

Décision n°2002-C/C-70 du 2 octobre 2002

Affaire CONC-C/C-02/52 : IEH S.C.R.L. / IGEHO S.C.R.L.

En cause de :

1. L'Intercommunale d'électricité du Hainaut S.C.R.L. (ci-après "IEH") ayant actuellement son siège social à l'hôtel de ville de Mons et immatriculée à la T.V.A. sous le numéro 223.414.061 ;

2. L'Intercommunale de gaz, d'électricité et de distribution de signaux analogues et numériques en Hainaut occidental S.C.R.L. (ci-après "IGEHO") ayant son siège social à l'hôtel de ville de Tournai, et immatriculée à la T.V.A. sous le numéro 202.500.366 ;

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

Vu la notification datée du 22 août 2002 d'une concentration qui consiste en un apport de la branche d'activités « électricité » (distribution et fourniture) de IGEHO à IEH;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 16 septembre 2002 ;

Entendu à l'audience du 2 octobre 2002 :

- Monsieur le rapporteur P. Marchand représentant le Corps des rapporteurs et Messieurs Benjamin Matagne et Axel Frennet du Service de la concurrence ;
- Messieurs F. Grifnee et M. Burtomboy représentant les parties notifiantes assistés par Maîtres A. Vroninks et V. Kasparian, avocats à Bruxelles ;

Après délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante.

1. les parties notifiantes

1.1. Acquéreur

L'Intercommunale d'électricité du Hainaut S.C.R.L. (ci-après "IEH") a comme activité principale la distribution et la fourniture d'électricité aux clients établis sur le territoire des communes affiliées des régions de Mons, La Louvière, Charleroi.

1.2. Vendeur

L'Intercommunale de gaz, d'électricité et de distribution de signaux analogues et numériques en Hainaut occidental S.C.R.L. (ci-après "IGEHO") a comme activité principale la distribution et la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la distribution de signaux analogiques et numériques aux clients établis sur le territoire des communes affiliées du Hainaut occidental

1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération notifiée vise la branche d'activité "électricité" (distribution et fourniture) de l'intercommunale IGEHO.

2. Description de l'opération

L'opération notifiée consiste en un apport de la branche d'activités « électricité » (distribution et fourniture) de IGEHO à IEH.

Le capital social d'IEH est augmenté de 97.592.317,16 € et est porté de 200.052.169,76 € à 297.644.486,92 € par création de 3.640.017 parts nouvelles.

En contrepartie de son apport de branche d'activité, IGEHO reçoit ces 3.640.017 parts de la catégorie A de IEH, réparties en 4.975 parts nouvelles de la catégorie A1 et 3.635.042 parts nouvelles de la catégorie A2, créées par IEH lors de l'augmentation de son capital.

Cet apport a, selon les parties notifiantes, pour principal objectif une rationalisation de leurs activités.

Il constitue en outre, toujours selon les parties notifiantes, une opération préalable à la concentration entre IEH et la S.A. Electrabel Customer Solutions (en abrégé, ECS) par laquelle IEH apporte sa clientèle éligible à ECS aussi longtemps que cette clientèle n'a pas choisi d'autre fournisseur. La société Electrabel Customer Solutions 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 Venootschap 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. 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.

3. Délais

Les assemblées générales extraordinaires de IEH et de IGEHO au cours desquelles a été approuvée la présente opération se sont déroulées respectivement les 27 et 30 mai 2002. La notification n'a été effectuée que le 22 août 2002, en dehors du délai prévu la loi.

Quant au délai visé à l'article 33 de la loi, il prend cours le 23 août 2002 et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue avant le 7 octobre 2002.

4. Obligation de notification

4.1. Position des parties

Selon les parties notifiantes, cette opération ne constitue pas une concentration au sens de la loi.

En effet, elles estiment que tant les parties à l'opération que le secteur d'activité concerné échappent à toute forme de concurrence économique en raison de la législation applicable en la matière pour deux raisons :

- d'une part, les intercommunales IEH et IGEHO ne peuvent, en vertu de l'article 5 § 1 du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, avoir un caractère commercial;
- d'autre part, l'activité qui fait l'objet de l'apport, à savoir la distribution d'électricité aux clients non éligibles, fait l'objet d'un monopole légal reconnu aux communes en vertu de l'article 30 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

Par conséquent, la branche d'activité "électricité" de IGEHO, transférée à l'intercommunale IEH ne relèverait pas d'une activité exposée à la concurrence économique, et les intercommunales ne voient pas en quoi cette opération pourrait restreindre la concurrence économique que la loi protège.

4.2. Position du Corps des rapporteurs

Le rapporteur dans son rapport motivé a fait savoir qu'il ne partage pas l'avis des parties dans la mesure où les arguments invoqués ne concernent pas l'obligation légale de notifier une concentration en vertu des articles 9 à 12 de la loi.

4.3. Décision du Conseil

L'article 47 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique stipule expressément que *les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les autorités publiques accordent des droits spéciaux ou exclusifs sont soumises aux dispositions de la présente loi dans les limites où cette application ne fait pas échec en droit ou en fait à la mission particulière qui leur est impartie par ou en vertu de la loi.*"

En outre, parmi les opérations considérées comme une concentration au sens de la L.P.C.E., l'article 9, §1, b), vise le cas où *une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.*" L'apport de l'activité électricité de IGEHO à IEH en échange d'actions de IEH entre bien dans ce cas de figure.

La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence se définit à titre principal par l'exercice d'une activité économique, et ce indépendamment notamment de la forme, de l'objet ou du mode de financement de celle-ci. (Arrêt de la C.J.C.E. du 23 avril 1991, Affaire C-41/90, Rec - I-01979, att. 21). Par activité économique, il faut entendre l'offre rémunérée de biens et de services sur le marché (Voir Arrêt de la C.J.C.E. du 16 juin 1987, Affaire 118/85 Commission des Communautés européennes contre République italienne. Rec. – 02599, att. 7).

Dans le cas présent, les parties ont comme activité la fourniture d'électricité des ménages et entreprises situés sur le territoire des communes affiliées.

Il ressort de ce qui précède que les parties notifiantes sont bien des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et qu'elles ont procédé à une concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Le fait que l'activité transférée soit toujours sous monopole des communes ne change en rien la conclusion que cette opération doit être notifiée puisque la loi ne fait pas une distinction concernant cette obligation selon que l'activité économique exercée soit sous monopole ou ouverte à la concurrence.

Enfin, il convient de rappeler que huit dossiers de concentrations ont été notifiés en 2002 au Conseil de la concurrence concernant à chaque fois d'une part, la S.A. E.C.S., filiale à 100 % d'Electrabel et d'autre part une intercommunale mixte. Le Conseil de la concurrence a déjà pris sept décisions dans lesquelles il constate qu'il s'agit d'opérations de concentrations entre entreprises au sens de l'article 9 de la loi.

Cette position a en outre déjà été adoptée par le Conseil de la concurrence dans l'affaire Luminus (décision n°2001-C/C-47) alors qu'elle concernait des intercommunales pures.

IEH et IGEHO devant par conséquent être considérées comme des entreprises, il y a lieu de constater que, sur la base des chiffres fournis par les parties au point 2.3.3 de la notification, les seuils des chiffres d'affaire 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

Dans le secteur de l'électricité, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués, 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 et que dès lors ni le Service de la concurrence, ni le Corps des Rapporteurs n'ont instruit cet aspect.

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.

Par conséquent, les marchés de produits concernés par la présente opération sont ceux de la distribution et de la fourniture d'électricité aux clients non-éligibles.

5.3. Marché géographique concerné

La Commission européenne considère que les différents marchés de l'électricité sont substantiellement de dimension nationale. Pour ce qui concerne les marchés de la distribution et de la fourniture à des clients finals, elle n'a toutefois pas déterminé s'il convenait de prendre en considération l'ensemble du territoire belge ou seulement l'espace géographique limité au territoire couvert par chaque intercommunale. (voir décision IV/M.493-Tractebel/Distrigaz (II)).

Selon les parties notifiantes, l'aire géographique à prendre en considération doit être limitée au territoire des communes affiliées aux deux intercommunales.

Le Conseil de la concurrence considère également sur base des éléments du dossier et en raison du fait que les activités concernées sont toujours sous monopole des communes, que le marché géographique pertinent doit être limité au territoire des communes affiliées.

6. Analyse concurrentielle

L'opération notifiée présente la caractéristique de ne constituer qu'un transfert d'une activité sous monopole, dans un secteur où les prix ne sont pas libres. Par conséquent, cette opération n'aura pas d'impact pour le consommateur.

Les parties détenant le monopole légal de distribution, leur part de marché sur le marché géographique sur lequel elles sont présentes s'élève tout naturellement à 100%. Elles n'ont pas de concurrents.

IEH et IGEHO ne sont par ailleurs actives que sur les marchés « protégés » de la gestion des réseaux de distribution locale en ce compris la fourniture à la clientèle non éligible située sur le territoire des communes affiliées à ces intercommunales.

7. Réaction des marchés

Compte tenu de la nature de l'opération notifiée, seuls les fournisseurs (ex : câbles,...) pourraient constater un certain renforcement du pouvoir de négociation de leur interlocuteur dans la mesure où celui-ci étend son territoire géographique et augmente par conséquent son nombre de clients.

L'opération de concentration notifiée n'a engendré aucune plainte auprès du Conseil de la concurrence d'aucun acteur économique (ni même de consommateur).

Vu la nature de l'activité transférée, le Corps des Rapporteurs a considéré ne pas devoir poursuivre plus avant les investigations sur l'opération en cause.

8. Conclusion

Sur base des éléments du dossier et pour ce qui a trait spécifiquement à l'apport de la branche d'activité « électricité » de IGEHO à IEH, le Conseil de la concurrence estime que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

Quant au caractère tardif de la notification, le Conseil estime qu'une amende telle que prévue par l'article 37 § 2 de la loi doit être infligée aux parties notifiantes pour avoir procédé à une concentration sans notification préalable.

Force est de constater que les parties notifiantes n'ont pas interrogé le Corps des rapporteurs sur l'obligation de notifier leur opération.

Il y a toutefois lieu de prendre en considération d'une part les explications fournies par les parties sur ce point et d'autre part le fait que les parties ont immédiatement notifié l'opération dès que l'information sur la nécessité de notifier leur a été transmise par le Service de la concurrence et le Corps des rapporteurs. Une amende de principe dont le montant sera modéré doit être dans ces conditions être prononcée.

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 ne suscite pas des doutes sérieux quant à son admissibilité ;
- Décide de la déclarer admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi ;
- Décide qu'en égard au caractère tardif de la notification, d'infliger aux parties notifiantes une amende de 500 € telle que prévue par l'article 37 § 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, pour avoir procédé à une concentration sans notification préalable ;

Ainsi statué le 2 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, Madame Marie-Claude Grégoire et Messieurs Jacques Schaar et Pierre Battard, Membres.