

Décision n°2002-C/C-90 du 19 décembre 2002

Affaire CONC-C/C-02/65 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / INTEREST S.C.R.L.

En cause :

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

et

Interest S.C.R.L. (ci-après "Interest"), ayant son siège social en l'hôtel de ville d'Eupen ;

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

Vu la notification datée du 17 octobre 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Interest au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 3 décembre 2002 ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes datée du 16 décembre 2002 et reçue le 17 décembre 2002 par fax et le courrier du 18 décembre 2002 transmettant la lettre d'engagement ainsi qu'un mémorandum explicatif communiqués à la Commission européenne dans le cadre de l'affaire COMP/M.2857- ECS/IEH ;

Entendu à l'audience du 19 décembre 2002 Monsieur le Rapporteur P. Marchand pour le Corps des Rapporteurs assisté par MM. Marlière, Frennet et Matagne et la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles, représentant également Interest, pour les parties notifiantes ;

1. les parties notifiantes

1.1. Acquéreur

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

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

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

1.2. Vendeur

La société Interest S.C.R.L. (ci-après "Interest") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la province de Liège (région d'Eupen). Elle a comme activité principale la distribution d'électricité, de gaz et de signaux analogiques et numériques aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Interest est une intercommunale mixte, constituée sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, sur base d'un partenariat avec la société privée Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

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

1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

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

2. Description de l'opération

2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont déterminées dans une réglementation fédérale et régionale en raison du fait que l'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

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

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité;
- le décret de la région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en région de Bruxelles - Capitale;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.
- l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Les seuils d'éligibilité ainsi que les dates d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

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

- la gestion du réseau de distribution, qui englobe l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution ;
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Hectrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle. Des statuts dits « de troisième génération » avaient à l'époque été rédigés et avaient reçu l'aval des autorités européennes pour ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Des intercommunales mixtes et notamment Interest assurent encore à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution et la fourniture d'électricité.

L'article 8, §1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut ni s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture de services qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (à savoir la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

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

Compte tenu des accords existants entre les intercommunales mixtes et Electrabel et des implications du processus de libéralisation, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat. Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un « *Mémorandum of Understanding* » signé le 30 mars 2001.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux de distribution, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel, par le biais d'une filiale, se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, il a été convenu qu'une société filiale d'Electrabel, (la S.A. ECS) reprendrait cette clientèle.

En contrepartie de cette cession de clientèle, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale mixte. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires dans cette société ECS (à concurrence de maximum 5 % du capital) et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

2.2. Opération visée par la notification

La présente concentration fait partie d'un ensemble de plusieurs accords passés entre d'une part, ECS et d'autre part, diverses intercommunales mixtes.

La partie, qui fait l'objet plus particulièrement du présent examen concurrentiel, consiste en la cession à titre exclusif à ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de l'activité d'Interest de fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et ceci dans la mesure où ceux-ci ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur. On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

Cette concentration fait ainsi suite à six opérations semblables (ayant fait l'objet des affaires n° Conc-C/C-02/25, 02/29, 02/44, 02/45, 02/50 et 02/53). Ces opérations s'inscrivent dans un processus plus général par lequel ECS entend reprendre la clientèle (devenant) éligible de toutes les intercommunales mixtes.

Les conditions de reprise par ECS de cette clientèle éligible de Interest sont directement fondées sur le "Mémoire d'Entente" entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de Interest le 17 septembre 2002. Le conseil d'administration de Interest a, également décidé le 17 septembre 2002, de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire d'Entente.

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

3. Délais

La notification a été effectuée le 17 octobre 2002 au Conseil de la Concurrence.

Le 18 octobre 2002, en application de l'article 32bis, § 1^{er} de la loi, le Conseil de la concurrence a transmis cette notification de concentration au Corps des Rapporteurs.

Le 22 octobre 2002, le Rapporteur a informé les parties notifiantes qu'en application de l'article 5 § 2 de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article 12 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999 modifiée par les arrêtés royaux du 22 janvier 1998 (M.B., 24/04/1998), du 11 mars 1999 (M.B., 19/05/1999) et du 18 juin 1999 (M.B., 12/10/1999), il y avait lieu de considérer que la notification était incomplète.

Le 6 novembre 2002, les parties notifiantes ont fait parvenir au rapporteur les renseignements demandés.

Le délai visé à l'article 33 de la loi prend par conséquent cours le 7 novembre 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 pour le 23 décembre 2002 au plus tard.

4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Interest sont des entreprises au sens de l'article 1^{er} LPCE.

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

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

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

5. Marché concerné

5.1. Secteur économique concerné

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

5.2. Marché de produits concerné

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

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

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

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

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92 du 19 décembre 1996, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ces activités relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

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

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

L'intercommunale Interest est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

La société Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité. L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les différents marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes. Cette position dominante d'Electrabel sur ces différents marchés est de nature à générer des effets sur le marché concerné au sens strict.

5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique de l'électricité est national mais a cependant à tendance à s'internationaliser. Cette approche est également celle de la Commission européenne dans l'affaire IV/M.1803 - Electrabel/Epon et M.1853 - EDF/EnBW et du Conseil de la concurrence dans ses précédentes décisions.

Les parties considèrent également que la dimension géographique du marché couvre au minimum le territoire belge.

Ce caractère national tient notamment compte des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions, les importations étant restreintes dans une mesure assez significative.

6. Analyse concurrentielle

L'analyse réalisée dans le cadre des précédentes décisions prises dans les procédures similaires portées devant le Conseil de la concurrence, l'a amené à considérer que l'opération de concentration notifiée renforce la position dominante des parties sur le marché et entrave de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge. La présente notification est comparable aux précédentes.

Les parties notifiantes elles-mêmes ont convenu à l'audience qu'une seconde phase s'imposait d'autant qu'elles ont formulé une série d'engagements communiqués au Conseil de la Concurrence par fax, la veille de l'audience.

Il convient de les analyser.

7. Réaction des entreprises interrogées

Les cinq principaux clients d'Interest ont été interrogés. Quatre ont répondu.

Il ressort des réponses reçues et jointes au dossier que ces sociétés n'ont pas nécessairement le même profil de consommation. En effet, le pourcentage que les frais liés à la consommation d'électricité représente dans les coûts d'exploitation varient de manière significative.

En ce qui concerne les entreprises éligibles, la laiterie Walhorn estime qu'elle est suffisamment informée sur l'identité des concurrents d'Electrabel et sur les conséquences pratiques d'un changement de fournisseur. Cependant, elle dit ne pas être suffisamment informée sur les conditions contractuelles régissant la fourniture d'électricité par Electrabel.

En outre, elle souligne qu'aucun concurrent n'a pu lui faire de proposition concrète parce que les coûts de distribution ne sont pas connus.

La société NMC affirme qu'Electrabel lui a fait une proposition pour un nouveau contrat dans lequel le coût de l'électricité serait supérieur de 8,43% au coût actuel. Elle s'estime insuffisamment informée sur les conséquences pratiques d'un changement de fournisseur.

Elle a reçu des offres de fourniture d'électricité d'EDF, d'Electrabel et de Luminus.

Par ces motifs

Le Conseil de la concurrence

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

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et invite le Corps des Rapporteurs :

- à examiner si les engagements proposés par les parties notifiantes, sont de nature à rendre l'opération de concentration admissible ;
- à examiner les éventuelles autres conditions d'admissibilité ;

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 31 janvier 2003 ;

Ainsi statué le 19 décembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.