

AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE

Le Collège de la concurrence de l’Autorité Belge de la concurrence

Décision n° ABC-2014-I/O-15 du 18 juillet 2014
en application de l’article IV.48, 1° CDE
dans l’affaire

CONC-I/O-09-0015 MARCHE DE GROS DE L’ELECTRICITE

Table des matières

I. INTRODUCTION.....	3
1. Procédure	3
2. Projet motivé de décision.....	3
3. Observations écrites des parties intervenantes	3
3.1 RWE.....	3
3.2 Lampiris	3
3.3 La CREG.....	4
4. Observations écrites d’Electrabel	4
4.1 Sur la procédure.....	4
4.2 Sur les marchés affectés	5
4.2.1 Observations quant aux marchés de produits pertinents	5
4.2.2 Observations quant aux marchés géographiques pertinents	6
4.3 Sur la dominance d’Electrabel.....	7
4.4 Sur les abus de position dominante.....	8
4.5 Sur l’amende.....	10
II. APPRECIATION PAR LE COLLEGE	10
5. Questions de procédure soulevées par Electrabel.....	11
5.1 Défaut d’accès complet et effectif au dossier d’instruction.....	11
5.2 Qualification de la CREG comme ‘expert’	11
6. Les marchés à prendre en considération	11
7. La législation applicable	12
8. Compétence de l’ABC	12
9. Les marchés à prendre en considération et la position d’Electrabel sur ces marchés	13
9.1 Le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d’électricité en Belgique	13

9.2 Le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique	13
10. Les comportements reprochés à Electrabel	14
10.1 Eléments factuels	14
10.2 Remarques introductives	16
10.3 Le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique	17
10.3.1 Les retraits de capacités : cadre juridique	17
10.3.2 Une stratégie afin de relever les prix de l'électricité	19
10.3.3 La mise en vente de tranches de la réserve : le cadre juridique	20
10.3.4 L' « échelle de prix »	23
10.4 Le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique	26
11. Sanction.....	27

I. INTRODUCTION

1. Procédure

1. Le Collège se réfère à la description de la saisine dans les par. 82-113 du projet motivé de décision déposé par l'Auditorat le 29 novembre 2013.
2. Le président a constitué le Collège le 5 décembre 2013.
3. La CREG, Lampiris et RWE ont déposé des observations écrites le 21 février 2014.
4. Electrabel S.A., entreprise visée par le projet de décision motivé de l'auditorat (ci-après Electrabel) a déposé des observations écrites en réponse au Projet de décision et en réponse aux observations des parties intervenantes le 21 mars 2014 (ci-après la réplique).
5. Electrabel, la CREG, Lampiris et RWE ont été entendues en audience du 20 mai 2014.
6. La Commission européenne a reçu le 18 juin 2014 le projet de décision du Collège conformément à l'article 11(4) du Règlement du Conseil (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002.

2. Projet motivé de décision

7. Le projet motivé de décision de l'Auditorat joint en annexe fait partie intégrante de cette décision.

3. Observations écrites des parties intervenantes

3.1 RWE

8. RWE s'est exprimé sur la dimension géographique du marché de la réserve tertiaire qu'il considère comme étant de dimension régionale.
9. RWE étaye son argument en citant le couplage de marché et l'augmentation des capacités d'interconnexion.
10. Comme le soutient Electrabel, il est probable que RWE qualifie en réalité le marché de la production et de la vente en gros par une dimension régionale et non le marché de la réserve tertiaire.
11. RWE conclut donc qu'étant donné le couplage de marché, le préjudice calculé par l'auditeur est en réalité plus important encore que celui calculé sur base d'une dimension nationale.

3.2 Lampiris

12. Lampiris a abordé trois points dans ses observations : (i) l'impact des retraits de capacités alléguées sur le prix de rachat d'électricité, (ii) l'impact de ces retraits sur la croissance de Lampiris et (iii) l'existence de windfall profits.

13. Lampiris constate que (i) du fait de son recours à des achats notamment sur la bourse Belpex, ne pouvant couvrir la totalité de ses besoins par des produits forward, elle a été impactée par la politique de réserve (le retrait de capacités) menée par Electrabel. De plus, Lampiris signale que le prix Belpex a une influence « à tout le moins indirecte » sur le prix de rachat d'électricité rachetée par Lampiris, que ce soit sur la plate-forme Endex ou sur le marché « OTC » (Over-The-Counter)
14. De plus, Lampiris estime qu'elle (ii) a été impactée au niveau de sa croissance par la politique d'Electrabel.
15. Enfin, Lampiris estime qu'Electrabel a bénéficié de « windfall profits » liés à la répercussion de la valeur économique des quotas des gaz à effets de serre dans le prix de l'électricité sur le marché de gros alors qu'elle avait reçu ces quotas gratuitement pour la période 2005-2007.[Confidentiel].

3.3 La CREG

16. La CREG estime que les conclusions de l'étude 860 sont similaires à celles du projet de décision dans la mesure où elles concluent toutes les deux à l'existence d'un retrait de capacités disponibles non-offertes par Electrabel.
17. Bien que la CREG n'ait pu tenir compte de la non-simultanéité des décisions liées au processus d'optimisation (entre le moment où les offres sont faites et le moment où les nominations sont adressées à Elia) ni du processus d'optimisation, elle fait remarquer que ses conclusions sont similaires à l'analyse de l'auditeur. La CREG avait en effet constaté qu'il y avait des capacités non offertes alors que l'intervalle de prix se situait entre le coût de l'unité marginale et un prix de [<3000]€/MWh. Or, constate la CREG, Electrabel a la responsabilité d'utiliser les outils adéquats de manière à ce que toutes les capacités de production soient offertes. La CREG estime même que les négligences (comme pour les deux journées du [dates - confidentiel] lorsque le STO n'a pas été capable de soumettre les offres) peuvent profiter à Electrabel. En effet, la gestion des risques étant essentielle sur le marché de l'électricité, le manque de transparence et le retrait de capacités accentuent l'imprévisibilité des prix futurs et donc, la prime de risque, ce qui est préjudiciable pour les concurrents et les nouveaux entrants.

La CREG conclut que tant l'auditeur qu'elle-même arrivent par des méthodes différentes à des résultats similaires. En effet, Electrabel n'aurait pas soumis l'entièreté de sa production à un prix équitable, ce qui a mené à une augmentation de prix artificielle sur la bourse Belpex. La CREG estime que le fait que l'auditeur ait limité les retraits liés à la constitution de la Réserve CIPU d'Energie (para 758 du projet de décision) entraîne une sous-estimation de l'impact du comportement d'Electrabel.

4. Observations écrites d'Electrabel

4.1 Sur la procédure

1. Violation des droits de la défense d'Electrabel en raison de la désignation de la CREG en qualité d'expert

18. Electrabel a soulevé que la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz ("CREG") - qui est présentée par l'auditeur comme agissant dans la présente affaire en qualité « d'expert » ne remplissait en l'espèce pas les garanties d'impartialité requises pour tout expert de sorte que ses droits de la défense sont violés.

19. En particulier, Electrabel estime que la CREG a violé son devoir d'impartialité tant objective que subjective.
20. S'agissant de l'obligation d'impartialité objective, Electrabel souligne que la CREG ne pouvait pas jouer le rôle d'expert dans la mesure où elle avait clairement un intérêt personnel à la contestation. En effet, une de ses études, l'étude 860, a précisément provoqué l'instruction menant aux griefs retenus par l'auditeur dans le projet de décision. Or, porter la double casquette de plaignant /dénonciateur et d'expert soulève, selon Electrabel, des doutes sérieux par rapport aux droits de la défense et aux principes d'objectivité et d'impartialité directeurs des procédures devant l'ABC. Les apparences ainsi que plusieurs éléments factuels (tels que son intervention du 21 février 2014) confirmeraient, selon Electrabel, le bien-fondé de son étude 860 et, s'alignant sur les conclusions du projet de décision, rapprocheraient davantage la CREG d'un témoin à charge plutôt que d'un expert indépendant et ce, en violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ("CEDH").
21. S'agissant de l'obligation d'impartialité subjective, Electrabel considère que le fait pour la CREG de publiquement manifester dans son communiqué de presse en date du 7 février 2013 un parti pris suite à l'adoption du rapport motive du 7 février 2013, devenu ensuite la communication des griefs, violerait également, estime Electrabel, ses droits de la défense.
22. Electrabel estime que la violation de ses droits de la défense est à ce point grave qu'elle n'est pas réparable. Electrabel demande au collège de tirer les conséquences de l'existence d'une violation fondamentale et irréparable des droits de la défense d'Electrabel, et donc, de décider de ne pas traiter du fond de l'affaire.
 2. Violation du droit à un procès équitable en raison d'un défaut d'accès complet et effectif au dossier
23. Electrabel considère que ses droits de la défense ont été violés en l'absence d'accès à un inventaire détaillé de l'ensemble des pièces du dossier.
24. Conformément à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, en matière de concurrence, toutes les pièces du dossier d'instruction doivent être inventoriées et numérotées. L'inventaire doit également décrire aussi bien le contenu de chaque pièce que son nombre de pages. Or, il est manifeste que tel n'est pas le cas en l'espèce.
25. Electrabel considère également qu'elle n'a pas eu accès à certains documents, spécialement en ce qui concerne le volet « réserve tertiaire ». Dans ces conditions, il y a lieu, selon elle, d'éliminer lesdits fichiers manquants en tant que moyens de preuve.

4.2 Sur les marchés affectés

4.2.1 Observations quant aux marchés de produits pertinents

1. Allégations relatives aux retraits de capacité

26. Dans sa réponse à la CdG, Electrabel a mis en avant plusieurs arguments démontrant que le marché de produits pertinent est, non pas celui de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité, mais celui des échanges organisés d'électricité en day-ahead.
27. Une telle définition de marché de produits pertinent est, selon Electrabel, corroborée par l'auditeur même, ce dernier analysant tout au long de sa CdG le comportement d'Electrabel lorsqu'elle passe des ordres d'achat et de vente sur Belpex DAM et l'impact éventuel qu'un tel comportement aurait pu avoir sur les prix Belpex DAM.

28. De plus, Electrabel considère que l'auditeur a méconnu les principes européens de base en matière de définition de marché de produits. Ces principes consistent, pour commencer, à analyser la substitution du côté de la demande, c'est-à-dire à apprécier la substituabilité entre différents produits d'un point de vue qualitatif et technique. Si l'auditeur avait regardé en premier lieu le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead, estime Electrabel, il n'aurait pu que conclure qu'il existait des obstacles structurels à considérer ce marché comme substituable avec celui des produits achetés à terme (produits forward) et comme constituant avec ces produits un seul et unique marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité.
29. Premièrement, les transactions day-ahead et forward sont utilisées pour des objectifs différents, les premières étant utilisées par un fournisseur principalement afin de procéder à un équilibrage entre l'offre et la demande telle qu'elle est évaluée à proximité du jour de livraison, contrairement aux secondes qui servent principalement à couvrir la charge estimée sur base des contrats conclus à l'avance.
30. Deuxièmement, les différences soulignées ci-dessus entre le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead et le marché forward sont reflétées dans les différences – significative de prix observés pour ces deux produits, une telle différence de prix empêchant de considérer ces deux produits comme appartenant à un même marché de produits”.
31. Troisièmement, les échanges day-ahead et forward sont de nature différente, seuls les marchés day-ahead offrant la possibilité d'effectuer des transactions sur une base horaire et permettant ainsi une modulation mieux à même de couvrir le profil horaire. Par ailleurs, les échanges day-ahead sont plus flexibles en termes de volumes échangeables que les transactions forward. Il n'y a en effet, a priori, aucune restriction sur les quantités qui peuvent être achetées sur le marché des échanges organisés en day-ahead, celles-ci pouvant aller jusqu'à 0.1 MW, tandis que sur les plates-formes "Over-The-Counter" ("OTC") forward les achats se font par quantités standards de 5 à 25 MW.
32. Quatrièmement, les échanges day-ahead et forward offrent des possibilités et opportunités de transaction différentes, notamment en raison des types de produits et des niveaux de liquidités différents entre le marché forward et le marché day-ahead. En plus, ce dernier est plus accessible que le marché forward. En effet, grâce au couplage, sur la période concernée, entre les différentes bourses belges, française et néerlandaise, un acheteur sur Belpex DAM aura un accès automatique, selon Electrabel, à l'ensemble des offreurs potentiels sur ces bourses.

En conclusion de ses arguments, Electrabel soutient que l'auditeur est resté en défaut de prouver, en application du standard de preuve requis, que le marché pertinent est le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité. L'auditeur s'est affranchi de tous les principes de base relatifs à la définition de marché de produits pertinent tandis que ses allégations s'articulent autour des offres d'Electrabel sur Belpex DAM, montrant ainsi que le marché de produits pertinent est celui des échanges organisés d'électricité sur le marché day-ahead.

2. Allégations sur les pratiques relatives à la réserve tertiaire

33. L'auditeur a proposé de considérer le marché de la fourniture de réserve tertiaire comme un marché de produits distinct, ce à quoi Electrabel ne s'est pas opposé.

4.2.2 Observations quant aux marchés géographiques pertinents

1. Allégations relatives aux retraits de capacité

34. Dans sa réponse à la CdG, Electrabel a démontré, à titre principal, que le marché de produits pertinent, c'est-à-dire celui des échanges organisés d'électricité en day-ahead, a une dimension supranationale/régionale, et couvre, pour la période concernée, la Belgique, la France et les Pays-Bas ou, à tout le moins, la Belgique et/ou la France et/ou les Pays-Bas.
35. En effet, le couplage entre les bourses de ces trois pays a pour conséquence d'assurer une identité des prix sur le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead en France, en Belgique et aux Pays-Bas, sauf en cas de congestion des capacités d'interconnexions entre les trois pays. Or, vu le niveau de couplage élevé (la Belgique n'étant isolée que 1.3% du temps entre 2007-2010) et donc d'égalité des prix, l'auditeur aurait dû conclure, estime Electrabel, à l'existence d'un marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead à dimension supranationale/régionale. Une telle analyse serait conforme, selon Electrabel, aux précédents européens en la matière. En effet, cite Electrabel, la Commission a déjà considéré que l'existence d'un mécanisme de couplage et la convergence, voire l'égalité, des prix qui en résulte mène à une dimension supranationale/régionale du marché de produits.
36. Electrabel a également démontré, à titre subsidiaire, que le marché de produits défini par l'auditeur, c'est-à-dire le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité, doit être considéré comme supranational/régional.
37. Ainsi, selon Electrabel, en plus de la pression concurrentielle exercée par les pays avoisinants sur le marché day-ahead, ces derniers exercent tout autant une pression concurrentielle sur le niveau des prix forward.
38. En effet, l'analyse de corrélation (sur 2007-2010) entre les différents prix forward Y+1 observés sur ces trois marchés montre une très forte corrélation et donc une forte relation de dépendance entre les prix forward dans les trois pays. Ainsi, Electrabel considère qu'il peut en être déduit que les conditions de concurrence sur l'élément prix sont suffisamment homogènes pour qu'une concurrence effective s'exerce au sein de cette zone géographique étendue.

2. Allégations sur les pratiques relatives à la réserve tertiaire

39. Electrabel ne s'est pas opposé à la dimension nationale du marché de la fourniture de réserve tertiaire proposée par l'auditeur.

4.3 Sur la dominance d'Electrabel

1. Allégations relatives aux retraits de capacité

40. A titre principal, Electrabel a démontré dans sa réponse à la CdG qu'elle n'avait pas, selon elle, de position dominante sur le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead qu'elle considère de dimension supranationale/régionale. En effet, une entreprise ne peut pas être en position dominante lorsqu'elle est constamment soumise à une pression concurrentielle omniprésente. Or, la convergence quasi-continue des prix entre les bourses française, belge et néerlandaise démontrerait, selon Electrabel, qu'elle est constamment soumise à une pression concurrentielle des pays limitrophes sur ce marché, de telle sorte qu'elle ne pourrait exercer aucun pouvoir sur ce marché.
41. Cette absence de pouvoir quelconque sur le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead serait confirmée par une analyse de pivotalité proposée par Electrabel Cette étude démontre, selon Electrabel, que sur la période concernée (2007-2010), elle n'est, pour ainsi dire, jamais pivotale sur le marché day-ahead ($<0.1\%$).
42. L'absence de pouvoir quelconque sur le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead est également confirmée par une analyse des fréquences pendant lesquelles Electrabel était effectivement price-setter sur Belpex DAM. Au cours de la période 2007-2010, selon

Electrabel, elle ne déterminait quasiment jamais les prix sur Belpex DAM mais était 'price-taker' (preneur de prix) sur ce marché dans [95-100%] des cas. A contrario, Electrabel n'était price-setter sur Belpex DAM que dans [0-5%] des heures, cas qu'Electrabel ne pouvait d'ailleurs pas prévoir à l'avance.

43. En conséquence, Electrabel estime qu'elle ne peut pas être considérée comme dominante sur le marché des échanges organisés d'électricité en day-ahead dans la mesure elle n'a pas la possibilité de déterminer le prix sur Belpex DAM, et donc sur les marchés couplés avec celui-ci, de manière indépendante.
44. A titre subsidiaire, Electrabel a également démontré qu'elle n'est pas en position dominante sur le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité. Cette absence de dominance est également démontrée sur la base d'une analyse de pivotalité sur ce marché plus large.
45. L'étude de Compass Lexecon produite pour le compte d'Electrabel à cet effet calcule pour la période concernée le volume de capacité d'Electrabel qui était pivotal (indispensable) pendant une heure donnée afin de satisfaire la demande. Cette étude démontre qu'Electrabel n'était pas pivotale en Belgique en 2009 et 2010, était à peine pivotale en 2007 [$<1\%$] et était très faiblement pivotale en 2008 (approximativement [0-5%] du temps). L'absence ou les taux extrêmement faibles de pivotalité démontrent, selon Electrabel, l'absence de pouvoir de marché significatif et permanent, et donc de dominance, pendant la période concernée.
46. Au surplus, la prise en compte des capacités d'importations des pays voisins et du haut niveau de corrélation entre les prix français, belge et néerlandais, qui menait déjà à contester l'étendue nationale retenue par l'auditeur pour le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité, justifie, à tout le moins, selon Electrabel, de conclure à l'absence de sa position dominante sur ce marché, eu égard au faisceau de contraintes concurrentielles qui s'exerçaient constamment sur elle, en provenance des différents pays limitrophes et opérateurs actifs dans ces pays.

2. Allégations sur les pratiques relatives à la réserve tertiaire

47. Dans sa réponse à la CdG, Electrabel a mis en avant plusieurs critères qui selon elle, mettent à mal les conclusions de l'auditeur selon lesquelles Electrabel aurait occupé une position dominante sur le marché de la fourniture de services de réserve tertiaire.
48. D'une part, Electrabel estime que ses parts de marché ne sauraient lui conférer un quelconque pouvoir sur le marché, notamment en vue des parts de marché élevées de SPE et de la nature du marché, qui se caractérise par l'existence d'appels d'offres.
49. D'autre part, l'existence d'un acheteur unique, Elia, ne permet, selon Electrabel, de conférer à cette dernière, le pouvoir d'exercer une quelconque influence sur le marché.

4.4 Sur les abus de position dominante

1. Contexte juridique : la notion d'abus

50. Dans sa réponse à la CdG, Electrabel explique pourquoi, à son avis, son comportement ne saurait être considéré comme abusif lorsque celui-ci, et son impact, sont appréciés en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du secteur de l'électricité.
51. A cet égard, Electrabel souligne tout d'abord que si la démonstration par le Collège du caractère délibéré et intentionnel du comportement n'est pas requise pour conclure à l'existence d'un abus, le constat d'une telle absence est une étape importante dans le raisonnement qu'il appartient au Collège de suivre. C'est en effet l'absence d'une telle stratégie

qui amènera celui-ci à s'interroger sur les raisons du comportement mis en cause et l'adéquation de celui-ci à l'objectif poursuivi.

52. De même, Electrabel explique que, vu son statut d'ancien monopole, elle est soumise à davantage de contraintes en termes de risques et obligations supplémentaires, notamment en matière de réserves, élément qui doit être pris en compte dans l'appréciation de son comportement.
53. Enfin, concernant les conditions constitutives d'un abus d'exploitation, Electrabel considère que:
 - a. le Collège se doit de prendre en compte la nature des pratiques incriminées et le cadre dans lequel elles s'inscrivent avant de conclure que la pratique en cause est susceptible de constituer un abus;
 - b. un abus ne peut exister en présence d'une justification objective. A cet égard, il incombe d'abord à l'Auditeur de prouver le caractère anormal de la pratique au vu des spécificités du marché et de son cadre réglementaire;
 - c. le préjudice au consommateur doit être direct/ immédiat, ce qui en tout cas ne pourra pas être le cas lorsque l'entreprise démontre que l'impact global de la pratique en cause est positif pour le consommateur.

2. Allégations relatives aux retraits de capacité

54. Electrabel a fait trois arguments successifs en réponse à l'allégation relative à l'existence de retraits de capacité abusifs.
55. Tout d'abord, Electrabel défend que sa politique ne saurait constituer une violation des articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement art. 82 TCE).
56. Qui plus est, à défaut d'identification préalable du comportement en cause, par la loi et/ou la jurisprudence, comme susceptible de constituer un abus, le grief articulé contre Electrabel viole les articles 7 CEDH et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ("la Charte").

Ce n'est dès lors qu'à titre subsidiaire qu'Electrabel démontre que les deux conditions constitutives d'un abus selon l'Auditeur, à savoir, d'une part, l'existence d'une limitation non-justifiée de la production et, d'autre part, l'existence d'un préjudice direct/immédiat au consommateur ne sont pas remplies dès lors que la politique de réserve mise en cause, appréciée dans son ensemble, a, selon Electrabel, des effets positifs.

3. Allégations sur les pratiques relatives à la réserve tertiaire

57. Electrabel a fait quatre arguments successifs en réponse à l'allégation concernant l'existence de pratiques abusives relatives à la réserve tertiaire.
58. Tout d'abord, Electrabel considère que les reproches de l'auditeur doivent être assimilés à une violation contractuelle, tombant hors du champ du droit de la concurrence.
59. De plus, Electrabel établit qu'en l'absence de position dominante sur le marché de la fourniture de services de réserve tertiaire, elle ne peut pas abuser d'une telle position.
60. De même, Electrabel prouve, selon elle, que les arguments et calculs de l'auditeur ne permettent pas d'établir la matérialité des pratiques incriminées.
61. Ce n'est dès lors qu'à titre subsidiaire qu'Electrabel démontre que les pratiques alléguées n'ont, selon elle, causé aucun préjudice au consommateur.

4.5 Sur l'amende

1. Allégations relatives aux retraits de capacité

62. Comme argument principal, Electrabel a soulevé en réponse à la CdG que les prétendus abus, pour autant qu'ils soient établis, ne justifient pas, selon elle, d'une amende.
63. En effet, même si le Collège arrivait à la conclusion que la constitution d'une réserve de [$>1050-1350$] MWh constitue un abus, il n'en reste pas moins que les obligations de réserve imposées par Elia dans le cadre des contrats CIPU et ARP n'étaient et ne sont toujours pas clairement définies. Dans ces circonstances et en l'absence de la constitution d'une réserve manifestement anormale, l'imposition d'une amende n'est, selon Electrabel, pas justifiée.
64. Il en est d'autant ainsi que jusqu'à présent aucun abus n'a été établi ni a fortiori une amende a été imposée pour un comportement tel que celui mis en cause dans la présente affaire. En d'autres termes, l'imposition d'une amende violerait, estime Electrabel, le principe de sécurité juridique tel que prôné par les articles 7 CEDH et 49 de la Charte.
65. La pratique décisionnelle de la Commission confirme, selon Electrabel, qu'il n'y a pas lieu d'imposer une amende en cas de pratiques nouvelles et/ou très complexes.
66. A titre subsidiaire, Electrabel critique l'application des lignes directrices et notamment le fait que le chiffre d'affaires de référence serait celui réalisé sur le marché de gros. En effet, suivant les termes mêmes des lignes directrices et conformément à la jurisprudence en la matière, elle estime que le Collège devrait se limiter au chiffre d'affaires réalisé sur le marché où le comportement litigieux a eu lieu, à savoir le marché Belpex DAM.
67. A tout le moins, l'incertitude entourant l'étendue des obligations de réserve imposées à Electrabel constitue, selon elle, une circonstance atténuante justifiant une réduction d'amende.

2. Allégations sur les pratiques relatives à la réserve tertiaire

68. Dans sa réponse à la CdG, en sus de la considération que l'imposition d'une amende n'est pas justifiée dans le cas d'espèce selon Electrabel, le caractère disproportionné de l'application d'un facteur de gravité de 30% a été discuté par Electrabel.

II. APPRECIATION PAR LE COLLEGE

69. Avant de discuter des abondantes écritures contenues dans le rapport l'Auditorat, et des observations d'Electrabel et des tierces parties, le Collège entend formuler quelques remarques liminaires. La nature du système institutionnel et processuel organisé par le Livre IV du Code de Droit Economique ainsi que l'obligation de célérité qu'impose le délai obligatoire d'un mois pour statuer, assignent au Collège une fonction de contrôle des allégations formées devant lui. Dans ce contexte, le Collège aspire à exercer un contrôle "normal", plein et entier des faits, du droit, et des appréciations économiques complexes contenues dans le rapport de l'Auditorat, et non à parfaire, refaire ou corriger l'examen conduit par ce dernier comme cela fût parfois le cas sous l'empire du droit antérieurement applicable. Sur ce dernier point, notamment, le Collège entend en particulier contrôler l'exactitude matérielle, la cohérence, l'exhaustivité et la fiabilité des données avancées par l'auditeur.

5. Questions de procédure soulevées par Electrabel

5.1 Défaut d'accès complet et effectif au dossier d'instruction

70. Le Collège considère que les parties défenderesses doivent avoir accès à toutes les pièces qui constituent le dossier d'instruction, au moins dans une version non confidentielle, il étant entendu que des versions de pièces auxquelles une partie défenderesse n'a pas eu accès ne peuvent faire partie du dossier de procédure soumis au Collège conformément aux articles IV.42, §5, 1ère alinéa et IV.45, § 7 CDE. Afin d'avoir un accès effectif, les parties défenderesses doivent recevoir un inventaire qui permet d'identifier les pièces et d'avoir une idée des sujets traités et la nature des pièces. L'auditorat n'est pas tenu de donner un résumé des pièces.

Tout éventuel oubli ou erreur peut être rectifié au moins avant le dépôt du projet motivé de décision qui fait couler les délais de défense dans la procédure devant le Collège. La possibilité d'avoir accès au dossier d'instruction après la communication des griefs prévue à l'article IV.42, § 4 CDE a pour seul effet juridique de permettre aux parties défenderesses d'identifier les documents qu'elles désirent ajouter au dossier de procédure eu égard à l'article IV.45, § 3, 2ème alinéa.

5.2 Qualification de la CREG comme 'expert'

71. L'article IV.41, § 3 CDE *in fine* dispose que l'auditeur général peut commettre des experts (*deskundigen aanstellen*) dans le cadre d'une perquisition et le § 3 de la même disposition prévoit que les administrations publiques prêtent leur concours aux auditeurs dans l'exécution de leur mission. Rien dans ces dispositions et la pratique constante des organes successifs d'instruction suggère que la notion d'expert doit être comprise dans le sens d'expert judiciaire suggéré par Electrabel. Le Code judiciaire n'est d'ailleurs pas applicable aux instructions et procédures décisionnelles de l'ABC. Il résulte par contre du texte de l'article IV.41, § 3 CDE que l'auditeur pouvait faire appel à la CREG dans sa qualité d'administration publique.
72. Le Collège rappelle par ailleurs que dans l'espèce la CREG bénéficie d'un statut préférentiel comme prévu à l'article IV.45, § 5, 2ème alinéa CDE. Dans le cadre de cette coopération le régulateur sectoriel a comme mission d'avoir une opinion sur le fonctionnement des marchés concernés.
73. Le Collège considère que les modalités auxquelles Electrabel fait référence dans les paragraphes 26 et suivants de ses observations écrites du 21 mars 2014 (ci-après les Observations d'Electrabel) concernent la façon dans laquelle l'auditeur a désiré organiser la coopération entre les autorités dans le cadre de son instruction, et ne répondent à une aucune obligation juridique. La portée des questions posées par l'auditeur aux fonctionnaires de la CREG ne saurait limiter la portée des compétences du régulateur et son droit de formuler des observations additionnelles.
74. Le Collège considère en outre que la qualification d'une source d'information par l'auditeur pendant l'instruction ou dans son projet de décision motivé ne produit pas des effets juridiques pour autant que le Collège peut apprécier en connaissance de cause le poids qu'il désire donner aux informations reçues ayant pris connaissance des observations de la partie défenderesse.

6. Les marchés à prendre en considération

75. Le Collège rejoint les conclusions de l'Auditorat au sujet de la définition des produits et des marchés géographiques à prendre en considération dans cette décision.

76. Il ressort de l'instruction que les comportements reprochés à Electrabel doivent être analysés à l'aune des interrelations existant entre les différents modes d'achat et de vente de l'électricité en gros et notamment, de la possibilité pour un nombre significatif d'opérateurs d'arbitrer entre les échanges sur la plate-forme Belpex en day ahead et les autres modes d'achat à leur disposition (intra day, OTC, forward). Le degré d'interchangeabilité entre ces différentes formules de vente et d'achat permet de conclure que l'Auditorat a démontré que les différents modes d'achat appartiennent au même marché pertinent. Notamment, il n'est nulle part contesté que la plate-forme Belpex constitue un marché d'« ajustement » pour les autres modes d'achat et de vente d'électricité, et qu'elle constitue l'un des substituts aux transactions ordinaires OTC pour les opérateurs.
77. L'analyse de marché approfondie de l'auditeur mène par ailleurs à la conclusion que l'appréciation du marché géographique du marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité retenue par la Commission Européenne dans sa décision du 12 novembre 2009 dans l'affaire COMP/M.5549 EDF/Segebel est celle pertinente pour les années 2007 à 2010 qui constituent la période de référence de cette décision. Dans cette décision la Commission a analysé les évolutions du marché auxquelles se réfèrent les Observations d'Electrabel.
78. Le Collège considère dès lors que les marchés à prendre en considération sont :
- a. Le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique, et
 - b. Le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique.

7. La législation applicable

79. Le Collège considère que les comportements reprochés à Electrabel doivent être examinés à la lumière de l'article 3 de la LPCE et de l'article 82 TCE (désormais article 102 TFUE).

8. Compétence de l'ABC

80. Electrabel argue que les comportements qui lui sont reprochés relèvent des « dispositions du code civil applicables aux relations contractuelles » ou encore de la compétence normative des « règles propres au secteur de l'électricité ».
81. Le Collège tient à rappeler que les interdictions énoncées dans les articles 2 et 3 de la LPCE et 101 et 102 TFUE (anciennement 81 et 82 TCE) constituent des règles d'ordre public, dont l'applicabilité est indépendante et autonome d'autres branches du droit qui visent des objectifs différents. En conséquence, l'applicabilité d'autres règles de droit à une situation de fait n'épuise en principe pas la compétence normative des règles de concurrence sur cette même situation.
82. C'est pourquoi le Collège partage la conclusion de l'Auditorat. Il tient à cet égard à rappeler qu'il est de pratique jurisprudentielle constante, en droit belge et européen, d'affirmer la compétence normative du droit de la concurrence sur des situations de fait relevant, parallèlement, d'autres corps de règles. C'est ainsi que dans l'affaire AstraZeneca, la Commission européenne, le Tribunal de l'UE, et la Cour de Justice de l'UE ont pu considérer que le droit européen de la concurrence s'appliquait à des pratiques parallèlement gouvernées par le droit des brevets et des certificats complémentaires de protection.
83. Le Collège tient à préciser que les questions soulevées dans ce cas doivent être distinguées des hypothèses envisagées par le Collège dans ses décisions *Touring* et *Decaux*. La décision *Touring* concernait l'exercice par l'ABC du contrôle des concentrations tenant compte des

aspects déjà traités par le régulateur sectoriel dans l'exercice de ses pouvoirs *ex ante* et en appréciant le risque de comportements illicites eu égard aux possibilités de contrôle *ex post* du régulateur sectoriel¹. La décision Decaux concernait la mesure dans laquelle l'autorité de concurrence est compétente pour apprécier ces éléments d'un dossier qui font l'objet de règles plus spécifiques afin d'organiser la libre concurrence et assorties de voies de recours spécifiques².

84. Les lois applicables à la présente affaire prévoient au contraire que l'ABC exerce des compétences complémentaires et indépendantes à celles détenues par la CREG, comme le démontre la communication de l'étude 860 par la CREG à l'ABC conformément à l'article 23bis, alinéa 3 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.
85. Le Collège rappelle que les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire et l'autorité ont des compétences concurrentes pour la mise en œuvre des règles de concurrence. La compétence des Cours et Tribunaux pour l'appréciation d'un contrat à la lumière des règles de concurrence et du droit des contrats n'évince pas la compétence de l'ABC pour apprécier la légalité d'un contrat au regard du droit de la concurrence.

9. Les marchés à prendre en considération et la position d'Electrabel sur ces marchés

9.1 Le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique

86. Le Collège partage la conclusion de l'Auditorat selon laquelle Electrabel détenait une position dominante sur le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique au cours de la période de référence.
87. Le Collège acte le différend existant entre l'Auditorat et Electrabel quant à l'inclusion ou l'exclusion des unités non-flexibles dans l'appréciation de la prétendue « pivotalité » d'Electrabel. Le Collège estime que les deux thèses en présence sont convaincantes et soutenues par la jurisprudence. En suivant l'avis du directeur des études économiques exprimé en audience il opte plutôt pour l'inclusion mais considère comme il l'a fait remarquer que le taux de pivotalité n'est pas le seul élément à prendre en considération pour l'appréciation d'une position dominante. La capacité totale de production, les parts de marché sur le marché en cause ainsi que sur le marché en aval, et la liquidité encore limitée du marché au cours de la période litigieuse³ permettent de conclure qu'Electrabel détenait une position dominante sur le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce de l'électricité en Belgique dans les années 2007 à 2010.

9.2 Le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique

88. Le Collège partage la conclusion de l'Auditorat qu'Electrabel occupait une position dominante sur le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique au cours des années 2006 et 2007.

¹ Décision n° BMA-2013-02. V.

http://economie.fgov.be/en/entreprises/competition/competition_case_law/belgian_competition_authority/decisions_concentrations/2013.jsp

² Affaire C-457/10P, 6 décembre 2012.

³ Par. 296 et suiv. des Observations d'Electrabel.

10. Les comportements reprochés à Electrabel

10.1 Eléments factuels

89. Le Collège a tenté de synthétiser les abondantes données chiffrées contenues dans les écritures de l’Auditeur afin d’apprécier l’impact des comportements reprochés à Electrabel sur le marché, et notamment, le placement, par les traders d’Electrabel d’ordres d’achat ou de vente de sa réserve de [0-300MWh] selon une échelle de marge (et non de prix) sur le marché spot Belpex en day-ahead. Ce travail de synthèse se trouve résumé dans le tableau suivant :

<i>Impact des pratiques critiquées dans le premier grief</i>	2007	2008	2009	2010
CA total d’Electrabel (mio€)⁴	12 174	14 668	14 139	14 833
CA total d’⁵ Electrabel sur le marché en cause (mio€)⁶	[confid.]	[confid.]	[confid.]	[confid.]
CA réalisé par Electrabel sur le marché en cause suite à la vente de [0-300] MWh à l’échelle de marges considérée (mio€)⁷	[confid.]	[confid.]	[confid.]	[confid.]
Bénéfice réalisé par Electrabel suite à la vente [0-300] MWh sur Belpex, calcul de l’Auditorat⁸ (mio€)⁹	[confid.]	[confid.]	[confid.]	[confid.] ¹⁰
Occurrence impact [0-300] MWh¹¹ (%h)	12.6 (68)	15.7 (78.5)	4.2 (71,6)	6.2 (49.7)
Offres de vente [0-300] MWh¹² (%h)	28	22.9	5.6	24.9
Impact sur Belpex [0-300] MWh¹³ (h)	153	1227	345	171
Impact sur Belpex [0-300] MWh (%h)	1.7	14	3.9	1.9
Impact [0-300] MWh¹⁴ (mio€)	3 à 5	16 à 25	3 à 4	1

⁴ Comptes annuels Electrabel.

⁵ mdg : le marché de la génération, de la vente en gros et de la négoce d’électricité en Belgique.

⁶ Par. 3048 du Projet et réponse d’Electrabel du 3 juin 2014.

⁷ Réponse d’Electrabel du 3 juin 2014.

⁸ Par. 1505 du Projet.

⁹ Il existe un rapport surprenant entre les chiffres d’affaires (colonne supérieure) et les bénéfices calculés par l’Auditeur sur Belpex après application de l’échelle de marge. Cette différence laisse supposer une erreur de calcul. N’ayant pas pu faire l’objet d’un débat en audience avec l’Auditorat et les parties, ces estimations ne sont pas considérées pertinentes par le Collège.

¹⁰ 1^{er} et 2^{ème} semestre.

¹¹ Pourcentage du total des heures de l’année (8760) pendant lesquelles un surplus de [0-300] MWh aurait pu selon l’Auditorat être offert à un prix inférieur à ceux de l’échelle des prix ; et entre parenthèses pourcentage des heures de l’année pendant lesquelles le retrait du surplus de réserve aurait eu un impact indépendamment des offres de ‘vente’ conformément à une échelle des prix. V. par. du Projet : 2637 (2637), 2652 (2553), 2668 (2669) et 2683 (2684).

¹² Pourcentage du total des heures de l’année durant lequel la réserve de [0-300] MWh a été offerte à la vente. V. par de Projet 2637, 2652, 2668 et 2683.

¹³ Par. du Projet : 2646, 2662, 2680 et 2595.

¹⁴ Par. du Projet : 2646, 2662, 2680 et 2595.

VERSION PUBLIQUE

Impact [0-300] MWh (% CA mdg)	[<1]	[<1]	[<1]	[<1]
Marge tarif vente [0-300] MWh (%)¹⁵	[30-150]	[10-100]	[40-160]	[30-150]
Marge moyenne réelle¹⁶ (€/MW)	[confid.]	[confid.]	[confid.]	[confid.]
Prime de risque vente [0-300] MWh¹⁷ (€/MW)	[confid.]	[confid.]	[confid.]	[confid.]
Dommage selon Auditorat [0-300] MWh (mio €)¹⁸	19.6 à 29.4			
Dommage selon Auditorat [0-300] MWh (% CA mdg Electrabel 2007-2010)	[<1]			
Occurrence 'retrait' > [>1050-1350] MWh (%h)¹⁹		34 (66)		
Impact sur Belpex > [>1050-1350] MWh²⁰ (h)		507		
Impact sur Belpex > [>1050-1350] MWh (%h)		5.7		
Impact sur Belpex > [>1050-1350] MWh²¹ (mio€)		9 à 13		
Impact sur Belpex > [>1050-1350] MWh (%CA mdg)				
Dommage total selon Auditorat²² (mio€)	23 à 35			
Gain net selon Electrabel²³	24 à 37 mio euros			

<i>Impact des pratiques critiquées dans le</i>	2006	2007	2008	2009	2010
---	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------

¹⁵ Pourcentage que représente une marge de [>0-60] euros/MWh par rapport à la moyenne du prix Belpex DAM mentionné dans le par. 1489 du Projet et prix moyen de 41.69 €/MWh calculé pour 2007 sur base du Doc. 2775 du dossier de procédure constitué par l'Auditorat.

¹⁶ Par. 1498 du Projet, G.

¹⁷ Par. 1498 du Projet, E-F ([...]).

¹⁸ Par. 2881 du Projet.

¹⁹ Pourcentage du total des heures de l'année pendant lesquelles un surplus supérieur à [>1050-1350] MWh aurait pu être offert à un prix inférieur à ceux de l'échelle des prix ; et entre parenthèses pourcentage des heures de l'année pendant lesquelles le retrait du surplus avec effet sur le prix. V. par. 1719 (2717) du Projet.

²⁰ Par. 2740 du Projet.

²¹ Par. 2740 du Projet.

²² Par. du Projet : 2882 et 28844.

²³ Montant ajusté dans le par. 417 des Observations d'Electrabel. Par. 2791 du Projet faisait état d'un montant 111-167 mio euros.

<i>deuxième grief</i>					
CA réserve tertiaire²⁴ (mio€)		[confid.]			
Impact (mio€)²⁵	[0-1]	[0-1]			
Impact (%CA tertiaire)		[0-5]			
Domage²⁶ (mio€)	[0-1]	[0-1]			
Domage (%CA tertiaire)		[0-1]			
Domage (%CA Electrabel)	[<0.01]	[<0.01]			

10.2 Remarques introductives

90. Les prix de l'énergie ont un impact direct, immédiat et significatif sur le pouvoir d'achat des consommateurs et sur la compétitivité des entreprises en Belgique.²⁷ La responsabilité particulière qui incombe à toute entreprise en position dominante prend donc une évidente acuité dans un secteur aussi sensible et important que celui de l'électricité.²⁸
91. Cette responsabilité particulière lui impose de (i) garantir la *sécurité* des approvisionnements énergétiques sur le marché ; de (ii) préserver l'*efficacité* économique du marché, en pratiquant une politique tarifaire non abusive et en s'abstenant d'exclure abusivement ses rivaux aussi efficaces; et (iii) d'œuvrer à l'*intégrité* du marché en renonçant à tout comportement susceptible de compromettre la confiance légitime des opérateurs dans le fonctionnement du marché.
92. Toutefois, en sus de ces obligations générales, aucune réglementation spécifique ne venait au cours de la période concernée (2007-2010) imposer aux fournisseurs d'électricité d'offrir aux acheteurs directs et indirects le meilleur prix possible. Le Collège remarque que la réglementation européenne des marchés de l'électricité en vigueur pendant les années 2007 à 2010²⁹ se limitait à prescrire des obligations de transparence et de non-discrimination.³⁰

²⁴ Par. 3121 du Projet.

²⁵ Par. 3024 du Projet.

²⁶ Estimé égal à impact.

²⁷ V. par exemple BNB, *Rapport 2008 – Evolution économique et financière*, 122 ; et *Rapport 2011 – Evolution économique et financière*, 86-87. V. aussi V. Bagniet et D. Dury, 'les marchés de l'énergie et la macroéconomie', *Revue Economique*, septembre 2010, 66-88. V. toutefois au sujet d'un moindre impact du prix de l'électricité en 2008-2009 : BNB, *Rapport 2010 – Evolution économique et financière*, 79 ; BNB, *Rapport 2009 – Evolution économique et financière*, 135.

²⁸ Par. 1269 du Projet.

²⁹ 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, JO L 176 du 15.7.2003, p. 37, et notamment les articles 11(7), 14(6) et 23(1,f). Les accents dans les dispositions qui concernent les obligations des entreprises de la réglementation actuelle sont en substance les mêmes. Voir Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211, 14.08.2009, p. 55-93, et notamment les articles 12(f), 15(7) et 25(6). Les Etats membres avaient l'obligation de se conformer à cette directive avant le 3 mars 2011.

³⁰ L'objectif d'efficacité n'a été explicité de manière plus préminente que dans la description de la mission de l'autorité de régulation dans la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 qui devait être transposée en 2011. Comparaison des articles 23 de la directive 2003/54/CE avec les articles 36 et 37 de la directive 2009/72/CE.

Certes, le Règlement REMIT du 25 octobre 2011³¹ est venu introduire des sujétions supplémentaires sur les fournisseurs d'électricité, en leur interdisant notamment de se livrer à toute pratique de manipulation de marché. Cependant, le Règlement REMIT est entré en vigueur le 29 décembre 2011, soit après les faits reprochés à Electrabel par le projet de décision. Or, même si un Règlement ou tout autre instrument législatif fait l'objet d'une lente gestation jusqu'à son adoption définitive, les entreprises n'ont pas pour obligation d'anticiper une législation en projet. Plus fondamentalement, une violation du Règlement REMIT – voire plus généralement toute violation du droit – par une entreprise dominante ne saurait constituer, ipso jure, un comportement abusif illicite au sens du droit de la concurrence. Une telle interprétation reviendrait à transformer les autorités de concurrence en juges de droit commun, compétentes pour apprécier le comportement d'entreprises dominantes au regard de dispositions juridiques de toutes sortes. Ceci ne peut pas, de toute évidence, être l'état du droit positif.

10.3 Le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique

10.3.1 Les retraits de capacités : cadre juridique

93. Un retrait de capacité constitue une préoccupation légitime pour les autorités de concurrence. La limitation de l'offre qui en résulte peut en effet déboucher sur une inflation artificielle des prix sur le marché concerné.
94. L'un des modes opératoires d'un retrait de capacité dans le secteur de l'électricité consiste à ne pas offrir à la vente des MWh dont le coût est pourtant inférieur au prix demandé sur le marché. Ce « sacrifice » de capacité, s'il n'a pas d'autre justification (obligations contractuelles en matière d'équilibrage, constitution d'une réserve propre aux fins de maintenance), peut conduire à une augmentation des prix. On parle, le cas échéant, de « retrait physique ».
95. Une entreprise électrique peut organiser un retrait physique de diverses manières, et notamment en gonflant artificiellement ses réserves de capacités destinées à l'équilibrage. C'est l'une des théories d'atteinte à la concurrence que semble poursuivre l'Auditeur dans son projet de décision.
96. Au regard du droit de la concurrence, un retrait de capacité est une pratique dont le résultat est « l'exploitation » des clients et dont l'instrument est une stratégie consistant à « limiter ... la production ».
97. En conséquence, les retraits de capacités doivent d'abord être examinés à la lumière des articles 3, 2^o alinéa (2^o) LPCE et 102, 2^o alinéa (b) TFUE (anciennement article 82 TCFE), qui évoquent des pratiques abusives consistant à « limiter ... la production ».
98. La Commission a indiqué, dans sa décision P&I qu'elle n'accepterait d'intervenir à l'encontre d'un abus d'exploitation par limitation de la production au sens de l'article 102 2^o alinéa (b) qu'en présence de « preuves claires et incontestables qu'une partie très significative de la demande est privée d'un service dont elle a manifestement besoin »³²
99. Au regard de cette jurisprudence, le Collège considère que le simple fait de constituer une réserve additionnelle de [0-300] MWh – voire même de [0-300] MWh – dans l'objectif prétendu de satisfaire à des obligations d'équilibrage sans s'exposer aux conséquences pécuniaires contractuelles y afférentes, ne constitue pas un abus manifeste.

³¹ Règlement du Parlement et du Conseil (UE) n° 1227/2011 du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'électricité (le Règlement REMIT), JO 2011 L 326/1.

³² Voir P&I Clubs, IGA and P&I Clubs, Pooling Agreement Commission Decision (IV/D-1/30.373 and IV/D-1/37.143) 1999/329/EC [1999] OJ L125/12, §128 : « there is clear and uncontroversial evidence that a very substantial share of the demand is being deprived of a service that it manifestly needs »

100. Tout d'abord, les offreurs sur le Belpex DAM forment leurs offres de vente à l'aveuglette sur le Belpex DAM, car le prix de clearing n'est connu qu'ultérieurement (vers 12h45, chaque jour). Ceci signifie que les offreurs sur le Belpex DAM ne peuvent pas clairement savoir si leurs capacités sont, ou non, moins chères que le prix du marché lorsqu'ils forment leurs offres (« *in the money* »). Le cas échéant, ils ne peuvent conduire une stratégie de retrait particulièrement efficace.
101. Ensuite, les données collationnées par la CREG dans son rapport annuel 2007 font état de ce que le volume total négocié sur le Belpex DAM en 2007 a atteint 7,6 TWh, ce qui ne représentait que 8,5% du marché total des consommations d'électricité belge estimé à 88,8 TWh. Dans ce contexte, le prétendu retrait de [0-300] MWh par Electrabel, à considérer qu'il ait eu lieu à chaque heure du jour et de la nuit pendant toute l'année, ne pouvait représenter qu'un total de 1,314 TWh, soit à peu près 1,1% de la demande totale. De toute évidence, ce chiffre suffit à lui seul à établir qu'Electrabel n'a pas privé d'électricité une partie significative de la demande. D'autant que comme le note l'Auditeur dans son projet, les pratiques d'Electrabel ont pris la forme de « *chocs courts, épisodiques et transitoires* ».
102. Certes, le Collège ne conteste pas que des retraits courts, épisodiques et transitoires puissent dégager un impact négatif sur le marché. Toutefois, en les circonstances de l'espèce, le projet de l'Auditeur ne contient pas preuves d'une « *stratégie* », voire d'un « *plan* », dans le chef de l'entreprise dominante, de retirer des capacités du marché afin d'élever les prix. [...]
103. Le Collège constate encore que la première indication émanant d'une autorité de concurrence ou de régulation sur le caractère potentiellement abusif d'une pratique de retraits de capacité fut la décision de la Commission du 26 novembre 2008 rendant obligatoire les engagements souscrits par E.ON sur le marché de gros de l'électricité en Allemagne. Dans cette décision la Commission visa, sans établir formellement une infraction, une '*stratégie qui consiste à retirer de la capacité de production disponible afin de relever le prix de l'électricité au détriment des consommateurs*'³³ L'étude 860 de la CREG n'a été adoptée que le 7 mai 2009.
104. Enfin, le Collège relève qu'Electrabel a avancé une justification objective pour expliquer la prétendue mise en réserve de [0-300] MWh. Selon Electrabel, cette politique de mise en réserve à long terme visait à réduire « *le risque financier pour Electrabel lorsqu'il y a des pics de prix en offrant une partie des capacités à la vente sur la bourse Belpex DAM* ». Cela lui aurait permis de réduire le montant des pénalités dues en cas de déséquilibre négatif. En d'autres mots, Electrabel aurait constitué des réserves à long terme à des fins assurantielles. Puis elle les aurait vendues sur le marché Belpex day ahead à des fins commerciales. Ceci, en sus d'apporter une explication à la pratique d'Electrabel, met en doute l'existence d'une stratégie de retrait de capacité.
105. A la lumière de ces éléments, le Collège considère que le simple fait de ne pas offrir sur le marché, volontairement ou suite à une erreur humaine, une capacité disponible qui dépasse les obligations légales et contractuelles de réserve ne suffit pas pour établir que ce comportement constituait un abus au sens des articles 3, 2° alinéa (2) LPCE et 102, 2° alinéa (b) TFUE (anciennement article 82 TCE) dans les années 2007 et 2008.
106. Le Collège a dès lors examiné à la lumière de l'analyse particulièrement fournie de l'Auditorat et des arguments d'Electrabel et des tiers entendus par le Collège :
- a. Si Electrabel a poursuivi par la constitution et la mise en vente d'une réserve supplémentaire de [0-300] MWh – que l'Auditorat analyse comme un retrait de capacité – une stratégie afin de relever le prix de l'électricité au détriment des consommateurs, avec une attention particulière pour les années 2009 et 2010 (postérieures à la prise de la décision d'engagements par la Commission européenne),

³³ Par. 28 de la décision de la Commission du 26 novembre 2008, *Marché de gros de l'électricité en Allemagne*.

- b. Si d'autres aspects des pratiques qui sont reprochées à Electrabel, étaient abusifs au sens des articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement article 82 TCE).

10.3.2 Une stratégie afin de relever les prix de l'électricité

La réserve de [0-300] MWh

107. Il n'est pas contesté que durant la période retenue par l'Auditorat, la politique d'Electrabel était de maintenir une réserve de [0-300] MWh au surplus de la réserve de 1050 MWh à laquelle elle s'était obligée dans les contrats CIPU auxquels se réfère le paragraphe 580 du Projet de décision. Le Collège peut dès lors considérer que cette mise en réserve additionnelle faisait partie de la stratégie d'Electrabel.
108. Mais une stratégie de mise en réserve additionnelle n'entraîne pas nécessairement une augmentation des prix au détriment des consommateurs. Le Collège doit examiner si la politique d'Electrabel a, indépendamment de ses finalités subjectives, la capacité objective d'entraîner une augmentation des prix.
109. L'Auditeur et Electrabel ont entrepris d'évaluer empiriquement le montant du dommage causé par la politique de mise en réserve additionnelle de [0-300] MWh. Il ressort du projet de Décision que l'Auditeur et Electrabel sont très divisés sur cette évaluation, et que leurs calculs respectifs ont fluctué à maintes reprises lors de la procédure. In fine, l'Auditeur apporte une estimation comprise entre 23 et 35 millions d'Euros (par. 2882 du Projet).³⁴ Electrabel, quant à elle, fournit une estimation du dommage s'élevant à 4.3 millions d'Euros (par. 2856 du Projet).
110. Le Collège doit donc statuer dans un contexte de grande incertitude factuelle quant au préjudice prétendument subi par le consommateur.
111. Il ressort en outre du tableau repris au paragraphe 89 :
- a. Que le nombre d'heures pendant lesquelles le retrait de la réserve additionnelle a pu avoir un impact indépendamment des offres de 'vente' conformément à une échelle de marge, est important, ce qui est en soi normal étant donné que le maintien d'une réserve additionnelle était une politique générale de l'entreprise ;
 - b. Que le nombre d'heures pendant lesquelles un surplus de [0-300] MWh aurait pu être offert à un prix inférieur à ceux de l'échelle des prix était, notamment en 2009 et 2010, nettement moins important ([0-5%] et [5-10%] ce qui représentait une baisse significative par rapport aux années précédentes);
 - c. Que le dommage pour les consommateurs estimé par l'Auditorat représente pendant les années 2009 et 2010 un pourcentage très modeste du chiffre d'affaires d'Electrabel sur le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d'électricité en Belgique (entre [$<1\%$] et [$<1\%$]), ce qui signifie que l'effet que les pratiques reprochées peuvent avoir eu sur les prix d'Electrabel, sur les marchés de gros et de détail, dans les années 2009 et 2010 a été très limité;
112. Enfin, l'Auditorat n'a pas vérifié le montant des effets positifs invoqués par Electrabel et tend à considérer que ces effets dits positifs sont à assimiler au fonctionnement normal du marché en l'absence des retraits considérés abusifs par l'Auditorat. Il ne semble toutefois pas contesté que la pratique reprochée ait aussi eu dans son ensemble (constitution de réserve et offres de vente) des effets 'dans les deux sens' sur le niveau des prix au bénéfice des consommateurs.

³⁴ La méthodologie primaire de calcul est précisée aux §§2633 et suivants du projet de décision. Des corrections sont ensuite apportées par l'Auditeur.

113. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, il semble peu probable qu'une entreprise comme Electrabel ait choisi de constituer une réserve additionnelle de [0-300] MWh comme une stratégie visant à relever le prix de l'électricité.
114. Le Collège conclut sur la base de ces éléments :
- a. Qu'il n'y avait, eu égard au cadre réglementaire et la jurisprudence existante pendant les années 2007 et 2008, pas suffisamment d'indications que la constitution d'une réserve additionnelle de [0-300] MWh était susceptible d'être considérée comme élément d'un abus de position dominante par retrait de capacité, le cas échéant justifiant l'imposition d'une sanction ;
 - b. qu'il n'est pas démontré qu'Electrabel avait mis en place une stratégie de retrait systématique de capacités par la constitution d'une réserve supplémentaire de [0-300] MWh afin de relever le prix de l'électricité et susceptible d'être qualifiée, pendant les années 2009 et 2010, d'abus de position dominante au sens des articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement article 82 TCE).

Le retrait de capacité au-delà de la réserve de [>1050-1350] MW

115. L'Auditorat a conclu qu'il n'était pas démontré qu'Electrabel avait une stratégie de retrait systématique au-delà de la réserve de [>1050-1350] MWh pendant les années 2007 et 2009 à 2010.
116. Il a en revanche soupçonné un tel retrait pour l'année 2008. Le Projet ne fait toutefois pas référence à des documents permettant de conclure que l'augmentation de fréquence de possibles retraits de capacités en 2008, qui ne s'est pas reproduite dans les années suivantes, était le résultat d'un changement de politique ou de stratégie d'Electrabel.
117. Sur la base de ces éléments, le Collège conclut qu'il n'a pas été démontré qu'Electrabel a mis en place, en 2008, une stratégie de retrait systématique de capacités au-delà de la réserve de [>1050-1350] MWh afin de relever le prix de l'électricité, susceptible d'être qualifiée, eu égard au cadre réglementaire et la jurisprudence existante pendant les années 2007 à 2010, comme un abus de position dominante au sens des articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement article 82 TCE).

10.3.3 La mise en vente de tranches de la réserve : le cadre juridique

118. Le projet motivé de décision de l'Auditeur révèle qu'Electrabel a en réalité pour politique interne de vendre certaines quantités de sa réserve de [>1050-1350] MWh, et non de la retirer intégralement du marché.
119. Lorsqu'elle agit ainsi, Electrabel prend, toutefois, le risque de se trouver dans l'incapacité de respecter ses obligations contractuelles d'équilibrage. La réserve de [>1050-1350] MWh est donc mise en vente sur le Belpex Dam à un prix incluant une forme de prime de risque. L'objectif d'Electrabel serait de se couvrir financièrement, en cas de problème.
120. Le projet de l'Auditeur s'intéresse en particulier à la troisième tranche de la réserve. Car si la vente à un prix premium de la réserve CIPU est a priori concevable (les premières – [0-<1050] MWh – et deuxièmes – [<1050-1050] MWh tranches), la vente de la troisième tranche de la réserve, [>1050-1350] MWh, à un tel prix paraît moins évidente à justifier. En effet, la troisième tranche ne constitue pas une obligation formelle aux termes du contrat CIPU. Electrabel estime cependant être dans l'obligation factuelle de constituer une réserve additionnelle de [0-300] MWh, pour faire face à un risque de panne, qui lui imposerait de procéder à des achats plus onéreux sur le marché Belpex CIM (intra-day).

121. Concrètement, la tranche [$>1050-1350$] MWh est donc la première tranche de la réserve à être mise en vente. Elle est offerte sur le Belpex DAM selon une « échelle de marge » (et non selon une « échelle de prix » comme le dit le Rapport). Electrabel a en effet donné pour consigne à ses traders sur le Belpex Dam d'offrir la tranche de [$0-300$]MWh en trois blocs de [confidentiel], comme l'imposent les règles en vigueur sur ce marché (où les offres se font par blocs de [confidentiel]). Pour le premier bloc, les traders doivent veiller à proposer dans l'enchère un prix garantissant une marge sur coût marginal de [$>0-60$]€ par MWh. Pour le second bloc, les traders doivent veiller à proposer un prix à proposer dans l'enchère un prix garantissant une marge sur coût marginal de [$>0-60$]€ par MWh. Enfin, pour le troisième bloc, les traders doivent veiller à proposer dans l'enchère un prix garantissant une marge sur coût marginal de [$>0-60$]€ par MWh. L'idée qu'avance Electrabel est que plus cette troisième tranche se vend sur le Belpex Dam, plus elle prend le risque de se trouver en délicatesse vis-à-vis de ses obligations CIPU.
122. Le Collège note au demeurant que pour refléter l'élévation des risques contractuels à charge d'Electrabel, l'échelle de marge continue sa progression dans les deuxième et troisième tranches, jusqu'à une valeur de marge de [confidentiel], pour le dernier bloc de [confidentiel]MWh ([confidentiel]MWh).
123. Le Collège estime que la mise en vente de tranches de la troisième tranche de la réserve selon une échelle de marge est potentiellement problématique au regard du droit de la concurrence. En effet, Electrabel s'est peut être rendue coupable d'un « *retrait économique* » de capacité. []
124. La vente de la troisième tranche de la réserve à une échelle de marge doit donc aussi être examinée au titre de sa prétendue politique de « retraits » au sens du premier grief retenu par l'Auditorat contre Electrabel³⁵. Electrabel a été en mesure de développer ses arguments au sujet de la nature raisonnable ou excessive de l'échelle de prix³⁶.
125. Le Collège considère que les conditions auxquelles la réserve de [$0-300$] MWh a été offerte sur le marché doivent en premier lieu être examinées à la lumière des articles 3, 2° alinéa (1°) LPCE et 102, 2° alinéa (a) TFUE (anciennement article 82 TCE). Cette analyse est conforme aux bonnes pratiques décisionnelles se dégageant [entre autres de la décision de l'Autorité Danoise dans l'affaire Elsom].
126. La notion de prix non équitable au sens du droit européen a été développée par la Cour de Justice dans son arrêt dans l'affaire United Brands.³⁷ Dans son arrêt, la Cour de Justice disposa d'abord qu'il s'agit d'un prix :
- « sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie. Que cette exagération pourrait, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause à son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire [...] ».*
127. Puis la Cour élabora le double test suivant pour établir un prix inéquitable :
- « qu'il s'agirait alors d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec des produits concurrents' »³⁸*

³⁵ Par. 3041 du Projet.

³⁶ Par. 348-389 des Observations d'Electrabel.

³⁷ Cour de Justice, arrêt du 14 février 1978, affaire C-27/76, par. 252.

³⁸ Voir aussi Cour de Justice, arrêt du 13 novembre 1975, affaire C-26/75, *General Motors*. Et le rapport *Excessive prices*, préparé pour le Comité de la Concurrence de l'OCDE du 17 octobre 2011, document DAF/COMP/WP2/WD(2011)54.

128. Enfin, dans une décision rendue dans l'affaire du Port d'Helsingborg, la Commission a précisé que les deux branches du test sont cumulatives, et non alternatives.
129. La jurisprudence belge, qui examine le rapport entre le coût réel et le prix, est orientée dans le même sens³⁹.
130. Le Collège considère que toute entreprise, même si elle est dominante, est en droit de réaliser des profits sur chacune de ses ventes. Cela est aussi le cas dans le secteur de l'électricité, où l'axiome prix=coût marginal est souvent présenté comme un niveau de prix profitable tendant à dégager des rentes dites infra-marginales,⁴⁰ et où la fixation d'un prix supérieur au coût marginal n'est pas nécessairement abusive. Cela est tout particulièrement le cas sur les marchés spots, où les prix ne reflètent pas nécessairement le coût marginal de production, mais un coût marginal plus complet, tenant compte du coût marginal de la demande,⁴¹ du coût marginal à long terme incluant l'amortissement des charges fixes,⁴² ou encore du coût marginal d'opportunité (lié à la disparition de capacités réservées, et au risque de manquer aux obligations d'équilibre par exemple).

131. Le Professeur d'économie de l'énergie F. Lévêque résume cette situation comme suit:

« on oublie souvent que l'égalité entre le prix et le coût marginal dicté par la théorie économique ne désigne pas forcément le coût marginal de production. En présence d'un élément de rareté ou d'un phénomène de congestion, les ressources doivent être allouées à ceux qui les valorisent le mieux. Dès que l'offre électrique est toute entière mobilisée mais qu'elle ne suffit pas à satisfaire la demande, il faut rationner cette dernière en fonction des consentements à payer des utilisateurs. La théorie économique dicte qu'il faut d'abord servir ceux qui sont prêts à payer le plus. Certains consommateurs, par exemple, préféreront payer 1000 euros le kWh plutôt que d'être déconnecté alors que d'autres ne voudront pas l'acheter à plus de 100. Le prix d'équilibre concurrentiel est dans ce cas égal au coût marginal de la demande, c'est-à-dire au coût d'opportunité du dernier consommateur que l'offre peut servir. Comme celui-ci est supérieur au coût de production marginal de la centrale de pointe la moins efficace, son propriétaire est aussi capable de récupérer ses dépenses d'investissements ».

132. Plus spécifiquement, sur les marchés d'électricité spot, la pratique consistant à faire des offres de vente supérieures au coût marginal est une pratique de marché usuelle, et pas nécessairement abusive. Comme l'observe le Professeur Cramton :

*« Profit-maximizing bidding in uniform price auction markets involves bidding above marginal cost. It therefore is not surprising that such behavior is observed in electricity markets. This incentive to bid above marginal cost is not the result of coordinated action among the bidders. Rather, each bidder is independently selecting its bid to maximize profits based on its estimate of the residual demand curve it faces. The supplier bids a price for its energy capacity to optimize its marginal tradeoff between higher prices and lower quantities ».*⁴³

³⁹ Cour d'appel de Bruxelles, 29 mai 2012, AMP ; Président Tribunal de commerce de Bruxelles, 14 janvier 2010, AMP, Jb. Hand., 2010, 1026 ; Trib. Bruxelles, 20 septembre 2010, NMBS/Electrabel. Voir pour un aperçu de la jurisprudence récente A. Taton, T. Franchoo, N. Baeten et I. Rooms, 'Les actions civiles pour infractions au droit de la concurrence – Chronique de jurisprudence' (2004-2010), 2me partie, RDC/TBH, 2014, 205-207.

⁴⁰V. par exemple l'étude sectorielle de la Commission :

http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/inquiry/full_report_part2.pdf, par 369 et suiv.

⁴¹ Voir F. Lévêque, L'analyse du pouvoir de marché dans l'électricité, Concurrences N°3 - 2005 I Droit & économie.

⁴² Voir F. Marty, La sécurité de l'approvisionnement énergétique : quels enjeux pour la régulation ? Revue de l'OFCE, Avril 2007, p.101.

⁴³ P. Cramton, Competitive Bidding Behavior in Uniform-Price Auction Markets, Proceedings of the Hawaii International Conference on System Sciences, January 2004.

133. Par ailleurs, la jurisprudence de l'autorité danoise de concurrence le confirme. Dans les affaires Elsam et E2, l'autorité Danoise eut à connaître de pratiques très proches de celles examinées par le Collège dans la présente affaire. Dans la première affaire, elle condamna l'entreprise Elsam pour des offres de prix excessives, estimant que ces offres supérieures au coût marginal constituaient des abus car Elsam avait fixé des offres « *bien au-dessus* » du coût marginal (l'autorité danoise parle d'offres « *out of touch with marginal cost* »), et avait ainsi réalisé des profits très élevés. En revanche, dans l'affaire E2, l'autorité Danoise n'a pas reconnu l'existence d'offres de prix excessives, car l'entreprise pratiqua uniquement des offres supérieures au coût marginal pour un nombre limité d'heures, qu'elle parvint à avancer des « *raisons objectives et documentées* » à son comportement, et que rien n'indiquait une « *stratégie destinée à manipuler le marché et à exploiter le consommateur* » (comme dans l'affaire Elsam où des documents saisis confirmaient cette intention).⁴⁴
134. Cette jurisprudence confirme que la vente de capacités d'électricité sur un marché spot, via le placement d'offres à un prix supérieur au coût marginal n'est pas en tant que tel, abusive.
135. Dans ces conditions, en l'absence d'une réglementation spécifique obligeant une entreprise à vendre au coût marginal, la demande d'une marge normale sur chacune de ses ventes ne peut pas être qualifiée comme un abus au sens des articles 3 LPCE ou 102 TFUE (anciennement 82 TCE). Pour contribuer au développement durable visé par la note au sujet des priorités de l'ABC du 24 février 2014 déterminées par son Comité de direction par application de l'article IV.25 CDE et qui reprend les objectifs qui guident la politique de concurrence de la Commission européenne conformément aux articles 3.3 TUE et 9 TFUE, l'Autorité doit dans la lutte contre des abus de position dominante au détriment des consommateurs directs et indirects veiller aussi au maintien d'un climat favorable aux investissements durables. Pour ces motifs, le Collège considère qu'en l'absence d'une réglementation spécifique, chaque entreprise est en droit de réaliser une rémunération normale de son capital et peut dès lors demander une marge qui excède la prime du risque lié à une opération spécifique. Seule une marge anormale est susceptible de constituer une pratique abusive.
136. A la lumière de ces considérations, le Collège a examiné si la mise en vente de tranches de la réserve constituait une infraction aux dispositions précitées. Et elle a notamment examiné à la lumière de ce qui précède l'échelle de marge appliquée en cas de vente de la réserve supplémentaire de [0-300] MWh (l'échelle de prix).

10.3.4 L' « échelle de prix »

137. L'échelle de marge pour la vente de la réserve supplémentaire de [0-300] MWh (« l'échelle de prix » dans les écritures de l'Auditeur et des parties) fut appliquée dans les années 2007 à 2009 et le premier semestre de 2010. Cette échelle détermine le prix minimum que doit demander le trader d'Electrabel sur le Belpex Dam lorsqu'il met aux enchères les trois premières tranches de [confidentiel] MWh. La formule de calcul du prix minimum est la suivante : somme du coût de production de l'unité marginale augmentée d'une marge de respectivement [$>0-60$] euros pour les trois premières tranches.
138. Le Collège a examiné conformément à la jurisprudence *United Brands* et à son double test si les prix déterminés suite à l'application de l'échelle de marge étaient en « *disproportion excessive* » par rapport au coût effectivement supporté et conduisaient, « *au niveau absolu* », à l'imposition d'un prix inéquitable.
139. Afin d'apprécier le caractère éventuellement inéquitable de l'application d'une échelle de marge, le Collège a comparé les marges avec les prix moyens réalisés sur le Belpex DAM après le clearing. Le Collège considère qu'il faut tenir compte pour l'appréciation d'une marge du bénéfice qu'un opérateur peut raisonnablement espérer de réaliser sur ses ventes

⁴⁴ Voir rapport de l'OCDE, policy roundtables, excessive pricing, p.211.

dans l'année. Même si Electrabel n'était pas obligé d'offrir la capacité au coût marginal de l'unité marginale disponible dont la production faisait l'objet d'une transaction, il n'est pas raisonnable d'espérer réaliser un même pourcentage de marge sur les ventes marginales de production avec un coût sensiblement supérieur.⁴⁵ Ceci est d'autant plus vrai si le Collège accepte qu'une marge raisonnable peut être supérieure à la prime de risque.

140. De plus, en vertu toujours de la jurisprudence *United Brands*, le Collège a envisagé la caractérisation d'un prix inéquitable abusif via d'autres méthodes.
141. En effet, dans son arrêt *United Brands* la Cour de justice de l'UE n'a pas fermé la porte à la possibilité d'administrer d'autres tests aux fins de caractérisation d'un prix non équitable. Son arrêt *United Brands* précise même que le texte en deux branches n'est, « *entre autres* », que l'une des méthodes d'appréciation de l' « *exagération* » d'un prix.⁴⁶ Et la Cour d'ajouter « *qu'il peut être conçu d'autres méthodes – et la doctrine économique ne s'est pas fait faute d'en concevoir plusieurs – pour dégager les critères du prix inéquitable d'un produit* ».⁴⁷
142. La Commission européenne est du même avis. Elle a ainsi conçu d'autres méthodes de caractérisation des prix inéquitables abusifs. Dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, elle s'est ainsi efforcée de définir des tests permettant d'apprécier si les redevances imposées en vue de l'accès à des DPIs inclus dans une norme industrielle sont « *déloyales* ». Elle y déclare que les méthodes basées sur le coût « à la » *United Brands* ne sont pas bien adaptées.
143. C'est dans ce contexte juridique que le Collège entend s'inscrire. Selon le Collège, il résulte de sa position sur un marché particulièrement sensible que les signaux qui émanent d'Electrabel ont un impact majeur sur la perception du fonctionnement du marché et du comportement qui est considéré comme étant admissible de la part d'une entreprise dominante. Le Collège considère dès lors qu'il y a lieu afin de décider s'il y a eu infraction aux articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement 82 TCE), d'apprécier l'échelle de marges en tant que décision d'offre tarifaire comportant un prix excessif, indépendamment de l'effet mesurable résultant de son application. Dans cette logique, il n'y a donc pas lieu de vérifier si cette échelle fait partie d'une stratégie d'Electrabel qui vise à augmenter les prix de l'électricité pour les clients.
144. Le Collège estime donc que les volumes qui ont effectivement été offerts à la vente avec les marges déterminées pour chacune des différentes tranches définies par l'échelle de marges et le poids relatif de ces tranches peuvent être pris en considération afin de déterminer une sanction, mais ils ne sont pas un élément constitutif de l'infraction.
145. Il n'est pas contesté qu'Electrabel a effectivement fait des offres et réalisé des ventes en application de l'échelle. Le Collège considère dès lors que l'ensemble de l'échelle y compris la marge de [$>0-60$] euros doit être considéré comme « un prix effectivement réclamé »
146. L'échelle permettait pour la tranche à marge de [$>0-60$] euros de réaliser une marge qui pouvait pour les années à prendre en considération représenter [50-100]% à [100-200]% par

⁴⁵ Le par. 360 des Observations d'Electrabel font état de fourchettes de [confidentiel] euros/MWh et le Projet a retenu une estimation de [confidentiel] MWh (par. 1167). Voir toutefois le rapport surprenant entre les chiffres d'affaires et les bénéfices réalisés sur Belpex en appliquant l'échelle mentionnées dans le tableau repris dans le par. [88]. Parce que cette différence laisse supposer une asymétrie de calcul et qu'elle n'a plus pu faire l'objet d'un débat, ce rapport n'est mentionné qu'en marge.

⁴⁶ Voir, par exemple, CJUE, C-27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission*, préc., §§250-251 : « *qu'un tel abus consisterait, en l'espèce, dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie ; que cette exagération pourrait, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire, mais que cependant la Commission n'a pas faite, en ne procédant pas à une analyse de la structure des coûts d'UBC* ».

⁴⁷ *Idem*, §253.

rapport à la moyenne du prix Belpex DAM,⁴⁸ représentant ainsi de [0-5] fois à plus que [5-10] fois la prime de risque moyenne appliquée par Electrabel.

Année	Moyenne du prix Belpex DAM (mdp) (euros/MWh)	Coût marginal des unités utilisées pour fournir la réserve ⁴⁹ (cmu, euros/MWh)	[>0-60] euros par rapport au cmu (%)	[>0-60] euros par rapport à la mdp (%)	Prime de risque (Electrabel) (pdr) (euros/MWh)	[>0-60] euros par rapport à la pdr (%)
2007	41,6	[confid.]	[confid.]	[100-150]	[confid.]	[150-200]
2008	70,7	[confid.]		[50-100]	[confid.]	[150-200]
2009	39,4	[confid.]		[150-200]	[confid.]	[200-250]
2010	46,3			[100-150]	[confid.]	[500-1000]- [250-300]

147. Le Collège considère la marge que l'échelle permettait de réaliser sur la troisième tranche de [confidentiel] MWh dans les années 2007 à 2009 et le premier semestre de 2010 excessivement disproportionnée par rapport au coût marginal de production, et non-raisonnable et injustifiée au sens des articles 3, 2° alinéa (1°) LPCE et 102, 2° alinéa (a) TFUE.
148. Et même si les retraits en tant que tels ne sont pas retenus par le Collège comme infraction, l'analyse de l'Auditorat est pertinente pour décider que l'échelle a eu ou a pu avoir un impact sur les décisions d'achat par les acheteurs et sur le prix payé par les consommateurs directs et indirects, dans un contexte dans lequel la constitution de la réserve a déjà pu avoir en soi pour effet une augmentation de la marge d'Electrabel sur une partie significative de ses ventes.
149. L'échelle de prix appliquée à partir de juillet 2010 prévoyait par contre pour les mêmes tranches de [confidentiel] MWh des marges de [>0-15] euros. La marge de [>0-15] euros était par exemple inférieure à la prime de risque de [confidentiel] euros estimée par l'Auditorat pour cette période et de [confidentiel] euros calculée par Electrabel⁵⁰.
150. Electrabel fait valoir que l'échelle a été modifiée en 2010 pour tenir compte de l'évaluation du marché qui résultait du couplage avec l'Allemagne et les possibilités accrues de ventes *intra-day* transfrontalières⁵¹. Le Collège fait remarquer qu'Electrabel ne suggère pas que ces marges significativement réduites lui étaient insuffisantes ou compromettent le maintien de la capacité marginale. Le Collège en déduit que c'est la concurrence qui a forcé Electrabel à demander des marges raisonnables et que c'est le manque de concurrence qui lui a permis d'obtenir les marges de l'échelle pratiquée en 2007 à 2009 et pendant le premier trimestre de 2010.

⁴⁸ Selon le par. 1498 du Projet et le Doc. 2775 du dossier de procédure constitué par l'Auditorat.

⁴⁹ Unités thermiques et hydro compétitives, par. 5 et 1183 du Projet.

⁵⁰ Par. 1498 du Projet et 373 des Observations d'Electrabel.

⁵¹ Par. 345 et 346 des Observations d'Electrabel.

151. Il n'est eu égard à ces éléments pas nécessaire de décider à la lumière de la jurisprudence Asturienne des Mines de la Cour de Justice⁵² si la modification de l'échelle de prix par Electrabel à partir de juillet 2010⁵³ était le résultat d'une concurrence renforcée comme l'invoque Electrabel, ou une admission implicite que sa politique antérieure risquait d'être contraire aux règles de concurrence provoquée par les perquisitions des 22 au 29 septembre 2009 et du 29 au 30 juin 2010⁵⁴ et/ou la décision de la Commission Européenne du 26 novembre 2008.
152. Le Collège décide sur base de l'ensemble de ces éléments que l'échelle de prix appliquée en cas de vente de la réserve supplémentaire de [0-300] MWh avant juillet 2010 constituait un abus de position dominante dans le chef d'Electrabel en déterminant un tarif non-équitable au sens des articles 3, 2° alinéa (1°) LPCE et 102, 2° alinéa (a) TFUE (anciennement article 82 TCE).
153. Eu égard au fait que l'échelle de prix a été modifiée de façon substantielle en 2010, le Collège décide que l'infraction doit être constatée pour les années 2007, 2008 et 2009 et le premier semestre de 2010.
154. Le Collège partage la conclusion de l'Auditorat que les pratiques reprochées à Electrabel sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'Union Européenne.

Le retrait de capacité au-delà de la réserve de [>1050-1350] MW

155. Eu égard au fait qu'il n'est pas contesté que l'échelle de prix appliquée en cas de mise en vente d'une partie de la réserve supplémentaire de [0-300] MWh n'était pas appliquée en cas de mise en vente de capacité au-delà de la réserve de [>1050-1350] MW, le Collège ne constate pas d'abus par rapport à ces offres de vente.

10.4 Le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique

156. Le Collège constate que le contrat entre Elia et Electrabel ne prévoit par rapport aux communications journalières au sujet de la réserve tertiaire pas d'autre obligation que la communication afin de procéder à la vérification sur base du Pmax CIPU prévu à son article 9.2.35⁵.
157. Il n'est pas contesté qu'Electrabel a communiqué les Pmax CIPU pertinents. Mais il ressort du Projet que l'Auditorat considère que c'est à cause du fait qu'Electrabel a limité ses informations à la communication des Pmax CIPU qu'elle a pu procéder aux ventes fictives qu'il reproche à Electrabel.
158. Le Collège s'étonne du libellé de l'article 9.2.3 précité mais il considère qu'on ne peut pas reprocher à Electrabel à titre d'abus de position dominante qu'elle s'est limitée à exécuter à la lettre le contrat avec Elia.
159. Le Collège ne retient dès lors pas le deuxième grief retenu par l'Auditorat.

⁵² Arrêt du 28 mars 1984, affaire 29-30/83, *Rec* 1984, 1679.

⁵³ Par. 734 et suiv. du Projet.

⁵⁴ Par. 87 du Projet.

⁵⁵ Par. 3019 du Projet.

11. Sanction

160. Le Collège se réfère pour le calcul de l'amende en premier lieu à la Communication du Conseil de la concurrence sur le calcul des amendes du 19 décembre 2011 (la Communication).
161. Le Collège estime, eu égard à la volatilité des chiffres, que la donnée qui est en relation aussi étroite que possible avec l'infraction conformément au paragraphe 20 de la Communication n'est pas le chiffre d'affaires réalisé par Electrabel par la vente de tranches de la réserve de [0-300] MWh conformément à l'échelle pendant l'année 2009 mais la moyenne de ces chiffres dans les années 2007 à 2009. Selon les chiffres procurées par Electrabel ce chiffre d'affaires était [< 5 millions] euros.
162. La Communication ne donne pas d'indication concernant la gravité des abus d'exploitation. Ces abus causent en général un dommage plus direct sur les clients et consommateurs que les abus d'exclusion. Le fait que ce type de pratique est plus facile à détecter en raison de la probabilité de plaintes, mais que notamment les abus de prix excessifs sont difficiles à établir, concernent selon le Collège la probabilité d'une sanction et non pas la gravité d'une infraction. Eu égard à l'impact des prix de l'énergie sur l'économie nationale pour les entreprises et les ménages, le Collège considère la pratique de prix excessifs en infraction aux articles 3 LPCE et 102 TFUE (anciennement article 82 TCE) par une entreprise avec la position sur le marché d'Electrabel en principe comme une infraction très grave auquel correspond un coefficient de gravité de 30%. Le montant ainsi obtenu est [confidentiel]euros.
163. Le Collège retient les 15% proposés par l'Auditorat comme coefficient de durée conformément au paragraphe 31 de la Communication et considère que la période à prendre en considération sont les années 2007, 2008, 2009 et le premier semestre de 2010. Il en résulte un montant de [confidentiel] d'euros.
164. Le Collège considère que vu la modestie de ce montant il n'y a pas lieu de tenir compte de circonstances atténuantes.
165. Le Collège impose une amende de 2 millions d'euros.

PAR CES MOTIFS

Le Collège de la concurrence

- Constate que la société anonyme Electrabel a enfreint dans les années 2007 à 2009 et dans le premier trimestre de l'année 2010 l'article 3 de la LPCE et l'article 102 TFUE (anciennement l'article 82 TCE) en adoptant et pratiquant une 'échelle de prix' contenant une marge de 60 euros/MWh,
- Inflige à la société une amende de 2 000 000 (deux millions) d'euros par application de l'article IV.70, § 1 CDE, à payer selon les modalités de l'article 2 de l'Arrêté Royal du 3 septembre 2013 relatif au paiement et recouvrement des amendes administratives et astreintes prévues dans le Livre IV du Code de droit économique.

VERSION PUBLIQUE

Ainsi décidé le 18 juillet 2014 par le Collège de concurrence composé de Jacques Steenbergen, Président de l'Autorité belge de la concurrence et Président du Collège de la concurrence, Olivier Gutt et Nicolas Petit, assesseurs de l'Autorité belge de la concurrence.

Conformément à l'article IV.65 CDE la notification de la présente décision sera faite à la société Electrabel et au Ministre qui a l'économie dans ses attributions ainsi qu'à la CREG et aux sociétés Lampiris et RWE.

Pour le Collège

Jacques Steenbergen
Président

Annexe : Projet motivé de décision

[la version publique de ce document de 861 pages sera publiée ultérieurement]