

Décision n°2002-C/C-83 du 12 novembre 2002

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

En cause :

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

et

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

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

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

Vu la décision n° 2002-C/C-68 du 12 septembre 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces des dossiers (1e et 2e phase) et les rapports motivés du Corps des rapporteurs datés 26 août et du 14 octobre 2002;

Vu les notes d'observations des parties notifiantes du 9 septembre et du 4 novembre 2002 ;

Vu les ordonnances autorisant l'audition des personnes justifiant d'un intérêt suffisant conformément à l'article 32 quater §2 LPCE ;

Vu les autres pièces transmises et jointes au dossier de la procédure

Entendus à l'audience du 6 novembre 2002,

Les intervenants :

- Mmes Christine Vanderveeren représentant la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz en abrégé CREG assistée par Mme C. Miserque ;
- MM. Jan Robberechts, Rob Leonard et Philippe Putman représentant la S.A. Luminus assistés par Me Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles ;
- MM. Dirk Meire et Lennart Deridder , Mme Kathleen Van Boxelaer représentant la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

Les experts désignés par le Corps des rapporteurs:

- Francis Ghigny (expert désigné au sein de la Commission Wallonne pour l'Énergie en abrégé CWAPE) ;
- André Pictoel (expert désigné au sein de la Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteit- en Gasmarkt en abrégé VREG) ;
- Barbara Heremans (expert désigné au sein de la CREG) ;

En présence :

- des parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Annick Vroninks et Me Vanig Kasparian, avocats au barreau de Bruxelles représentant également Interмосane 2 ;
- du Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur ;
- du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Entendus à l'audience du 7 novembre 2002 :

- le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur le rapporteur Patrick Marchand;
- les parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par Monsieur Jean de Garcia et Monsieur Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele, Me Dirk Brinckman et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles représentant également l'intercommunale Interмосane 2 ;
- la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par MM. Dirk Meire et Lennart Deridder assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

En présence du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Après en avoir délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante :

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. ECS est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et une 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 ECS 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 scrl Interмосane (secteur 2) (ci-après "Interмосane 2") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Liège. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

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

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

1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Intermosane 2 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 Electrabel 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 Intermosane 2 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 Interrosane 2, 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 « Mémoire 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

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

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

3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence prise au terme de la première phase et par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction, date du 12 septembre 2002.

Le délai visé à l'article 34 §1er de la loi prend par conséquent cours à cette date et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 34, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 12 novembre 2002 au plus tard.

4. Champ d'application

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

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

L'opération consiste donc en 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 Interfosane 2 est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

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.

5.2.1. Marché de la production

On distingue principalement trois sources d'approvisionnement: l'achat d'électricité auprès de producteurs, l'importation et l'achat dans une bourse. Comme déjà mentionné, il n'existe actuellement pas de bourse d'échanges en Belgique. En outre, les importations sont non seulement très limitées, mais, de plus, réalisées majoritairement par Electrabel.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.085 GWh par les parties notifiantes, [Secrets des affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

La part de marché d'Electrabel sur le marché de la production s'élevait en 1999 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] et en 2000 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Dans ces conditions, dès qu'un nouvel entrant veut vendre des volumes importants sur le marché belge, il est obligé d'envisager un approvisionnement auprès d'Electrabel qui dispose d'un quasi-monopole de la capacité totale de production en Belgique.

En outre, il convient également de tenir compte d'un « accord CPTE » conclu en 1995 entre les deux principaux producteurs en Belgique, Electrabel et SPE qui renforce encore la position d'Electrabel sur ce marché. En effet, par une convention du 20 janvier 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE ont décidé d'apporter à la S.C. CPTE dont Electrabel est actionnaire à concurrence de 91,5%, le droit d'usage des capacités de production d'électricité existantes en Belgique dont elles sont propriétaires, dans le but d'assurer la coordination de la production, l'achat, la transmission et la vente de toute l'électricité nécessaire en Belgique aux clients directs de la production et aux organismes de distribution publique que les parties alimentent.

Ainsi que le relève un concurrent, investir dans de nouvelles capacités de production est impossible à court terme, vu qu'il faut d'abord passer par un long processus d'approbation et qu'il y a pour l'instant suffisamment, et même trop, de capacité. Effectivement, l'instruction a révélé que le taux d'utilisation des installations de production en 2001 par Electrabel s'élevait à [entre 60 et 70 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

5.2.2. Marché du transport

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

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la SA Elia System Operator.

Le 31 mai 2002, Electrabel a cédé 30 % du capital d'Elia System Operator à la SCRL Publi-T, société dont l'actionnariat est directement ou indirectement aux mains des communes. Il est prévu à moyen terme (2 ans) d'introduire 40 % du capital d'Elia en bourse. Ces cessions ont été imposées par le gouvernement belge pour assurer l'indépendance d'Elia qui n'était alors que candidat Gestionnaire du Réseau de Transport.

La SA Elia System Operator ayant été désignée officiellement par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002 en tant que gestionnaire de réseau de transport (GRT) au niveau fédéral, cette désignation lève une partie des incertitudes juridiques relevées dans les précédentes décisions.

En tant que gestionnaire du réseau, Elia aura trois missions principales :

- l'exploitation du réseau, c'est-à-dire le transport d'électricité, en ce inclus les services auxiliaires;
- l'entretien du réseau à haute tension;
- le développement du réseau à haute tension.

Elia ne vend ni n'achète d'électricité. Cette opération se conclut entre le fournisseur (producteur ou intermédiaire) et le consommateur qui s'accordent sur des contrats de fourniture. En exécution de ce contrat, ils désignent un responsable qui conclut avec Elia un contrat d'accès pour le transport d'électricité sur le réseau Elia et qui est appelé le responsable d'accès. Il peut s'agir du fournisseur, du consommateur ou d'un tiers. Toute partie reconnue par Elia au titre de responsable d'accès peut conclure un contrat d'accès.

Le responsable d'accès garantit l'équilibre à l'échelle du quart d'heure entre la totalité des injections et la totalité des prélèvements pour lesquels il est responsable. Il s'engage à respecter les procédures d'Elia en matière de nominations.

Un responsable d'accès peut obtenir les droits d'accès suivants:

- droits d'accès à la frontière sud pour importation en provenance de France;
- droits d'accès à la frontière sud pour exportation vers la France;
- droits d'accès à la frontière nord;
- droits d'accès à un point de prélèvement en Belgique;
- droits d'accès à un point d'injection en Belgique.

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

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

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

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

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

En 2001, les importations nettes d'électricité en Belgique s'élèvent à 10,598,516 GWh dont approximativement [entre 80 et 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] ont été importés par Electrabel/SPE (CPTE)

5.2.3. Marché de la distribution

L'activité de distribution proprement dite du courant qui consiste à assurer l'acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension relève de la compétence des communes qui disposent de droits exclusifs en la matière. Comme déjà exposé, la plupart des communes se sont rassemblées au sein d'intercommunales aux fins de poursuivre ces activités de distribution. La majorité de ces intercommunales se sont adjoints les services d'Electrabel en tant que partenaire privé afin de les assister dans la poursuite de leur mission. Elles sont dénommées pour cette raison « intercommunales mixtes » pour les distinguer des "intercommunales pures" auxquelles ne participent que des pouvoirs publics. Le réseau de transport est clairement distinct du réseau de distribution.

Intermosane 2, en tant qu'intercommunale mixte est présente sur le marché de la distribution d'électricité pour les communes associées de la province de Liège.

Outre certains problèmes résultant de l'absence partielle de transposition au niveau fédéral ou régional, des règlements techniques relatifs aux conditions d'accès et à la tarification, les concurrents font état de l'avantage dont disposerait Electrabel en raison du fait que cette société procède à la gestion opérationnelle des réseaux de distribution et qu'elle continuera à y procéder dans le futur, et en raison de l'enchevêtrement des intérêts existants entre Electrabel et les intercommunales mixtes, futures gestionnaires de réseau de distribution (GRD).

La CREG s'interroge par ailleurs en ces termes : "Outre la question de savoir si une telle construction est légale en vertu des dispositions d'undbundling prévue par le décret wallon en matière d'électricité, d'aucuns s'interrogent sur la mesure dans laquelle le gestionnaire de réseau de distribution, sous le contrôle exclusif des communes, sera prêt à laisser un accès transparent et non discriminatoire aux concurrents d'ECS alors que les communes ont tout intérêt à ce qu'ECS enregistre un résultat optimal et, inversement, qu'elles seraient fortement affectées par une perte éventuelle dans le chef d'ECS."

Cette réserve est également mise en avant par un autre concurrent. Ce dernier fait également état du fait que, non seulement les tarifs définitifs pour l'accès aux réseaux de distribution ne sont toujours pas publiés, mais que la base des coûts des opérateurs de réseaux est encore inconnue, rendant impossible de savoir si un tarif de transport déterminé n'inclut que le service qui règle le transport ou si d'autres éléments sont comptés dans les tarifs (p. ex. les coûts échoués).

Un autre problème qui est soulevé dans les réponses des concurrents est celui de la gestion journalière de l'intercommunale qui risque d'être toujours assurée -hormis quelques tâches stratégiques- par du personnel d'Electrabel.

Ces préoccupations ont été prises en compte récemment par le VREG dans ses décisions du 5 septembre 2002 relatives à la désignation des GRD, les intercommunales mixtes n'ayant reçu d'agrément que pour une durée limitée à un an en raison des doutes émis sur leur indépendance par rapport à Electrabel, alors que les intercommunales pures ont été désignées pour une période de douze ans.

5.2.4. Marché de la fourniture

Les volumes estimés du marché concerné ont été repris au point 6.3.2 pour les années 2002 à 2005.

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%. La position d'Electrabel/SPE sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients finals s'élève selon les parties notifiantes à [plus de

95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 1999, à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2000 et est estimée à [entre 90 et 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2001.

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

5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Interomosane 2 et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure significative.

6. Libéralisation du marché

6.1. Désignation du gestionnaire du réseau de transport (GRT)

Par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002, la SA Elia System Operator a été désignée pour une période de 20 ans comme gestionnaire du réseau de transport au sens de l'article 10, § 1 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

La société Elia System Operator, de par sa désignation en tant que GRT en vertu de cette loi, se voit également confier la gestion du réseau de transport local en région wallonne (réseau compris entre 30 et 70 Kilovolts) en vertu de l'article 4 du décret du 12 avril 2001 de la région wallonne relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

De même en Flandre, la société Elia System Operator a été désignée le 5 septembre 2002 à titre provisoire en tant que gestionnaire du réseau de distribution pour les réseaux de 70 KV à 26 KV. Un délai d'un an lui a été accordé afin de se conformer aux exigences de la section IV du chapitre II de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge du 5 septembre 2001, section qui traite de l'indépendance juridique et de gestion du gestionnaire du réseau vis-à-vis des producteurs, des titulaires d'une autorisation de fourniture et des intermédiaires.

Pour la Région de Bruxelles-Capitale, Elia System Operator a également été désigné provisoirement en tant que gestionnaire du réseau de transport régional (réseau d'une tension nominale de 36 KV).

6.2. Désignation des gestionnaires des réseaux de distribution (GRD)

Pour la région flamande, la VREG a désigné certains GRD pour une période de 12 ans et d'autres de manière provisoire, pour une durée de 12 mois.

En Région wallonne, la procédure de désignation de tous les GRD n'est pas terminée. Cette désignation devait en principe être réalisée pour le 25 octobre 2002 et semble ainsi imminente.

6.3. Éligibilité

6.3.1. Nouveaux seuils d'éligibilité à partir du 1er janvier 2003

A partir du 1er janvier 2003, de nouvelles catégories de clients seront éligibles:

- les clients finals ayant une consommation annuelle de plus de 10 GWh au niveau fédéral, en région de Bruxelles-Capitale et en région wallonne;
- les clients finals ayant une puissance de raccordement au réseau de distribution et au site de consommation qui est égale ou supérieure à 56 KVA en région flamande.

6.3.2. Volume du marché concerné par la fourniture d'électricité aux clients éligibles

Selon Electrabel, le volume total des ventes en Belgique est de l'ordre de 79.667,5 GWh en 2001.

L'évolution du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique se présentera comme suit :

Pour l'année 2002: 41.427 GWh/an, soit 52 % du marché ;

Au 1er mars 2003: 47.800 GWh/an, soit 60 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients consommant plus de 20 GWh/an dans la Région de Bruxelles-Capitale, plus de 10 GWh/an en Wallonie et des clients dont la puissance mise à disposition est supérieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er juillet /2003: 62.937 GWh/an , soit 79 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients dont la puissance mise à disposition est inférieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er janvier 2005: 69.311 GWh/an, soit 87 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients raccordés au réseau haute tension en Wallonie).

7. Contraintes influençant la libéralisation du marché de l'électricité

7.1. Barrières juridiques

a) Incertitudes juridiques

Même si les parties invoquent le fait qu'elles ne sont nullement responsables du retard pris dans la transposition totale de la directive, ce qui ne saurait être mis en doute, il n'en reste pas moins qu'il convient d'être attentif à ne pas accroître les effets qui en résultent au niveau de la concurrence. Il ne faudrait pas que ces incertitudes, qui empêchent les concurrents d'entrer efficacement sur le marché belge de l'électricité, favorisent anormalement l'acteur dominant pendant la période transitoire et lui permettent d'occuper une position sur laquelle les mécanismes de régulation, une fois opérationnels, seront dans une grande mesure sans effet.

b) Durée des contrats de fourniture

Comme signalé dans la décision rendue le 30 août 2002 dans le cadre de la présente notification au terme de la première phase, un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

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

L'instruction et des auditions intervenues dans le cadre de la première phase révélaient qu'un examen complémentaire s'avérait nécessaire sur la durée de ces contrats. Cet examen a été réalisé dans le cadre de l'instruction complémentaire. Les résultats de cet examen peuvent être résumés comme suit :

b.1. Clients haute tension

Ces contrats sont conclus directement avec Electrabel S.A..

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats) :

1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	+ de 6 ans
[Secrets des affaires]						

Il ressort que la majorité des contrats sont conclus pour une durée à moyen terme de [Secrets des affaires], soit environ [Secrets des affaires] %.

Le pourcentage de clients par année d'échéance est la suivante :

31/12/2002	31/12/2003	31/12/2004	31/12/2005	31/12/2006	Après 2006
[Secrets des affaires]					

b.2 Clients basse et moyenne tension

Ces contrats sont conclus avec ECS.

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats < 10 GWh/an et [Secrets des affaires] contrats > 10 et < 20 GWh/an), la majorité de ces contrats entrent en vigueur à partir du [Secrets des affaires] :

Durée contractuelle	< 10 GWh/an	> 10 et < 20 GWh/an
1 an	[Secrets des affaires]	
2 ans		
3 ans		
4 ans		
5 ans		
>= 6 ans		
Durée moyenne par client		

7.2. Informations essentielles pour entrer sur le marché

a) Information sur l'éligibilité

Il ressort de l'instruction ainsi que des réponses fournies par les concurrents qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun système d'informations efficace, centralisé et complet. Certaines données sont disponibles auprès de divers organismes et autorités fédérales et régionales; cependant, celles-ci sont insuffisantes, voire dépassées.

A ce sujet, la CREG mentionne le fait qu'aucune réglementation n'impose au gestionnaire du réseau de transport de publier une liste de clients éligibles ainsi qu'une liste de fournisseurs alternatifs.

Cette situation, quelle qu'en soit la raison, est préjudiciable à l'établissement d'un marché concurrentiel. Il faut tenir compte du fait qu'Electrabel, en tant qu'opérateur historique verticalement intégré, possède un avantage considérable sur ses concurrents puisqu'il a un accès privilégié aux informations essentielles et ce, à tous les niveaux du marché.

b) Autres informations manquantes

Des informations se situant à tous les niveaux du marché de l'électricité, nécessaires aux concurrents désireux de pénétrer le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, ne sont actuellement pas disponibles, si ce n'est dans le chef de l'opérateur historique qu'est Electrabel.

Le rapport du Corps des Rapporteurs énumère divers renseignements essentiels, et notamment :

Au niveau de la production:

- informations relatives aux excédents de production et aux capacités disponibles à la vente pour les fournisseurs alternatifs;
- date et durée des entretiens des grandes centrales prévus sur le long terme;
- publication en temps réel des incidents influençant la production et la capacité disponible d'électricité;

Au niveau du transport et de la distribution :

- les conditions d'accès et de raccordement au réseau;
- les coûts de transport et de distribution d'électricité;

Au niveau de la fourniture :

- concernant les clients éligibles :
 - consommation sur base quart-horaire
 - historique de consommation
 - localisation et coordonnées
- concernant les fournisseurs alternatifs : identité et coordonnées des fournisseurs alternatifs à transmettre aux clients éligibles. Il existe une liste de fournisseurs ayant obtenu l'autorisation de fourniture sur le site Internet de la VREG, mais ces informations devraient en plus être transmises par le gestionnaire de réseau aux clients en même temps qu'il les informe de leur éligibilité future. Ces informations, dans la mesure où elles concernent des clients qui ne sont pas encore éligibles, devraient être disponibles suffisamment tôt par rapport à la date d'éligibilité de ces clients.

7.3. Capacité des concurrents

Légalement, toute entreprise qui veut entrer sur le marché de la fourniture des clients éligibles doit introduire au préalable auprès des autorités de régulation régionales compétentes une demande d'autorisation ou licence. Les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles capitale ont adopté chacune un arrêté organisant la procédure. Il s'agit de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux autorisations de fourniture d'électricité, publié au Moniteur belge du 05 septembre 2001, de l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 27 avril 2002 et 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.

Le fournisseur doit à cette occasion satisfaire à des conditions d'honorabilité, d'expérience professionnelle, de capacités techniques et financières, et d'organisation.

Des renseignements obtenus, il s'avère que les conditions exigées par ces législations régionales ne constituent pas une barrière insurmontable pour un candidat "sérieux", l'objectif poursuivi ayant manifestement été de favoriser au maximum l'apparition de concurrents potentiels sur le marché de la fourniture d'électricité.

D'un point de vue pratique, différentes sociétés interrogées quant à leur capacité d'approvisionner le marché ont déjà obtenu une licence de fourniture ou compte incessamment introduire une telle licence.

8. Conditions d'une éventuelle admissibilité de l'opération et observations des parties

Tant les parties intervenantes justifiant d'un intérêt suffisant, que les experts désignés par le Corps des rapporteurs, que les organes régulateurs fédéral et régionaux et que le Corps des rapporteurs considèrent que l'opération notifiée crée ou renforce la position dominante d'Electrabel et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur le secteur de l'électricité et considèrent dans ces conditions que la concentration notifiée devrait être refusée. Ils proposent toutefois à titre subsidiaire des conditions à imposer sur tous les marchés de l'électricité qui doivent absolument être respectées si la concentration était admise.

Les parties estiment que la concentration en cause ne renforce pas la position dominante d'Electrabel et ne voient par conséquent pas la nécessité d'imposer des conditions pour l'admissibilité de l'opération.

Elles sont d'avis que "aucune des conditions suggérées par les concurrents ne sont acceptables dès lors que leur nécessité et leur proportionnalité ne sont pas démontrées."

9. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que le renforcement de position dominante peut s'apprécier tant sur le marché de la production que sur le marché de la fourniture ;

Qu'Electrabel dispose indubitablement de par sa qualité d'opérateur historique d'avantages par rapport à ses concurrents dans l'approche de la clientèle qui devient éligible ;

Que l'opération envisagée ne fait que conforter sa position puisqu'elle lui confère la sécurité juridique du maintien de la fourniture par ECS de la clientèle "par défaut" tant que ces clients éligibles n'ont pas choisi un fournisseur concurrent ;

Attendu que dans ses décisions n° 2002-C/C-61 et n° 2002-C/C-62 du 30 août 2002, le Conseil a été amené à constater que :

- les parties disposent d'une position dominante sur le marché ;
- la concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- ce renforcement entrave la concurrence sur le marché belge ;

Attendu que le Conseil avait considéré que pareille entrave ne serait pas significative pour autant que les parties en cause respectent les conditions et charges suivantes :

- aviser six mois à l'avance chaque client, par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison, en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommateur
- accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois sans indemnité ;

Attendu que ces décisions indiquaient clairement qu'il s'agissait d'un minimum en vue de rendre les concentrations admissibles, le Conseil s'étant expressément réservé d'imposer des conditions complémentaires à l'occasion d'autres opérations de concentration ;

Qu'à la connaissance du Conseil, cette décision a été à ce jour frappée d'appel par une des parties intervenantes;

Attendu que dans la présente cause, les parties notifiantes, tout en considérant les conditions retenues par le Conseil dans la décision du 30 août 2002 n'étaient pas nécessaires, ont néanmoins déclaré les accepter pour la présente concentration;

Qu'elles n'ont pas élaboré d'autres propositions ;

Attendu qu'il résulte de l'examen des éléments recueillis dans le cadre du rapport complémentaire établi en application de l'article 34 §1 de la loi sur la protection de la concurrence économique que les conditions émises dans les décisions du 30 août 2002, appliquées au cas d'espèce, ne peuvent être suffisantes pour conférer un caractère admissible à la concentration ;

Attendu que la condition relative à la durée des anciens contrats ne trouve pas à s'appliquer dès lors qu'aucun client éligible n'a conclu de contrat de trois ans et plus;

Que la seule condition relative aux informations à communiquer à chaque client éligible ne se révèle pas en soi suffisante pour empêcher d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché concerné ;

Attendu que les experts désignés au sein du CWAPE, de la CREG et de la VREG, ont considéré que des conditions complémentaires plus sévères devraient être imposées par le Conseil si celui-ci venait à ne pas s'opposer à l'opération de concentration ;

Attendu que le rapport en deuxième phase cite les conditions complémentaires suivantes :

- mise aux enchères des capacités virtuelles de production ;
- répartition de la capacité transfrontalière ;
- obligation de mettre fin à l' Accord CPTE du 20 janvier 1995 ;
- obligation de mettre en vente les sites de production qui ne sont plus en activité ;
- interdiction d'utiliser le nom ELECTRABEL dans les filiales spécialisées ;

Attendu que les dispositions normatives prises tant au niveau fédéral qu'au niveau local sont de nature à permettre la libéralisation du marché de l'électricité ;

Que si les solutions arrêtées par Electrabel et Intermix dans le Mémoire of Understanding le 30 mars 2001 sont de nature à maintenir un équilibre entre les partenaires des intercommunales mixtes œuvrant dans le secteur de l'électricité, elles ne sont pas de nature à rencontrer les exigences visées dans la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que les dispositions reprises dans ce Mémoire ont été mieux développées dans la présente procédure notamment dans des notes qui faisaient défaut dans les premiers dossiers transmis au Conseil ;

Que l'opération de concentration notifiée ne fait qu'entériner les principes énoncés dans ce Mémoire ;

Attendu que le Conseil constate que bien que l'opération réponde sous certains aspects à la lettre de la législation mise en place pour libéraliser partiellement le secteur de l'électricité, la méthode utilisée n'est pas conforme à l'esprit de cette libéralisation ;

Attendu que les opérations préalables à cette concentration ont renforcé la position dominante des parties, en organisant le transfert des clients éligibles dans une période d'ouverture du marché à la concurrence, et sans faire appel à celle-ci ;

Attendu que la CREG considère en tant que régulateur fédéral du secteur de l'électricité et du gaz, qu'il est essentiel d'ouvrir la désignation d'un fournisseur par défaut à la concurrence et que pour ce faire, il convient d'appliquer la législation relative aux marchés publics afin d'offrir la meilleure garantie d'une utilisation non discriminatoire et transparente de la concurrence ;

Attendu que le Conseil a pour mission de veiller au respect des dispositions de la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que si, en application de l'article 34 §1 al.2 de cette législation, le Conseil peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires et proportionnelles pour justifier du caractère admissible d'une concentration, celles-ci ne peuvent avoir pour effet l'organisation même de l'ouverture du marché, rôle qui revient au législateur ;

Attendu qu'à l'exception des parties notifiantes, les acteurs interrogés ainsi que le Corps des rapporteurs confirment que l'application de l'ensemble des conditions proposées est seule de nature à donner pleine efficacité à la décision ;

Que cependant, le Conseil estime que certaines d'entre elles dépassent sa sphère de compétence puisqu'elles auraient pour effet la véritable « mise en place » de la libéralisation complète des marchés de l'électricité au delà de ce qu'à voulu le législateur à ce jour ;

Attendu que nonobstant cette observation, le Conseil constate que de nombreuses barrières à l'entrée subsistent, entre autres, l'insuffisance de capacité aux interconnexions, la nécessité d'investissements considérables en production d'électricité et la lenteur des procédures de fixation de prix ;

Que ces barrières ne sont pas le fait des parties notifiantes mais résultent de la situation antérieure ;

Que si le rôle du Conseil de la concurrence n'est pas de réduire les parts de marché de l'opérateur historique, il doit vérifier si l'opération notifiée n'a pas pour effet d'augmenter l'impact des barrières à l'entrée;

Que le législateur a pris une série de mesures pour libéraliser le marché de l'électricité, dont l'une d'entre elles ordonne la séparation des activités de distributeurs de celles de fournisseurs d'électricité;

Que c'est pour répondre au vœu de la loi qu'Electrabel a créé sa filiale ECS ;

Que le législateur wallon a également prévu (article 6, § 3 du décret du 12 avril 2001) que le fournisseur des clients captifs répondant aux conditions d'éligibilité doit désigner un fournisseur par défaut afin d'assurer l'approvisionnement des clients aussi longtemps qu'ils n'ont pas choisi un autre fournisseur ;

Attendu que les clients éligibles qui ont choisi de quitter le fournisseur par défaut ne représentent actuellement que 5 à 10 % ;

Que ce pourcentage sera sans doute encore moins élevé chez les petits clients et les clients résidentiels. (cfr rapport Commission sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, mars 2002) ;

Que ce marché, qui ne s'ouvre qu'au rythme de l'éligibilité des clients, souffre encore d'une certaine passivité devant le changement ;

Attendu que les fournisseurs alternatifs ne peuvent prospecter ce marché naissant qu'en approchant les clients éligibles ou en se proposant à la désignation comme fournisseur par défaut ;

Qu'ils ont confirmé à l'audience être candidats à une telle désignation ;

Attendu que le fait pour ECS d'être désigné fournisseur par défaut de la totalité des intercommunales mixtes wallonnes en exécution du « Memorandum of Understanding » a pour conséquence de fermer la principale possibilité de pénétration du marché des fournisseurs concurrents, de renforcer les barrières existantes et de réduire considérablement l'efficacité des dispositions réglementaires visant à l'introduction de la libre concurrence ;

Attendu que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence ne peut que constater que l'opération notifiée est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;

Qu'il convient dès lors de l'interdire ;

Par ces motifs

Le Conseil de la concurrence

- Constate la position dominante sur le marché concerné des parties notifiantes ;
- Constate que l'opération de concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- Constate qu'elle a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;
- Décide en conséquence d'interdire la réalisation de la concentration notifiée.

Ainsi statué le 12 novembre 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.