le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords, décisions ou pratiques se situent et où ils peuvent concourir, avec d'autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence"* a, par la suite, été confirmée à maintes reprises par la Cour.

L'appréciation *a priori* de la position dominante d'une entreprise sur un marché et des effets restrictifs de concurrence d'une concentration n'est donc pas aisée, car il est difficile de préjuger de l'appréciation de la Commission.

Cette appréciation n'en est pas moins soumise à certains principes dégagés par la pratique décisionnelle de la Commission, et dans une moindre mesure par la jurisprudence de la CJCE, ce qui permet d'adopter une approche prospective pour une opération donnée, comme en l'occurrence une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.

A cet égard, qu'il s'agisse de l'éventuelle position dominante des deux entreprises ou de celle des effets restrictifs de concurrence de leur fusion, l'appréciation de la Commission ne peut se fonder que par référence à un marché déterminé, ainsi que le confirme la Commission dans sa *Communication sur la définition du marché en cause aux fins de droit communautaire de la concurrence* (JOCE n° C 372 du 9 décembre 1997). La définition du marché s'avère en effet indispensable pour identifier et définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises.

Il est donc essentiel de déterminer préalablement les marchés de référence envers lesquels la compatibilité de la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE avec le marché commun serait appréciée.

## **1. Détermination des marchés pertinents**

### ***a- Les principes de définition des marchés en cause***

Dans sa communication du 9 décembre 1997 *sur la définition du marché en cause aux fins de droit communautaire de la concurrence* (n° C 372), la Commission indique que la définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique a une influence déterminante sur l'appréciation des affaires de concurrence en tant qu'elle doit "*permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective*". La définition du marché permet ainsi, entre autres, de calculer les parts de marché.

La Commission indique qu'un marché de produits en cause "*comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*".

Un marché comprend donc l'ensemble des offres et des demandes de produits ou services substituables. La Commission est soumise, à cet égard, à une obligation de précision.

En ce qui concerne le marché géographique en cause, celui-ci "*comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment*

*homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable."* Cette définition est d'ailleurs reprise à l'article 9 paragraphe 7 du nouveau règlement sur les concentrations, qui concerne la procédure de renvoi aux Etats membres et qui ajoute sur ce point : *"Dans cette appréciation, il convient notamment de tenir compte de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, de préférence des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles"*

Il reste que, nonobstant ces précisions figurant dans le règlement n° 139/2004 et dans les communications de la Commission, la délimitation des marchés pertinents constitue un sujet permanent de discussion et un exercice imparfait, qui conduit régulièrement la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) à annuler ou à corriger les décisions de la Commission prises en matière de concentration.

Une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE n'échapperait pas à cette difficulté si elle devait être soumise à l'autorisation de la Commission européenne.

#### ***b- Les marchés concernés par une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE***

En ce qui concerne les marchés à prendre en considération dans le cadre d'un contrôle d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, les principes ci-dessus indiqués doivent être appliqués au vu de la réglementation communautaire spécifique qui s'y applique.

En effet, en matière d'énergie, les marchés du gaz et de l'électricité sont traités, au niveau communautaire, de manière parfaitement distincte, comme le confirment les deux dernières directives n° 2003/54/C et 2003/55/CE du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003, l'une concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et l'autre concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel. Plus encore, ces marchés sont subdivisés par activités (production/importation,

transport, distribution et stockage pour le gaz) et par clientèles (marché de gros/clients éligibles/particuliers).

Autrement dit le gaz et l'électricité ne sont toujours pas considérés, en l'état de la réglementation communautaire, comme des produits substituables, ce que confirme par exemple une décision de la Commission du 13 juin 2000 déclarant compatible avec le marché commun la fusion des sociétés VEBA et VIAG en Allemagne, l'opération concernant les secteurs de l'électricité, de la chimie, du gaz et de l'acier, qui ont fait l'objet d'appréciations distinctes de la part de la Commission (Aff. COMP/M. 1673 – VEBA/VIAG, JOCE 10 juillet 2001).

**Dès lors le regroupement d'EDF et de GAZ DE FRANCE en une seule et même entité juridique ne pourrait être appréciée, du point de vue de ses incidences sur la concurrence, au regard d'un marché unique de l'énergie, mais sur l'ensemble des segments et sous-segments des marchés du gaz et de l'électricité.**

En ce qui concerne la délimitation de l'assise géographique de ces marchés, le marché français occuperait bien entendu une place prépondérante. Cependant, compte tenu d'une part de l'expansion internationale, en particulier en Europe, d'EDF et de GAZ DE FRANCE (qui seule pourrait d'ailleurs justifier un contrôle de la fusion au niveau communautaire) et d'autre part des politiques de libéralisation du gaz et de l'électricité qui doivent conduire à une ouverture totale des marchés (au 1<sup>er</sup> juillet 2007 pour l'électricité), les marchés à prendre en considération devrait, pour une part au moins substantielle, être d'échelle communautaire, y compris envers les nouveaux Etats membres.

Telle est d'ailleurs la position de la Commission lorsqu'elle indique dans sa communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause (§ 32) :

*"Enfin la Commission prend également en considération, pour définir les marchés géographiques, le processus constant d'intégration des marchés, en particulier dans la Communauté, notamment dans le cas des concentrations et*

*des entreprises communes structurelles. Les mesures adoptées et mises en œuvre dans le cadre du programme sur le marché intérieur, afin d'éliminer les entraves aux échanges et intégrer les marchés de la Communauté, ne peuvent pas être ignorées lors de l'évaluation des effets sur la concurrence d'une concentration ou d'une entreprise commune structurelle. Une situation où des marchés nationaux ont été artificiellement isolés les uns des autres en raison de l'existence de barrières législatives qui ont été maintenant levées, mènera généralement à une évaluation prudente des preuves passées concernant les prix, les parts de marché ou les tendances d'échanges. Un processus d'intégration du marché qui mènerait, à court terme, à des marchés géographiques élargis peut donc être pris en considération lors de la définition du marché géographique aux fins d'évaluer des concentrations et des entreprises communes."*

Cette conception dynamique et prospective des marchés en cause jouerait nécessairement dans le cas d'EDF et de GAZ DE FRANCE, qui sont en situation de sortie de monopole et opèrent dans des secteurs de plus en plus libéralisés et sur des marchés en voie d'élargissement, sur lesquels leurs parts de marchés respectives sont amenées à diminuer.

Conséquemment, l'assise géographique des marchés à prendre en considération pour apprécier la compatibilité de leur fusion serait relativement large et ne pourrait en tout état de cause se limiter aux seuls marchés français du gaz et de l'électricité. Les éventuelles positions dominantes d'EDF et de GDF s'en trouveraient donc limitées.

A cet égard, l'*Etude sur les conséquences possibles d'un rapprochement ou d'une fusion EDF/Gaz de France* réalisée en interne par les services des deux entreprises, si elle rappelle à juste titre que les marchés de l'électricité et du gaz demeurent des marchés essentiellement distincts, limite son appréciation aux effets anticoncurrentiels d'une fusion aux marchés français.

L'analyse porte, dans cette étude, sur les six marchés suivants :

- le marché de la production d'électricité ;
- le marché de gros du gaz naturel (dont approvisionnements) ;
- le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles ;

- le marché de la fourniture de gaz naturel aux clients éligibles ;
- le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage ;
- le secteur des services énergétiques.

Dans son principe, cette définition des marchés concernés s'avère relativement pertinente. La limitation de l'assise géographique de ces marchés à la France uniquement est en revanche contestable, en tant qu'elle est de nature à accentuer les éventuels effets anticoncurrentiels d'une fusion.

Pour sa part, le cabinet BREDIN PRAT, dans sa *Synthèse de l'étude de faisabilité d'une éventuelle fusion EDF-GDF réalisée à la demande de l'Agence des participations de l'Etat*, distingue les marchés principaux des marchés liés aux activités non stratégiques ou "secondaires".

Les marchés principaux sont distincts selon qu'il s'agit du gaz et de l'électricité. En ce qui concerne l'électricité, le cabinet BREDIN PRAT invoque la pratique décisionnelle de la Commission pour distinguer, de l'amont à l'aval (§. 36):

- la production et la vente en gros d'électricité (marché de dimension nationale) ;
- le transport d'électricité (de dimension nationale) ;
- la distribution d'électricité (de dimension nationale ou infra-nationale selon le pays) ;
- le négoce d'électricité (de dimension nationale) ;
- la fourniture d'électricité (de dimensions géographiques variant selon les pays)

En ce qui concerne le gaz naturel, l'étude retient, en tant que marchés de produits distincts (§ 37):

- la prospection (exploration de dimension mondiale) ;
- la production/développement/vente (de dimension régionale) ;
- le transport (de dimension "au mieux nationale") ;

- le stockage (de dimension locale) ;
- la distribution (de dimension nationale) ;
- la vente en gros (de dimension européenne ou nationale selon les sous-marchés) ;
- le négoce (de dimension nationale)
- la fourniture aux clients finals (de dimension nationale).

Enfin, au titre des activités secondaires, l'étude ne s'attache qu'aux seuls marchés de la fourniture d'énergie destinée au chauffage et à la production d'eau chaude sanitaire (§ 38).

Pour précise qu'elle soit, la définition des marchés concernés établie par le Cabinet BREDIN PRAT n'en est pas moins contestable sur certains points, et notamment sur l'assise géographique de ces marchés. Il paraît ainsi douteux que les marchés de la production, de la vente en gros et du transport d'électricité ne revêtent qu'une dimension nationale. Il en va de même du négoce. Par ailleurs, la distinction entre la distribution et la fourniture s'avère contestable dans les faits, si l'on excepte la seule activité de GRD, qui ne saurait être exactement regardée comme une activité de marché.

En revanche, il est exact que le nombre de marchés qui pourraient être concernés par l'opération est important et impliquerait une procédure de contrôle relativement lourde.

Cela étant, par delà l'opération préalable de délimitation des marchés pertinents concernés, c'est bien l'impact de l'opération sur les marchés les plus affectés qui s'avère le plus délicat à apprécier, mais également le plus important pour se déterminer sur la faisabilité juridique d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.

Or, de ce point de vue, les conclusions des deux études juridiques communiquées au C.S.C. des C.M.P. s'avèrent parfaitement contestables.

## 2. Sur les situations de position dominante

### *a- Rappel sur la définition de la position dominante en droit communautaire*

Dans sa définition communautaire, qui est à la fois celle de la Cour et de la Commission, la position dominante consiste dans le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective, entendu comme une "*situation fournissant à une entreprise ou un groupe d'entreprises la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs*" (cf. CJCE 21 février 1973 *Continental Can*, Rec. p. 215 ; CJCE 14 février 1978, aff. 27/76 *United Brands*, Rec. p. 207 ; CJCE 13 février 1979, aff. 85/76 *Hoffmann-La Roche*, Rec. p. 461).

D'une manière générale, la détention d'une position dominante est appréciée au travers d'un faisceau d'indices. Ceux-ci tiennent d'une part à la structure du marché en cause, et d'autre par à la structure de l'entreprise.

En ce qui concerne les indices liés à la structure du marché, la CJCE a pu indiquer, sur le fondement de l'article 82 du Traité réprimant les abus de position dominante "*qu'il faut que ledit titulaire (d'un droit exclusif) ait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération, compte tenu notamment de l'existence éventuelle et de la position des producteurs et distributeurs écoulant des marchandises similaires ou substituables*" (CJCE 18 février 1971 aff. 40/70 *Sirena* Rec. p. 69 ; CJCE 8 juin 1971 aff. 78/70 *Deutsche Grammophon, GmbH c/ Metro*, Rec. p. 487).

A cet égard, une part importante de marché détenue par une entreprise est généralement un indice déterminant.

### ***b- Situation d'EDF et de GAZ DE FRANCE***

Compte tenu des éléments qui précèdent, il reste difficile de soutenir qu'EDF et GAZ DE FRANCE, opérateurs historiques, ne sont pas en situation de position dominante sur les marchés français du gaz et de l'électricité, et plus précisément sur les principaux sous-marchés qui seraient éventuellement affectés par une opération de fusion.

De ce point de vue, les développements sur cette question des études réalisées par les services d'EDF et de GAZ DE FRANCE et de par le cabinet BREDIN PRAT doivent être globalement validées.

Cependant, comme on l'a vu, l'appréciation de la Commission ne pourrait, en l'espèce, se limiter au seul marché français.

Par ailleurs, ce sont la création et le renforcement de telles positions dominantes qui sont principalement sanctionnés par le règlement communautaire sur les concentrations. Or, de ce point de vue, les effets d'une fusion des deux entreprises publiques seraient nécessairement plus limités que ceux qui sont exposés dans les deux études précitées.

En effet, force est de constater qu'en dépit de leur récent développement international et de leurs prises de participation dans diverses entreprises énergétiques, EDF et GAZ DE FRANCE restent fondamentalement concentrés sur leur domaines respectifs d'activités, à savoir le gaz naturel pour GAZ DE FRANCE et l'électricité pour EDF.

Certes, par le biais de certaines participations, généralement minoritaires, GAZ DE FRANCE et surtout EDF peuvent se trouver impliquées indirectement sur des marchés connexes, essentiellement à l'étranger. Il s'agit toutefois de situations secondaires, qui pourraient être réglées au moyen d'engagements et de contreparties qui ne remettraient pas en cause leurs positions respectives dans leurs secteurs naturels d'activités, à savoir l'électricité pour EDF et le gaz naturel pour GAZ DE FRANCE.

Les deux entreprises agissant sur des marchés distincts de produits considérés comme non substituables, leurs parts de marché dans leurs secteurs d'activités demeureront, pour l'essentiel, inchangées.

Cette position a d'ailleurs été admise par la Commission dans sa communication du 29 juillet 2000 *relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (JOCE n° C 217 du 29 juillet 2000 pp. 32-34)*, dans laquelle la Commission a défini une procédure simplifiée pour les opérations de concentration qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence.

Parmi les catégories de concentrations visées figure en effet celle dans lesquelles deux ou plusieurs entreprises fusionnent, ou une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle exclusif ou le contrôle en commun d'une autre entreprise, *"pour autant qu'aucune des parties à la concentration n'exerce d'activités commerciales sur le même marché de produits et/ou géographique ou sur un marché de produits qui se situe en amont ou en aval d'un marché de produits sur lequel opère une autre partie à la concentration"*.

De telles opérations sont à ranger parmi celles qui *"n'entraînent pas, sauf circonstances exceptionnelles, une combinaison de positions sur le marché susceptible de soulever des problèmes de concurrence"*. Compte tenu des marchés en cause, tel serait bien le cas de la fusion d'un électricien et d'un gazier, tels EDF et GAZ DE FRANCE.

D'une manière générale, **l'absence d'addition de parts de marché** est un élément déterminant pour déclarer une opération de concentration compatible avec le marché commun (cf. *affaire n° IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson du 22 février 1993, précitée*).

Dès lors, en l'état, une fusion d'EDF et de GDF ne pourrait fondamentalement modifier leurs positions respectives sur les marchés français et européens du gaz et de l'électricité, et ne pourrait donc renforcer leur éventuelles positions dominantes, ni créer de telles positions.

Globalement, cette circonstance est d'ailleurs admise par les deux études juridiques communiquées au C.S.C. des C.M.P. Celles-ci considèrent néanmoins que, sur les marchés les plus affectés, une opération de fusion emporteraient des entrave significatives à une concurrence effective, au sens de l'article 2 du règlement n° 139/2004 précité.

### **3. Sur le caractère limité des effets restrictifs de concurrence**

Selon l'article 2 du règlement sur les concentrations, sont incompatibles avec le marché commun les concentrations ayant pour conséquence d'entraver la concurrence *de manière significative*.

Selon l'étude juridique réalisée en interne par les services d'Edf et de GAZ DE FRANCE de même que selon l'analyse du cabinet BREDIN PRAT, tel serait le cas d'une fusion des deux entreprises publiques, et ce à plusieurs titres.

L'étude réalisée par les deux Directions prétend identifier à cet égard six effet anticoncurrentiels.

Selon les Directions, l'opération reviendrait en premier lieu à éliminer une concurrence potentielle entre les deux entreprises sur les marchés respectifs de la fourniture d'électricité et de gaz naturel aux clients éligibles. Un tel effet anticoncurrentiel est également identifié par le cabinet BREDIN PRAT, tant sur le marché de l'électricité (§.46) que sur celui du gaz naturel (§54).

Alors même que les deux études reconnaissent le caractère mineur voire inexistant des chevauchements de parts de marchés entre les deux entreprises sur les marchés français de la production et de la fourniture d'électricité et de la vente en gros et de la fourniture de gaz et qu'elles rappellent en outre qu'il s'agit là de marchés distincts, leurs auteurs considèrent néanmoins qu'une fusion aurait pour effet d'éliminer GAZ DE FRANCE comme concurrent potentiel le plus sérieux d'EDF sur les marchés de l'électricité, et réciproquement d'éliminer EDF comme "challenger hautement crédible" GAZ DE FRANCE sur les marchés du gaz naturel.

Autrement dit, il s'agirait là d'un effet anticoncurrentiel horizontal, c'est à dire entre des entreprises exerçant des activités sur les mêmes marchés. Par ailleurs, et surtout, il s'agirait d'un effet anticoncurrentiel potentiel, qui n'est pas corroboré par la réalité des activités actuelles des deux entreprises.

Or il faut constater que, pour soutenir une telle conclusion, les deux études précitées exagèrent de manière manifeste l'interpénétration des marchés du gaz et de l'électricité, et les potentialités respectives d'EDF et de GAZ DE FRANCE sur des marchés qui ne correspondent pas à leurs activités historiques.

Les deux études insistent ainsi en particulier sur le caractère concurrent du gaz et de l'électricité, notamment en matière de chauffage, sur l'importance des offres duales et sur la production d'électricité à partir du gaz naturel.

Dès lors qu'il s'agit essentiellement de potentialités, l'argumentation des deux études sur ce point ne s'appuie cependant sur aucune donnée chiffrée, fût-ce à titre prévisionnel. A cet égard, l'étude réalisée par les Directions, qui reconnaît pourtant que *"L'ampleur de l'effet anticoncurrentiel est difficile à prédire, car la concurrence potentielle n'est pas aisément mesurable"* se borne à transposer l'exemple du Royaume-Uni (Centrica), et à le transposer sans nuance à la situation française. Cette comparaison est néanmoins dénuée de pertinence, dès lors que le marché britannique de l'électricité est ouvert à 100 % à la concurrence (pour 68 % en France selon les

données annexées au rapport de la Commission ROULET) et surtout que les caractéristiques des parcs de production sont sans rapport.

La production d'électricité à partir du gaz naturel occupe en effet une part essentielle au Royaume-Uni, alors qu'elle est pratiquement inexistante en France, où la production nucléaire occupe une part prépondérante, ce qui distingue très nettement le parc français de celui des autres Etats membres.

Le caractère substituable des deux énergies au plan de la production est ainsi très largement exagéré pour la France par les deux études, et ne correspond d'ailleurs pas aux décisions récentes du gouvernement français en faveur du réacteur EPR, qui confirme le maintien d'un parc de production essentiellement nucléaire.

**Sur ce point, il faut relever l'importante contradiction qui entache la position des Présidents d'EDF et de GAZ DE FRANCE quant à l'hypothèse d'une fusion des deux groupes.**

En effet, dans leur courrier commun adressé le 7 octobre 2004 au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, les deux dirigeants font part de leur opposition à une telle opération, en premier lieu pour des raisons juridiques tirées des conclusions de l'étude réalisée par leurs services, c'est à dire sur les conséquences des effets anticoncurrentiels *"résultant notamment de l'élimination de la concurrence potentielle entre EDF et GAZ DE FRANCE et de la création de positions dominantes"*.

Mais, dans le même temps et *"au-delà de cette analyse juridique"*, les deux Présidents fondent leur position sur le manque d'intérêt stratégique qu'il y aurait selon eux à fusionner les deux groupes, en indiquant sur ce point :

*"En France, le choix fait en faveur de l'énergie nucléaire, confirmé par les décisions récentes du gouvernement en faveur de l'EPR limite les perspectives de développement de la place du gaz naturel dans la production d'électricité."*

Ceci réduit singulièrement les convergences d'intérêt entre EDF et Gaz de France sur leur marché historique. Par ailleurs, la volonté des deux groupes de proposer sur le marché français une "offre duale", gaz et électricité, vise avant tout à répondre à l'attente de leurs clients respectifs et à positionner EDF et Gaz de France à de nouveaux concurrents qui disposent pour la plupart d'une telle offre.

Hors de France, les deux groupes ont choisi de privilégier des zones géographiques correspondant aux fondamentaux de leurs métiers respectifs et dont le recouvrement n'est que partiel. EDF a ainsi concentré son développement sur les pays limitrophes interconnectés avec la France alors que Gaz de France intègre dans sa stratégie de développement des zones représentant un fort enjeu du fait de leur situation géographique en matière d'approvisionnements gaziers.

Il résulte de ces choix que les complémentarités entre les deux groupes sont aujourd'hui limitées. On notera par exemple que si Gaz de France a des besoins d'électricité en Europe centrale, EDF est aujourd'hui relativement peu présente sur cette zone et qu'en revanche EDF a des besoins de gaz naturel au Royaume-Uni, zone dans laquelle Gaz de France ne dispose pas d'excédents gaziers."

On voit ainsi que, tant en ce qui concerne la production d'électricité à partir de gaz naturel qu'en matière d'offres duales et de développement international, les Directions insistent sur leurs convergences d'intérêts et leur concurrence potentielle pour contester la possibilité d'une fusion d'un point de vue juridique, mais minimisent au contraire ces éléments pour contester l'opportunité d'une fusion d'un point de vue stratégique.

Autrement dit, le risque d'une concurrence potentielle entre les deux groupes s'avère très largement surévaluée en ce qui concerne les marchés français, compte tenu des caractéristiques propres de ces marchés et du parc de production énergétique nationale, ainsi que des options énergétiques prises par le gouvernement.

En ce qui concerne par ailleurs la fourniture, et en particulier la fourniture aux clients domestiques, la concurrence potentielle entre les deux groupes est seulement postulée par les deux études, qui méconnaissent le caractère essentiellement non-substituable de l'électricité et du gaz dans ce domaine.

Les deux énergies sont certes partiellement substituables sur le marché spécifique du chauffage, à propos duquel l'étude réalisée par les deux entreprises identifie un second effet anticoncurrentiel de la fusion. Cet effet est également relevé par le cabinet BREDIN-PRAT (§.63), au titre des marchés secondaires de fourniture d'énergie à usage spécifique en France.

Si l'effet anticoncurrentiel d'une fusion sur le marché du chauffage paraît potentiellement avéré, et avait d'ailleurs été relevé par l'auteur des présentes dans son étude en date du 7 juillet 2003, il convient toutefois d'en relativiser la portée, dès lors que, comme le rappelle la note des services d'EDF et de GAZ DE FRANCE, le caractère substituable des deux énergies n'est pas général et permanent, mais n'intervient qu'à certaines occasions (construction ou remplacement d'installations anciennes). Par eux-mêmes, les effets d'une fusion sur le marché du chauffage ne sont ainsi pas de nature à interdire cette opération ou à compromettre le développement de l'entreprise fusionnée.

En troisième lieu, les Directions d'EDF et de GAZ DE FRANCE identifient un effet anticoncurrentiel vertical, tiré précisément du caractère verticalement intégré des deux entreprises. Cet effet vertical est également exposé dans l'étude du cabinet BREDIN PRAT pour l'électricité (§. 51) comme pour le gaz (§.56).

Or si l'effet de concentration (ou effet congloméral selon l'étude BREDIN PRAT) d'une fusion entre le premier électricien et le premier gazier français serait incontestable et nécessiterait de manière certaine des mesures correctives sur les marchés énergétiques français, il faut constater que, pour l'essentiel, les effets

verticaux identifiés par les deux études sont, ici encore, fondées sur l'hypothèse d'un développement des structures de production d'électricité à partir de gaz naturel.

Ainsi qu'il a été vu, une telle hypothèse ne correspond pas aux perspectives adoptées pour le parc de production français, alors au surplus que les besoins des clients ne sont pas illimités, non plus que les autorisations relatives aux structures de production.

Sur ce point encore, les conclusions des deux études s'avèrent donc pour le moins présomptueuse quant à l'interchangeabilité des deux énergie et au développement en France des structures de cogénération. A titre d'exemple, l'entrée de GAZ DE FRANCE dans la SNET, invoquée dans la note des deux Directions pour illustrer le développement des activités électriques de l'entreprise gazière, paraît aujourd'hui abandonnée.

Les autres risques d'effets anticoncurrentiels identifiés par les deux études sont, pour certains d'entre eux, probables. Il en va notamment ainsi de la création d'une position dominante sur le marché français des services énergétiques et de l' "effet de gamme" dont il est fait mention dans l'étude produite par les deux Directions. D'autres paraissent en revanche douteux, comme par exemple pour le trading, à propos duquel les 15% de parts de marchés additionnées sur le marché français pour les deux énergies ne paraissent pas constituer une position dominante. Pareillement, l'étude du cabinet BREDIN PRAT révèle que les effets internationaux de la fusion seraient limités.

Enfin, les deux études ignorent globalement le phénomène de diminution importante et régulière des parts de marché d'EDF et de GDF sur les marchés énergétiques français, qui résulte de l'ouverture progressive de ces marchés à la concurrence, sous l'impulsion des directives communautaires, de même que les missions de service public dont demeurent investis les deux opérateurs historiques. Or ces éléments devraient nécessairement être pris en considération par la Commission européenne si celle-ci était saisie de la fusion, de même que les éventuels gains d'efficacités pro-

concurrentiels engendrés par l'opération, lesquels ne sont pas véritablement analysés et sont écartés *a priori* dans l'étude BREDIN PRAT (§. 61).

**Dans ces conditions, on peut raisonnablement considérer que les entraves potentielles à la concurrence identifiées dans les deux études juridiques communiquées au C.S.C. des C.M.P. sont, pour la plupart, exagérées, et que leur caractère significatif au sens du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 s'avère largement surévalué au regard de la structure des marchés énergétiques français et des options industrielles d'EDF et de GAZ DE FRANCE.**

Dès lors, les mesures correctives exposées, sur ces bases, dans les deux études, apparaissent elles-mêmes disproportionnées, voire irréalistes.

Rien ne permet par exemple aux services d'EDF et de GAZ DE FRANCE de considérer que l' *"effet souhaité"* de telles contreparties *"serait de permettre à des concurrents de fournir environ 35 % des marchés de l'électricité et du gaz en France"*. L'analyse de la note produite par les deux entreprises révèle à cet égard qu'un tel pourcentage correspond en réalité à l'hypothèse la plus haute d'une transposition de la situation du marché britannique, c'est à dire de l'un des plus libéralisé en Europe, au marché français. Les Directions ont ainsi délibérément choisi d'appliquer, de manière purement spéculative, une hypothèse extrême, alors même que l'ouverture complète des marchés n'est pas réalisée à ce jour.

C'est par ailleurs en parfaite méconnaissance de la législation communautaire en matière d'électricité et de gaz que les Directions vont jusqu'à affirmer qu' *"on ne peut exclure totalement que le maintien au sein d'un même ensemble des activités non régulées et des activités régulées de gestion des infrastructures soit remis en question et que soient exigés des engagements de séparation totale ou de cession d'activités de gestion de réseaux d'électricité ou de gaz naturel."*

Il faut enfin relever que les contreparties qui seraient exigées par la Commission européenne sont presque exclusivement envisagées par les deux études sous forme d'actifs significatifs, à l'exclusion de toute autre forme engagement qui permettrait de garantir le respect d'une concurrence effective.

**En définitive, la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, si elle était toutefois soumise au contrôle de la Commission européenne en matière de concentrations, devrait assurément s'accompagner d'ajustements correctifs dans certains Etats membres où les deux entreprises sont présentes sur les mêmes marchés et de certaines cessions d'actifs en France. Ces mesures devraient être déterminées préalablement, en conformité avec la stratégie industrielle de l'entreprise fusionnée, qui ne pourrait être une simple addition des stratégies actuelles d'EDF et de GAZ DE FRANCE. En revanche, l'opération ne donnerait manifestement pas lieu, de la part des autorités communautaires de la concurrence, à l'exigence des contreparties disproportionnées et incompatibles avec la viabilité de l'entreprise fusionnée dont il est fait état dans les deux études communiquées au C.S.C. des C.M.P., voire à une interdiction pure et simple.**

Pas plus qu'au droit communautaire de la concurrence, une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne se heurterait de manière significative à l'application éventuelle du droit interne de la concurrence.

## **II – Sur la possibilité d'une fusion au regard du droit français de la concurrence**

La compatibilité d'une fusion EDF-GAZ DE FRANCE avec le droit de la concurrence doit principalement, comme on l'a vu, être appréciée au regard des dispositions régissant les concentrations d'entreprises. Compte tenu de la dimension

non communautaire de l'opération qui exclurait en principe un contrôle de la Commission européenne (v. *supra*), il faut envisager la question au regard de la législation nationale sur les concentrations.

Or l'application du droit interne de la concurrence apparaît également improbable dans le cas d'une concentration impliquant EDF et GAZ DE FRANCE, eu égard aux modalités juridiques de la fusion des deux sociétés, laquelle nécessiterait l'intervention du législateur (A). On envisagera néanmoins, sur le fond, la compatibilité de l'opération avec le droit français de la concurrence (B).

### **A- La nature législative de la fusion écarterait en principe l'application du droit interne de la concurrence**

L'*Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion d'EDF et de GDF* remise au C.S.C. des C.M.P. le 7 juillet 2003 concluait à la nécessité d'une loi pour fusionner les deux entreprises publiques, sur le fondement d'une part de l'article 34 de la Constitution prévoyant la compétence du législateur pour fixer les règles concernant les catégories d'établissements publics, et d'autre part, et en tout état de cause, du principe du parallélisme des formes, en vertu duquel seul le législateur peut supprimer ou transformer une entreprise créée par lui.

Le premier de ces deux motifs n'est plus d'actualité, dès lors que, comme on le sait, l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* a procédé à la transformation d'EDF et de GAZ DE FRANCE en sociétés anonymes.

En revanche, la compétence exclusive du législateur pour supprimer ou modifier une structure créée par lui reste parfaitement applicable à l'hypothèse d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, dès lors que les deux sociétés ont bien été créées par une loi.

Il faut préciser que l'hypothèse ici étudiée correspond à une *fusion-absorption*, au terme de laquelle une seule structure juridique subsisterait, contrairement à la *fusion-acquisition* dans laquelle les deux structures subsisteraient, l'une acquérant le contrôle de l'autre. Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, une loi serait également nécessaire, dès lors que la modification de la structure du capital des deux sociétés qui s'ensuivrait nécessiterait que soit modifié les dispositions de l'article 24 précité de la loi du 9 août 2004, en vertu desquelles c'est l'Etat lui-même qui détient au moins 70 % du capital de chacune des deux sociétés.

En application du principe de parallélisme des formes et des compétences, le vote d'une loi serait donc nécessaire pour procéder à une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, et ce quel que soit le statut adopté pour l'entreprise fusionnée.

Autrement dit le statut législatif des deux entreprises, même transformées par la loi en sociétés, commanderait en tout état de cause l'intervention du Parlement pour les fusionner en une seule structure juridique.

D'un point de vue plus politique, compte tenu par ailleurs de l'importance stratégique et industrielle d'une telle opération, qui ne constituerait pas uniquement une restructuration d'entreprises publiques mais toucherait directement à la politique énergétique du pays et à la sécurité de ses approvisionnements, on imagine mal que la représentation nationale puisse en être écartée.

Dès lors qu'EDF et GDF ne pourraient être regroupés ou fusionnés que par une loi, l'application du droit interne de la concurrence, ne serait pas juridiquement requise.

Le contrôle des concentrations d'entreprises en droit français repose en effet sur des dispositions issues de l'ordonnance n° 1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence*, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution et modifiée en dernier lieu par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *sur les nouvelles régulations économiques*.

Il est par ailleurs constant que le droit de la concurrence, bien que son existence se rattache notamment au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre issu de la Déclaration de 1789 (cf. CC 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18), ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique dans la Constitution du 4 octobre 1958.

Par lui-même, le droit de la concurrence ne bénéficie par conséquent d'aucun régime supra-législatif en droit interne, alors par ailleurs que l'application du droit communautaire des concentrations d'entreprises incombe en principe exclusivement à la Commission européenne.

Autrement dit le droit applicable aux concentrations d'entreprises est de niveau législatif, conformément à l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de déterminer les principes fondamentaux "*du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales*".

Dès lors, les dispositions législatives régissant la concurrence s'imposent, comme c'est la règle, à l'ensemble des actes juridiques de niveau infra-législatifs, qu'il s'agisse par exemple de contrats entre entreprises, comme dans l'affaire *Clemessy* (v. *infra*), ou même d'actes ou de comportements administratifs (ex. CE Sect. 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres*, Rec. p. 441 ; CE 3 novembre 1997 *Sté Million et Marais*, AJDA 1997.945).

En revanche, le droit interne de la concurrence ne saurait s'imposer à des mesures qui sont elles-mêmes de niveau législatif et qui peuvent parfaitement déroger, à ce titre, à d'autres règles de niveau législatif.

**Autrement dit, dans la mesure où la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne pourrait être réalisée que par une loi, les règles nationales de concurrence, qui ne sont pas de niveau supra-législatif, ne pourraient faire échec à une telle opération ou en modifier les termes.**

## **B- En tout état de cause, sur la compatibilité de la fusion avec le droit français de la concurrence**

Compte tenu de la nécessité d'une loi pour procéder à la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE, la question de la compatibilité de l'opération avec le droit national de la concurrence ne devrait pas se poser dans les faits, faute d'un contrôle effectif par les autorités françaises de la concurrence.

L'application du droit national des concentration n'en doit pas moins être étudiée.

En effet, le contrôle pourrait parfaitement s'exercer si l'opération devait faire l'objet d'une coopération entre autorités nationales de la concurrence. Ainsi, en vertu d'un accord administratif intervenu le 29 septembre 1997 entre les autorités nationales de la concurrence de France, du Royaume-Uni et de l'Allemagne, les opérations de concentration susceptibles d'être contrôlées sur la base de la législation "*d'au moins deux Etats parmi les trois Etats précédents*" peuvent faire l'objet d'un examen par les autorités nationales compétentes, mais à l'initiative des entreprises participantes à la concentration. Compte tenu de l'implantation de GDF et surtout d'EDF en Allemagne et au Royaume-Uni, cette possibilité ne peut être exclue.

Enfin, bien qu'une telle hypothèse paraisse parfaitement improbable, les autorités nationales de la concurrence pourraient le cas échéant être saisie sur renvoi de la Commission européenne, comme le permet l'article 9 du règlement n° 139/2004. La fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE devrait cependant être de dimension communautaire.

### **1. Rappel du dispositif de contrôle des concentrations en droit français**

Issu de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence*, le dispositif de contrôle des concentrations d'entreprises en droit

français a été récemment modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *sur les nouvelles régulations économiques* et figure désormais aux articles L. 430-1 à L. 430-10 du code de commerce. Les modalités d'application en sont précisées par le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 *fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence*<sup>8</sup>.

Aux termes de l'article L. 430-1 du code de commerce, une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà la contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou élément d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

La définition de la concentration d'entreprises en droit français s'articule donc autour de la notion de contrôle, lequel est défini de manière relativement large par l'article L. 430-1 (§ III) comme découlant "*des droits, contrats ou tout autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :*

*-des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;*

*-des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise."*

---

<sup>8</sup> La procédure de contrôle des concentrations en droit interne était décrite dans l'annexe n° 5 de l' Etude sur la faisabilité juridique d'une fusion d'EDF et GDF du 7 juillet 2003, à laquelle il est ici renvoyé.

L'article L. 430-2 définit par ailleurs des seuils de contrôle des concentrations, exprimés en valeur absolue, qui serait largement dépassés en cas de fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE.

Sur le fond, l'appréciation des effets restrictifs de concurrence s'opère selon des principes relativement proches de ceux applicables en droit communautaire, s'agissant notamment des principes de calcul du chiffre d'affaires et de la définition du marché concerné.

Autrement dit, l'appréciation du ou des marchés concernés par une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE serait réalisée en droit français selon une même grille d'analyse très proche de celle du droit communautaire, mais bien entendu uniquement en ce qui concerne les marchés français.

Toutefois, il faut indiquer qu'à la différence des concentrations de dimension communautaire, qui doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun dès lors qu'elles créent ou renforcent une position dominante d'une manière susceptible d'entraver la concurrence effective dans le marché commun, les concentrations peuvent être "rachetées" en droit français lorsqu'elles apportent au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

## **2. Application du droit national de la concurrence aux entreprises publiques**

Dans son principe, l'application des articles L. 430-1 du code de commerce à des sociétés publiques telles qu'EDF et GAZ DE FRANCE n'est pas douteuse, l'article L. 410-1 du code de commerce disposant que les règles définies au livre IV "*s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*".

Au vu des critères quantitatifs de l'article L. 430-2 précité du Code de commerce, il paraît du reste acquis que la fusion serait une opération contrôlable en droit français, sauf à ce que l'opération relève purement et simplement de l'application du règlement communautaire n°139/2004 du 20 janvier 2004 c'est à dire qu'il s'agisse d'une concentration de dimension communautaire (v. *supra*).

Le contrôle des concentrations d'entreprises au niveau national a d'ailleurs déjà trouvé à s'appliquer à EDF lors de l'acquisition, via sa filiale Synergie Développement Services (SDS) de la société Clemessy, en partenariat avec la COGEMA, selon un accord du 10 juin 1999. Par le biais de leurs filiales respectives, EDF et la COGEMA ont en effet acquis chacun 45% du capital de la société SRPG, détentrice de plus des deux tiers de la société Clemessy, la société Siemens France conservant les 10 % du capital de la SRPG qu'elle détenait auparavant.

L'opération a été notifiée le 17 septembre 1999 au Ministre de l'Economie et des Finances sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code de commerce, bien qu'une telle notification s'avérait facultative sous l'empire de la législation antérieure à la loi NRE précitée du 15 mai 2001. Par arrêté du 17 mars 2000, le ministre de l'économie et des finances et le secrétaire d'Etat à l'industrie, après avoir recueilli l'accord du Conseil de la concurrence, ont autorisé cette prise de contrôle de la société Clemessy, en assortissant cette autorisation de prescriptions destinées à prévenir les atteintes à la concurrence qu'étaient susceptible de créer les liens entre cette entreprise prestataire de services sur le marché de l'électricité et l'établissement public EDF.

Parmi ces prescriptions figure notamment l'obligation pour la société Clemessy de cesser ses relations commerciales avec les clients non éligibles avant le 18 septembre 2001, ainsi que l'obligation de publier des comptes analytiques séparés pour chacune des trois catégories de clients résultant de l'application des deux seuils de consommation issus de la loi du 10 février 2000. Au titre de ces mesures de

compensation, le syndicat CGT de la société Clemessy a attaqué l'arrêté d'autorisation du 17 mars 2000 devant le Conseil d'Etat.

A cette occasion, le Conseil d'Etat a pu préciser qu'en raison de l'organisation de la direction de Clemessy telle que prévue par l'accord du 10 juin 1999, et qui conférait en réalité à EDF une influence déterminante sur cette filiale commune, la société Clemessy devait être regardée comme une filiale d'EDF au sens de l'article 44 de la loi du 10 février 2002. Ainsi, une telle opération constituait bien une concentration au sens de l'article L. 430-2 du Code de commerce.

Sur le fond, il a été jugé que le fait que la société Clemessy soit désormais en mesure de présenter avec EDF des offres globales de fourniture d'électricité, d'installation et d'entretien d'équipements électriques justifiait que la concentration soit soumise à certaines prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence induites par l'opération, comme le permettent les dispositions issues de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. En l'espèce, ces mesures ont été considérées comme légales, au vu notamment des dispositions de la loi du 10 février 2000, pourtant postérieure à l'accord du 10 juin 1999. En conséquence, la requête du syndicat CGT a été rejetée (CE 11 juillet 2001 *Syndicat CGT de la Société Clemessy*, req. n° 222039, DA 2001 n° 209).

Plus récemment, le Conseil d'Etat a eu de nouveau à connaître d'une affaire impliquant EDF, en statuant à la fois sur le fondement du droit interne de la concurrence et sur celui de l'article 44 de la loi du 10 février 2000 et de la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 *concernant le marché intérieur de l'électricité*. Cette affaire, initiée par des associations de défense du consommateur et de l'environnement, ne concernait pas directement un cas de concentration, mais portait sur la légalité de l'offre "Vivrelec", par laquelle EDF proposait, en partenariat avec des entreprises de construction d'habitations, de favoriser l'installation et l'utilisation du chauffage électrique, en réalisant notamment des études thermiques personnalisées de conception

d'installations, ainsi que l'octroi de prêts à taux avantageux auprès d'organismes financiers.

S'agissant du droit de la concurrence, les associations requérantes invoquaient l'existence d'un abus de position dominante contraire aux articles 7 et 8 de l'ordonnance précitée du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce). Elles soutenaient à cet égard que l'offre "Vivrelec" favorisait la consommation de chauffage électrique par le biais de pratiques anticoncurrentielles, du fait notamment de l'octroi de prêts à des taux inférieurs à ceux du marché (en partenariat avec le Crédit foncier), et de la non répercussion sur la facture du coût réel de l'électricité destinée à couvrir ce besoin.

Déclarant un tel moyen recevable compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques (CE 3 novembre 1997 *Sté Million et Marais*, précité), le Commissaire du Gouvernement Maugué a considéré que le marché pertinent était en l'espèce celui de la construction neuve et de la rénovation, sur lequel l'énergie électrique dispose d'une situation qui, bien qu' "appréciable", est loin d'être exclusive ou dominante par rapport au gaz, au fioul ou à d'autres modes complémentaires. En l'an 2000, le chauffage électrique représentait ainsi 43% des parts de marché du chauffage dans les logements neufs. Le Commissaire du Gouvernement a donc conclu au rejet du moyen tiré de l'existence d'un abus de position dominante, ce qu'a admis le Conseil d'Etat en rejetant la requête (CE 25 novembre 2002 UFC- *Que Choisir et Greenpeace France*, n° 240 821, DA fév. 2003 n° 33 p. 24 , CJEG mars 2003 p. 178 concl. Maugué).

Ces arrêts récents du Conseil d'Etat attestent donc bien qu'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE serait en principe soumise au droit interne de la concurrence, si toutefois elle devait être contrôlée par les autorités nationales de la concurrence et sous réserve de non-application du droit communautaire,

### 3. Application à une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE

Au vu des éléments ci-dessus exposés, une opération de concentration impliquant EDF et GAZ DE FRANCE, si elle était soumise au contrôle national institué par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, pourrait manifestement donner lieu à une autorisation ministérielle assortie de prescriptions destinées à en limiter l'effet anticoncurrentiel. En l'état, la teneur exacte de ces compensations s'avère toutefois difficile à déterminer, compte tenu en particulier de la détermination des marchés pertinents et des marchés affectés par l'opération (v. *infra*).

La doctrine du ministère de l'économie et des finances en la matière peut cependant fournir quelques indications utiles.

**Il est ainsi considéré, d'une manière générale, que les concentrations réalisées entre des entreprises situées sur des marchés distincts ne peuvent être restrictives de concurrence** (*Lettre min. 13 mai 1998, BOCC 18 juin 1998, p. 331*). On voit là l'importance capitale que revêt la définition des marchés pertinents dans ce type de dossier.

S'agissant des éléments d'appréciation de l'atteinte à la concurrence, la diversité des opérations soumises au ministre de l'économie et le cas échéant au Conseil de la concurrence rend difficile de dégager une doctrine précise. Cette appréciation porte en effet à la fois sur les produits et prestations de services, sur la clientèle, sur les prix et sur l'étendue des marchés concurrentiels.

A titre indicatif, on notera que du point de vue des produits et services, l'atteinte à la concurrence est généralement relevée lorsque l'opération permet à l'entreprise de renforcer sa gamme de produits, notamment lorsqu'existe une concurrence sur le marché en aval (*Lettre min. 18 mars 1999, secteur biomédical BOCC 3 juin 1999, p. 292*)

Du point de vue de la clientèle, le fait que les clients soient en mesure de peser sur les prix ou de modifier la répartition de leurs approvisionnements pour faire jouer la concurrence est pris en considération (*Lettre min. 28 avril 1997, Société Legrand, concentration dans le secteur des éclairages de sécurité, BOCC 18 novembre 1997, p. 774*).

En ce qui concerne les prix, l'appréciation de l'atteinte à la concurrence portée par une concentration d'entreprises appelle souvent une analyse de l'évolution générale de la concurrence sur le marché considéré pendant plusieurs années, une telle analyse pouvant par exemple conduire le ministre à constater d'une part un développement sensible de la concurrence sur le marché en cause et d'autre part une croissance soutenue attestant que le mouvement de concentration affectant ce marché n'a pas entravé son ouverture concurrentielle (*Lettre min. 29 mai 2001, BOCC 23 septembre 2001, p. 797*).

Ainsi l'appréciation portée sur les prix ne conduit pas nécessairement à considérer qu'une concentration donnée sur un marché donné est anticoncurrentielle. Il en va par exemple ainsi lorsque le nouveau groupe sera confronté à une pression concurrentielle telle qu'il ne sera pas en mesure de mener une politique tarifaire indépendante des conditions du marché "*sous peine d'être immédiatement sanctionné par celui-ci*" (*Lettre min. 4 avril 1997, BOCC 29 avril 1997, p. 306*). Dans le même sens, selon le Conseil de la concurrence, une concentration d'entreprises n'est pas constitutive d'un renforcement de position dominante au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce lorsqu'elle ne procure pas à l'ensemble qui en résulte vis à vis de ses concurrents "*d'avantages déterminants d'ordre technologique, commercial, financier ou provenant de sa puissance d'achat ou de l'ampleur des économies d'échelles qu'il serait susceptible de réaliser*". Le fait de rester soumis à la pression de ses concurrents et au pouvoir de négociation des clients exclut donc un renforcement ou un abus de position dominante (*Conseil de la concurrence Avis n° 01-A-02 du 13 février 2001, Acquisition de Poma par Leitner, BOCC 21 janvier 2002, p. 10*).

En revanche, il est acquis que l'effet de réseau et les économies d'échelles qu'il permet sont un facteur essentiel d'appréciation de l'influence anticoncurrentielle de certaines concentrations (*Lettre min. 29 septembre 2000, BOCC 30 décembre 2000, p. 804*). En sens inverse, une concentration est jugée d'autant moins dangereuse pour la concurrence que les entreprises concernées restent exposées non seulement à la concurrence actuelle, mais également à la concurrence potentielle (*Lettre min. 7 juin 2000, BOCC 5 déc. 2000, p. 695*).

**Ces éléments d'appréciation permettent de considérer que l'appréciation des effets d'une fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE du point de vue de la concurrence par les autorités françaises ne pourrait diverger fondamentalement de celle qu'en auraient les autorités communautaires.**

Ici encore, des mesures correctrices seraient probablement imposées à la marge, notamment pour compenser d'éventuelles économies d'échelles résultant de la fusion, ou encore sur des marchés où le gaz et l'électricité se trouvent en concurrence, comme le chauffage individuel ou collectif (cf. CE 25 novembre 2002 UFC- *Que Choisir et Greenpeace France*, n° 240 821, précité), mais sans pour autant que la viabilité économique de la structure née de l'opération ne puisse être mise en cause.

Les remarques formulées en matière de droit communautaire quant au caractère distinct des marchés de l'électricité et du gaz, à l'absence d'addition de parts de marché et à l'ouverture des marchés (v. *supra*) valent en effet tout autant en droit interne de la concurrence.

**A l'instar de la Commission européenne, les autorités françaises de la concurrence seraient donc nécessairement amenées à prendre en considération l'environnement de plus en plus concurrentiel dans lequel évoluent EDF et GAZ DE FRANCE, ainsi que le fait que les deux établissements agissent sur des marchés distincts, pour constater qu'en définitive, une fusion des deux entreprises**

**publiques n'aurait pas d'incidences significatives quant à leurs positions actuelles sur les marchés français du gaz et de l'électricité, et ce d'autant moins que les deux entreprises publiques bénéficient déjà, depuis leur création, de structures communes.**

**Cela étant, il n'est pas impossible que, comme le relève le rapport de la Commission ROULET, l'issue d'un contrôle réalisé par les autorités nationales de la concurrence ne soit pas plus défavorable que celle d'un contrôle réalisé par la Commission européenne, dès lors que les autorités nationales ne pourraient en principe prendre en considération d'éventuels effets restrictifs de concurrence qu'envers le seul marché national, sur lequel EDF et GAZ DE FRANCE continuent de bénéficier de positions prépondérantes liées à leur statut d'opérateurs historiques.**

On rappellera enfin que la structure née de la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE ne bénéficierait, dans son fonctionnement comme dans son existence même, d'aucun régime dérogatoire du droit commun de la concurrence(voir l'arrêt précité CE 25 novembre 2002 UFC- *Que Choisir et Greenpeace France*, n° 240 821, sur l'offre "Vivrelec")., l'article 39 de la loi du 10 février 2000 telle que modifiée par la loi du 3 janvier 2003 prévoyant à cet égard que le Président de la Commission de régulation de l'énergie saisit le Conseil de la concurrence "*des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il a connaissance dans les secteurs de l'électricité ou du gaz naturel*"

\* \*

\*

En définitive, et par-delà l'application des législations communautaire et nationale dont on a vu qu'elles permettaient la réalisation d'une telle opération, la fusion d'EDF et de GAZ DE FRANCE devrait procéder d'une véritable volonté politique exprimée par les représentants de la Nation.

Fait à Paris, le 13 janvier 2005

Alain LEVY

# ANNEXES

- **Annexe n° 1** : Résolution du CSC des CMP du 14 octobre 2004
  
- **Annexe n° 2** : Répartition géographique du chiffre d'affaires de GAZ DE FRANCE (extrait des comptes publiés pour l'exercice 2003)
  
- **Annexe n° 3** : Répartition géographique du chiffre d'affaires d'EDF (extrait des comptes publiés pour l'exercice 2003)
  
- **Annexe n° 4** : Périmètre de consolidation du groupe EDF (tableau)
  
- **Annexe n° 5** : Courrier adressé le 7 octobre 2004 par les Présidents d'EDF et de GAZ DE FRANCE au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie
  
- **Annexe n° 6** : *Etude sur les conséquences possibles d'un rapprochement ou d'une fusion EDF/Gaz de France*
  
- **Annexe n° 7** : *Synthèse de l'étude de faisabilité d'une éventuelle fusion EDF-GDF réalisée à la demande de l'Agence des Participations de l'Etat (Cabinet BREDIN-PRAT – 16 septembre 2004)*