

AUTORITE BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2015-P/K-09-AUD du 26 mars 2015

Affaire CONC-P/K-09/0002 – Plainte de Lampiris contre Electrabel

1. PROCÉDURE	3
2. DESCRIPTION DES ENTREPRISES CONCERNÉES	3
2.1. LA PLAIGNANTE	3
2.2. L'ENTREPRISE CONCERNÉE	3
3. OBJET DE LA PLAINTÉ DE LAMPIRIS	3
4. PRATIQUES D'ELECTRABEL AYANT FAIT L'OBJET DE L'INSTRUCTION	4
4.1. RÉPERCUSSION DU COÛT DES QUOTAS D'ÉMISSIONS DE CO₂ DANS LES PRIX D'ÉLECTRICITÉ	4
4.1.1. <i>Système de quotas d'émissions de CO₂</i>	4
4.1.2. <i>Coût des droits d'émissions de CO₂</i>	6
4.1.3. <i>Pratique d'Electrabel</i>	7
4.2. ALLÉGATION DE PRIX CISEAUX	8
4.2.1. <i>Les coûts d'approvisionnements en amont</i>	8
4.2.2. <i>Les prix de vente en aval</i>	8
4.2.3. <i>Pratique d'Electrabel</i>	9
4.3. ALLÉGATION DE DISCRIMINATION ET DE PRIX INÉQUITABLES	9
4.3.1. <i>La discrimination dans la répercussion du coût des droits d'émission de CO₂</i>	9
4.3.2. <i>La discrimination entre Lampiris et ECS</i>	9
5. DÉFINITIONS DE MARCHÉS	10
5.1. LES MARCHÉS DE PRODUITS EN CAUSE	10
5.1.1. <i>La production et la vente en gros et le négoce d'électricité</i>	10
5.1.2. <i>Le marché de la fourniture d'électricité</i>	10
5.2. MARCHÉS GÉOGRAPHIQUES EN CAUSE	11
5.2.1. <i>Le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité</i>	11
5.2.2. <i>Le marché de la fourniture d'électricité</i>	11
6. ANALYSE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE	12
6.1. RECEVABILITE	12
6.1.1. <i>Champ d'application</i>	12
6.1.2. <i>Intérêt direct et actuel</i>	12
6.1.3. <i>Qualification d'entreprise</i>	12
6.1.4. <i>Conclusion</i>	13
6.2. LÉGISLATIONS APPLICABLES	13
6.2.1. <i>Fondement juridique des griefs allégués par Lampiris</i>	13
6.2.2. <i>Affectation du commerce entre Etats membres</i>	13
6.3. POSITION DOMINANTE	13
6.3.1. <i>Marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité</i>	14
6.3.2. <i>Marché de la fourniture au détail aux petits clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport/distribution (inférieur à 70 kV)</i>	14
6.3.3. <i>Marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels</i>	15
6.3.4. <i>Conclusion</i>	15
6.4. LES ALLÉGATIONS D'ABUS DE POSITION DOMINANTE	16
6.4.1. <i>Allégation d'abus d'exploitation</i>	16
6.4.1.1. <i>Introduction</i>	16
6.4.1.2. <i>Prix excessifs</i>	16
6.4.1.3. <i>Prix discriminatoires</i>	17

VERSION PUBLIQUE

6.4.2. <i>Allégation d'abus d'exclusion</i>	19
6.4.2.1. Introduction	19
6.4.2.2. Les prix ciseaux.....	19
7. CONCLUSION AU REGARD DE L'ARTICLE IV.2 DU CDE ET/OU DE L'ARTICLE 102 DU TFUE	24
ANNEXE CONFIDENTIELLE.....	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

1. Procédure

1. Le 28 janvier 2009, Lampiris SA a introduit une plainte dirigée contre Electrabel SA auprès de l'Auditorat du Conseil de la concurrence conformément à l'article 44, § 1^{er}, 2^o de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après, la *LPCE*) . La plainte concernait la pratique d'Electrabel consistant à répercuter le coût du quota CO₂ dans le prix de l'électricité vendue sur le marché de gros en violation de l'article IV.2 du Code de droit économique (ex article 3 de la LPCE) et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE – ex article 82 du Traité CE).
2. La plainte a été enregistrée auprès du Conseil de la concurrence en date du 28 janvier 2009 sous le numéro CONC-P/K-09/0002.
3. Du 22 au 29 septembre 2009, une perquisition a été menée dans les locaux d'Electrabel.
4. Des demandes de renseignements ont par la suite été adressées à Electrabel, Lampiris et aux principaux acteurs actifs sur le marché (SPE, EDF, Barclays, E.ON, Nuon, Eneco Energie International, Essent Belgium, ...) entre février 2010 et août 2013.
5. Le 6 septembre 2013, la Loi portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » dans le Code de droit économique (ci-après CDE) est entrée en vigueur.

2. Description des entreprises concernées

2.1. La plaignante

6. Lampiris SA (ci-après Lampiris) est une société belge dont l'activité principale est la fourniture d'électricité et de gaz naturel. Son siège social est situé Rue Saint Laurent, 54 à 4000 Liège.

2.2. L'entreprise concernée

7. Electrabel SA (ci-après Electrabel) est une société belge active notamment dans la production, la vente en gros, le négoce et la fourniture d'électricité en Belgique. Son siège social est établi Boulevard Simon Bolivar, 34 à 1000 Bruxelles.
8. Electrabel est une filiale du groupe GDF Suez, une entreprise active dans trois secteurs (électricité, gaz naturel et services à l'énergie et à l'environnement) au niveau mondial.

3. Objet de la plainte de Lampiris

9. Lampiris définit les marchés comme suit : le marché de gros de la vente d'électricité, la fourniture d'électricité aux petits clients commerciaux et industriels et la fourniture d'électricité aux clients résidentiels (ou marché de détail). Selon Lampiris, les marchés sont tous trois de dimension nationale.

VERSION PUBLIQUE

10. Lampiris soutient qu'Electrabel a une position dominante sur les trois marchés précités et évoque trois abus de position dominante dans le chef d'Electrabel : la pratique de prix excessifs, de prix discriminatoires et de prix ciseaux.

11. Les griefs invoqués par Lampiris dans sa plainte sont les suivants :

« Le comportement d'Electrabel faisant l'objet de la plainte est contraire à l'article 82 du traité CE, et ce, pour trois raisons.

Premièrement, Electrabel intègre dans le prix de vente de l'électricité à l'égard de ses clients sur le marché de gros les quotas de CO₂ reçus gratuitement. Ce faisant, Electrabel impose à ces clients des prix excessifs, interdits par l'article 82, alinéa 2, a).

Deuxièmement, en introduisant le coût des quotas CO₂ dans le prix de vente de l'électricité, Electrabel pratique un price squeeze (effet de ciseaux tarifaire) à l'encontre de ses clients sur le marché du gros.

Troisièmement, étant donné qu'Electrabel ne répercute le prix des quotas de CO₂ que sur le marché de gros, et non sur ses clients résidentiels, Electrabel impose des tarifs discriminatoires puisque cette différence de structure des coûts ne repose sur aucune justification économique objective. »

4. Pratiques d'Electrabel ayant fait l'objet de l'instruction

4.1. Répercussion du coût des quotas d'émissions de CO₂ dans les prix d'électricité

4.1.1. Système de quotas d'émissions de CO₂

12. Le système européen d'échange des quotas d'émission (le SCEQE) est l'un des principaux outils créés par l'Union européenne dans le but d'atteindre les objectifs fixés par le protocole de Kyoto quant à la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

13. Ce programme a été mis en œuvre par la Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil.

14. Dans le secteur de l'électricité, la directive s'applique aux installations d'une puissance calorifique de combustion supérieure à 20MW émettant du dioxyde de carbone.

15. Le système qualifié de « cap and trade » a pour but de réduire les émissions de CO₂ de façon optimale d'un point de vue coût/efficacité. Il repose sur le principe de pollueur-payeur. En d'autres mots, il vise à internaliser les coûts des émissions de gaz à effet de serre qui étaient jusque là externalisés.

16. En Belgique, la gestion des quotas CO₂ est une compétence à la fois régionale, car liée à l'environnement, et nationale pour la protection contre les rayonnements ionisants. De plus, l'objectif de réduction est national. Dans ce cadre, une Commission Nationale Climat a été instaurée fin 2003 qui se partage les charges avec les Régions.

17. Chaque Région dispose de quotas d'émission à allouer selon le principe du « grandfathering » (allocation gratuite sur base des émissions observées par le passé éventuellement corrigée par un benchmarking).

VERSION PUBLIQUE

18. Le 28 février de chaque année, l'entreprise reçoit les quotas qui lui sont alloués pour l'année à venir.
19. L'entreprise a alors le choix :
 - D'émettre exactement la quantité allouée/autorisée
 - De réduire ses émissions en-deça du seuil autorisé et de revendre ou garder les quotas d'émission excédentaires
 - D'émettre plus que la quantité autorisée et d'acheter les quotas manquants sur le marché
 - D'avoir recours au mécanisme flexible de développement propre (ce mécanisme permet au pays ou entreprises industrialisés d'investir dans des projets de réduction d'émissions dans des pays en voie de développement).
20. A la fin de chaque période, soit le 30 avril de chaque année, l'entreprise doit restituer à l'Etat le nombre de quotas correspondant à ses émissions réalisées au cours de l'année calendrier écoulée. Dans le cas contraire, des amendes sont infligées aux entreprises par quota manquant.
21. Remarquons que si seules les entreprises reçoivent des quotas, toute personne physique ou morale est libre d'acheter et de vendre des quotas sur le marché. De plus, les échanges de quotas peuvent avoir lieu entre Etats membres et avec les pays tiers où les quotas sont reconnus.
22. L'implication de plusieurs secteurs d'activités et l'établissement d'un marché d'un niveau européen a pour but d'écartier le risque de manipulation des prix par un acteur dominant.
23. Le programme de mise en place du SCEQE s'est déroulé en trois phases.
24. La première phase a débuté le 1^{er} janvier 2005 et s'est terminée le 31 décembre 2007. Il s'agissait d'une phase pilote d'apprentissage par la pratique. Cette phase a également permis d'établir le prix du carbone, le libre-échange des quotas d'émission dans toute l'UE et de mettre en place les infrastructures nécessaires pour surveiller, déclarer et vérifier les émissions réelles des entreprises concernées.
25. La deuxième phase s'est déroulée du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2012. Cette phase correspond à l'entrée en application de la première période d'engagement du protocole de Kyoto. Durant cette phase, le nombre de quotas a été réduit. Les quotas ont été alloués en majeure partie gratuitement aux entreprises par les Etats membres. Les entreprises étaient libres de vendre ou d'acheter des quotas afin de les ajuster à leurs productions d'émission, créant ainsi un marché du carbone.
26. Enfin, la troisième phase a débuté le 1^{er} janvier 2013 et se terminera le 31 décembre 2020. Alors que les deux premières périodes étaient caractérisées par l'application de politiques nationales parfois hétérogènes, la troisième phase vise l'intégration européenne du SCEQE. Elle introduit de nombreux changements qui ont pour objectif d'encadrer le développement du marché, parmi lesquels une réglementation visant à une meilleure harmonisation en matière de surveillance, de déclaration et de vérification du système ou encore le passage progressif à un système de vente aux enchères des quotas d'émission, les procédures de mise aux enchères devenant la règle et les distributions gratuites l'exception. Ces évolutions devraient permettre d'orienter les investissements dans des outils de production permettant des économies d'émission de CO₂ sans favoriser certains secteurs qui pouvaient apparaître comme subventionnés auparavant.
27. Concernant plus particulièrement le secteur de l'électricité, celui-ci doit acheter tous ses quotas depuis 2013.

4.1.2. Coût des droits d'émissions de CO₂

28. Les producteurs d'électricité ont répercuté sur leurs clients le coût des quotas d'émission alors même que les quotas leur étaient alloués gratuitement. On parle de «windfall profit ».
29. Un windfall profit se définit comme une entrée d'argent inattendue liée à des facteurs extérieurs à l'entreprise sans qu'aucun effort n'ait été réalisé par elle pour en bénéficier.
30. Dans le contexte du SCEQE, ces profits correspondent à la répercussion du prix des quotas dans le prix de vente des produits alors que ces quotas ont été alloués gratuitement. Dans ce cas, l'entreprise réalise un bénéfice supplémentaire puisque ses prix de vente augmentent alors que ses coûts restent inchangés.
31. Dans son étude publiée le 9 mars 2006 relative à l'impact du système des quotas d'émissions de CO₂ sur le prix de l'électricité, la CREG tente d'établir si le coût des droits d'émission de CO₂ représente un coût d'opportunité pour les producteurs d'électricité.
32. Le coût d'opportunité mesure la perte des biens auxquels l'entreprise renonce en affectant les ressources disponibles à un autre usage.
33. La CREG part du principe que si les plans nationaux prévoient une distribution gratuite des quotas, à partir du moment où ceux-ci ont un prix sur le marché européen, ils représentent un coût d'opportunité que les producteurs, dans le but de maximiser leur profit, intègrent dans leurs décisions de production et de trading.
34. Ces deux notions se rejoignent dans le cadre de l'étude des répercussions de l'instauration du SCEQE sur les consommateurs finals d'électricité. Plus particulièrement les questions suivantes se posent :
 - Les producteurs d'électricité répercutent-ils le prix des quotas CO₂ dans leur prix de vente ? Si oui, ce « pass-through » est-il inférieur ou égal au coût d'opportunité du carbone ?
 - Cette répercussion est-elle légitime d'un point de vue économique ?
35. Le marché de gros de l'électricité est notamment un marché day-ahead (veille pour le lendemain) où les producteurs soumettent simultanément leur prix pour chaque unité sur base horaire. Les prix sont collectés et les unités de production sont classées par ordre croissant (courbe de « Merit Order ») de coûts variables de production (coût du combustible et coûts variables d'exploitation et d'entretien (O&M)). Ces prix déterminent la courbe d'offre.
36. L'unité marginale de production est déterminée en fonction du « Merit Order » des unités de production et du niveau de la demande. Les producteurs classent donc leurs centrales par ordre croissant de coûts variables de production :
 - Les centrales nucléaires
 - Les centrales de pompage-turbinage et les centrales thermiques au gaz
 - Les turbines à gaz à cycle ouvert
 - Les diesels et les turbojets (unités de secours peu utilisées)
37. Le prix du marché correspond au coût marginal de court terme de l'unité de production marginale (qui fournit le dernier KWh permettant d'atteindre l'équilibre offre-demande). (cfr Étude F537FR de la CREG).
38. Le coût supplémentaire provenant du CO₂ est inclus dans le coût marginal de court terme.

VERSION PUBLIQUE

39. En cas de concurrence parfaite, le prix du « clearing » sera donc égal au coût marginal de l'unité marginale qui inclut totalement le coût d'opportunité du CO₂.
40. Sur un marché sur lequel est active une entreprise en position dominante, l'entreprise a deux alternatives : concurrencer ses concurrents « à la Bertrand » (c'est-à-dire par les prix) afin de maximiser ses parts de marché ou atteindre le « price cap » et ajuster à sa production à cette limite. (Francesco Gulli; « *Modelling the short-run impact of carbon-trading on the electricity sector with endogenous market power* »; version 01/06/2008)
41. En d'autres termes, une entreprise en position dominante a le choix de répercuter en partie ou totalement le coût du CO₂ en fonction de la stratégie concurrentielle.
42. Selon la CREG, la répercussion des quotas sur le coût marginal, se faisant sur les prix, va dépendre du coût des quotas sur le marché européen et de l'intensité carbone du combustible utilisé et du rendement de la centrale.
43. La CREG s'interroge sur la légitimité pour les entreprises productrices, de répercuter le coût des quotas CO₂ dans leur prix alors que ceux-ci leur sont alloués gratuitement (du moins jusque fin 2012).
44. L'OCDE s'est également penchée sur le problème. Lors d'un de ses « *policy roundtables* » portant sur les quotas d'émission et la concurrence (Competition law & policy OECD ; « *Policy roundtables : Emission permits and competition 2011* »), elle mentionne que « *la répercussion du prix des permis sur les prix des produits finaux est non seulement efficace mais nécessaire, que les permis soient vendus aux enchères ou distribués gratuitement aux émetteurs* ».
45. En effet, premièrement, même si les permis sont distribués gratuitement, du point de vue de l'entreprise, la vente du permis entraîne un manque à gagner, puisque vendre un permis signifie réduire la production et donc les bénéfices. Ce manque à gagner doit toutefois trouver son expression dans le prix courant des marchandises produites.
46. Deuxièmement, si les entreprises n'augmentaient pas le prix courant, ou si elles ne pouvaient pas répercuter le manque à gagner dû à la vente de permis sur les prix à la consommation, cela provoquerait un déséquilibre de marché. Tout prix inférieur au prix d'équilibre du marché se traduirait pas une demande supérieure à l'offre, et par le rationnement de certains consommateurs. Selon l'OCDE, il est donc collectivement optimal pour les consommateurs de supporter une partie de la charge que représente le coût d'opportunité.
47. En conclusion, selon l'OCDE, dans le cas des permis alloués gratuitement, une interdiction de répercuter le coût d'opportunité sur les prix entraînerait un déséquilibre sur le marché de l'électricité.

4.1.3. Pratique d'Electrabel

48. Dans ses observations préliminaires du 7 mai 2012 sur la plainte de Lampiris, Electrabel dit avoir le droit de répercuter la valeur économique des quotas CO₂ dans ses prix et ajoute que si elle ne le faisait pas, elle irait à l'encontre de la réalisation des objectifs mis en œuvre par le système de quotas d'émission CO₂.
49. En effet, selon Electrabel, le but de ce système est d'inciter les entreprises à investir dans des moyens de productions moins polluants. A cette fin, la système doit nécessairement permettre de progressivement dégager une valeur de marché pour le CO₂.
50. Electrabel souligne également que, dès la mise en place du système en 2005, le secteur de l'électricité a reçu un nombre de quotas inférieur à ses besoins réels.

VERSION PUBLIQUE

51. Il est très difficile, voire impossible, de déterminer avec précision le coût du CO₂ directement lié à une livraison électrique donnée. Ceci est dû au fait que la fixation du prix se fait par référence à un prix de marché de gros unique, lui-même fondé sur le coût marginal de l'unité marginale de production au moment considéré.
52. Dans ce contexte, Electrabel explique que tout impact éventuel de l'introduction du système SCEQE sera intégré dans le prix de l'électricité de manière indivisible en tant que composante CO₂ identifiable dans ce prix.
53. Par ailleurs, les documents copiés chez Electrabel montrent que l'entreprise s'est effectivement penchée sur la question du système d'allocation des quotas CO₂. En menant sa propre réflexion et en se fondant sur des théories économiques, Electrabel a choisi d'incorporer le coût du CO₂ dans ses prix de gros.

4.2. Allégation de prix ciseaux

4.2.1. Les coûts d'approvisionnements en amont

54. La plainte ne faisant mention d'aucune date concernant la période d'infraction, les années 2007, 2008 et 2009 ont été analysées dans le cadre de l'allégation des prix ciseaux. En effet, les entreprises concernées n'ont pu fournir, lors des demandes de renseignements que les données portant sur les années 2007, 2008 et 2009.
55. L'Auditorat a collecté des données auprès de Lampiris et d'Electrabel afin d'identifier leurs coûts d'approvisionnement pour les années 2007, 2008 et 2009. Ces données figurent dans l'Annexe confidentielle.
56. Dans sa plainte, Lampiris explique qu'elle fournit à ses clients de l'électricité qualifiée de verte. Pour ce faire, elle achète de l'énergie provenant de sources renouvelables et de l'énergie qualifiée de grise qu'elle « verdit » via l'acquisition de garanties d'origine.
57. Ces garanties sont délivrées par les régulateurs régionaux aux producteurs pour certifier qu'une certaine quantité d'électricité a été produite à partir de sources renouvelables.
58. Pendant la période analysée, Lampiris se fournissait auprès d'Electrabel pour une partie substantielle de son approvisionnement.
59. Electrabel Customer Solutions (ci-après ECS), filiale d'Electrabel dont l'activité principale est la fourniture d'électricité, s'approvisionne en électricité auprès de sa maison-mère via un contrat conclu entre les deux sociétés qui détermine ses conditions de facturation.

4.2.2. Les prix de vente en aval

60. Lampiris est active sur le marché de la fourniture d'électricité aux petites et moyennes entreprises (reliées au réseau basse tension) et aux clients résidentiels.
61. Lampiris a fourni à l'Auditorat les tarifs mensuels moyens appliqués pendant la période analysée, tous types de clients confondus. Ces tarifs sont détaillés dans l'Annexe confidentielle.
62. Quant à Electrabel, elle fournit les clients directement raccordés au réseau de transport Elia, les clients directement raccordés au poste d'injection des gestionnaires de réseau de distribution et les clients raccordés au poste d'injection 70kV/36kV/30kV du réseau de transport régional géré par Elia.

VERSION PUBLIQUE

63. ECS est le fournisseur de l'ensemble de la clientèle raccordée au réseau de distribution (excepté les clients directement raccordés au poste d'injection). ECS segmente sa clientèle en deux grandes catégories : le « retail » et le « B2B » ou business.
64. Le segment retail englobe les clients résidentiels et les clients professionnels. Ces clients souscrivent à des offres standards. Les clients business, quant à eux, bénéficient de contrat négociés.
65. ECS est principalement en concurrence avec Lampiris sur le marché retail. C'est d'ailleurs sur ce marché que Lampiris situe les prix ciseaux. Selon Lampiris, en introduisant le coût des quotas CO₂ dans le prix de vente de l'électricité, Electrabel pratique un *price squeeze* (effet de ciseaux tarifaire) à l'encontre de ses clients sur le marché du gros.

4.2.3. Pratique d'Electrabel

66. Durant les années analysées, ECS proposait plusieurs tarifs à ses clients retail. Ceux-ci pouvaient être regroupés en deux catégories: fixes et indexés. Ces tarifs figurent dans l'Annexe confidentielle.
67. Les prix proposés par ECS sur le marché de détail sont élaborés sur base de deux paramètres: le *Nc* qui traduit l'évolution du prix des combustibles et le taux de disponibilité du parc nucléaire belge et le *Ne* qui se fonde sur les salaires des secteurs de la métallurgie et de la technologie ainsi que sur certains produits du marché de gros. Aucun de ces paramètres ne tient compte du coût des quotas CO₂.

4.3. Allégation de discrimination et de prix inéquitables

4.3.1. La discrimination dans la répercussion du coût des droits d'émission de CO₂

68. Il ressort de documents copiés lors des perquisitions qu'Electrabel pratique des politiques de prix différentes entre les ventes sur le marché de gros et les ventes aux clients finaux.
69. En effet, Electrabel considère que le service offert aux clients finaux et celui offert sur le marché de gros sont différents.
70. Cette distinction entre le marché de gros et les clients finaux, notamment concernant l'impact des coûts du CO₂ dans les prix pratiqués, apparaît clairement dans les documents copiés.
71. Par ailleurs, Electrabel explique dans ses observations préliminaires du 7 mai 2012 sur la plainte de Lampiris, que la structure de prix pratiquée au niveau de la clientèle résidentielle, basée sur un index, est différente de celle basée sur le prix du marché, retenue au niveau du marché de gros.

4.3.2. La discrimination entre Lampiris et ECS

72. Lampiris se fournit pour une partie de ses besoins en électricité auprès d'Electrabel sur le marché de gros.

73. ECS, la société filiale d'Electrabel active sur le marché de la fourniture d'électricité, se fournit auprès d'Electrabel pour la totalité de ses besoins.
74. La possibilité d'une éventuelle discrimination entre les deux fournisseurs d'électricité sera analysée plus avant sous l'angle des prix ciseaux.

5. Définitions de marchés

5.1. Les marchés de produits en cause

75. Le marché de l'électricité a été défini dans de nombreux cas de fusions/acquisitions dans la jurisprudence européenne au cours de ces dernières années. (cfr. décisions *EDP/ENI/GDP*, *GDF/Centrica/SPE* et *GDF Suez/International Power*).
76. En l'espèce, il y a principalement deux secteurs qui sont concernés par les pratiques: d'une part, la production, la vente en gros et le négoce d'électricité et d'autre part, la fourniture d'électricité.

5.1.1. La production et la vente en gros et le négoce d'électricité

77. Le marché de gros englobe le marché de la production, de l'achat et de la vente en gros d'électricité. Sur ce marché sont actifs les producteurs d'électricité ainsi que les entreprises actives dans le négoce physique et financier d'électricité. Dans sa décision ABC-2014-I/O-15 du 18 juillet 2014, le Collège a confirmé que le marché de gros englobe la production, la vente en gros et le négoce d'électricité. Il a également confirmé que ce marché possède une dimension nationale.
78. La période d'analyse dans le cadre de la présente instruction étant la même, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle évaluation de la définition de ce marché.

5.1.2. Le marché de la fourniture d'électricité

79. Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne (en particulier les décisions *Gaz de France/Suez* et *EDF/Segebel*), il existe une distinction en Belgique au sein du marché de la fourniture entre : (i) le marché de la fourniture au détail aux gros clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport (à partir de 70 kV), (ii) le marché de la fourniture au détail aux petits clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport/distribution (inférieur à 70 kV) et, (iii) le marché de la fourniture aux clients résidentiels.
80. La plupart des entreprises interrogées actives sur le marché de la fourniture d'électricité estiment que la distinction entre les différents segments de clients est nécessaire étant donné les différences en termes de services, de canaux de vente, de prix, de couverture, de type de contrats, de risque et de pouvoir d'achat entre les différents segments de clients. Pour Electrabel, la distinction retenue par la Commission européenne est conforme à la segmentation utilisée en interne. Cette distinction est restée pertinente de 2007 à 2009.
81. En conclusion, le marché de la fourniture d'électricité comprend trois segments :

VERSION PUBLIQUE

- (i) le marché de la fourniture au détail aux gros clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport (plus de 70 kV),
- (ii) le marché de la fourniture au détail aux petits clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport/distribution (inférieur ou égal à 70 kV), et
- (iii) le marché de la fourniture au détail aux clients résidentiels.

82. La définition du marché de la fourniture d'électricité est toutefois laissée ouverte dans la mesure où il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question vu l'analyse développée ci-après.

5.2. Marchés géographiques en cause

5.2.1. Le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité

83. Dans sa décision précitée du 18 juillet 2014, le Collège a confirmé que le marché de la production, la vente en gros et le négoce d'électricité possède une dimension nationale.
84. La période d'analyse dans le cadre de la présente instruction étant la même, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle évaluation de la dimension du marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité.
85. La définition du marché géographique est toutefois laissée ouverte dans la mesure où il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question vu l'analyse développée ci-après.

5.2.2. Le marché de la fourniture d'électricité

86. La Commission a estimé à plusieurs reprises que les marchés de la fourniture d'électricité, tant pour les clients industriels et commerciaux, que pour les clients résidentiels étaient de dimension nationale (cfr. la décision précitée *Gaz de France/Suez*).
87. Néanmoins, étant donné l'existence de réglementations régionales différentes selon les régions pour ce qui concerne la fourniture aux clients résidentiels, la Commission a suggéré dans cette même décision que ce marché puisse avoir une dimension sous-nationale.
88. L'analyse des réponses par l'Auditorat a montré que la plupart des entreprises actives dans la fourniture d'électricité ont estimé que ce marché est de dimension nationale. Néanmoins, certaines entreprises précisent que la dimension géographique du marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels pourrait être plus étroite en raison des contextes réglementaires différents entre la Wallonie, Bruxelles Capitale et la Flandre.
89. La définition du marché géographique est toutefois laissée ouverte dans la mesure où il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question vu l'analyse développée ci-après.

6. Analyse juridique et économique

6.1. Recevabilité

6.1.1. Champ d'application

90. Dans le cadre de l'analyse de la recevabilité, il suffit d'établir que les faits dénoncés, s'ils étaient établis, sont susceptibles de constituer une infraction au droit de la concurrence belge ou européen. Dans le cas d'espèce, Lampiris a introduit une plainte le 28 janvier 2009 auprès de l'Auditorat du Conseil de la concurrence conformément aux articles IV.41, §1, 2° du CDE (ex articles 44, § 1, 2° de la LPCE), dirigée contre Electrabel. Cette plainte dénonçait la pratique d'Electrabel consistant à répercuter le coût du quota CO₂ dans le prix de l'électricité vendue sur le marché de gros en violation de l'article IV.2 du Code de droit économique (ex article 3 de la LPCE) et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE – ex article 82 du Traité CE).

6.1.2. Intérêt direct et actuel

91. L'article 44, § 1, 2° de la LPCE ainsi que l'article IV.41, §2 du CDE prévoient l'instruction des affaires par l'Auditorat notamment sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel en cas d'infraction à l'article IV.2 du CDE (ancien article 3 de la LPCE). A cet égard, il y a lieu d'interpréter la notion d'intérêt direct et actuel au regard de l'article 18 du Code judiciaire qui vise tout avantage matériel ou moral effectif et non théorique que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme. La notion d'intérêt né et actuel rejoint celle de l'intérêt requis pour saisir la Commission de l'Union européenne.

92. Lampiris se fournit pour une partie de ses besoins en électricité auprès d'Electrabel sur le marché de gros, alors qu'ECS, la société filiale d'Electrabel active sur le marché de la fourniture d'électricité, se fournit auprès d'Electrabel pour la totalité de ses besoins. Lampiris disposait d'un intérêt direct et actuel lors du dépôt de sa plainte dans la mesure où elle se plaint d'abus de position dominante par Electrabel à son encontre.

6.1.3. Qualification d'entreprise

93. Selon l'article I, 1, 1° du CDE, il faut entendre par entreprise « *toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations* ». En droit de la concurrence, une entreprise se définit comme une entité qui poursuit de manière durable un but économique au sens large, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement, et ce même si elle est constituée sous forme d'ASBL, pour autant qu'elle prenne part à une activité économique (cf. Décision du Conseil de la concurrence n° 2013-I/O-34 du 30 août 2013, *Cimenteries*, §165 ; CJUE, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, 25 octobre 2001, §§ 19-22).

94. Electrabel est active notamment dans la production, la vente en gros, le négoce et la fourniture d'électricité en Belgique. Elle poursuit de manière durable un but économique. Elle est une entreprise au sens du CDE.

6.1.4. Conclusion

95. Compte tenu de ce qui précède, la plainte introduite par Lampiris est recevable.

6.2. Législations applicables

6.2.1. Fondement juridique des griefs allégués par Lampiris

96. Les griefs analysés à l'encontre d'Electrabel dans la présente décision ont été examinés au regard de l'article IV. 2 du CDE et/ ou de l'article 102 du TFUE.

97. Le texte de l'article IV.2 du CDE est identique au texte de l'article 102 du TFUE, sauf en ce qui concerne l'exigence d'affectation du commerce entre États membres. Le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, prévoit en son article 3, § 1^{er} que « *[]orsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du Traité, elles appliquent également l'article 82 du Traité... ».*

6.2.2. Affectation du commerce entre Etats membres

98. Les faits visés par la présente procédure sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, au sens de l'article 102 du TFUE, de l'article 3, § 1^{er} du Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 et des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 du TFUE.

99. La Commission européenne considère dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 TFUE que le commerce entre Etats membres peut être affecté dans le cas d'une entreprise qui occupe une position dominante sur un marché géographique couvrant l'ensemble d'un Etat membre et tenant compte de la nature de l'infraction alléguée (Cfr. Communication du 27 avril 2004 de la Commission européenne énonçant les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, points 77 et suivants).

100. Comme il sera expliqué ci-dessous, il est très probable qu'Electrabel disposait d'une position dominante sur les marchés en cause. Par ailleurs, les pratiques ayant fait l'objet de l'instruction couvraient l'ensemble du territoire belge. Enfin, selon la plainte ces pratiques seraient constitutives d'abus de position dominante. Partant, les pratiques en cause ont été examinées au regard de l'article 102 TFUE.

6.3. Position dominante

101. Selon une jurisprudence constante, une position dominante est démontrée par le fait que l'entreprise en cause est dans une situation de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement, des consommateurs (cf. arrêt du Tribunal du 30 janvier 2007 dans l'Aff. T-340/03, *France Telecom SA/Commission*).

102. La part de marché détenue par l'entreprise en cause est un critère important dans la mesure où une part de marché très élevée constitue une présomption d'existence de position dominante. Cette approche a été confirmée tant par le Conseil de la concurrence qu'au niveau européen.
103. Selon la jurisprudence de la Cour, « *S'agissant des parts de marché, la Cour a jugé (arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, point 41, 85/76, Rec. p. 461) que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. Tel est le cas d'une part de marché de 50 % comme celle constatée en l'espèce* » (CJUE, C-62/86, AKZO contre Commission, 3 janvier 1991, § 60).
104. La Commission considère dans ses orientations relatives à l'article 102 TFUE qu'une part de marché élevée et stable constitue un indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, selon le cas d'espèce, d'éventuels effets graves de pratiques abusives (cf. Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt 14).

6.3.1. Marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité

105. Dans sa décision précitée du 18 juillet 2014, le Collège a confirmé qu'Electrabel disposait d'une position dominante sur le marché de la production, la vente en gros et le négoce d'électricité.
106. La période d'analyse dans le cadre de la présente instruction étant la même, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle évaluation de la dominance d'Electrabel sur ce marché.

6.3.2. Marché de la fourniture au détail aux petits clients commerciaux et industriels connectés au réseau de transport/distribution (inférieur à 70 kV)

107. Selon la CREG, la part de marché (sur la base du volume) du fournisseur historique est passée en 2010 pour la première fois, sous les 79% pour la clientèle professionnelle. Cela signifie qu'entre 2007 et 2009, la part de marché d'Electrabel pour la clientèle professionnelle était donc supérieure à 79% (Cfr. Communiqué de presse de la CREG du 04 mai 2011).
108. Les entreprises interrogées ont indiqué quels étaient leurs principaux concurrents sur le segment de la fourniture d'électricité aux petits clients commerciaux et industriels entre 2007 et 2009.
109. Selon Electrabel, les parts de marché des principaux fournisseurs ont évolué de la manière suivante sur la période considérée :

	Electrabel Group	EDF Group	SPE Group	EON Group	Essent Group	RWE Group	Nuon Group	Lampiris
2007	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	
2008	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	
2009	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	

110. Sur la période analysée, vu sa part de marché largement supérieure à 50%, il peut être conclu qu'Electrabel était à première vue en position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux petits clients commerciaux et industriels entre 2007 et 2009 .

6.3.3. Marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels

111. L'ouverture totale du marché de l'électricité est devenue une réalité pour les trois régions à partir du 1er janvier 2007 pour la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, et à partir du 1^{er} juillet 2003 pour la Région flamande. Depuis, de nouveaux fournisseurs d'électricité sont entrés progressivement sur le marché. Ainsi, en 2009, le nombre de licences a été porté à 25 pour la Région flamande, 19 en Région wallonne, et 15 en Région bruxelloise.

112. Avec l'ouverture du marché de l'électricité, la part de marché d'Electrabel sur le segment des clients résidentiels s'est quelque peu tassée mais est restée largement supérieure à 50%. Tous les détenteurs d'une autorisation de fourniture d'électricité n'ont pas été directement actifs sur le marché des clients résidentiels, et ne sont pas entrés sur les trois marchés régionaux en même temps. Il en résulte qu'à côté des opérateurs historiques, les parts de marché des autres opérateurs sont relativement faibles pour les clients résidentiels.

113. Selon Electrabel, les parts de marché des différents principaux fournisseurs ont évolué de la manière suivante entre 2007 et 2009 :

	Electrabel Group	EDF Group	SPE Group	EON Group	Essent Group	RWE Group	Nuon Group	Lampiris
2007	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	<5%
2008	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	<5%
2009	[65-70]%		[15-20]%		<5%		[5-10]%	<5%

114. La CREG confirme que les parts de marché d'Electrabel en tant que fournisseur d'électricité active sur le réseau de distribution ont été supérieures à 50% en 2008 et 2009 et ce, pour les trois Régions (cf. CREG, « Le développement des marchés de l'électricité et du gaz naturel en Belgique », Communiqués de presse de 2008 et 2009).

115. Compte tenu de sa part de marché largement supérieure à 50%, il peut être conclu qu'Electrabel était à première vue en position dominante sur le marché de la fourniture aux clients résidentiels entre 2007 et 2009.

6.3.4. Conclusion

116. Entre 2007 et 2009, il ressort d'un examen *prima facie* qu'Electrabel était en position dominante sur les marchés de produits suivants :

- (i) Sur le marché de la fourniture d'électricité aux grands clients industriels et commerciaux ;
- (ii) Sur le marché de la fourniture d'électricité aux petits clients industriels et commerciaux ;
- (iii) Sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels.

117. La question de l'existence d'une position dominante d'Electrabel sur les marchés tels que définis ci-dessus est toutefois laissée ouverte dans la mesure où il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question vu ce qui suit.

118. Notons cependant que la position dominante d'Electrabel sur le marché de gros a été confirmée dans la décision précitée du Collège du 18 juillet 2014.

6.4. Les allégations d'abus de position dominante

6.4.1. Allégation d'abus d'exploitation

6.4.1.1. Introduction

119. Les abus d'exploitation sont les pratiques d'une entreprise en position dominante qui, alors qu'elles n'endommagent pas directement les concurrents sur le marché, réduisent le bien-être (surplus) des consommateurs. (J. Faull et A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, 2007, point 4.358). Les abus d'exploitation sont clairement visés par l'article 102 du TFUE et l'article 3 de la LPCE. Ainsi, les textes de l'article 102 du TFUE et l'article 2 du CDE indiquent expressément qu'est interdit « *le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante* ». (P. Akman, « *Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?* », CCP Working Paper, n° 09-1, décembre 2008, pp. 9-10).

6.4.1.2. Prix excessifs

120. Dans sa plainte, Lampiris considère qu'Electrabel a abusé de sa position dominante en répercutant dans son prix de vente la valeur économique des quotas CO₂ alors même que ces quotas ont été octroyés gratuitement, ce qui a permis à Electrabel de réaliser un « *windfall profit* », c'est-à-dire une entrée d'argent inattendue liée à des facteurs extérieurs à l'entreprise sans qu'aucun effort n'ait été réalisé par elle pour en bénéficier. Selon Lampiris, le prix de l'électricité vendue par Electrabel ne traduit dès lors pas un rapport raisonnable avec la valeur économique du service fourni ou du bien vendu puisque ce prix intègre un coût inexistant.

121. De nombreux documents copiés lors des perquisitions chez Electrabel montrent que l'entreprise répercute, du moins en partie, la valeur du CO₂ dans ses prix de ventes sur le marché de gros.

122. D'autres documents copiés démontrent également que l'intégration de ce coût a fait l'objet de nombreuses discussions en interne, notamment sur l'évaluation de celui-ci et la meilleure façon de le répercuter.

123. Electrabel ne conteste d'ailleurs pas cette pratique. En effet, dans ses observations préliminaires sur la plainte de Lampiris, Electrabel explique que la répercussion du prix du CO₂ dans le prix de l'électricité participe à l'objectif même de la mise en place du système d'échange des quotas CO₂. L'Europe aurait ainsi voulu stimuler l'industrie à investir dans des installations à moindre émissions de CO₂.

124. Le système a notamment pour but de dégager progressivement une valeur de marché pour le CO₂ via la création d'un marché de certificats CO₂ cessibles.

125. Selon Electrabel, l'attribution de quotas gratuits avait uniquement pour but d'assurer la transition entre l'ancien et le nouveau système.

126. Différentes théories économiques concernant la répercussion du prix du carbone dans le prix de l'électricité ont été analysées par l'Auditorat. Il en ressort que dans un marché en concurrence parfaite, l'entièreté du prix du carbone devrait être répercuté dans le prix.

127. La CREG a dans son étude de 2006 expliqué que le degré de répercussion du coût du CO₂ sur les prix de vente de l'électricité variait entre 0 et 100 % en Belgique (cf.

VERSION PUBLIQUE

<http://www.creg.info/pdf/Etudes/F537FR.pdf>, p.22/55). L'instruction n'a pas révélé d'éléments de nature à remettre en cause cette analyse pour les années 2007 à 2009.

128. Le prix de l'électricité sur le marché de gros étant fourni par le coût marginal de l'unité marginale, si cette unité engendre des coûts liés aux émissions de CO₂, il est logique que ces coûts soient intégrés au prix de l'électricité.
129. Le fait qu'une partie de ces coûts soient nuls en raison de l'allocation gratuite de quotas n'empêche donc pas l'entreprise de répercuter le manque à gagner de la vente des quotas d'émission sur le marché du carbone. En outre, le fait qu'une entreprise en position dominante réalise des windfall profits socialement indésirables suite à la répercussion de droits d'émission gratuits ne fait pas de pareille répercussion en soi un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.
130. En l'espèce, Electrabel a incorporé le coût du CO₂ dans la formation de ses prix de gros au même titre que les coûts variables de production.
131. L'Auditorat considère dès lors que l'intégration totale ou partielle du coût du CO₂ dans le prix de l'électricité est économiquement justifiée et ne peut donc en soi suffire à qualifier les prix appliqués par Electrabel sur le marché de gros de l'électricité d'excessifs.

6.4.1.3. Prix discriminatoires

A. Introduction

132. L'article 102 al.2 (c) du TFUE interdit les pratiques abusives consistant à appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence.
133. Dans sa plainte, Lampiris reproche à Electrabel d'adopter volontairement des structures de prix différentes sur le marché de gros et sur le marché de détail sans aucune justification économique objective.
134. Selon la plaignante, Electrabel imposerait des prix non équitables pour le même produit, l'électricité, sur le marché de gros et le marché de détail, entravant ainsi considérablement la concurrence sur le détail.
135. Lampiris reproche également à Electrabel de lui appliquer des prix discriminatoires en comparaison des prix qu'Electrabel applique à sa filiale ECS.
136. Il en découlerait une discrimination entre les clients de Lampiris qui doivent supporter le coût du CO₂ et ceux d'ECS qui ne le paient pas.

B. Evaluation

B.1 La discrimination dans la répercussion du coût des droits d'émission de CO₂ entre différents segments de clientèle

137. Les documents copiés lors des perquisitions montrent qu'Electrabel a répercuté différemment le coût du CO₂ entre ses différents segments de clientèle : le marché de gros, les clients industriels et les clients résidentiels.
138. Dans ses observations préliminaires sur la plainte de Lampiris, Electrabel explique que la structure de prix pratiquée (par ECS) au niveau de la clientèle résidentielle, basée sur des facteurs d'indexation (N_c et N_e) qui ne tiennent pas compte du coût des quotas CO₂, est différente de la structure de prix retenue (par Electrabel) au niveau du marché de gros.

VERSION PUBLIQUE

139. Electrabel explique que cette pratique était connue et avalisée par la CREG qui a publié ces facteurs d'indexation jusque 2011. Par après, Electrabel a calculé elle-même ces facteurs, jusqu'en 2013 où de nouveaux paramètres d'indexation (dont les critères sont définis par les régulateurs régionaux) ont été mis en œuvre par Electrabel pour ses prix indexés de l'électricité.
140. Comme expliqué dans l'introduction, l'entreprise en position dominante abuse de sa position lorsqu'elle applique à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence.
141. Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne a jugé que « *l'application à l'égard d'un partenaire commercial de prix différents pour des services équivalents (...) par une entreprise détenant un monopole de fait sur le marché situé en amont, n'a pu manquer de produire un désavantage concurrentiel pour ce même partenaire* ». Pour rappel, Clearstream s'est fait condamner dans cette affaire parce qu'elle était incapable de justifier la différence de traitement de ses partenaires commerciaux sur la base de ses propres activités. (cf. CJUE, T-301/04, *Clearstream*, 9 septembre 2009, Rec. p. II-3155, §§ 173-190).
142. Or, dans le cas d'espèce, il ne saurait être question de services équivalents. Ainsi sur le marché de gros fourniture et prélèvement sont préprogrammés et de type « take or pay », le prix étant fixé au moment de la transaction. Par contre, les clients qui contractent auprès d'ECS se voient fournir un produit beaucoup plus élaboré intégrant plusieurs facettes ou composantes spécifiques. Par ailleurs, les modalités de paiement et de fixation du prix diffèrent fortement de ceux prévalant sur le marché de gros.
143. Partant, il y a lieu de conclure que les services offerts par Electrabel sur le marché de gros ne sont pas équivalents à ceux offerts aux clients de sa filiale ECS, notamment sur le segment de la fourniture aux clients résidentiels.
144. Pour être complet, comme expliqué dans la définition de marchés concernés par cette affaire au point 6, le marché de gros et le marché de la fourniture sont des marchés distincts.
145. L'Auditorat en conclut qu'il n'existe pas de discrimination au sens des articles IV.2.3 du CDE et 102 al2 (c) du TFUE de la part d'Electrabel, dès lors qu'il ne saurait être question de prestations équivalentes.

B.2. La discrimination entre Lampiris et ECS

146. Lampiris soutient dans sa plainte que « *l'intégration, par Electrabel, du prix des quotas de CO₂ dans son prix de gros doit également être analysée au regard de la pratique de prix de transfert interne au groupe Electrabel, qui diffère du prix de gros facturé aux opérateurs tiers. Ainsi que relevé précédemment, le fait de pratiquer des conditions plus favorables à l'égard de sa branche active sur le marché aval qu'à l'égard d'opérateurs tiers indépendants a un effet anticoncurrentiel* ».
147. Cette discrimination aurait pour conséquence, selon le plaignant, que la marge entre les prix de gros et les prix de détail pratiqués par Electrabel est fictivement réduite. Pareille discrimination peut être assimilée à des prix ciseaux et sera analysée ci-après sous cet angle.

6.4.2. Allégation d'abus d'exclusion

6.4.2.1. Introduction

148. Lampiris reproche également à Electrabel que les prix pratiqués par cette dernière sur le marché de gros, intégrant le prix des quotas CO₂, contiennent un coût fictif qu'Electrabel n'a pas repercuté sur ses propres clients de détail, avec comme conséquence que la marge entre les prix de gros et les prix de détail pratiqués par Electrabel serait fictivement réduite.
149. Pour les raisons expliquées plus en détail ci-après, la pratique alléguée sera analysée sous l'angle des prix ciseaux.
150. Dans l'affaire *British Airways*, la Cour énonce que, pour que l'Article 102 al.2 (c) du TFUE s'applique, « *il importe, (...), de constater que le comportement de l'entreprise en position dominante sur un marché non seulement est discriminatoire, mais encore qu'il tend à fausser ce rapport de concurrence, c'est-à-dire à entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres.* » (CJUE, C-95/04P, *British Airways c. Commission*, 15 mars 2007, § 144).
151. Dans ses Orientations relatives aux abus d'exclusion, la Commission définit l'abus d'exclusion ou éviction concurrentielle comme « *une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement les prix au détriment des consommateurs.* » (cf. « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *Journal officiel*, n° C 045 du 24 février 2009, § 19).

6.4.2.2. Les prix ciseaux

A. Notion

152. Dans ces orientations, la Commission explique que « *des problèmes de concurrence se posent lorsque l'entreprise dominante concurrence sur le marché « en aval » l'acheteur qu'elle refuse d'approvisionner. Par « marché en aval », on entend le marché pour lequel l'intrant refusé est nécessaire à la fabrication d'un produit ou à la fourniture d'un service.* » (cf. Orientations précitées, § 76).
153. Le refus peut aussi prendre la forme de compression de marge. « *Au lieu d'opposer un refus de fourniture, une entreprise dominante peut fixer, pour le produit vendu en amont, un prix qui, comparé à celui qu'elle pratique en aval, ne permet pas, même à un concurrent aussi efficace, d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval.* » (cf. Orientations précitées, § 80).
154. Dans l'affaire *Industries des poudres sphériques*, le Tribunal décrit les prix ciseaux de la façon suivante « *Il y aurait pratique de prix ciseaux lorsqu'une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché d'un avant-produit et utilise elle-même une partie de sa production pour la fabrication d'un produit plus élaboré, tout en vendant l'excédent de l'avant-produit sur le marché, fixe les prix auxquels elle vend l'avant-produit aux tiers à un niveau tel que ces derniers ne disposent pas d'une marge de transformation suffisante pour demeurer compétitifs sur le marché du produit transformé* » (cf. CJUE, T-5/97, *Industries des poudres sphériques*, 30 novembre 2000, § 178).
155. Cette pratique a été condamnée à plusieurs reprises par les instances européennes.

VERSION PUBLIQUE

156. Dans l'affaire *Napier Brown British Sugar*, la Commission a constaté un abus de position dominante dans la chef de British Sugar car elle a considéré que la différence entre le prix pratiqué par l'entreprise dominante sur ses produits finis et le prix facturé à Napier Brown pour le sucre de betterave brut n'était pas suffisante pour permettre à Napier Brown de couvrir ses propres frais de transformations. La Commission en a conclu que la politique de prix ciseaux mise en place par British Sugar visait à exclure Napier Brown du marché des produits transformés (cf. Commission, *Napier Brown-British Sugar*, J.O. 10988).
157. Selon la Commission, « *on peut conclure à l'existence d'un effet de ciseaux abusif lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché en aval* » (cf. décision 2003/707/CE de la Commission, *Deutsche Telekom AG*, 21 mai 2003, JO L 263, p. 9, § 107).
158. Le Tribunal a suivi la Commission concernant les prix ciseaux, et décidé que les prix ciseaux sont à considérer comme un abus distinct de la prédation. « *Dès lors, au vu de l'abus constaté dans la décision, la Commission n'était pas tenue de démontrer dans la décision que les prix de détail de la requérante auraient été abusifs en tant que tels.* » (cf. CJUE, T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, 10 avril 2008, § 167)
159. La Cour a dans son arrêt du 14 octobre 2010, confirmé la position du Tribunal : « (...) *c'est dès lors à bon droit que le Tribunal a considéré, aux points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, que cette compression des marges, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents au moins aussi efficaces que la requérante, est susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE. Le Tribunal n'était donc nullement tenu d'établir en outre que les prix de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale ou des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés étaient en eux-mêmes abusifs en raison, selon le cas, de leur caractère excessif ou prédateur* » (cf. CJUE, C 280/08 P, *Deutsche Telekom AG*, 14 octobre 2010, § 183).
160. Au niveau belge, le Conseil de la concurrence a également rendu deux décisions dans le cadre de telles pratiques : les décisions 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, *Base/BMB* et 2012-P/K-29 du 29 novembre 2012, *Happy Time*). Ces deux décisions sont dans la lignée de la pratique de la Commission expliquée ci-dessus.
161. Dans sa décision *Base/BMB*, le Conseil explique notamment que « *ce qui est reproché à BMB n'est pas d'avoir pratiqué des prix prédateurs, mais que la marge entre son tarif de gros et ses tarifs de détail correspondants est négative. Une telle marge ne permet pas aux concurrents de rentrer en concurrence sur le segment de marché sur lequel ce comportement est établi. Autrement dit, l'infraction aux règles de concurrence provient du fait que le ciseau tarifaire même entrave la concurrence et rend difficile, voire impossible, l'accès à un certain segment du marché pour les concurrents* » (cf. Décision *Base/BMB* précitée, § 321).
162. Dans sa plainte, Lampiris explique que les prix pratiqués par Electrabel sur le marché de gros, intégrant le prix des quotas CO₂, incluent un coût fictif qu'Electrabel n'a pas repercuté sur ses propres clients de détail.
163. Selon la plaignant, cela aurait pour conséquence que la marge entre les prix de gros et les prix de détail pratiqués par Electrabel est fictivement réduite.
164. Electrabel écarterait ainsi, selon Lampiris, les sociétés qui la concurrencent sur le marché de détail. En effet, en gonflant artificiellement le prix de l'électricité sur le marché de gros, Electrabel évincerait ses concurrents sur le marché en aval et créerait des barrières à l'entrée supplémentaires, rendant impossible une réelle et pleine concurrence.

B. Evaluation

165. Dans ses Orientations, la Commission discerne, sur la base de la jurisprudence existante, trois critères nécessaires à la constatation d'un abus en cas de refus de fourniture et de compression de marge.
166. Les trois critères sont (cf. Orientations précitées, para. 81):
- le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence effective sur le marché en aval ;
 - le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval et
 - le refus est susceptible de léser le consommateur.
167. Depuis la publication de ces orientations, le Tribunal a confirmé la position de la Commission considérant les prix ciseaux comme un abus en soi (voir supra).
168. Lorsqu'il s'agit d'une pratique de prix ciseaux en particulier, la Commission fait référence aux règles établies dans la réglementation des télécommunications en la matière. (cf. « *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector framework* »).
169. Ces conditions sont notamment (cf. « *The law and economics of Article 102 TFEU* », R. O'Donoghue et A. J. Padilla, second edition, 2013, page 372) :
- (i) L'entreprise dominante doit être présente sur les marchés amont et aval ;
 - (ii) L'intrant doit être objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence effective sur le marché en amont ;
 - (iii) Les prix pratiqués par l'entreprise dominante sur le marché en amont doivent rendre les activités d'un concurrent aussi efficace sur le marché aval non rentables ;
 - (iv) Il n'y a pas d'explication objective aux prix pratiqués par l'entreprise dominante.
170. Ces conditions ont été confirmées par la Cour dans les arrêts *Telefonica et Deutsche Telekom* (cf. CJUE, C-295/12, *Telefonica*, 10 juillet 2014 et C-280/08, *Deutsche Telekom*, 14 octobre 2010).
- (i) *La présence de l'entreprise dominante sur les marchés amont et aval*
171. Comme expliqué plus haut, Electrabel S.A et ECS sont deux entreprises appartenant au même groupe GDF-Suez en Belgique : la première est active sur le marché amont c'est-à-dire le marché de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité, la seconde est active sur le marché en aval, le marché de la fourniture d'électricité.
- (ii) *Condition d'indispensabilité de l'intrant fourni par Electrabel*
172. Cette notion a évolué au fil du temps.
173. Dans ses orientations la Commission explique cette condition comme suit : « *cela signifie qu'en l'absence de l'intrant refusé, aucun concurrent ne puisse jamais entrer ou survivre sur le marché en aval* » (cf. Orientations précitées, para. 83).
174. La Cour, dans sa réponse à la question préjudicielle posée par le Stockholms tingsrätt dans le cadre de l'affaire *Telia Sonera*, reprend l'arrêt *Deutsche Telekom* qui explique que « *lorsque l'accès à la fourniture du produit de gros est indispensable pour la vente du produit de détail, les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise qui*

VERSION PUBLIQUE

domine le marché de gros ne pouvant opérer sur le marché de détail qu'à perte ou, en tout état de cause, à des conditions de rentabilité réduites subissent un désavantage concurrentiel sur ce marché de nature à empêcher ou à restreindre leur accès à celui-ci ou le développement de leurs activités sur ce dernier » puis le nuance « Cependant, compte tenu de la position dominante de l'entreprise concernée sur le marché du produit de gros, il importe de préciser qu'il ne saurait être exclu que, en raison de la seule circonstance que le produit de gros n'est pas indispensable pour la fourniture du produit de détail, une pratique tarifaire aboutissant à la compression des marges ne soit en mesure de produire aucun effet anticoncurrentiel, même potentiel. Dès lors, il appartient encore à la juridiction de renvoi de s'assurer que, même en l'absence du caractère indispensable du produit de gros, la pratique soit à même de créer des effets anticoncurrentiels sur les marchés concernés » (CJUE, C-52/09, *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, 17 février 2011). Comme l'Auditorat a pu le constater, Lampiris se fournit auprès d'Electrabel pour assurer une partie substantielle de ses besoins en électricité.

175. A l'époque des faits, Electrabel était de loin le plus grand opérateur sur le marché belge de la production, de la vente en gros et du négoce d'électricité. Electrabel était également le seul producteur belge à offrir des produits dérivés.
176. Enfin, il apparaît des données fournies par les parties que seule Electrabel était capable de répondre à la demande de Lampiris en matière d'électricité (voir Annexe confidentielle).
177. Dès lors, l'énergie achetée par Lampiris auprès d'Electrabel lui était indispensable pour pouvoir opérer sur le marché aval de la fourniture d'électricité.

(iii) Le test du concurrent aussi efficace

178. Le test du concurrent aussi efficace consiste à vérifier si l'entreprise dominante ferait des profits sur le marché aval si elle bénéficiait des prix qu'elle applique à ses concurrents sur le marché amont.
179. Ce test a notamment été appliqué par le Commission dans les affaires *Deutsche Telekom* (cf. décision 2003/707/CE de la Commission du 21 mai 2003, *Deutsche Telekom*, 2003, O.J L 263/9) et *Telefonica* (décision de la Commission du 4 juillet 2007 dans l'affaire COMP/38784, *Wanadoo Espana v. Telefonica*) et confirmé par le Tribunal (CJUE, T-336/07, *Commission v. Telefonica*, 29 mars 2012).
180. Ce test a également été appliqué par le Conseil de la Concurrence dans l'affaire *Base/BMB* (cf. Décision précitée).
181. En pratique, les coûts d'achat de l'intrant indispensable supportés par le concurrent sont ajoutés aux coûts retail de l'entreprise dominante puis comparés à ses prix de vente.
182. C'est ce qu'il ressort de la décision *Deutsche Telekom* de la Commission confirmée par le Tribunal : « *there is a abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charges by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market. (...). In the present case, the margin squeeze is said to be abusive because the applicant itself would have been unable to offer its own retail services without incurring a loss if it had had to pay the wholesale access price as an internal transfert price for its own retail operation.* » (cf. Décision précitée, §187).
183. En effet, il convient de considérer les coûts de l'entreprise verticalement intégrée et non ceux de l'entreprise concurrente.

VERSION PUBLIQUE

184. Toujours dans l'affaire *Deutsche Telekom*, le Tribunal considère que ne pas prendre en compte les coûts de l'entreprise verticalement intégrée risquerait de violer le principe général de sécurité juridique (cf. Décision précitée, § 192). En effet, si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, alors que ces données ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements.
185. Dans la présente affaire, il convient d'imputer à ECS les coûts d'approvisionnement supportés par Lampiris lorsque celle-ci s'approvisionne auprès d'Electrabel puis de les additionner aux autres coûts d'ECS.
186. Rappelons que l'Auditorat définit la période à analyser comme étant les années 2007, 2008 et 2009, Lampiris n'ayant précisé aucune période infractionnelle dans sa plainte.
187. Les coûts supportés par ECS pour la fourniture d'un MWh d'électricité sont ensuite analysés.
188. Le coût à prendre en considération est le coût marginal moyen à long terme (ci-après le CMMLT) qui est la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé.
189. En effet, dans ses Orientations la Commission stipule que « *le critère de référence sur lequel se fondera généralement la Commission pour déterminer les coûts supportés par un concurrent aussi efficace sera la CMMLT de la division en aval de l'entreprise dominante intégrée* » (cf. Orientations précitées, § 80).
190. Ce coût a d'ailleurs été utilisé par la Commission dans l'affaire *Telefonica* (cf. décision du 4 juillet 2007 de la Commission dans l'affaire COMP/38.781, *Wanadoo Espana v. Telefonica*).
191. L'addition de coût d'approvisionnement de Lampiris aux coûts d'ECS donnent les coûts totaux qu'auraient supportés ECS si elle avait dû s'approvisionner aux mêmes tarifs que Lampiris (cf. Annexe confidentielle).
192. Ces coûts sont ensuite comparés aux tarifs pratiqués sur le segment de la vente au détail par ECS.
193. Sur la base de ces critères, le test a montré que tant sur le segment de la vente au détail dans son ensemble que sur les sous-segments résidentiels et professionnel, ECS continuerait à réaliser des marges positives si les coûts d'approvisionnement de Lampiris lui étaient transférés.
194. Les résultats de ce test sont renforcés par le fait que, pour les années concernées, Lampiris a offert à ses clients des tarifs inférieurs ou égaux à ceux proposés par ECS.
195. De plus, Lampiris a déclaré avoir des marges positives et, par conséquent, ne pas pratiquer de prix inférieurs à ses coûts (cf. Annexe confidentielle).
196. Enfin, la croissance de Lampiris durant la période concernée démontre plus encore l'absence d'exclusion du marché.
197. Il faut en conclure qu'Electrabel n'a pas pratiqué de prix ciseaux à l'égard de Lampiris pour les années 2007 à 2009.

7. Conclusion au regard de l'article IV.2 du CDE et/ou de l'article 102 du TFUE

198. Il ressort de l'instruction qu'en ce qui concerne la période ayant fait l'objet de la plainte, à savoir les années 2007 à 2009 : (i) les prix appliqués par Electrabel sur le marché de gros de l'électricité intégrant tout ou partie la valeur du CO₂ ne peuvent être qualifiés d'excessifs, (ii) il n'existe pas de discrimination de la part d'Electrabel entre ses clients retail et ses clients sur le marché de gros et (iii) Electrabel ne pratique pas de prix ciseaux à l'égard de Lampiris.

199. Compte tenu de ce qui précède, aucun grief ne peut être retenu à l'encontre d'Electrabel dans le cadre de la répercussion par Electrabel du coût du quota CO₂ dans le prix de l'électricité vendue sur le marché de gros au regard de l'article IV.2 du CDE et/ou de l'article 102 TFUE pour les années 2007 à 2009.

Par ces motifs,

L'Auditorat de l'Autorité belge de la concurrence,
conformément aux articles 42,§2 du CDE (ancien article 45, §2 de la LPCE) et IV.67 du CDE (ancien article 69 de la LPCE) et 5 du Règlement 1/2003,
constate qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans l'affaire CONC-P/K-09/0002.

Fait à BRUXELLES, le 26 mars 2015,

Pour l'Auditorat,

Véronique Thirion
Auditeur général

Marielle Fassin
Auditeur

Patrick Marchand
Auditeur