

AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2014-I/O-25-AUD du 12 décembre 2014

Affaire n° CONC-I/O -11/0021: Certificats verts

1. SAISINE	2
2. DESCRIPTION DES ENTREPRISES CONCERNEES	2
3. PROCEDURE.....	3
4. LES PRODUITS CONCERNES PAR L'INSTRUCTION.....	3
4.1. LES CERTIFICATS VERTS.....	3
4.2. CADRE LEGAL RELATIF AUX CERTIFICATS VERTS	4
4.2.1 Au niveau fédéral.....	5
4.2.2. En Région flamande	5
4.2.4. En Région de Bruxelles-Capitale.....	8
5. L'ÉTUDE 2011-7 DE LA VREG INTITULÉE « TRANSPARANTIE VAN DE DOORREKENING VAN DE KOSTEN VOOR DE CERTIFICATENVERPLICHTINGEN DOOR ELEKTRICITEITLEVERANCIERS».	8
6. LE COÛT REPRÉSENTÉ PAR LE SYSTÈME DES CERTIFICATS VERTS POUR LES FOURNISSEURS.....	9
7. LA REPERCUSSION DU COUT DES CERTIFICATS VERTS AUX CLIENTS PAR LES FOURNISSEURS.....	10
8. LES MARCHES	10
8.1. MARCHÉ DES PRODUITS.....	10
8.2. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE.....	10
8.3. MARCHÉS CONCERNÉS.....	10
9. EN DROIT	11
9.1. JURISPRUDENCE	11
9.2. ANALYSE DU PARALLÉLISME DE COMPORTEMENTS ENTRE ENTREPRISES EN L'ESPECE	12
9.3. CONCLUSION AU REGARD DE L'ARTICLE IV.1 DU CDE ET/OU DE L'ARTICLE 101 TFUE.....	13

1. Saisine

1. Suite à la parution en septembre 2011 du rapport du régulateur flamand de l'énergie, la VREG, relatif à la transparence du mécanisme de répercussion des coûts relatifs à l'obligation de production de certificats verts par les fournisseurs d'électricité en Flandre, une instruction d'office a été ouverte par l'Auditorat, conformément à l'article 44, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après "LPCE"). Cette affaire a été enregistrée sous le n° CONC-I/O-11/0021, le 5 octobre 2011.
2. L'instruction a porté sur l'existence éventuelle d'accords, pratiques concertées et/ou échanges d'information anticoncurrentiels entre certaines entreprises actives dans l'industrie de la fourniture d'électricité en infraction aux articles 2, § 1^{er}, de la LPCE et 101, § 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE"). Ces accords, pratiques et/ou échanges auraient porté sur la facturation aux clients finaux par les fournisseurs d'électricité des coûts liés à l'obligation légale de remettre un quota de certificats verts aux différents régulateurs sous peine d'amendes.

2. Description des entreprises concernées

3. Les fournisseurs d'électricité concernés par cette instruction sont Lampiris SA, EDF Luminus (anciennement SPE SA), Eneco België NV, Essent Belgium NV, E.ON Belgium SA et ENI Gas&Power NV (anciennement Nuon Belgium NV) (ci-après, « Lampiris, EDF, Eneco, Essent, E.ON, ENI ou Nuon »).
4. Lampiris SA (ci-après, « Lampiris ») est une entreprise belge dont l'activité principale est la fourniture d'énergie électrique et de gaz naturel. Son siège social est situé Rue Saint Laurent, 54 à 4000 Liège.
5. EDF Luminus SA (ci-après, « EDF ») est une entreprise active dans le domaine de la production de l'électricité, de commerce de gros et de la fourniture d'électricité et de gaz naturel. Son siège social est situé Rue du Marquis 1 à 1000 Bruxelles.
6. E.ON Belgium SA (ci-après, « E.ON ») est une entreprise active dans le domaine de la fourniture d'électricité. Son siège social est situé Avenue des Arts, 40 à 1040 Bruxelles.
7. ENI Gas&Power NV (anciennement Nuon Belgium) (ci-après, « Nuon ») est une entreprise active dans le domaine de la fourniture d'électricité et de gaz naturel. Son siège social se situe Rue Guimard 1A à 1040 Bruxelles.
8. Eneco België BV (ci-après, « Eneco ») est une entreprise active dans le domaine de la production et de la fourniture d'électricité et de gaz naturel. Son siège social est situé Marten Meesweg, 5 à 3068 AV Rotterdam (NL) et sa succursale en Belgique est située à Battelsesteenweg 455i à 2800 Mechelen.
9. Essent Belgium SA (ci-après, « Essent ») est une entreprise active dans le domaine de la fourniture d'électricité et de gaz naturel. Son siège social se situe Veldkant 7 à 2550 Kontich.

3. Procédure

10. Les 6 et 7 octobre 2011, des perquisitions ont été menées auprès de fournisseurs d'électricité Lampiris, EDF, Eneco, Essent, E.ON et Nuon, sur la base des indications sérieuses dont disposait l'Auditorat selon lesquelles certaines entreprises actives dans l'industrie de la fourniture d'électricité en Belgique prendraient part ou auraient pris part, de manière active ou passive, à des accords, pratiques concertées et/ou échanges d'information contraires à l'article 2 de la loi et/ou à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE, en particulier : (i) la fixation des coûts liés à l'obligation légale de remise des certificats verts ainsi que des prix qui en résulteraient et (ii) l'échange d'informations sensibles, notamment des informations sur les prix et les éléments constitutifs de ces prix.

Des demandes de renseignements ont par la suite été adressées à ces mêmes fournisseurs ainsi qu'à Electrabel SA en date du 13 mai 2013.

4. Les produits concernés par l'instruction

4.1. Les certificats verts

11. Dans le cadre du paquet « Energie-Climat » adopté en décembre 2008 visant à aider l'Union européenne à réduire ses émissions de gaz à effet de serre et à réduire sa dépendance à l'égard du pétrole et du gaz, un des objectifs à atteindre est de porter la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique totale à 20% d'ici 2020 au sein de l'Union.

12. Pour la Belgique, cela signifie que la part des énergies renouvelables dans la consommation totale d'énergie doit être de 13 % en 2020¹. Pour ce faire, différents mécanismes de soutien ont été mis en place et ce tant au niveau fédéral que régional, notamment à travers un système d'octroi de certificats verts et de certificats de cogénération.

13. Les producteurs d'énergie verte se voient attribuer des certificats qui sont échangés sur un marché libéralisé ou rachetés par les gestionnaires de réseau et de transport à un prix minimal, certificats qui sont ensuite revendus aux fournisseurs d'électricité qui eux-mêmes, sont tenus de fournir un quota de certificats aux régulateurs sous peine d'amendes.

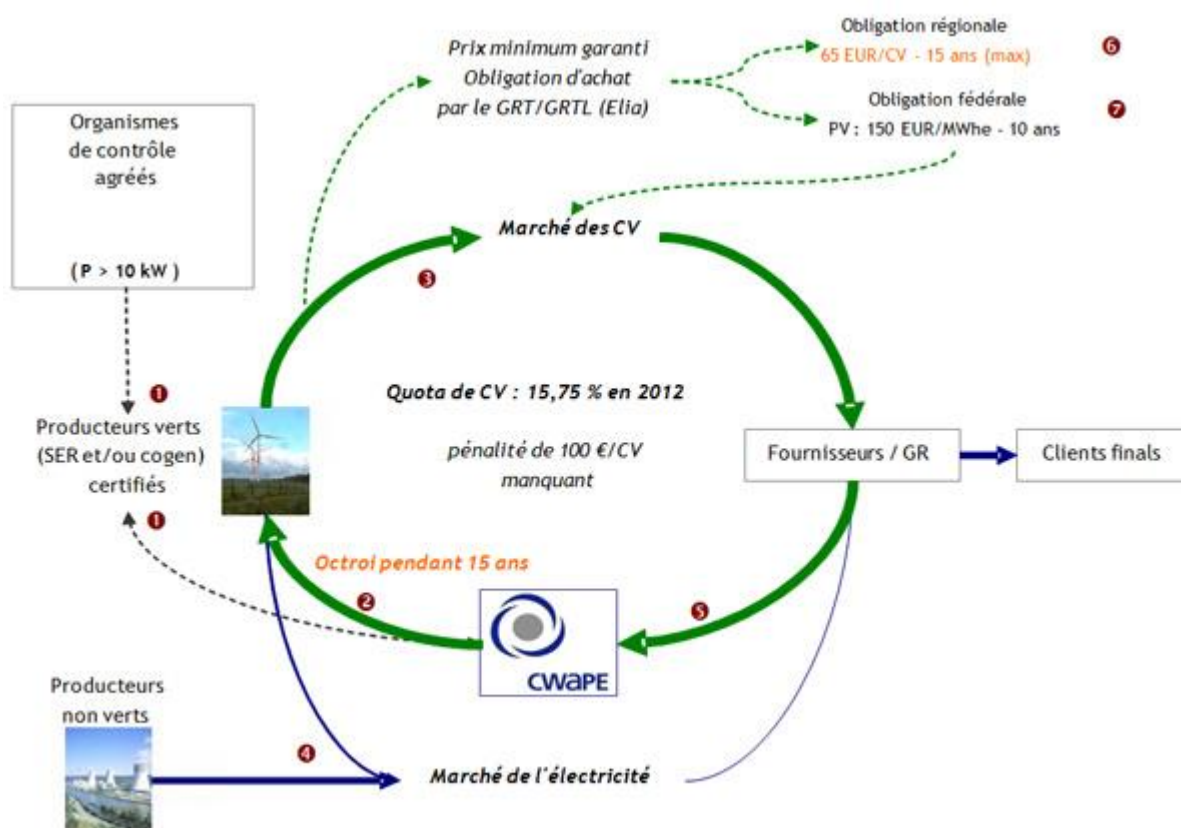
14. Le coût d'achat des certificats par les fournisseurs est répercuté directement sur les consommateurs, par le biais de la « cotisation énergie renouvelable ».

15. Le mécanisme des certificats verts est analysé ci-après.

¹ Voir http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Energie/Politique_energetique/Contexte_europeen/politique_energetique_europeenne_interieure/Paquet_Climat_Energie_energies_renouvelables/

4.2. Cadre légal relatif aux certificats verts

16. Quatre régimes légaux distincts relatifs aux certificats verts cohabitent en Belgique : un système au niveau fédéral, un en Wallonie, un en Flandre et un à Bruxelles. Ces régimes sont explicités brièvement ci-dessous.
17. Les Régions ont donc également mis en place un mécanisme de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.
18. Globalement, les systèmes présentent des similitudes entre les trois Régions du pays. En effet, le système prévoit, quelle que soit la Région, que les producteurs d'énergie verte reçoivent des certificats verts valables cinq ans et qui se présentent sous la forme de certificats immatériels enregistrés dans une base de donnée. Les fournisseurs d'électricité sont soumis à l'obligation d'acheter des certificats selon un quota pré-défini par les Régions appliqué à leur fourniture globale d'électricité de l'année précédente. Dans le cas où ce quota n'est pas atteint, le fournisseur est soumis à une amende, fixée également au niveau régional.
19. A côté de ces similitudes entre les trois systèmes, il existe des différences entre les systèmes régionaux. Ainsi, en Flandre, un certificat vert est octroyé pour chaque MWh d'électricité verte produit alors qu'en Wallonie, le nombre de certificats verts varie en fonction de la technologie de production de l'énergie verte. Le schéma proposé par le régulateur wallon de l'énergie, la CWaPE permet de mieux visualiser le fonctionnement du système des certificats verts.²



² Voir CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=3.4.00>.

4.2.1 Au niveau fédéral

20. Le mécanisme de soutien de production d'énergie renouvelable au niveau fédéral est prévu par l'article 7 de la loi « électricité » du 29 avril 1999 ³. Afin de stimuler la production d'énergie verte, des certificats d'origine et des certificats verts sont octroyés à des installations qui produisent de l'électricité à partir d'énergie éolienne off-shore.
21. Un certificat vert est délivré par la CREG pour 1 MWh d'électricité verte nette produite à partir d'installations qui produisent de l'électricité off-shore.
22. De plus, la loi prévoit l'établissement d'une obligation de rachat à un prix minimal et de revente par le gestionnaire de réseau de certificats verts octroyés par les autorités fédérales ou régionales afin d'assurer l'écoulement sur le marché, à un prix minimal, d'un volume minimal d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.
23. Dans la pratique, Elia, en tant que gestionnaire de réseau de transport local ou gestionnaire de réseau de distribution, est tenu d'acheter les certificats verts par le biais de trois canaux distincts ⁴:
 - Les certificats verts provenant de l'énergie éolienne off-shore à des prix minimaux fédéraux (arrêté royal du 16 juillet 2002 ⁵);
 - Tous certificats verts provenant de toutes les sources d'énergie renouvelable à des prix minimaux fédéraux (arrêté royal du 16 juillet 2002);
 - Tous certificats verts provenant de toutes les sources d'énergie renouvelable à des prix minimaux régionaux (ordonnances et décrets régionaux).

4.2.2. En Région flamande

24. En Flandre, la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable repose sur deux piliers : le système de certificats verts et les certificats de cogénération. Les principes généraux du développement de l'énergie verte sont repris dans le décret énergie du 8 mai 2009 ⁶ et dans le décret du 13 juillet 2012 ⁷.
25. Pour obtenir un certificat vert, un producteur d'énergie verte introduit une demande auprès du régulateur flamand de l'énergie, la VREG, et si son dossier est approuvé, il reçoit 1 certificat vert par tranche de 1 MWh si cette électricité est produite en Flandre et est consommée par le producteur ou injectée dans le réseau.
26. Les producteurs peuvent ensuite vendre ces certificats soit sur le marché libre soit à leur gestionnaire de réseau de distribution. Les gestionnaires de réseau de distribution sont dans l'obligation d'acheter ces certificats à un prix d'achat minimal garanti pour les installations raccordées à leur réseau. Un prix minimal garanti est fixé par technologie. Cette obligation d'achat est répercutée ensuite dans leurs tarifs de distribution.
27. Chaque année, les fournisseurs sont tenus de transmettre à la VREG, avant le 31 mars de l'année suivante, un certain nombre de certificats verts. Sur cette base, la VREG

³ Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, M.B. 11/05/1999

⁴ Voir CREG, Etude (F)100429-CDC-966 relative « aux différents mécanismes de soutiens de l'électricité verte en Belgique, p.10.

⁵ Arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement des mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, M.B. 23/08/2002.

⁶ Decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, M.B. 7/07/2009.

⁷ Decreet van 13 juli 2012 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2008, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie, M.B. 20/07/2012.

VERSION PUBLIQUE

contrôle si un fournisseur a respecté pendant l'année le volume minimal. Un certificat vert atteste que 1.000 kWh d'électricité ont été produits à partir d'une source d'énergie renouvelable.⁸

28. Si un fournisseur est aussi producteur et produit donc lui aussi de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, il peut demander des certificats verts auprès de la VREG. Dans le cas contraire, il peut acheter des certificats verts sur le marché, auprès de producteurs. Pour la fourniture aux grands consommateurs, une réduction du nombre de certificats à remettre est accordée par le régulateur.
29. Si le fournisseur remet un nombre insuffisant de certificats, il sera redevable d'une amende administrative. Cette amende a été fixée à 125 euros par certificat manquant pour la période 2005-2011, à 118€ en 2012, et à 100€ depuis 2013.
30. Pour obtenir des certificats de cogénération, l'installation de cogénération doit être de qualité et raccordée au réseau de distribution. Dans ce cas, un certificat est octroyé au propriétaire de l'installation pour toute économie d'énergie primaire de 1.000 kWh et/ou tous les 1.000 kWh d'électricité produits dans l'installation de cogénération.⁹
31. Les certificats de cogénération font également l'objet d'une obligation de quotas pour les fournisseurs. De même que pour les certificats verts, chaque année, la VREG calcule le nombre de certificats à remettre et informe le fournisseur de ce nombre. Par contre, il n'est pas tenu compte des grands consommateurs pour le calcul. Une amende est également prévue par certificat manquant, de 45€ entre 2006 et 2011, et de 41€ depuis 2012.

4.2.3. En Région wallonne

32. En Wallonie, l'arrêté relatif à la promotion de l'électricité verte date du 30 novembre 2006¹⁰. Comme en Flandre et à Bruxelles, la Wallonie a opté pour un mécanisme de soutien reposant sur une obligation de service public à charge des fournisseurs d'électricité et des gestionnaires de réseau, au moyen des certificats verts.
33. Pour obtenir un certificat vert, le producteur doit faire agréer son site de production par un organisme de contrôle qui lui délivre une attestation de garantie d'origine et ensuite introduire une demande d'octroi de certificats verts auprès du régulateur wallon de l'énergie, la CWaPE.
34. Le nombre de certificats verts dont le producteur bénéficie est calculé par le régulateur et dépend de la technologie utilisée. Un certificat vert est octroyé pour un nombre de kWh net produit correspondant à 1 MWh divisé par le taux d'économie de dioxyde de carbone. Le certificat vert permet donc de rétribuer l'installation de production d'électricité à l'aide de laquelle l'émission d'une quantité de dioxyde de carbone est réduite par rapport à la quantité émise par un canal de production d'électricité de référence classique pour la production de 1MWh.
35. Le Gouvernement wallon fixe pour chaque année, le quota de certificats verts à appliquer. Les fournisseurs d'électricité et gestionnaires de réseau rendent ces certificats trimestriellement au régulateur wallon de l'énergie, la CWaPE. L'objectif est d'atteindre en Wallonie une production de 8 TWh d'électricité produite à partir de sources d'énergie

⁸ Voir <http://www.vreg.be/fr/lobligation-de-certificats-ou-retour-quota>

⁹ Voir CREG, Etude (F)100429-CDC-966 relative « aux différents mécanismes de soutiens de l'électricité verte en Belgique, pp. 16-17.

¹⁰ Arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération, M.B. 29/12/2006.

VERSION PUBLIQUE

renouvelables, soit un peu plus de 25 % de la consommation finale d'électricité estimée pour 2020.¹¹

36. Chaque fournisseur est donc tenu de restituer trimestriellement à la CWaPE un nombre de certificats verts correspondant au nombre de MWh fournis à ses clients finals situés en Région wallonne multiplié par le quota en vigueur. Une réduction du nombre de certificats verts est octroyée aux fournisseurs qui ont pour clients finals des gros clients industriels (dont la consommation trimestrielle est supérieure à 5 GWh) ainsi que pour les clients qui ont conclu avec la Région wallonne un contrat portant sur une amélioration à court et moyen terme de leur efficacité énergétique.
37. Si le quota n'est pas atteint, le fournisseur se verra infliger par la CWaPE une amende pour le trimestre envisagé dont le montant est fixé à 100€ par certificat vert manquant.
38. Pour le client final ne bénéficiant pas de réduction de quota, le coût maximal de l'obligation de service public (ci-après, « OSP ») relative au quota de certificats verts est donné par la formule suivante :

$$\text{Coût OSPmax} = \text{quota nominal} \times \text{amende (EUR/MWh)}$$

39. En pratique, le coût de l'OSP relative au quota de certificats verts est répercuté auprès du client final d'une part au niveau du prix de la composante « énergie » facturé par le fournisseur et d'autre part au niveau des tarifs d'utilisation du réseau pour ce qui concerne la partie de l'OSP à charge du gestionnaire de réseau (« GRD »).
40. Au niveau des gestionnaires de réseau, la répercussion du coût de cette « OSP-verte » fait l'objet d'un contrôle par le régulateur fédéral (CREG) dans le cadre de l'approbation des tarifs d'utilisation des réseaux (tarifs régulés).
41. Au niveau des fournisseurs, l'intégration du coût de cette « OSP-verte » dans le prix de la composante « énergie » facturé au client final n'est pas régulée. Le fournisseur et son client négocient, en principe, librement celle-ci. Toutefois, dans un souci de transparence, le législateur wallon a prévu trois dispositions en la matière¹² :
- pour tous les clients, l'AGW-OSP du 30 mars 2006 impose aux fournisseurs d'indiquer dans le contrat et sur les factures le montant, correspondant à la répercussion des coûts des certificats verts. Ce coût ne peut en aucun cas être compris dans les postes relatifs aux taxes et surcharges ;
 - pour les clients résidentiels et les PME, l'article 20quater de la loi du 29 avril 1999 dispose en son paragraphe 1^{er} que « *pour les clients résidentiels et les PME, le fournisseur peut répercuter au client final au maximum la charge réelle liée aux obligations régionales en matière de certificats verts et de certificats de cogénération en tenant compte uniquement du prix de marché des certificats et d'un coût de transaction forfaitaire* ».
 - pour le client final bénéficiant d'une réduction de quota, les réductions de coûts en résultant doivent être répercutées directement par les fournisseurs sur chaque client final qui en est à l'origine.

¹¹ Voir CWaPE, CD-11h11-CWape, « L'évolution du marché des certificats verts », rapport annuel spécifique, pp.4-5.

¹² Voir Rapport CWaPE « L'évolution du marché des certificats verts », Rapport annuel spécifique 2012, pp.23-24.

42. Le contrôle du respect de ces dispositions par les fournisseurs relève des missions du régulateur wallon de l'énergie, la CWaPE.¹³

4.2.4. En Région de Bruxelles-Capitale

43. A Bruxelles, chaque producteur d'électricité produisant à partir de sources d'énergie renouvelables ou d'une installation de cogénération se voit attribuer des certificats verts pour autant que son installation ait été certifiée par le régulateur bruxellois, BRUGEL et que la garantie d'origine lui ait été octroyée.¹⁴

44. Un certificat vert est octroyé à l'installation de production d'électricité verte à chaque fois que cette installation permet d'éviter 217 kg CO₂. Les certificats verts délivrés sont enregistrés dans une base de données gérée par BRUGEL. Toutes les transactions y sont consignées.

45. Chaque fournisseur communique à BRUGEL au plus tard le 31 janvier de chaque année les chiffres relatifs aux fournitures qu'il a réalisées au cours de l'année précédente à destination de ses clients éligibles établis sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. BRUGEL calcule ensuite le nombre de certificats verts que celui-ci doit remettre.¹⁵

46. Les certificats verts émis par d'autres autorités nationales ou étrangères ne peuvent à priori être utilisés par les fournisseurs pour remplir leurs obligations sauf dans le cas d'un épuisement des certificats émis en Région de Bruxelles-Capitale. Dans ce cas, ils peuvent toutefois remettre les certificats verts émis par d'autres autorités nationales ou étrangères, s'ils apportent la preuve d'un refus ou d'une incapacité de vente des certificats verts attribués à une installation située en Région de Bruxelles-Capitale.¹⁶

47. L'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 29 novembre 2012 fixant les quotas de certificats verts pour les années 2013 et suivantes a établi les quotas de certificats verts imposés aux fournisseurs jusqu'en 2025.

48. Le dernier quota étant fixé à 3,25% pour l'année 2012, le nouvel arrêté établit une progression constante des quotas, évoluant de 3,5% pour l'année 2013, vers 8% pour l'année 2020 et enfin vers 12% pour l'année 2025. Le montant de l'amende est fixé à 100€ par certificat vert manquant et ce, depuis 2006.

5. L'étude 2011-7 de la VREG intitulée « Transparantie van de doorrekening van de kosten voor de certificatenverplichtingen door elektriciteitleveranciers ».

49. L'instruction d'office a été entamée à la suite de la parution en septembre 2011, du rapport de la VREG, sur la transparence du mécanisme de répercussion des coûts relatifs à l'obligation de production de certificats verts par les fournisseurs d'électricité en Flandre. La VREG y mettait en lumière le fait que certains fournisseurs facturaient aux clients finaux situés en Région flamande le coût de l'obligation de production des certificats verts sur base du montant de l'amende due en cas de non-respect de cette obligation et non sur base du coût réel d'achat des certificats.

¹³ Voir Rapport CWaPE « L'évolution du marché des certificats verts », Rapport annuel spécifique 2012, pp.23-24.

¹⁴ Voir arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 6 mai 2004 relatif à la promotion de l'électricité verte et de la cogénération de qualité, M.B. 28/06/2004, Ed. 2., art. 2.

¹⁵ Ibid., art 24 et 25;

¹⁶ Ibid, art 27, §3.

50. Selon la VREG, à l'exception d'Electrabel, de Elexys et EBEM qui ne prenaient en compte qu'une partie de l'amende, tous les fournisseurs ont répercuté aux clients résidentiels le coût de l'obligation relative au quota de certificats verts au prix de l'amende. Or, le prix moyen du certificat vert était plus faible que le montant de l'amende. Par conséquent, la VREG a estimé que les fournisseurs appliquaient une prime sur le coût réel relatif à l'obligation de fourniture de certificats verts, ce qui avait pour conséquence que le prix payé par les consommateurs était plus élevé et ce, sans justification.¹⁷
51. De plus, la VREG était d'avis que la mention de ce coût ne devait pas figurer à part sur les factures mais devait être intégré dans le coût global de fourniture, ce qui aurait permis, selon elle, plus de concurrence entre fournisseurs.

6. Le coût représenté par le système des certificats verts pour les fournisseurs

52. Les prix de transaction des certificats verts sont publiés sur le site des régulateurs. Pour la VREG, il existe une obligation imposée au régulateur flamand par voie de décret d'établir un rapport pour le 30 juin de chaque année et ce, depuis 2011¹⁸. Ce rapport est relatif à la transparence dans les coûts relatifs à l'obligation de fourniture de certificats verts pour les fournisseurs. La CWaPE et BRUGEL publient également les données relatives à l'évolution du prix du certificat vert ainsi que des rapports annuels relatifs à la production de l'énergie verte.
53. Les données qui figurent dans ces rapports établis par les trois régulateurs de l'énergie font état, pour la Région Wallonne d'un coût par certificat pour les fournisseurs oscillant en moyenne entre 2006 et 2010, autour des 89 €/certificat vert¹⁹ (en baisse constante depuis 2010 pour s'établir à 74 €/certificat vert en moyenne en 2012). Pour la Région flamande, ce coût était de 103,21 €/certificat vert en 2011²⁰, de 94,14 €/certificat vert²¹ en 2012, et de 94,14 €/certificat vert en 2013²². BRUGEL fait état d'un prix en diminution depuis 2009 passant de 92 €/certificat vert à environ 85 €/certificat vert en 2013.²³
54. Dans les années 2006 à 2011, le coût de l'amende par certificat vert manquant pour les fournisseurs a été fixé à 120€ pour la Région flamande, 100€ pour la Région Wallonne et la Région Bruxelles-Capitale. Ces montants ont été ramenés à 118€ pour la Région flamande depuis 2012.
55. Par conséquent, le prix réel net d'achat pour un fournisseur a toujours été inférieur au coût de l'amende. Lorsque le fournisseur facture au client résidentiel l'obligation de remise de certificats verts sur base de l'amende, il lui facture donc un prix plus élevé que si celui-ci avait été établi sur base du coût réel du certificat.

¹⁷ Voir VREG, « Rapport transparentie van de dorrekening van de kosten voor de certificatenverplichtingen doorelektriciteitsleveranciers 2010 », 30/09/2011, para 2.4

¹⁸ Décret du 6 Mai 2011

¹⁹ Rapport CWaPE « L'évolution du marché des certificats verts, CD-11h11-CWaPE, p.27.

²⁰ Rapport VREG <http://www.vreg.be/sites/default/files/rapporten/rapp-2011-7.pdf>, p.11;

²¹ Rapport VREG, http://www.vreg.be/sites/default/files/rapporten/rapp-2013-9_1.pdf, p.9.

²² Rapport VREG, http://www.vreg.be/sites/default/files/rapporten/rapp-2013-9_1.pdf, p. 9.

²³ Voir <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/528f1b1d0bff0.pdf>, p.2.

7. La répercussion du coût des certificats verts aux clients par les fournisseurs

56. Dans le cadre de l'instruction, des demandes de renseignements ont été adressées aux fournisseurs. Il leur a été demandé de préciser le montant mensuel (€/MWh) de la « contribution énergie renouvelable », c'est-à-dire le montant qui a été facturé aux clients pour le coût d'achat des certificats verts, entre janvier 2005 et mai 2013, et ce pour chaque Région et par certificat (certificat vert et WKK).
57. Suite à l'analyse des réponses, il a été constaté que, pour certains fournisseurs, la répercussion de la contribution énergie renouvelable varie en fonction du type de clients.
58. De plus, l'on constate que, pour la plupart des fournisseurs, le pourcentage de répercussion de l'amende sur les clients finals varie en fonction d'une part des années, et d'autre part, des Régions.

8. Les marchés

8.1. Marché des produits

59. Les produits concernés sont les certificats verts. Comme précisé au chapitre 4 de la présente décision, des certificats (dits « verts ») sont délivrés aux producteurs d'énergie verte. Ces certificats sont échangés sur un marché libéralisé ou rachetés par les gestionnaires de transport à un prix minimal. Ces certificats sont ensuite revendus aux fournisseurs d'électricité qui, eux-mêmes, sont tenus de fournir un quota de certificats aux régulateurs sous peine d'amendes.

8.2. Marché géographique

60. Bien que certains mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable aient été mis en place par l'Etat fédéral pour ce qui concerne plus particulièrement les installations qui produisent de l'électricité à partir d'énergie éolienne off-shore, l'essentiel des obligations légales en matière de certificats verts sont instituées par les Régions.
61. Il en est ainsi pour ce qui concerne notamment (i) le nombre de certificats verts à restituer par les fournisseurs d'électricité aux différents régulateurs régionaux (VREG en Flandre, CWaPE en Wallonie et BRUGEL à Bruxelles) sur base de quotas déterminés par les Régions et/ou les régulateurs et (ii) les amendes liées au non-respect desdits quotas.
62. Il y a donc lieu de considérer des marchés géographiques distincts circonscrits aux territoires de la Région Flamande, la Région Wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale.

8.3. Marchés concernés

63. Sur la base des considérations qui précèdent, trois marchés sont susceptibles d'être concernés par d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, à savoir :
- (1) le marché des certificats verts en Région Flamande
 - (2) le marché des certificats verts en Région Wallonne
 - (3) le marché des certificats verts dans la Région de Bruxelles-Capitale.

64. Toutefois, dans la mesure où la définition des marchés concernés n'a pas fait l'objet d'une interrogation spécifique auprès des acteurs concernés et où les premières investigations permettent d'aboutir à la conclusion d'une absence d'atteinte à la concurrence, il n'y a pas lieu de se prononcer plus avant sur la définition du ou des marché(s) concerné(s) en l'espèce.

9. En droit

9.1. Jurisprudence

65. Comme le stipule l'article IV.1 du Code de droit économique, « *sont interdits, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à (1°) fixer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* »²⁴

66. Il ressort de la jurisprudence communautaire que la notion d'accord au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE – dont l'article IV.1 est la disposition-miroir en droit belge - résulte de l'expression, par les entreprises participantes, de la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée.²⁵

67. S'agissant de pratique concertée, le Tribunal a récemment rappelé que cette notion a été définie comme étant « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substituait sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence.* »²⁶

*« La notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effets entre ces deux éléments. A cet égard, il y lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participantes à la concertation et qui demeurent actives sur le marché, tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leurs comportements sur ce marché. Il en sera d'autant plus ainsi que la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période. »*²⁷

68. S'agissant des conditions dans lesquelles un échange d'informations entre concurrents peut être considéré comme contraire aux règles de la concurrence, le Tribunal rappelle que « *les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun* »²⁸

« Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou

²⁴ Art. IV.1, §1^{er} du Code de droit économique

²⁵ Arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C- 49/92 P, para. 130

²⁶ Arrêt du Tribunal du 14 mars 2013, Fresh Del Monte Produce, Inc. contre Commission européenne, Affaire T-587/08, para 297.

²⁷ Ibid, para 298.

²⁸ Arrêt du Tribunal du 14 mars 2013, Affaire T-587/08, para 301.

indirect entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur ce marché ou que l'on envisage d'adopter sur celui-ci, lorsque ces contacts ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché »²⁹

« Il s'ensuit que l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises. »³⁰

9.2. Analyse du parallélisme de comportements entre entreprises en l'espèce

69. Comme mentionné ci-dessus, la VREG avait constaté un parallélisme de comportements entre certains fournisseurs d'électricité en ce qu'ils facturaient aux clients finaux situés en Région flamande le coût de l'obligation de production des certificats verts sur base du montant de l'amende due en cas de non-respect de cette obligation et non sur base du coût réel d'achat des certificats verts.
70. Cependant, les documents copiés à cet égard lors des perquisitions n'ont pu démontrer aucun échange d'informations direct entre les entreprises ni de pratiques concertées entre les entreprises susceptibles d'être considérées comme contraires à l'article IV.1 du code de droit économique – voire, le cas échéant, à l'article 101 TFUE. Aucun document copié ne porte sur un échange d'informations quant au niveau de la fixation des prix et/ou du mode de répercussion au consommateur final du coût de la contribution énergie renouvelable (certificats verts) en cas de non-respect des obligations de remise des certificats verts.
71. Par ailleurs, il ressort des réponses aux demandes de renseignements adressées aux entreprises concernées que le mode de répercussion de la contribution énergie renouvelable a varié sur la période analysée (2005-2012) en fonction du type de client et/ou en fonction des Régions.³¹
72. De plus, l'Auditorat constate que la transparence est grande sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, et ce entre autres, grâce aux comparateurs de prix disponibles pour les consommateurs sur les sites des régulateurs. En outre, les cartes tarifaires et conditions générales des concurrents peuvent être très facilement retrouvées sur internet. Sur chaque carte tarifaire, la contribution verte est mentionnée en cEUR/kWh. Les conditions générales exposent généralement le mode de calcul de cette contribution.
73. La transparence quant au mode de répercussion de l'obligation de fourniture des certificats verts a également été relevée par la CREG dans ses études. Ainsi, dans son étude de 2011 (et également de 2010³²) relative aux « *composantes des prix de l'électricité et du gaz naturel* » la CREG mentionne que « *les montants des contributions énergie renouvelable et de cogénération sont différents selon les régions et les fournisseurs. Leur évolution varie d'année en année principalement en fonction des quotas de certificats à remettre aux autorités régionales ainsi que du montant des amendes administratives.*

²⁹ Arrêt du Tribunal du 14 Mars 2013, Affaire T-587/08, para 302.

³⁰ Ibid, para 303.

³¹

³² Voir CREG, Etude (F)101021-CDC-1004 du 21 octobre 2010, para . 58.

VERSION PUBLIQUE

Chez Luminus, Nuon, Essent et Lampiris, le niveau des contributions dépend de l'amende administrative fixée par leur autorité régionale et du quota de certificats à délivrer. Electrabel facture des montants de contributions moins élevés que les autres fournisseurs et semble donc davantage tenir compte de la valorisation des certificats sur le marché.»³³

74. Il ressort de ce qui précède que la transparence sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels est très importante et permet aux fournisseurs d'électricité de connaître la politique commerciale de leurs concurrents en l'absence de toute concertation.
75. A cela s'ajoute le fait que l'activité des fournisseurs d'électricité est régulée par un même cadre réglementaire, qui prévoit des amendes d'un montant identique en cas de non-respect des obligations en matière de certificats, en fonction de la Région dans laquelle ils déploient leurs activités.
76. Enfin, la nature même de la contribution verte étant spécifique, elle est distincte d'un produit de vente. En effet, l'opération n'a pas pour objectif de transférer aux clients la propriété du titre immatériel que représente un certificat vert. Il n'est donc pas illogique pour les fournisseurs, de distinguer de manière spécifique le coût de cette obligation sur les factures aux clients résidentiels et non de l'intégrer dans la valeur de vente représentant le prix de l'énergie fournie.
77. Il existe donc de nombreuses justifications possibles permettant de défendre que certains fournisseurs aient décidé de manière autonome de répercuter sur les clients résidentiels les amendes dues en cas de non-respect des obligations de remise des certificats verts.
78. Or, pour établir que le parallélisme de comportements est constitutif d'une entente anticoncurrentielle en l'absence de preuve matérielle en ce sens, l'Auditorat doit démontrer que cette pratique généralisée ne peut trouver d'autres explications qu'une concertation. Tel n'est pas le cas en l'espèce

9.3. Conclusion au regard de l'article IV.1 du CDE et/ou de l'article 101 TFUE

79. Bien qu'il ait existé des différences entre les Régions et entre les différentes obligations légales, il ressort de l'instruction que les fournisseurs ont pour la plupart décidé de répercuter le coût des certificats verts en s'approchant du montant maximal, à savoir le montant de l'amende. Ceci dit, l'Auditorat n'a pas pu démontrer aucun échange d'informations direct entre les entreprises ni de pratiques concertées entre les entreprises susceptibles d'être considérées comme contraires à l'article IV.1 du code de droit économique – voire, le cas échéant, à l'article 101 TFUE. Pour les raisons exposées ci-dessus, ce parallélisme de comportement entre concurrents a pu exister sans qu'aucune concertation ou échange d'information anticoncurrentiel n'ait été organisée entre eux.
80. Compte tenu de ce qui précède, aucun grief ne peut être retenu à l'encontre de Lampiris SA, EDF Luminus (anciennement SPE SA), Eneco België NV, Essent Belgium NV E.ON Belgium et ENI Gas&Power NV dans le cadre du fonctionnement du marché des certificats verts pour la période 2005 à 2012 au regard de l'article IV.1 du CDE et/ou de l'article 101 TFUE.

³³ Voir CREG, Etude (F)110922-CDC-1096 du 22 septembre 2011, para 64.

VERSION PUBLIQUE

Par ces motifs,

L'Auditorat constate que l'instruction d'office dans l'affaire CONC-I/O-11/0021 n'est pas fondée.

Fait à BRUXELLES, le 12 décembre 2014,

Pour l'Auditorat,

Marielle Fassin
Auditeur

Patrick Marchand
Auditeur

Véronique Thirion
Auditeur général