

Décision n°2002-C/C-68 du 12 septembre 2002

Affaire CONC-C/C-02/0050 : Electrabel Customer Solutions S.A. / Interмосane 2

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Interмосane S.C.R.L. (Secteur 2), intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Interмосane 2"), ayant son siège social à l'hôtel de ville de Liège ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 1er août 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Interмосane 2 au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 26 août 2002 ;

Vu la note transmise par la CREG en date du 14 août 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 4 septembre 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 14 août 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 4 septembre 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 29 août 2002 par la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 4 septembre 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes du 9 septembre 2002 et le courrier de leur conseil daté du même jour ;

Vu le courrier du 10 septembre 2002 transmis par le conseil de la S.A. Luminus précisant que cette dernière ne serait pas représentée à l'audience du 12 septembre mais confirmait les arguments exposés en cours d'instruction;

Vu le courrier du 11 septembre 2002 transmis par le conseil de la S.A. Nuon précisant que cette dernière ne serait pas représentée à l'audience du 12 septembre mais confirmait les arguments exposés en cours d'instruction;

Entendu à l'audience du 12 septembre 2002 :

- Monsieur le rapporteur P. Marchand ;
- Monsieur P. Baeten, Monsieur J. De Garcia, Maître D. Brinckman et Maître A. Vroninks pour les parties notifiantes

1. les parties notifiantes

1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

1.2. Vendeur

La scrl Interмосane (secteur 2) (ci-après "Interмосane 2") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Liège. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Interмосane 2 est une intercommunale mixte, c'est à dire qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Interмосane 2 devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

2. Description de l'opération

2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance") ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé dès 1996 de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Interfosane 2 prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (c'est-à-dire la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Interfosane 2, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas

exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par InterMosane 2, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5% du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un Mémoire of Understanding signé le 30 mars 2001.

2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de InterMosane 2 portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de InterMosane 2 visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé "Mémoire of Understanding entre InterMix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de InterMosane 2 adoptées le 1er juillet 2002. Le conseil d'administration de InterMosane 2 a, le 3 juin 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire of Understanding.

En contrepartie de cette cession de clientèle par InterMosane 2, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

3. Délais

La notification a été effectuée le 1er août 2002. Le délai visé à l'article 33 de la loi expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 17 septembre 2002.

4. Champ d'application

Les sociétés ECS et InterMosane 2 sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de InterMosane 2 de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

5. Marché concerné

5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

5.2. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité (cf. supra).

Intermosane 2 est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Interмосane 2 et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux

capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure assez significative.

6. Analyse concurrentielle

6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.285 GWh par les parties notifiantes, [CONFIDENTIEL] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [CONFIDENTIEL] %.

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière devrait être désignée comme le gestionnaire du réseau de transport.

6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart

se sont associées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées d'intercommunales mixtes car elles se sont adjoints les services d'un partenaire privé pour les assister dans la poursuite de leur mission. Ce partenaire privé est systématiquement Electrabel et actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée.

6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002) ;
- en Région flamande : plus de 1 GWh (plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003) ;
- en Région wallonne : supérieur ou égal à 20 GWh (supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002) ;
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 1er janvier 2003).

6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

6.5.1. Barrières juridiques

6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne à cet effet un fournisseur par défaut (en l'occurrence ECS). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois .

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné .

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiée se trouve dans son rapport annuel 2001, où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.

PAR CES MOTIFS

Le Conseil de la concurrence

Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :

- Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
- Les conditions contractuelles proposées par ECS et spécialement la durée des contrats;
- Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
- La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 18 octobre 2002 ;

Ainsi statué le 12 septembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.