

Cas n°

**COMP/M.3075–ECS/Intercommunale IVEKA,
COMP/M.3076–ECS/Intercommunale IGAO,
COMP/M.3077–ECS/Intercommunale INTERGEM,
COMP/M.3078–ECS/Intercommunale GASELWEST,
COMP/M.3079–ECS/Intercommunale IMEWO,
COMP/M.3080–ECS/Intercommunale IVERLEK**

Le texte en langue française est le seul disponible et faisant foi.

**RÈGLEMENT (CEE) n° 4064/89
SUR LES CONCENTRATIONS**

Article 9 (3)

date: 13/02/2003



Bruxelles, le 13.02.2003

C(2003)582

Dans la version publique de cette décision, des informations ont été supprimées conformément à l'article 17 (2) du règlement du Conseil (CEE) n°4064/89 concernant la non-divulgence des secrets d'affaires et autres informations confidentielles. Les omissions sont donc indiquées par [...]. Quand cela était possible, les informations omises ont été remplacées par des fourchettes de chiffres ou une description générale.

VERSION PUBLIQUE

REGLEMENT
CONCENTRATION DECISION
ARTICLE 9(3)

DÉCISION DE LA COMMISSION

Du 13.02.2003

de renvoyer les affaires

**n°COMP/M.3075 – ECS / Intercommunale IVEKA,
n°COMP/M.3076 – ECS / Intercommunale IGAO,
n°COMP/M.3077 – ECS / Intercommunale INTERGEM,
n°COMP/M.3078 – ECS / Intercommunale GASELWEST,
n°COMP/M.3079 – ECS / Intercommunale IMEWO,
n°COMP/M.3080 – ECS / Intercommunale IVERLEK**

**aux autorités nationales compétentes de la Belgique en vertu de l'article 9 du
Règlement du Conseil n° 4064/89**

La Commission des Communautés Européennes,

Vu le Traité établissant la Communauté Économique Européenne,

Vu le Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, et, en particulier, l'article 9 paragraphe 3,

Vu les notifications du 20 décembre 2002, effectuées par l'entreprise Electrabel Customers Solutions S.A. en vertu de l'article 4 dudit Règlement du Conseil,

Vu la communication adressée par la Belgique en date du 24 janvier 2003,

CONSIDÉRANT

1. Le 20.12.2002, la Commission européenne a reçu notification, conformément à l'article 4 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil (ci-après, le règlement concentration), de six projets de concentration par lesquels l'entreprise Electrabel Customer Solutions S.A. (« ECS », Belgique) contrôlée par Electrabel S.A.(ci-après Electrabel), elle-même

contrôlée par le Groupe Suez, acquiert, au sens de l'article 3 paragraphe 1 point b du règlement concentration, le contrôle d'une partie de l'activité de fourniture d'électricité et de gaz des Intercommunales IVEKA, IGAO, INTERGEM, GASELWEST, IMEWO et IVERLEK par achat d'actifs.¹

2. Les autorités belges de concurrence ont reçu copie des notifications le 8 janvier 2003.
3. Le 24 Janvier 2003, le Ministre belge de l'Economie, en application de l'article 9 du règlement concentration, notamment ses paragraphes 1, 2 et 3, a adressé une demande de renvoi des six présentes affaires. Cette demande porte sur l'analyse des effets de ces opérations sur le marché belge de la fourniture d'électricité et de gaz aux clients éligibles².

I. LES PARTIES A L'OPERATION

4. ECS est une entreprise belge active dans le secteur de la fourniture d'électricité et de gaz et de la fourniture de produits et services y afférents. C'est une filiale d'Electrabel SA (Belgique) qui est contrôlée *in fine* par le groupe Suez (France).
5. Les Intercommunales IVEKA, IGAO, INTERGEM, GASELWEST, IMEWO et IVERLEK sont des structures semi-publiques sous le contrôle de groupements de communes belges dans lesquels Electrabel détient une participation comprise entre 40% et 60%, selon les intercommunales concernées.³ Elles sont actives dans le secteur de la distribution et fourniture d'électricité et de gaz aux clients présents sur le territoire des communes affiliées.

II. L'OPÉRATION

6. La libéralisation du marché de l'énergie en Belgique, telle qu'elle résulte de la transposition des directives communautaire 96/92/CE et 98/30/CE par deux lois fédérales du 29 avril 1999 concernant respectivement l'organisation des marchés de l'électricité et du gaz, et les décrets régionaux pertinents⁴, s'appuie sur trois principes: (i) l'apparition d'une clientèle dite éligible qui, en fonction des seuils de consommation, est libre de choisir son fournisseur, (ii) la mise en place d'un gestionnaire indépendant du réseau de transport, et (iii) la séparation entre les fonctions de gestionnaire des réseaux et d'utilisateur de ces mêmes réseaux. Outre la libéralisation du marché, la loi vise aussi à garantir la continuité de la fourniture d'électricité et de gaz. C'est pourquoi, les intercommunales, gestionnaires du réseau de distribution, doivent désigner un fournisseur par défaut à tout client éligible qui n'aura pas fait de choix deux mois après son éligibilité. En pratique, les clients qui deviennent éligibles devront soit signer un contrat de fourniture d'électricité et/ou de gaz avec le fournisseur de leur choix, soit continuer d'être fournis par le fournisseur désigné fournisseur par défaut.

¹ Sauf pour l'affaire COMP/M.3076 – ECS/Intercommunale IGAO où Electrabel n'a acquis qu'une partie de l'activité gaz.

² La clientèle dite éligible est, en fonction des seuils de consommation, libre de choisir son fournisseur.

³ Les participations en capital des communes et d'Electrabel dans les intercommunales mixtes varient, et diffèrent selon qu'il s'agisse du gaz ou de l'électricité. Selon la partie notifiante, ce sont les communes et non pas Electrabel qui contrôlent les intercommunales mixtes.

⁴ Arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux gestionnaires de réseau pour l'électricité et l'arrêté du gouvernement flamand du 11 Octobre 2002 relatif à l'organisation du marché de gaz.

7. En conséquence de cette évolution législative et réglementaire, les intercommunales doivent séparer leurs activités de fournisseur d'énergie de la clientèle éligible de celles relatives à la gestion des réseaux de distribution. Les intercommunales mixtes⁵, représentées par INTERMIXT, et Electrabel ont convenu par le biais d'un Memorandum of Understanding qu'ECS se substituerait aux intercommunales dans leur rôle de fournisseur d'électricité et de gaz aux clients éligibles en étant désigné fournisseur par défaut. En contrepartie les intercommunales pourront participer aux résultats d'ECS à concurrence de 40%, pour une participation au capital limitée à 5%. Enfin, Electrabel demeurera actionnaire des intercommunales mais cédera progressivement une partie du capital détenu à une valeur nettement inférieure à la valeur économique aux intercommunales. L'acte constitutif de la concentration est donc le « Memorandum of Understanding » tel qu'accepté par le Conseil d'Administration des intercommunales (pour IVEKA le 15 février 2002, pour IGAO le 7 février 2002, pour INTERGEM le 19 février 2002, pour GASELWEST le 18 février 2002, pour IMEWO le 18 mars 2002 et pour IVERLEK le 4 mars 2002).
8. Outre les intercommunales concernées par les présentes transactions, le « Memorandum of Understanding » concerne également un certain nombre d'autres intercommunales. Ainsi, le Conseil de la Concurrence belge s'est prononcé sur cinq affaires similaires aux présentes affaires, et a conclu pour chacune d'entre elles qu'elles contribueraient à renforcer la position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles⁶. De même, le 23 décembre 2002, la Commission a accédé à la demande du ministre belge de l'Economie et a renvoyé l'ensemble de l'opération de concentration entre l'Intercommunale d'Electricité du Hainaut (IEH) et Electrabel. Dans cette décision, la Commission avait constaté que l'opération visée menaçait de renforcer la position dominante d'Electrabel sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients éligibles et que dès lors les conditions juridiques à un éventuel renvoi étaient réunies. Par ailleurs, il avait été constaté que les autorités belges étaient mieux à même de traiter l'affaire ne serait-ce que pour ne pas multiplier les autorités compétentes.
9. Suite à l'opération, les intercommunales se défont de l'activité de fourniture aux clients éligibles qui n'ont pas sélectionné de nouveau fournisseur. La transaction considérée implique donc un transfert de clientèle en contrepartie d'une rémunération des intercommunales par le biais d'une participation au bénéfice de ECS à hauteur de 40 % tandis que sa participation à leur capital se limite elle à 5%. De plus, les communes auront la possibilité de racheter une partie de la participation d'Electrabel à leur capital à une valeur nettement inférieure à leur valeur économique. Il en résulte que ce transfert de clientèle doit être assimilé à une cession d'actifs. Cette opération constitue donc une concentration en application de l'article 3(1)(b) du règlement concentration.

⁵ Les intercommunales dans lesquelles un partenaire privé participe au capital aux côtés des communes.

⁶ Les opérations de concentration entre ECS et les intercommunales Sedilec, Simogel et Intermosane ont été interdites tandis que celles entre ECS et les intercommunales Ideg et Interlux ont été autorisées sous conditions.

III. DIMENSION COMMUNAUTAIRE

10. Les entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total sur le plan mondial de plus de 5 000 millions d'Euros⁷ (d'une part, Suez: 42 000 millions d'Euros; d'autre part respectivement IVEKA 483 millions d'Euros, IGAO 298 millions d'Euros, INTERGEM 300 millions d'Euros, GASELWEST 694 millions d'Euros, IMEWO 629 millions d'Euros et IVERLEK 587 millions d'Euros). Chacune d'entre elles réalise un chiffre d'affaires dans la Communauté de plus de 250 millions d'Euros (d'une part Suez: 31 345 millions d'Euros; d'autre part respectivement IVEKA 483 millions d'Euros, IGAO 298 millions d'Euros, INTERGEM 300 millions d'Euros, GASELWEST 694 millions d'Euros, IMEWO 629 millions d'Euros et IVERLEK 587 millions d'Euros). Les intercommunales précitées réalisent leur chiffre d'affaires uniquement en Belgique mais Suez ne réalise pas plus des deux tiers de son chiffre d'affaires en Belgique. L'opération a donc une dimension communautaire.

IV. DEFINITION DES MARCHES EN CAUSE

Les marchés de produit

A. Electricité

11. La Commission distingue selon sa pratique décisionnelle quatre marchés de produits distincts dans le domaine de l'électricité. Ces marchés sont, de l'amont à l'aval, la production, le transport, la distribution et la fourniture d'électricité. En parallèle, le marché du négoce d'électricité doit également être pris en considération. De plus, l'ouverture à la concurrence des marchés européens de l'électricité a conduit la Commission à diviser le marché de la fourniture d'électricité en deux marchés distincts, celui des clients éligibles, libres de choisir leurs fournisseurs, et celui des clients non-éligibles, qui ne disposent pas de cette liberté de choix et sont en général fournis par un monopole national ou local⁸.
12. La fourniture d'électricité aux clients non-éligibles étant toujours assurée par les intercommunales qui détiennent un monopole sur leur territoire, il convient bien de séparer clients éligibles et clients non-éligibles dans le marché de la fourniture d'électricité. En revanche, au sein du marché de la fourniture aux clients éligibles, les investigations de la Commission ont permis de démontrer qu'il n'existait pas actuellement de distinction significative entre les différents types de clients, que ce soit en fonction de leur consommation totale, de leur profil de consommation ou bien encore de leur taille. En conclusion, le marché de produit qui doit être pris en considération est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles. Les Autorités belges partagent cette définition des marchés.

⁷ Chiffre d'affaires calculé conformément à l'article 5(1) du règlement relatif au contrôle des opérations de concentrations et à la communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaire (JO C 66, du 2.3.1999, p. 25).

⁸ Cf. inter alia COMP/M.1557 (EDF/Louis Dreyfus) du 28/09/1999, COMP/M.1803 (Electrabel/Epon) du 07/02/2000 et COMP/M.1853 (EDF/EnBW) du 07/02/2001.

B. Gaz

13. Conformément à sa pratique décisionnelle⁹, la Commission distingue, de l'amont à l'aval, les activités d'exploration, de production, de transport, de distribution, de stockage, de négoce et de vente/fourniture comme des marchés de produits distincts dans le domaine du gaz naturel. Les parties notifiantes considèrent que les marchés affectés sont ceux de la distribution, du transport et de la fourniture aux clients éligibles.
14. Il pourrait cependant être avancé qu'il existe des marchés pertinents distincts selon le pouvoir calorifique du gaz. Deux types de gaz sont transportés et distribués en Belgique : le gaz "L" (low calorie) à faible pouvoir calorifique en provenance des Pays-Bas et le gaz "H" (high calorie), à haut pouvoir calorifique, en provenance essentiellement d'Algérie, de Norvège et du Royaume-Uni. Les réseaux, tant de transport que de distribution, sont spécifiques au gaz L et au gaz H. Les parties estiment cependant que cette distinction ne devrait pas amener la Commission à délimiter des marchés séparés du fait de l'absence d'écart de prix entre ces deux types de gaz, et ceci en dépit des investissements initiaux à effectuer sur les réseaux.
15. Une conclusion sur le point de savoir si le gaz H et le gaz L appartiennent au même marché de produits ne peut être atteinte qu'à l'issue d'une analyse approfondie reposant sur des paramètres spécifiques à la Belgique.¹⁰ En tout état de cause, la définition du marché peut être laissée ouverte à ce stade dans la mesure où l'opération suscite des menaces de renforcement de positions dominantes quelle que soit l'hypothèse examinée.
16. Comme pour l'électricité, l'ouverture à la concurrence des marchés européens du gaz conduit à distinguer, en ce qui concerne les activités de fourniture, entre des clients éligibles et non-éligibles. Il pourrait être avancé que pour le marché des clients éligibles de gaz, une distinction devrait être faite entre les clients éligibles connectés au réseau de transport géré par Fluxys, qui sont en pratique fournis par Distrigaz et les clients éligibles connectés aux réseaux de distribution, gérés par les intercommunales où les clients sont généralement fournis par ECS. Même s'il existait un marché des clients éligibles connectés au réseau de transport, en faveur des producteurs d'électricité, des fournisseurs et des consommateurs importants, la position de Distrigaz sur ce marché serait comparable à celle constatée sur le marché de la fourniture de gaz aux clients éligibles connectés au réseau de distribution. Ainsi, la définition du marché peut être laissée ouverte dans la mesure où l'opération suscite en tout état de cause des menaces pour la concurrence.

Les marchés géographiques

A. Electricité

17. Du point de vue géographique, les Autorités belges estiment que les marchés de l'électricité ont une dimension nationale. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale en question peuvent s'approvisionner à des

⁹ Cf. inter alia COMP/M.1573 – Nork Hydro/Saga et IV/M.1200 – ARCO/Union Texas

¹⁰ Voir l'analyse effectuée dans l'affaire M.1383 - Exxon/Mobil.

conditions équivalentes auprès des fournisseurs établis partout en Belgique. En revanche, s'approvisionner auprès de fournisseurs établis dans d'autres Etats membres soulève des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions qui restreignent les importations dans une mesure significative.

18. Bien que les opérations notifiées ne concernent que la clientèle éligible du territoire d'intercommunales basées en Flandre, les parties estiment de manière analogue que le marché géographique à prendre en compte est celui de la Belgique.
19. L'enquête menée par la Commission a confirmé la position des autorités belges. En effet, il existe une forte homogénéité des conditions de marché en Belgique du fait notamment de l'existence d'une source quasi-unique d'approvisionnement en électricité, à savoir les unités de production gérées par CTPE¹¹. En comparaison, le volume des importations est extrêmement restreint et ne paraît pas pouvoir exercer une contrainte sur le producteur national. Cette situation risque de perdurer tant que les capacités des interconnecteurs, en particulier à la frontière franco-belge, n'auront pas été accrues. On observe d'ailleurs que le prix de l'électricité au consommateur final est plus élevé en Belgique qu'en France ou inférieur à celui qui prévaut aux Pays Bas. L'opérateur historique réalise encore une part prédominante des ventes d'électricité sur l'ensemble de la Belgique et on observe, à contrario, que des acteurs puissants pourtant présents sur des territoires directement voisins, tels qu'EDF, n'ont qu'une pénétration des plus réduite, voire symbolique, en Belgique. Cette absence d'homogénéité des parts de marché et la prédominance de l'opérateur historique est l'une des manifestations des barrières à l'entrée du territoire belge. Par ailleurs, les opérateurs alternatifs doivent être agréés en tant que fournisseur sur le territoire belge tant par les autorités fédérales que régionales (Access Responsible Party). S'ensuit alors des négociations de contrat d'accès avec le gestionnaire du réseau de transport unique sur l'ensemble du territoire, Elia. Les opérateurs alternatifs considèrent alors l'intérêt de pénétrer le territoire belge en fonction des considérations administratives et commerciales propre à ce pays. Enfin, il n'existe pas à la connaissance de la Commission de contrats transfrontaliers d'un opérateur au bénéfice de clients présents en Belgique ayant aussi des besoins sur les états voisins de la Belgique. Les contraintes techniques de fonctionnement du réseau rendent à l'heure actuelle de tels contrats guère envisageables.
20. La question se pose aussi de savoir s'il existe des différences régionales dans le fonctionnement du marché suffisantes pour définir des marchés régionaux dans la mesure où les régimes de régulation pour les régions Flandre, Wallonie et Bruxelles Capitale diffèrent pour certains aspects tels que le rythme d'ouverture à la concurrence. Cependant l'enquête de marché a montré que ces différences n'étaient pas suffisantes pour distinguer trois marchés géographiques distincts, les structures de l'offre et de la demande étant similaires dans ces trois régions. Notamment, il convient d'insister sur le fait que les structures de production et les capacités d'importation grâce à l'interconnexion aux frontières sont planifiées et

¹¹ CPTE est une Association en Participation (AP) entre Electrabel et SPE (une forme d'association du droit belge sans personnalité juridique ou fiscale, et sans patrimoine propre, dans laquelle les associés partagent les bénéfices de l'activité de la production, de l'achat, de la transmission et de la vente d'électricité) conclue le 20 janvier 1995, pour une durée de 30 ans à partir du 1er janvier 1993, avec une tacite reconduction.

gérées pour l'ensemble de la Belgique. En outre, bien que le calendrier de libéralisation soit plus ambitieux pour la région Flandre, ceci est seulement temporaire.

21. En conclusion, les structures de l'offre et de la demande étant similaires dans les trois régions belges et fortement distinctes de celles des Etats voisins, le marché géographique qui doit être considéré est celui de la Belgique.

B. Gaz

22. Les parties estiment que les trois marchés affectés sont de dimension nationale. En effet, le réseau de transport est géré de manière nationale et est approvisionné à hauteur des besoins de l'ensemble de la population belge notamment par l'exécution des contrats d'approvisionnement à long terme. Les compléments négociés sur le marché spot (Zeebrugge) sont aussi destinés à couvrir les besoins nationaux. Les réseaux sont, dans une grande mesure, régulés à un niveau national, notamment en ce qui concerne les édictons et la publication des conditions d'accès censées mettre l'ensemble des opérateurs sur un pied d'égalité. Les prix se forment en conséquence à un niveau national du fait de cette homogénéité des conditions d'approvisionnement, de transport et de distribution. Bien que le calendrier de libéralisation soit plus ambitieux pour la région Flandre, ceci est seulement temporaire. Les fournisseurs de gaz autres qu'ECS/Distrigaz visent à être actifs sur toute la Belgique.
23. L'enquête de la Commission a démontré que les opérateurs frontaliers, occupant pourtant une position dominante ou prééminente sur des territoires immédiatement voisins, n'ont pas pénétré le territoire belge de manière significative. Les capacités transfrontalières disponibles grâce aux interconnecteurs transfrontaliers sont réservées à l'exécution de contrats d'approvisionnement à long terme destinés soit à l'opérateur historique soit à des sociétés établies dans d'autres Etats membres que la Belgique. Ces dernières utilisent alors le réseau belge pour ses fonctions de transit, ce qui pourrait réduire d'autant les capacités disponibles pour le marché belge.
24. Il pourrait être avancé que l'existence des réseaux distincts pour le gaz L et le gaz H, couvrant différentes régions géographiques, détermine la définition du marché géographique de l'approvisionnement de gaz en Belgique. Le gaz L et le gaz H représentent tous les deux environ 50% de la consommation de gaz en Belgique, bien que la région flamande consomme proportionnellement plus de gaz L que du gaz H (les 6 intercommunales impliqués représentent 56% du gaz L consommé en Belgique). Comme indiqué avant, le gaz H ne peut pas être transporté dans le réseau de gaz L (et vice-versa), et les possibilités de convertir le gaz L en H sont limitées. Néanmoins, pour les cas en cause, il n'est pas nécessaire de conclure si le marché géographique couvre la totalité de la Belgique ou devrait être scindé selon la présence de réseaux, puisque Distrigaz détient des positions dominantes à la fois sur le gaz L et le gaz H et que les effets de l'opération sont similaires. Par conséquent, en ce qui concerne les transactions en cause, la définition géographique précise du marché de l'approvisionnement de gaz peut être laissée ouverte, comme ceci n'aura pas d'impact matériel sur l'évaluation des opérations notifiées.

25. En ce qui concerne le stockage de gaz, les parties estiment que ce marché est plus large que national en raison de la disponibilité du stockage de gaz dans les pays voisins de la Belgique. Ceci n'a pas été confirmé par l'enquête de la Commission. Les prix du stockage et du transport de gaz dans ces pays sont élevés, et ne présentent pas une alternative économiquement viable pour le stockage en Belgique.

V. APPRECIATION

La demande des autorités belges

26. Dans sa demande, le Ministre belge de l'Economie considère que les opérations en cause présentent le risque de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés définis ci-dessus. Ces marchés sont situés à l'intérieur du territoire belge au sens de l'article 9, paragraphe 2, point a du Règlement concentration. Le Ministre demande en conséquence que l'analyse des effets de l'opération et la détermination des éventuelles mesures propres à restaurer une concurrence effective soient renvoyées à la Belgique.

L'analyse de la Commission

A. Electricité

27. Les éléments recueillis par la Commission au cours de son enquête confirment l'avis des Autorités belges. En effet, l'opération menace de créer ou renforcer la position dominante d'Electrabel sur le marché distinct qu'est le marché belge, en ce qu'elle enlève aux concurrents d'Electrabel une opportunité de développement de leur activité sur le marché de la fourniture aux clients éligibles et augmente ainsi les barrières à l'entrée. De plus, elle crée un lien économique entre les distributeurs et Electrabel de nature à inciter les distributeurs à favoriser Electrabel, qui se trouve en position dominante sur le marché de la fourniture aux clients éligibles et s'est assuré de le rester.

Electrabel détient une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique.

28. Electrabel est présent de façon prédominante à tous les échelons du secteur de l'électricité en Belgique. Elle détient plus de [>90]% des moyens de production d'électricité en Belgique à travers CPTÉ. Par ailleurs, Electrabel détient [>90]% d'ELIA, le gestionnaire du réseau de transport haute tension en Belgique, sans pour autant contrôler cette dernière. De plus, Electrabel assure pour le compte des intercommunales, qui se chargent de la distribution, la plupart des prestations liées à la distribution d'électricité et, pour ce qui concerne les clients non-éligibles, à la fourniture d'électricité. Enfin, en 2001, Electrabel détenait [>90]% du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique.

Electrabel s'est assuré de maintenir sa position dominante sur le marché des clients déjà éligibles et de ceux appelés à le devenir prochainement.

29. En effet, l'enquête de marché a montré qu'une grande majorité des clients sur le point de devenir éligibles avait déjà signé, ou était sur le point de signer, un contrat d'une durée comprise en général entre 3 et 5 ans avec Electrabel. Les

raisons avancées pour ce choix sont le prix, mais aussi les garanties en matière de sécurité d’approvisionnement, la solidité financière et l’image d’opérateur historique dont dispose Electrabel.

Plusieurs barrières à l’entrée concourent au maintien des positions d’Electrabel.

30. L’activité de fourniture d’électricité à la clientèle éligible consiste à acheter en gros de l’électricité pour la revendre au détail. Pour entrer sur ce marché, il est essentiel de disposer d’équipes de trading, de gestion et de vente, et d’un accès aux moyens de transport et de distribution. En outre, il importe de pouvoir sécuriser des sources d’approvisionnement à court et moyen terme. En l’absence de l’un de ces facteurs un nouvel entrant ne dispose pas de la crédibilité suffisante pour convaincre la clientèle de se tourner vers lui. Or, en Belgique, plusieurs types de barrières concourent à rendre difficile l’établissement de nouveaux fournisseurs et donc au maintien des positions d’Electrabel.
31. Tout d’abord, il existe peu de capacités disponibles. Etant donné l’absence de marché de gros et étant donné que la construction de nouvelles unités de production d’électricité ne serait pas économiquement rentable, l’accès à des sources de production autres que celles d’Electrabel ne pourrait venir que de producteurs étrangers. Les principales ressources de capacité sont situées en France, seul pays interconnecté à la Belgique où l’électricité y est moins chère. Or, les interconnecteurs entre les deux pays sont de capacité limitée, ce qui les amène à être souvent congestionnés, et sont largement réservés pour le transit de la France vers les Pays-Bas. De plus, les règles d’accès à ces interconnecteurs ne sont toujours pas arrêtées aujourd’hui, ce qui rend l’accès aux capacités de production française très incertain. En outre, la garantie de débouchés que s’assure Electrabel au travers des nouveaux contrats qu’elle a conclus avec la clientèle appelée à devenir éligible retarde l’apparition de capacités supplémentaires sur le marché constituées par les excès de production d’Electrabel par rapport à ses propres besoins en tant que fournisseur. Or ces capacités seraient cruciales au développement de la concurrence.
32. A l’heure actuelle de nombreux obstacles se présentent à tout nouvel entrant qui retardent ou rendent plus difficile sa présence effective sur les marchés tels que l’exigence de plusieurs licences (une par région et une au niveau fédéral) et surtout l’absence de publication du niveau et de la structure des tarifs d’accès aux réseaux de transport et de distribution. Cette absence accroît la précarité des conditions d’exploitation des opérateurs alternatifs. Ainsi, ils ne peuvent pas proposer une offre qui intègre le coût réel global de l’énergie consommée par le client final (incluant le transport et la distribution). Electrabel du fait de sa connaissance d’informations relatives à la gestion des réseaux dispose de la connaissance de leurs coûts d’utilisation et peut dès lors soumettre une offre globale à ses clients potentiels.

Les effets de la concentration

33. En transférant la clientèle qui n’a pas déjà choisi un fournisseur vers Electrabel comme fournisseur par défaut, la concentration notifiée constitue une entrave au développement de la clientèle pour les fournisseurs alternatifs et contribue à accroître les difficultés rencontrées par les fournisseurs concurrents d’Electrabel à

s'établir sur le marché. L'obligation légale de désignation d'un fournisseur par défaut aurait pu profiter à d'autres opérateurs et notamment à un nouvel entrant s'il avait été désigné. Elle aurait donné à son titulaire une image d'opérateur à même de garantir une certaine sécurité d'approvisionnement vis-à-vis des clients puisque le gestionnaire du réseau estime lui-même par ce choix que le fournisseur désigné présente les garanties suffisantes pour procéder à l'alimentation en continu du réseau de distribution. Or aucun de ces concurrents n'aura la possibilité de bénéficier d'un tel statut dans la mesure où la totalité des intercommunales mixtes ont procédé contractuellement au choix d'Electrabel.

34. Tout cela contribue à donner au statut de « fournisseur par défaut » une importance stratégique pour constituer la position d'un opérateur sur le marché belge. Le comportement des clients semble d'ailleurs le confirmer. Ainsi, le régulateur flamand vient d'indiquer¹² que seulement 6.6% des clients devenus éligibles ont activement sélectionnés un fournisseur d'électricité. Le reste a maintenu soit ses liens avec ECS de manière contractuelle soit sera fourni par défaut par les fournisseurs en place (ECS ou Luminus).
35. Les transferts dont bénéficie Electrabel s'accompagnent de plus du maintien ou du renforcement des liens économiques entre Electrabel et les intercommunales. En effet, les accords entre ces parties organisent un partage des profits effectués sur l'activité de fourniture à la clientèle éligible, d'une part, et le maintien d'Electrabel en tant qu'opérateur de fait du réseau de distribution, d'autre part. Le maintien ou le renforcement de ces liens économiques peut inciter les intercommunales à favoriser le maintien de la clientèle devenant éligible auprès d'Electrabel et pourrait les inciter à un traitement discriminatoire au profit d'Electrabel¹³.

B. Gaz

36. Les éléments recueillis par la Commission au cours de son enquête confirment l'avis des Autorités belges. En effet, la conclusion de la Commission est identique à celle de la partie électricité, à savoir une menace de renforcement de la position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture de gaz aux clients éligibles.

Distrigaz détient une position dominante sur le marché de la fourniture de gaz aux clients éligibles en Belgique

37. Distrigaz, l'opérateur de gaz historique, détermine les volumes de gaz importé et notamment ceux issus des contrats à longue durée, contrôle le réseau de transport et la logistique et exploite le réseau de distribution, même si ce dernier appartient aux intercommunales.

¹² Rapport du régulateur VREG, référence:

<http://www.vreg.be/documenten/documenten%20VREG/PERS-2003-1.pdf>.

¹³ Il y a lieu de relever à ce propos qu'en 1997, Electrabel et les intercommunales s'étaient engagées, dans le cadre d'un settlement avec la Commission (IP/97/351), à renoncer à leur contrat d'approvisionnement exclusif à compter de 2011 et d'affranchir 25 % de la demande des intercommunales à partir de 2006. Dans cette dernière hypothèse Electrabel s'engageait à continuer, en tout état de cause, à fournir l'électricité « de pointe », accordant à ses concurrents la possibilité de ne fournir que de l'électricité « de base ». Or, en rachetant l'activité de fourniture des intercommunales, Electrabel préempte directement la possibilité pour d'éventuels concurrents d'Electrabel de fournir les intercommunales à compter de 2006.

38. Dans le contexte de l'ouverture du marché gazier, Distrigaz a récemment procédé à une scission de ses activités en deux entités juridiques distinctes : la société Fluxys qui gère et commercialise l'infrastructure de transport et Distrigaz qui commercialise du gaz naturel et des capacités de transport. Néanmoins cette scission n'a pas remis en cause l'existence d'un contrôle unique d'Electrabel tant sur ECS que sur Distrigaz et Fluxys. Si l'on tient compte aussi du fait qu'ECS détient des participations importantes dans le capital des intercommunales, il apparaît qu'Electrabel/Distrigaz est présent de façon prédominante à tous les échelons du secteur de gaz en Belgique.
39. Distrigaz détient une position quasi monopolistique sur le marché de la clientèle éligible ([>90]% en 1999, [>90]% en 2000 et [>90]% en 2001). Même si une décroissance peut être attendue, suite à une deuxième phase de libéralisation du marché, celle-ci est particulièrement lente. Il est à noter que les parties notifiantes ont indiqué qu'elles ne s'attendent pas à perdre plus d'une dizaine de points de parts de marché à la fin de 2003 sur le marché de la fourniture aux clients éligibles.
40. La capacité de Distrigaz à présenter des offres, d'une part, et à remporter le contrat apparaît comme étant sans aucune mesure avec celle de ses concurrents. Or, dans un marché d'appels d'offres, la capacité à concourir des opérateurs est un élément important à prendre en compte pour apprécier les réelles possibilités de choix qui s'offrent au consommateur. Les clients interrogés indiquent ainsi qu'ils ont peu ou pas reçu d'offres alternatives à celle d'Electrabel malgré une prospection active de leur part. En effet, le nombre de concurrents actifs est actuellement limité à Luminus, Gaz de France et à Wingas, et il n'est pas certain que ces acteurs, pourront soutenir leur présence déjà limitée sur le marché. Les concurrents potentiels, comme BP Gas and Power et TotalFinaElf, n'ont pas encore réellement pénétré le marché. L'enquête de la Commission a montré que les clients éligibles sont seulement disposés à changer de fournisseurs s'ils peuvent profiter d'une remise substantielle des prix à condition d'être assurés par ailleurs que d'autres facteurs, comme la fiabilité, la sécurité des approvisionnements et la qualité des services restent d'un même niveau que ceux offerts par Distrigaz.

Plusieurs barrières à l'entrée concourent au maintien des positions de Distrigaz.

41. L'activité de fourniture de gaz à la clientèle éligible consiste à importer et à acheter en gros du gaz pour le revendre au détail. Pour entrer sur ce marché, il est essentiel de pouvoir sécuriser des sources d'approvisionnement à court et moyen terme et d'avoir un accès transparent et non-discriminatoire aux moyens de stockage, de transport et de distribution.
42. En ce qui concerne la sécurisation des sources d'approvisionnement, le marché apparaît comme étant trop peu liquide pour garantir une situation satisfaisante aux opérateurs alternatifs à l'opérateur historique. Il doit être ainsi noté que les fournisseurs de gaz alternatifs doivent contracter avec Distrigaz pour leur approvisionnements à cause des relations d'exclusivités entretenues entre Gasunie, seul producteur de Gaz L, et Distrigaz. Il existe certes, en ce qui concerne le seul gaz H, un hub et un marché en gros à Zeebrugge. L'intérêt de cette liquidité théorique et limitée à ce type de gaz pourrait néanmoins être relativisée si l'on prend en compte le fait que les conduites sont en bonne partie utilisées pour les approvisionnements de longue durée, gérés par Electrabel, ou pour des sources, qui

seraient selon des réponses au test de marché, d'origine peu fiable. Par ailleurs, les modalités de stockage et d'équilibrage du réseau (voir ci-dessous) exercent un effet dissuasif au développement de la place de Zeebrugge. Cette société de négoce est détenue par une filiale d'Electrabel, Huberator.

43. Les concurrents actuels et potentiels de l'opérateur historique font face à des difficultés significatives pour obtenir accès aux capacités de stockage en Belgique. Premièrement, selon le régulateur fédéral, la faiblesse des capacités de stockage constitue l'un des points critiques du secteur du gaz en Belgique. Elles sont uniquement disponibles pour le gaz H. Même faisant l'objet d'une certaine régulation, tarification publique par exemple, l'accès aux capacités de stockage reste géré par Electrabel sur des bases contestables telles que « premier arrivé, premier servi ». Dans un contexte de rareté, cette gestion pourrait selon les réponses du test de marché avantager Electrabel.
44. Fluxys contrôle également l'accès aux équipements de conversion du gaz L en gaz H, et est responsable pour les services annexes (expédition du gaz).
45. En ce qui concerne l'accès à la distribution, contrôlé par les intercommunales, un certain nombre de concurrents potentiels et actuels de Distrigaz ont souligné qu'il n'existerait pas de réelles négociations possibles des contrats d'accès (durée insuffisante), que les prix seraient trop élevés et que les conditions d'équilibrage du réseau, effectué sur une base horaire et non pas sur une base quotidienne, seraient très défavorables et constituent des obstacles à l'entrée importants.

Les effets de la concentration

46. Comme cela a été analysé pour le marché de l'approvisionnement d'électricité, la concentration renforcera la position dominante de Distrigaz sur le marché d'approvisionnement de gaz aux clients éligibles. Suite aux opérations, Electrabel sera en mesure d'augmenter son portefeuille de clientèle du fait des qualités attachées à l'opérateur sélectionné par défaut, supposé garantir une meilleure sécurité d'approvisionnement. Cette opération enlève toute possibilité à d'autres opérateurs de bénéficier du chiffre d'affaires généré par cette activité de fourniture par défaut. En tout état de cause, la concentration constituera une entrave au développement de ces fournisseurs potentiels dans la mesure où l'obligation légale de sélection d'un fournisseur par défaut, à la charge des intercommunales, aurait pu leur profiter et leur donner une image de fournisseur crédible auprès des consommateurs. Les opérations notifiées renforcent ainsi l'image d'Electrabel/Distrigaz qui se présente comme le seul opérateur fiable sur le marché belge. De plus, en approfondissant les liens, et notamment les intérêts économiques entre l'opérateur historique et le distributeur (40% des profits d'ECS seront reversés aux intercommunales qui détiendront par ailleurs 5% son capital), elles constituent une entrave supplémentaire au développement de la concurrence potentielle. Dès lors, l'éventuelle pression concurrentielle qu'auraient pu jouer les intercommunales, en prenant en charge les activités de fourniture à la clientèle éligible, disparaît.
47. A l'instar de ce qui a été constaté sur le marché de l'électricité, le statut d'«opérateur par défaut» apparaît être d'une importance stratégique pour l'opérateur qui en est détenteur. Ainsi, sur la la base des données publiées le

03/02/2003 par le Régulateur Flamand (VREG)¹⁴, analysant le comportement des clients de gaz devenus éligibles le 1er janvier 2003, il ressort que 19% des clients (320 points d'approvisionnement) ont activement sélectionné un fournisseur de gaz (même s'ils ont pu rester client de Distrigas in fine).

48. La relation verticale entre le gaz et l'électricité (le gaz est un input pour la production d'électricité) et la possibilité pour ECS de faire des offres combinées pour l'électricité et le gaz font que les effets de l'opération pourraient se trouver aggravés par le renforcement simultané en Belgique de la position dominante d'Electrabel/Distrigaz à la fois sur les marchés du gaz et sur les marchés de l'électricité.

VI. CONCLUSION

49. Sur la base des considérations développées ci-dessus, la Commission partage l'analyse des Autorités belges et estime que l'opération en question, menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée d'une manière significative sur le marché de la fourniture d'électricité et de gaz aux clients éligibles en Belgique.
50. La demande des autorités belges est par ailleurs motivée par le souci d' « éviter que des décisions contradictoires ou difficilement conciliables ne soient prises par les diverses Autorités qui en seraient saisies ». En effet, comme indiqué ci-dessus, les autorités belges sont saisies d'un certain nombre d'opérations entre ECS et des intercommunales qui ne sont pas couvertes par les seuils de dimension communautaire prévus dans le règlement concentration.
51. Au vu de ce qui précède, la demande des Autorités belges est fondée et conforme aux dispositions de l'article 9 paragraphe 2 (a) du règlement concentration. Il apparaît opportun d'agréer à la demande des autorités belges en raison notamment de leur expérience dans le traitement d'affaires similaires dans la période récente et d'assurer un traitement cohérent à l'ensemble des opérations entre ECS et les intercommunales.

¹⁴ Rapport du VREG, référence: <http://www.vreg.be/documenten/documenten%20VREG/PERS-2003-1.pdf>.

A ARRÊTE LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article 1

Les concentrations notifiées consistant dans le projet d'acquisition de clientèle éligible pour la fourniture d'électricité et de gaz des Intercommunales IVEKA, IGAO, INTERGEM, GASELWEST, IMEWO et IVERLEK par ECS sont, par la présente décision et sur la base de l'article 9, paragraphe 3 du Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, renvoyées aux autorités compétentes de la Belgique en vue de l'application de la législation nationale.

Article 2

La Belgique est destinataire de la présente décision

Fait à Bruxelles, le 13.02.2003

Pour la Commission,
Signé par Mario Monti,
Membre de la Commission