

## Décision n°2004-C/C-26 du 8 mars 2004

### **Affaire CONC-C/C-04/00005 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / SIBELGA**

Le Conseil de la concurrence,

Après en avoir délibéré,

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "E.C.S."), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8, immatriculée à la TVA sous le numéro 476.306.127 et sa société-mère, Electrabel S.A. (ci-après "EBL."), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8, immatriculée à la TVA sous le numéro 403.170.701 ;

et

L'association Intercommunale coopérative à responsabilité limitée SIBELGA (ci-après « Sibelga » ou « l'intercommunale notifiante ») ayant son siège situé à l'hôtel de ville de Woluwe-Saint-Lambert, avenue Paul Hymans, 2A à 1200 Bruxelles

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

Vu la décision de la Commission européenne du 19 décembre 2003 renvoyant aux autorités belges de la concurrence l'opération de concentration entre ECS/EBL et Sibelga qui lui avait été notifiée le 9 novembre 2003 et enregistrée sous la référence n° COMP/M.3318-ECS/Sibelga, conformément à l'article 9 paragraphe 3 b. du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

Attendu qu'en pareil cas de renvoi, la législation nationale de la concurrence de l'État de renvoi trouve à s'appliquer conformément à l'article 9.3 b du Règlement (CEE) n° 4064/89, en l'espèce la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Que toutes les dispositions de cette législation et de ses arrêtés royaux d'exécution trouvent ainsi à s'appliquer, et notamment les dispositions en matière de procédure et de délais ;

Vu la notification datée du 22 janvier 2004, enregistrée sous les références CONC-C/C-04/005 de la concentration qui consiste en la reprise par E.C.S., filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Sibelga au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier et le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 17 février 2004;

Vu les demandes introduites sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 30 janvier 2004 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 2 mars 2003 faisant droit à cette demande ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes E.C.S.- Electrabel/ Sibelga datée du 1er mars 2004;

Entendu à l'audience du 4 mars 2004,

- le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur le rapporteur Patrick Marchand assisté par M. Axel Frennet et Mme Natacha Glibert du Service de la concurrence;
- la S.A. E.C.S. représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandecasteele et Me Annick Vroninks, avocats à Bruxelles et la S.A. Electrabel représentée par MM. Etienne Snyers, Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandecasteele et Me Annick Vroninks, avocats à Bruxelles;

- Sibelga représentée par Me Alexandre Vandencastele et Me Annick Vroninks, avocats à Bruxelles;
- la S.A. Distrigaz représentée par Monsieur Jean Vermeire;
- Sibelga représentée par Me Aurore Finchelstein, avocate à Bruxelles;
- La S.A. Luminus représentée par MM. Philippe Putman et Kevin Kirby, assistés par Me Marc van der Woude, avocat à Bruxelles;

## 1. LES PARTIES NOTIFIANTES

### 1.1. Acquéreur

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

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

En se basant sur l'interprétation donnée par la CE (dans la Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, §§ 18-19.), il y a lieu de relever que "toutes les sociétés faisant parties d'un groupe (sociétés mères, filiales, etc.) constituent une seule entité économique, c'est pourquoi il ne peut y avoir qu'une seule entreprise concernée au sein d'un groupe. La filiale et la société mère (ECS et Electrabel) ne peuvent donc être considérées comme des entreprises concernées distinctes". Les parties EBL et E.C.S. se rallient dans leur note d'observations du 28 mars 2003 à cette approche.

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

L'actionnaire de contrôle de la S.A. Electrabel est la société anonyme Tractebel, avec 43,73 %.

Le groupe Société Générale de Belgique détient à son tour 100 % du capital de Tractebel, et est détenu à 100 % par le Groupe Suez, issu de la fusion des sociétés Suez et Lyonnaise des Eaux. Le groupe Suez est principalement actif en Belgique dans les secteurs de l'énergie (électricité et gaz), la propriété et dans la communication et dans le secteur des installations, gestion et entretien d'installations techniques industrielles.

Suez contrôle également les sociétés Distrigaz sa et Fluxys sa, toutes deux actives dans le domaine du gaz.

Distrigaz se consacre spécifiquement à la commercialisation de gaz naturel et de capacité de transport internationale. Elle est active sur le marché de la fourniture de gaz naturel aux entreprises publiques de distribution, aux grandes entreprises industrielles et aux centrales électriques sur le marché belge et à des clients éligibles en Europe. Elle a en outre des activités d'arbitrage sur les marchés spot de gaz naturel, de gestion de contrats pour le transit en Belgique, de commercialisation de capacités de transport et de stockage en dehors de la Belgique et de shipping GNL.

Fluxys est active dans le transport de gaz et dispose en Belgique d'un réseau intégré de transport et de transit de 3.700 km de conduites. Cette infrastructure de réseau comprend

également des stations de compression, de comptages aux frontières, des installations de stockage et de compression, de nombreux postes de réduction de la pression et une installation pour la réception de gaz naturel liquéfié (terminal méthanier de Zeebrugge).

## 1.2. Vendeur

L'association Intercommunale coopérative à responsabilité limitée Sibelga est une intercommunale qui a comme activité principale la gestion du réseau de distribution d'électricité et de gaz aux sur le territoire des communes affiliées, à savoir les communes de la Région bruxelloise.

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

Elle est issue de la scission de l'intercommunale Sibelgaz qui comprenait un "secteur nord" et un "secteur sud". Le "secteur nord" rassemblait les communes de Grimbergen, Machelen, Meise, Vilvoorde, Wemmel et une association intercommunale Kampenhout et Steenokkerzeel (TGEK) situées sur le territoire flamand et donc soumises à la réglementation flamande.

L'activité du "secteur sud" qui incluait la ville de Bruxelles, les communes d'Anderlecht (gaz), Evere, Ganshoren, Jette, Saint-Josse-ten-Node et l'association intercommunale des Régies de Distribution d'Energie (RDE) a été transférée à la nouvelle intercommunale Interelec (renommée Sibelga), elle-même issue de la fusion entre Interelec et Interga. Cette concentration a été approuvée par décision n° 2003-C/C-14 du Conseil de la concurrence du 20 février 2003.

Sibelga est ainsi l'association des communes du secteur Sud de l'ancienne intercommunale Sibelgaz et des communes des anciennes intercommunales Interelec et Interga, toutes situées sur le territoire de la région de Bruxelles-Capitale.

Par conséquent, les communes concernées par l'opération en cause sont soumises à la réglementation de la région de Bruxelles-Capitale.

## 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle (devenant) éligible de cette intercommunale Sibelga sur le marché de la fourniture d'électricité et de gaz dans la mesure où celle-ci n'a pas choisi un fournisseur.

## 2. DESCRIPTION DE L'OPERATION

Sibelga a adopté la même approche que toutes les autres intercommunales mixtes. Autrement dit, elle a décidé de recentrer ses activités sur la gestion du réseau de distribution, l'activité de fourniture à la clientèle éligible étant poursuivie par ECS.

Cependant, la reprise de cette clientèle s'effectuera conformément aux dispositions réglementaires arrêtées par la Région de Bruxelles-Capitale relative au transfert de la clientèle éligible, soit en l'espèce l'Ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale.

Sibelga s'est engagée, dans le cadre de l'opération notifiée, à transférer sa clientèle au fur et à mesure de son éligibilité à ECS en désignant cette dernière, de manière définitive et irrévocable, fournisseur par défaut. Les clients devenus éligibles qui n'ont pas signé un contrat de fourniture avec le fournisseur de leur choix verront leur fourniture assurée par le fournisseur désigné, et ce aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait ce choix.

Dans le cadre d'une convention d'équilibre conclue le 29 septembre 2003, les parties ont convenu d'un calendrier de réalisation du nouvel équilibre, sur une période de 10 ans.

Electrabel reprendra, au fur et à mesure de l'ouverture du marché, la totalité de ses apports en matière d'électricité et de gaz et Sibelga interrompra selon le même calendrier ses activités de vente d'électricité et de gaz, sauf celles qui seraient prescrites ou nécessaires à titre de mission de service public incombant au gestionnaire de réseau de distribution.

Au terme d'une période de 9 ans, Electrabel n'aura plus aucune participation dans Sibelga.

En particulier, les parties ont convenu du calendrier suivant de séparation complète de l'activité de gestion des réseaux ;

- réduction des droits de veto dont dispose Electrabel au sein du Conseil d'administration et de l'Assemblée générale de Sibelga en vertu de l'article 8 de l'Ordonnance et des articles 43 et 59 du projet de statuts de Sibelga;
- création progressive à partir du 1er janvier 2003 de services propres de l'intercommunale permettant aux organes de gestion de s'appuyer sur un know-how indépendant d'Electrabel et de préparer le retrait complet de celle-ci;
- rachat par les communes de la totalité des parts sociales de l'intercommunale détenues par Electrabel en deux étapes, au 1er janvier 2007 et 31 décembre 2012;
- retrait complet de l'intercommunale d'Electrabel au 31 décembre 2012 et fin de l'exploitation par Electrabel à cette même date.

### 3. DELAIS

La notification a été effectuée le 22 janvier 2004. Le délai visé à l'article 33 de la loi prend par conséquent cours le 23 janvier 2004 et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 8 mars 2004 au plus tard.

### 4. CHAMP D'APPLICATION

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi.

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

L'opération consiste donc en une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

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

### 5. CONTEXTE REGLEMENTAIRE DE L'ELECTRICITE

La présente opération s'inscrit dans le contexte européen de libéralisation des marchés de l'énergie.

Concernant le marché de l'électricité, la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une série de mesures de réglementation avec une attention particulière accordée à l'accès au réseau. Cette directive est remplacée à partir du 1er juillet 2004 par la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE. La nouvelle directive précise une série d'obligations concernant des normes minimales de service public, d'indépendance concernant les gestionnaires des réseaux de distribution et de transport. Elle détermine en outre le calendrier final d'ouverture des marchés avec pour date de libéralisation totale le 1er juillet 2007.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

Très schématiquement et pour ce qui concerne la présente, cette ventilation de pouvoirs est la suivante: à l'Etat fédéral la production, le transport et les tarifs tandis que le transport local et la distribution sont des matières régionales.

Les principales législations adoptées sont:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") modifiée successivement par une loi du 12 août 2000, du 16 juillet 2001 et du 30 décembre 2001;
- le Décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") publié au Moniteur du 22 septembre 2000;
- le Décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'Arrêté du Gouvernement wallon du 21/03/2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité publié au Moniteur du 27 avril 2002;
- l'Ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance").

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent dans une certaine mesure tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates. Actuellement en Région de Bruxelles-Capitale les clients consommant plus de 10 GWh sont éligibles.

La libéralisation du marché doit s'accompagner de différentes mesures de régulation. Les Régions ainsi que le gouvernement fédéral ont à cet égard adopté plusieurs arrêtés d'application.

Pour la Région de Bruxelles - Capitale, l'Ordonnance du 19 juillet 2001 a fait à ce jour l'objet d'un arrêté d'application concernant les autorisations de fourniture, à savoir l'Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur du 6 novembre 2002. Actuellement les entreprises EDF, ECS, Electrabel, Luminus, Nuon et SPE sont titulaires d'une autorisation de fourniture.

Le rôle de régulateur est exercé par le Service de Régulation au sein de l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement (IBGE) conjointement avec le Gouvernement régional.

Contrairement aux Régions flamande et wallonne, la réglementation bruxelloise ne prévoit pas l'information des clients devenus éligibles ainsi qu'une possibilité de résiliation du contrat de fourniture. Ces omissions ont été rencontrées dans les décisions de désignation de ECS en tant que fournisseur par défaut.

## 6. CONTEXTE REGLEMENTAIRE DU GAZ

Concernant le marché du gaz naturel, la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 impose une ouverture limitée et progressive du marché. Cette libéralisation s'accompagne d'une série de mesures de réglementation avec une attention particulière accordée à l'accès au réseau. Cette directive est remplacée à partir du 1 juillet 2004 par la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE. (JO L 176/77 du 15/07/03). Comme pour l'électricité, la nouvelle directive précise une série d'obligations concernant des normes minimales de service public, d'indépendance concernant les gestionnaires des réseaux de distribution et de transport. Elle détermine également le calendrier final d'ouverture des marchés avec pour date de libéralisation totale le 1 juillet 2007.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions. La ventilation des matières est la suivante: à l'Etat fédéral les grandes infrastructures de stockage, le transport, la production et les tarifs tandis que la distribution publique est une compétence régionale.

Les principales législations de transposition adoptées sont les suivantes:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité qui modifie la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation. (ci après "loi gaz");
- le Décret de la Région flamande du 6 juillet 2001 relatif à l'organisation du marché du gaz (ci après "décret flamand gaz");

- le Décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (ci après "décret wallon gaz");

Les différents niveaux de compétence ayant légiféré en la matière ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent dans une certaine mesure tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'instar du secteur électrique, les législateurs régionaux ont imposé la dissociation des activités de fourniture aux clients éligibles de celles de gestion des réseaux de distribution. Parallèlement à cette interdiction de cumul de fonctions, la désignation de fournisseur par défaut pour les clients devenus éligibles n'ayant pas arrêté leur choix sur un fournisseur, est également prévue.

Comme il a déjà été mentionné ci-dessus, la libéralisation du marché doit s'accompagner de différentes mesures de régulation. Les Régions flamande et wallonne ainsi que le gouvernement fédéral ont à cet égard adopté plusieurs arrêtés d'application.

La Région de Bruxelles-Capitale n'a pas encore adopté de réglementation en la matière. Un texte d'Ordonnance est actuellement en cours d'examen à la Commission Économie du Parlement bruxelloise.

Le projet vise à la fois la transposition des directives gaz et électricité. Mutatis mutandis, le texte organise la libéralisation du marché du gaz selon le même schéma que celui du marché de l'électricité. Il définit le calendrier d'ouverture du marché (éligibilité des clients professionnels au 1 juillet 2004) tout en organisant l'accès au réseau (procédure d'accès et désignation d'un gestionnaire de réseau), la fourniture par défaut et la régulation du marché.

## 7. SECTEURS ET MARCHÉS CONCERNÉS ET CONTEXTE CONCURRENTIEL

### A. Rappel des développements antérieurs du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence se réfère aux développements relatifs aux secteurs économiques et marchés concernés ainsi qu'au contexte concurrentiel et au renforcement de la position dominante des parties notifiantes, tant sur le marché du gaz que sur celui de l'électricité, repris dans ses précédentes décisions et spécialement celles du 4 juillet 2003 portant les références 2003-C/C-56 à 63.

Il constate qu'au niveau de la définition des marchés concernés et du contexte concurrentiel, aucun élément nouveau n'est venu modifier son analyse qui reste valable, sous réserve de ce qui est développé ci-après et qui s'inscrit dans le prolongement de ce qui a déjà été décidé dans le cadre des procédures antérieures soumises au Conseil de la concurrence et qui est de nature à exercer une influence positive sur l'ouverture à la concurrence des marchés concernés.

Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence considère qu'il y a lieu de tenir pour reproduits dans le cadre de la présente décision, ses développements relatifs aux secteurs économiques et marchés concernés ainsi qu'au contexte concurrentiel et au renforcement de la position dominante des parties notifiantes, tant sur le marché du gaz que sur celui de l'électricité, repris dans ses précédentes décisions et spécialement celles du 4 juillet 2003 portant les références 2003-C/C-56 à 63.

Dans sa décision ECS / INTERMOSANE du 15 janvier 2004, le Conseil de la concurrence a également déjà explicité l'engagement selon lequel Distrigaz cèdera aux concurrents, à des conditions non discriminatoires, la quantité de gaz L leur permettant de répondre aux besoins de la clientèle au fur et à mesure de son acquisition, et ce jusqu'en décembre 2006.

Il y est stipulé notamment que :

"Tout tiers intéressé à acheter du gaz L dans le cadre de l'engagement et disposant d'une licence de fourniture recevra de la part de Distrigaz une offre détaillée comportant un prix pour la commodité et un prix pour la flexibilité (tenant compte du profil de consommation présenté par le tiers). L'offre prévoira une livraison à la frontière ou à la city gate (point d'entrée du réseau du GRD) et d'une durée pouvant aller jusqu'à deux ans."

## B. Nouveaux éléments

### ❖ Adaptation des accords nucléaires entre Electrabel et EDF

Dans un communiqué de presse du 27 janvier 2004, Electrabel a diffusé une information selon laquelle un accord avait été conclu avec la société EDF en vue de valoriser leurs parts respectives dans les centrales de Tihange et de Tricastin.

En pratique, selon Electrabel, EDF pourrait désormais commercialiser 481 MW supplémentaires sur le réseau belge d'électricité.

Cet accord aboutit à augmenter la liquidité sur le marché belge de l'électricité et avalise l'apparition d'EDF en qualité de troisième opérateur disposant de capacité de production en Belgique (garantissant une meilleure sécurité d'approvisionnement pour la clientèle), aux côtés de SPE et d'Electrabel. Dans la mesure où l'accord vise des capacités identiques en France (pour Electrabel) et en Belgique (pour EDF), cet accord ne semble pas avoir cependant de conséquence effective pour ce qui concerne une éventuelle décongestion de l'interconnexion sud.

### ❖ Mise aux enchères de capacités virtuelles de production d'électricité

Dans le cadre du suivi des précédentes décisions du Conseil de la concurrence prononcées dans le cadre des notifications de concentration entre ECS-EBL et des intercommunales mixtes actives dans le secteur de l'énergie, le Service de la concurrence a rencontré la CREG en date du 21 janvier 2004 afin de faire le point au sujet de la mise aux enchères de capacités virtuelles de production d'électricité. Un rapport a été transmis au président du Conseil de la concurrence en date du 30 janvier 2004.

Etant donné que les rapports du Trustee sur les enchères et a fortiori les nominations et facturations ne sont pas encore disponibles, il semble prématuré d'émettre des conclusions sur l'effet des ventes aux enchères sur le marché.

Toutefois, il peut être relevé à ce stade que la première mise aux enchères réelles qui a eu lieu en décembre 2003 a rencontré un franc succès, 33 participants s'étant enregistrés dont 18 ont effectivement enchéri. Sur les 250 MW mis sur le marché (167 MW en base et 83 MW en pointe), 230 MW (soit 92%) ont trouvé acquéreurs.

Après cette première séance, la CREG a adressé un questionnaire aux participants afin de recueillir leurs remarques ou suggestions. Aucune remarque négative n'a été formulée.

### ❖ Engagements complémentaires des parties

Le cadre réglementaire bruxellois en matière de fourniture d'électricité n'oblige pas le fournisseur par défaut à informer la clientèle devenant éligible de son droit à faire choix d'un fournisseur, ni à l'autoriser à mettre fin à sa relation avec le fournisseur par défaut moyennant un préavis d'un mois. En matière de fourniture de gaz, le cadre réglementaire est encore inexistant. De telles obligations ont cependant été imposées par le législateur bruxellois dans ses décisions portant approbation de la désignation à titre provisoire d'ECS comme fournisseur par défaut.

En tout état de cause, les parties s'engagent (tant en matière de fourniture de gaz que d'électricité) de manière formelle à (i) informer la clientèle devenant éligible 2 mois avant leur éligibilité de leur droit à faire choix d'un fournisseur; (ii) autoriser explicitement la

clientèle fournie par défaut à mettre fin à leur relation avec leur fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

#### ❖ Spécificités de l'accord ECS/SIBELGA

Certaines caractéristiques propres à l'accord en cause sont en outre de nature à réduire le renforcement de la position d'ECS-Electrabel par rapport à la situation existante dans le cadre des opérations "ECS" antérieures :

1) Sibelga n'acquiert aucune participation dans ECS. Tout au plus bénéficie-t-elle du droit à une quote-part du chiffre d'affaire d'ECS et ceci à titre strictement transitoire jusqu'à la libéralisation du marché domestique. Il n'y a donc pas à terme risque de renforcement des liens économiques entre Electrabel et les intercommunales.

2) L'accord prévoit la cession progressive par Electrabel de l'ensemble de sa participation dans l'intercommunal plutôt qu'une réduction de celle-ci.

3) Les tâches encore sous-traitées à Electrabel le sont de manière transitoire, Sibelga reprenant à terme l'ensemble de ces activités. Le désengagement -total- des deux intervenants dans les métiers revenant à l'autre se fera logiquement de façon progressive en vue de permettre notamment le transfert du know-how en matière de gestion du réseau à Sibelga.

## 9. REACTIONS DES ACTEURS PRESENTS SUR LES MARCHES INTERROGES PAR LE SERVICE DE LA CONCURRENCE

La SPE approuve totalement les engagements complémentaires proposés par les parties et n'a pas de commentaires particuliers à formuler sur cette opération. Elle se réjouit de l'augmentation de la capacité de production d'électricité du fait de l'adoption des accords nucléaires entre Electrabel et EDF.

Par ailleurs, la SPE a participé aux premières VPP et a constaté leur bon déroulement, les prix répondant selon elle aux normes du marché.

Gaz de France a répondu de manière confidentielle mais n'a soulevé aucun problème particulier relatif à cette opération et aux engagements complémentaires proposés par les parties.

BP attire l'attention sur le fait que l'accès au réseau de transport de gaz n'est pas évident pour de nouveaux concurrents par rapport aux fournisseurs "historiques", vu le coût des services de flexibilité.

par contre, en ce qui concerne la cession par Distrigaz d'une certaine quantité de gaz L aux concurrents, BP reconnaît que cela favorisera la concurrence.

BP affirme également ne pas être en mesure de proposer des offres duales électricité / gaz car il faudrait importer de l'électricité de France et il y a un problème de capacité.

Total renvoie à ses réponses du 12 septembre 2003 et 08 décembre 2003 pour ce qui a trait aux engagements. En ce qui concerne les engagements complémentaires, Total prétend que ceux-ci témoignent d'une volonté de ne pas laisser les consommateurs profiter pleinement de l'ouverture du marché de l'énergie car les délais proposés pour informer la clientèle sont très courts et ne permettent pas à un nouvel entrant de faire des offres à des clients qui souhaiteraient changer de fournisseur.

Par contre, le délai de préavis d'un mois pour changer de fournisseur est jugé acceptable pour autant qu'aucune pénalité ou indemnité ne soit réclamée en cas de rupture de contrat par le client.

Total estime que l'on doit s'attendre à un renforcement de position dominante dans le chef d'Electrabel sur le marché du gaz naturel suite à cette opération et qu'il serait raisonnable d'accorder un délai de six mois aux nouveaux entrants pour s'organiser et disposer de toutes les informations nécessaires pour faire des offres aux clients.



- Concernant les offres duales, Total affirme qu'un fournisseur doit disposer :
- d'un contrat d'approvisionnement de gaz auprès d'un producteur;
- d'un contrat d'approvisionnement d'électricité auprès d'un producteur;
- de capacités d'importation de gaz et/ou d'électricité si ces énergies ne sont pas produites dans le pays;
- de licences de fourniture nationales et/ou régionales pour chacune des énergies;
- de contrats d'acheminement de gaz et d'électricité auprès de sociétés de transport respectives;
- de contrats de transport avec les sociétés de distribution locales. La possibilité de faire des offres duales à la clientèle résidentielle (segment avec les marges les plus élevées) est un avantage compétitif certain.

ELIA a répondu de manière confidentielle, mais n'a pas de commentaires particuliers à formuler à propos de cette opération.

La CREG précise qu'elle a constaté des refus de vente de gaz L de la part de Gasunie à des acteurs du marché souhaitant effectuer des fournitures en Belgique. Ce qui implique, selon elle, que l'engagement de gas release proposé par ECS s'avère indispensable.

Mais elle ajoute que "Afin d'éviter que Distrigaz ne fasse concurrence aux fournisseurs auxquels il cède son gaz, le Conseil pourrait lui interdire de démarcher des clients captifs qui seraient attribués à ECS en tant que fournisseur par défaut, pour la période durant laquelle le gas release s'applique. En effet, à défaut d'engagement de ce type de la part de Distrigaz, le groupe Suez pourrait miner en grande partie l'effet positif d'un gas release. En principe, Distrigaz pourrait facilement reprendre la clientèle (ECS et Distrigaz constituent ensemble une entité économique), mais pourrait proposer de l'électricité à un prix moindre (pas de marge de détail).

Une telle restriction (restriction des ventes aux utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché) doit donc être envisagée comme une restriction directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration.

Il faut veiller, en outre, à ce que la relation entre Distrigaz et ECS ne donne pas lieu à d'éventuels subsides croisés ou price squeezing. Puisque l'entité économique touche toujours la marge entre le prix frontière et le prix city-gate, Distrigaz pourrait en effet mener sa politique de prix de telle sorte que la marge de Distrigaz pourrait augmenter, au détriment des fournisseurs en aval. Même en l'absence de discrimination entre les détaillants, une pareille politique de prix pourrait exercer une influence très négative sur le gas release. C'est pourquoi il faut systématiquement éviter ce type de pratique commerciale."

Concernant l'adoption des accords entre Electrabel et EDF, la CREG précise qu'elle n'a toujours pas reçu toutes les informations nécessaires de la part d'Electrabel. Elle ne sait par conséquent pas prendre une position à ce sujet et n'est pas en mesure de connaître l'influence exacte sur le marché belge de la production d'électricité.

L'IBGE constate que les engagements que Sibelga propose de prendre correspondent aux engagements pris à son égard et qui ont déjà fait l'objet d'une certaine publicité (portés à la connaissance des fournisseurs présents à la séance d'information qu'elle a organisée le 4 février 2004).

Elle relève cependant qu'une mesure qu'elle avait prescrite et qu'elle estime essentielle n'est pas reprise dans ces engagements complémentaires. A savoir, la communication aux fournisseurs d'un Cd-Rom comprenant la liste des clients éligibles ainsi que des données telles que la consommation, la puissance de raccordement et la pointe quart-horaire.

Elle met cela en relation avec le fait que l'article 3, §4 de la convention signée entre ECS et Sibelga prévoit la cession en faveur d'Electrabel du droit d'utilisation et d'une copie des fichiers informatiques clientèle.

Figaz dit que les engagements contribueront à l'ouverture du marché et n'a pas de commentaires à faire à propos de cette concentration.

Febeliec estime que les engagements vont dans la bonne direction et ne soulève aucune objection quant à l'opération en cause.

Luminus s'oppose à cette concentration car il estime que les engagements présentés ne diminuent pas les seuils d'accès au marché, alors que la Commission européenne indique dans sa décision de renvoi que la concentration ECS / Sibelga "entrave le développement des autres fournisseurs potentiels."

Cependant, Luminus considère que cette concentration pourrait être approuvée par le Conseil de la concurrence avec des engagements supplémentaires :

- Augmentation des capacités mises aux enchères dépassant largement les 1.200 MW de l'interconnecteur belgo-néerlandais;
- Suppression du plafond de 40 % dans les règles d'enchères pour permettre à un fournisseur ayant une clientèle importante d'acheter les quantités nécessaires;
- Chinese walls entre ECS et Electrabel, car ECS connaît parfaitement la structure des coûts de ses concurrents et peut donc adapter son prix en fonction du prix de ses concurrents;
- Le prix de référence pour ECS doit être le prix VPP. De ce fait, l'avantage concurrentiel qui résulterait du fait qu'ECS s'approvisionne auprès d'Electrabel à des prix inférieurs au prix du marché (supposition de Luminus) disparaîtrait.
- Interdiction de vente à perte en aval. En effet, si ECS était contrainte par le biais d'un engagement à payer le prix du marché, Electrabel pourrait demander le prix le plus élevé, avec un effet négatif sur la marge bénéficiaire d'ECS et de ses concurrents. Les bénéfices d'Electrabel venant compenser la perte d'ECS. Un engagement visant à empêcher les effets ciseaux est donc nécessaire.

D'autre part, Luminus estime que l'adoption des accords entre Electrabel et EDF enlèvera une certaine pression sur le marché de l'électricité en Belgique, mais que cela n'aura aucun effet sur le marché des clients éligibles.

En ce qui concerne la possibilité de faire une offre duale électricité / gaz, Luminus estime que, dans le chef d'Electrabel, l'offre duale superpose deux positions dominantes au niveau de la production et renforce la position dominante d'Electrabel au niveau de la fourniture aux clients éligibles. Pour sa part, Luminus propose également des offres duales électricité / gaz.

## **11. OBSERVATIONS FORMULÉES PAR LA PARTIE INTERVENANTE ET RÉPONSES DES PARTIES NOTIFIANTES À CES CRITIQUES DES ACTEURS PRÉSENTS SUR LE MARCHÉ ET DES RÉGULATEURS**

Seule Luminus a sollicité d'être entendue conformément à l'article 32 quater §2 LPCE avant que le Conseil de la concurrence ne rende sa décision. Lors de l'audience du 4 mars 2003, Luminus a rappelé ses arguments soulevés lors de l'instruction.

Luminus a notamment insisté lors de l'audience sur le fait que les engagements proposés par les parties notifiantes ne pouvaient suffire à compenser les effets du renforcement de position dominante résultant de la présente concentration et qu'il y avait lieu de l'interdire. Luminus soutient notamment que les quantités d'électricité nécessaires par l'opération notifiée n'étaient pas incluses dans les différents calculs de l'expertise sur laquelle le Conseil de la concurrence s'est appuyé pour déterminer les quantités de VPP nécessaire dans ses décisions du 4 juillet 2003.

Force est de constater que, comme l'ont relevé à juste titre les parties notifiantes, l'expertise a pris en considération les quantités d'électricité nécessaires aux intercommunales ayant donné lieu à la création de la nouvelle intercommunale Sibelga. Il est renvoyé quant à ces rétroactes aux développements repris sous le point 2 de la présente décision identifiant le vendeur à l'opération de concentration notifiée.

Par ailleurs, Luminus a également précisé qu'il existait des éléments positifs sur le marché et notamment l'engagement de mettre fin à l'accord avec SPE tout en regrettant tout aussitôt une intégration verticale de SPE avec Citypower. Luminus a également déploré un degré de switching très bas. Ainsi en Flandres, seuls 2,32 % de résidentiels ont changé de fournisseurs

d'électricité. Ce taux est de moins d'1 % en ce qui concerne le gaz. Luminus a également insisté sur le caractère temporaire des VPP ordonnées par le Conseil de la concurrence dans ses précédentes décisions. Luminus constate également une tendance générale à la hausse des prix qu'il prétend liée à une absence de concurrence suffisante.

Les parties notifiantes ont répondu aux différents critiques soulevées par les entreprises concurrentes et par les régulateurs dans leur note d'observations déposée le 2 mars 2004 au secrétariat du Conseil de la concurrence qui a été développée lors de l'audience du 4 mars 2004.

## 12. POSITION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Les éléments d'informations recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence à l'occasion de l'ensemble des procédures relatives à l'acquisition par ECS de la clientèle éligible des intercommunales mixtes et dans le cadre de la présente opération de concentration et lors de l'audience font apparaître que la concentration notifiée a pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges en cause ou sur une partie substantielle de ceux-ci.

Néanmoins, les engagements souscrits par Electrabel tels que repris dans la lettre du 20 juin 2003, lus conjointement avec les décisions du Conseil du 4 juillet 2003 et du 15 janvier 2004, et complétés dans le cadre de la présente notification par les deux engagements repris dans la notification, permettent de compenser les effets du renforcement de position dominante des parties notifiantes et d'Electrabel.

De plus, le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de rappeler que "les engagements proposés par Electrabel doivent s'apprécier non pas "compte tenu de la position dominante d'Electrabel" mais en fonction du renforcement de cette position dominante,()", le rôle des autorités de concurrence n'étant effectivement pas de se substituer aux autorités de régulation ni d'assurer la mise en oeuvre du processus de libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz.

Cette approche s'avère d'autant plus pertinente que les caractéristiques propres à l'opération en cause et l'évolution récente des marchés concernés tendent à limiter à la base le renforcement de position dominante par rapport à la situation existante dans le cadre des autres opérations notifiées précédemment et notamment par l'Adaptation des accords nucléaires entre Electrabel et EDF ainsi qu'en raison des spécificités de l'accord ECS/SIBELGA".

Enfin, même si Luminus regrette que seuls 2,32 % des consommateurs aient changé de fournisseurs après 6 mois de libéralisation du marché en Flandres, il n'en demeure pas moins que cela constitue un des plus fort taux de changements parmi les pays qui ont récemment entamés un processus de libéralisation.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence constate également que tous les recours devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions du Conseil de la concurrence ayant pour objet les notifications d'opérations de concentration entre ECS et les intercommunales mixtes, ont fait l'objet d'un désistement de la part de toutes les parties.

Luminus a d'ailleurs expressément en termes de conclusions de désistement d'instance fait savoir à la Cour d'appel de Bruxelles que « Luminus estime que la présente procédure qui vise à voir annuler la décision n° 2002-C/C/-62 (d'autres conclusions de désistement d'instance ayant également été déposées dans les autres procédures) au motif notamment que les engagements attachés à cette décision sont insuffisantes, ne se justifie plus ». Même si la présente opération de concentration est distincte des précédentes et que d'autres motifs ont pu justifier un désistement d'instance devant la Cour d'appel de Bruxelles, Luminus n'a pas pu établir en quoi les engagements imposés par le Conseil de la concurrence dans ses précédentes décisions et reprises par les parties notifiantes dans la présente procédure,

complétés en outre de nouveaux engagements ne compenseraient pas les effets du renforcement de position dominante des parties notifiantes dans la présente opération.

Le Corps des rapporteurs estime également au terme d'un examen attentif des effets de la concentration faisant l'objet de la présente procédure, que pour autant que les parties notifiantes poursuivent la mise en œuvre de leurs engagements, devoir proposer au Conseil de la concurrence de constater que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi, qu'il n'y a pas de doutes sérieux à propos de l'admissibilité de la concentration et en conséquence de la déclarer admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33 § 2, 1.a de la loi.

L'éventuel refus de vente de gaz L de la part d'un tiers à des acteurs du marché souhaitant effectuer des fournitures en Belgique dénoncé par la CREG impliquant selon elle que l'engagement de gas release proposé à ECS s'avère indispensable peut être examiné conformément aux dispositions de la LPCE par une autre voie et ne peut justifier à elle seule l'engagement d'une seconde phase.

Par ces motifs,

### Le Conseil de la concurrence

Après en avoir délibéré,

- Constate la position dominante sur le marché concerné des parties notifiantes et d'Electrabel et Distrigaz avec laquelle ECS forme une entité économique commune ;
- Constate que les engagements pris par les parties notifiantes tels que précisés comme il a été dit ci-dessus, compensent les effets du renforcement de leur position dominante que l'opération, sans ces charges, induirait;
- Constate qu'il n'y a pas de doutes sérieux à propos de son admissibilité et la déclare en conséquence admissible conformément aux articles 33, §1er et §2, 1.a de la loi ;

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

Fait à Bruxelles le 8 mars 2004