

FR

Ce texte n'est publié qu'à fin d'information.
Un résumé de la présente décision est publié dans toutes les langues communautaires au Journal officiel de l'Union européenne.

***Cas n° COMP/M.4994 -
ELECTRABEL/
COMPAGNIE
NATIONALE DU
RHONE.***

Le texte en langue française est le seul faisant foi.

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

Article 14 (2)
date: 10/06/2009



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 10.06.2009

C(2009) 4416

VERSION PUBLIQUE

Décision de la Commission

du 10.06.2009

infligeant une amende pour la réalisation d'une opération de concentration, en violation de l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil

(Affaire n° COMP/M.4994 - *Electrabel/ Compagnie Nationale du Rhône*)

(Le texte en langue française est le seul faisant foi)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 57,

vu le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises¹, et notamment son article 26, paragraphe 2,

vu le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises², et notamment son article 14, paragraphe 2, point b),

après avoir donné à Electrabel SA la possibilité de présenter ses observations sur les griefs soulevés par la Commission,

après consultation du Comité consultatif en matière de concentrations entre entreprises³,

vu le rapport final du conseiller-auditeur dans la présente affaire⁴,

CONSIDÉRANT CE QUI SUIT:

I. INTRODUCTION

1. Le 26 mars 2008, la Commission a reçu notification conformément à l'article 4 du règlement (CE) n° 139/2004, d'un projet de concentration par lequel l'entreprise Electrabel S.A. ("**Electrabel**", Belgique) contrôlée par le groupe Suez ("**Suez**", France) acquiert au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b, dudit règlement, le contrôle de la Compagnie Nationale du Rhône SA ("**CNR**", France) par achat d'actions.
2. Le 9 août 2007, Electrabel avait saisi la Commission aux fins de solliciter son opinion quant à l'acquisition par Electrabel d'un contrôle exclusif de fait sur la CNR. Il s'en est suivi une série d'échanges entre les conseils juridiques d'Electrabel et la Commission, aux fins de permettre à cette dernière d'analyser la situation présente et passée de la CNR sur ce point.
3. A l'issue de ces échanges, la Commission est parvenue à la conclusion qu'Electrabel avait bien acquis le contrôle exclusif de fait de la CNR. Les seuils fixés à l'article premier du règlement (CE) 139/2004 ayant été franchis dans le cas d'espèce, Electrabel a notifié cette opération le 26 mars 2008.
4. Par décision du 29 avril 2008, prise sur la base de l'article 6, paragraphe 1, point b, du règlement (CE) 139/2004 la Commission ne s'est pas opposée à ladite

¹ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

² JO L 395 du 30.12.1989, p. 1; version rectifiée: JO L 257 du 21.9.1990, p. 13. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 (JO L 180 du 9.7.1997, p. 1).

³ JO C ..., ..., p. ...

⁴ JO C ..., ..., p. ...

concentration et l'a déclarée compatible avec le marché commun et avec l'accord EEE.

5. Dans sa décision, la Commission a conclu qu'Electrabel exerçait bien un contrôle exclusif de fait sur la CNR, mais a laissé ouverte la question de la date exacte de l'acquisition de ce contrôle dans la mesure où celle-ci n'avait pas d'implication sur l'analyse concurrentielle de l'opération.
6. Les informations dont la Commission dispose ont établi qu'Electrabel avait en réalité déjà acquis le contrôle exclusif de la CNR à compter du 23 décembre 2003, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) 139/2004.
7. En vertu de l'article 26, paragraphe 2 du règlement (CE) 139/2004, le règlement (CEE) n° 4064/89 reste applicable à toute concentration pour laquelle le contrôle a été acquis avant la date d'entrée en vigueur du règlement (CE) 139/2004.
8. Le 17 décembre 2008, la Commission a adressé à Electrabel une communication des griefs en application de l'article 18 du règlement (CEE) n° 4064/89. Dans cette communication des griefs, la Commission expose les raisons pour lesquelles elle estime qu'Electrabel avait en réalité déjà acquis le contrôle exclusif de la CNR à compter du 23 décembre 2003, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) 139/2004.
9. Le 16 février 2009, Electrabel a répondu à la communication des griefs et demandé une audition, qui s'est déroulée le 11 mars 2009. Le 23 mars 2009, la Commission a envoyé une lettre de faits à Electrabel visant à recueillir ses vues sur une série d'éléments figurant dans le rapport annuel 2003 du groupe Suez et le rapport annuel 2004 d'Electrabel, concernant la CNR. Electrabel a répondu à cette lettre de faits en date du 30 mars 2009.

II. LES PARTIES

10. **Electrabel** est une filiale de Suez. Le groupe Suez est un groupe industriel et de services, actif dans la gestion de services d'utilité publique en tant que partenaire des collectivités, des entreprises et des particuliers dans les domaines de l'électricité, du gaz, des services à l'énergie, de l'eau et de la propreté. La Commission a autorisé la fusion entre Gaz de France ("GDF") et Suez par décision du 14 novembre 2006, sous réserve d'engagements des parties. Bien que retardée par rapport au calendrier initialement prévu, la fusion est effective depuis le 22 juillet 2008.
11. Electrabel exerce plus spécifiquement quatre activités de base : (i) production d'électricité; (ii) vente d'électricité, de gaz naturel et de produits et services énergétiques ; (iii) négoce ("trading") d'électricité et de gaz naturel ; (iv) gestion opérationnelle de réseaux de distribution d'électricité et de gaz naturel pour le compte de certains gestionnaires de réseaux de distribution. Electrabel exerce ses activités en France au travers notamment de sa filiale Electrabel France.
12. La **CNR** a pour mission d'aménager et d'exploiter le Rhône dans le cadre d'une concession accordée par l'Etat français et qui fait l'objet d'un encadrement législatif spécifique (loi du 11 décembre 2001 dite "loi Murcef" – voir infra au point 17). A ce titre, elle est un producteur et un fournisseur d'électricité, concurrent d'EDF. La CNR propose par ailleurs des prestations d'ingénierie fluviale en France et dans une vingtaine d'autres pays.

III. L'INFRACTION

A. LA DIMENSION COMMUNAUTAIRE DE LA CONCENTRATION

13. Si l'on considère, à l'instar de la présente décision, qu'Electrabel a acquis le contrôle de la CNR le 23 décembre 2003, le chiffre d'affaires à considérer pour apprécier si la concentration a une dimension communautaire est celui réalisé au cours du dernier exercice dont les comptes avaient été vérifiés, soit l'exercice 2002. Suez a réalisé en 2002 un chiffre d'affaires total sur le plan mondial de 46 089 millions d'euros dont 36 528 millions d'euros dans la Communauté. La CNR a réalisé en 2002 un chiffre d'affaires total sur le plan mondial de 401 millions d'euros dont 398 millions d'euros dans la Communauté. Les deux entreprises ne réalisent pas plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires communautaire dans un seul et même Etat membre. Dès lors, l'opération en question a franchi les seuils fixés tant par l'article 1, paragraphe 2, du règlement (CEE) n°4064/89 que par l'article 1, paragraphe 2, du règlement (CE) 139/2004 et a une dimension communautaire.
14. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel a soutenu que, dans la communication des griefs, la Commission n'aurait pas procédé à la qualification juridique de l'infraction, au motif qu'elle n'aurait pas fait état des éléments factuels permettant de conclure qu'une opération de concentration de dimension communautaire avait eu lieu.
15. Cet argument n'est pas fondé. La Commission renvoie au point 3 et à la note de bas de page 3 de la communication des griefs, indiquant que les seuils fixés tant par le règlement (CEE) n°4064/89 que par le règlement (CE) 139/2004 ont été franchis et faisant état des chiffres d'affaires de Suez et de la CNR en 2002.
16. Par ailleurs, interrogé sur ce point lors de l'audition, le représentant d'Electrabel n'a pas fait valoir que cette dernière n'avait pu exercer ses droits de la défense sur ce point. Il s'est borné à indiquer que, de l'avis d'Electrabel, la communication des griefs n'était pas satisfaisante et à réserver ses droits.

B. ACTIONNARIAT ET GOUVERNANCE DE LA CNR

1) L'évolution de l'actionnariat de la CNR

17. L'article 21 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 (loi "*Murcef*") interdit à un opérateur privé de détenir plus de 50% du capital ou des droits de vote de la CNR⁵. Les articles 6 et 39 des statuts de la CNR intègrent par ailleurs cette interdiction.
18. La loi Murcef est toujours en vigueur à la date de la présente décision, et l'était donc le 23 décembre 2003, alors même qu'Electrabel n'avait pas notifié l'acquisition du contrôle de la CNR, et le 26 mars 2008, quand Electrabel a notifié cette acquisition de contrôle.

⁵ La loi Murcef (loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) dispose en son article 21 que la majorité du capital et des droits de vote au sein de la CNR doit être détenue par des collectivités territoriales, ainsi que par d'autres personnes morales de droit public ou des entreprises appartenant au secteur public. Les entités publiques qui détiennent actuellement la majorité du capital et des droits de vote de la CNR sont la Caisse des dépôts et consignations ("CDC") ainsi que près de 200 collectivités territoriales et autres entités publiques locales (telles que chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture, ports).

19. La loi Murcef interdit à un opérateur privé d'acquérir le contrôle de droit (*de iure*) de la CNR qui résulterait de la détention de la majorité absolue des droits de vote au sein de celle-ci.
20. Il convient toutefois d'observer que la détention de plus de 50% du capital ou des droits de vote n'est nullement indispensable pour exercer un contrôle de fait sur une société au sens du droit communautaire en matière de contrôle des concentrations (tant au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 que du règlement (CE) n°139/2004).
21. Au contraire, l'acquisition du contrôle peut intervenir avec une part au capital nettement inférieure⁶. Un tel principe est rappelé par la communication de la Commission du 2 mars 1998 concernant la notion de concentration au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises⁷ ainsi que par la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, adoptée le 10 juillet 2007⁸.
22. L'évolution de la part (en droits de vote et en capital) des actionnaires détenant plus de 2% des droits de votes sur la période 2003-2007 est résumée dans le tableau 1 ci-après.

⁶ Voir par exemple la décision de la Commission du 3 août 1993 dans l'affaire IV/M.343 - *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*.

⁷ JO C 66 du 2.3.1998, p. 5, point 14.

⁸ JO C 95 du 16.4.2008, p. 1, point 59. Communication rectifiée au JO C 43 du 21.2.2009, p. 10.

TABLEAU 1: EVOLUTION DE LA PARTICIPATION DES ACTIONNAIRES DETENANT PLUS DE 2 % DU CAPITAL DE LA CNR AINSI QUE DE LEUR PART DANS LES DROITS DE VOTE AUX ASSEMBLEES GENERALES DEPUIS 2001

Actionnaire	Part détenue dans la CNR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Electrabel	en capital	--	--	17,86 %	49,95 %	49,94 %	49,98 %	49,98 %
	en droits de vote	--	--	16,88 %	47,92 %	47,92 %	47,97 %	47,97 %
Caisse des Dépôts et Consignations	en capital	13,2 %	13,69 %	7,21 %	29,43 %	29,43 %	33,20 %	33,20 %
	en droits de vote	13,2 %	13,69 %	9,80 %	29,80 %	29,80 %	33,19 %	33,19 %
SNCF	en capital	16,66 %	16,66 %	22,22 %	--	--	--	--
	en droits de vote	16,66 %	16,66 %	20 %	--	--	--	--
CIC Finances (mandataire d'EDF)	en capital	16,38 %	16,38 %	22,22 %	--	--	--	--
	en droits de vote	16,38 %	16,38 %	20 %	--	--	--	--
Dpt des Hauts-de-Seine	en capital	2,82 %	2,82 %	3,76 %	3,76 %	3,76 %	--	--
	en droits de vote	2,82 %	2,82 %	3,39 %	3,39 %	3,39 %	--	--
Dpt de Seine-Saint-Denis	en capital	--	--	2,09 %	2,09 %	2,09 %	2,09 %	2,09 %
	en droits de vote	--	--	1,89 %	1,89 %	1,89 %	1,89 %	1,89 %
Dpt du Rhône	en capital	11,10 %	11,10 %	7,74 %	--	--	--	--
	en droits de vote	11,10 %	11,10 %	9,09 %	--	--	--	--
Ville de Paris	en capital	10,95 %	10,95 %	--	--	--	--	--
	en droits de vote	10,95 %	10,95 %	--	--	--	--	--
Conseil Régional Franche-Comté	en capital	2,77 %	2,05 %	--	--	--	--	--
	en droits de vote	2,77 %	2,05 %	--	--	--	--	--
Conseil Régional Languedoc-Rousillon	en capital	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
	en droits de vote	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
Conseil Régional PACA	en capital	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
	en droits de vote	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
Conseil Régional Rhône-Alpes	en capital	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
	en droits de vote	2,77 %	2,77 %	--	--	--	--	--
Dpt des Bouches-du-Rhône	en capital	4 %	4 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %	5,38 %
	en droits de vote	4 %	4 %	4,85 %	4,85 %	4,85 %	4,85 %	4,85 %

Source : Formulaire de notification, affaire COMP/M.4994 - Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône. Les données du tableau sont celles à la date des assemblées générales de la CNR. Elles ne correspondent donc pas à une situation au 31 décembre de l'année.

23. Dès 2003, Electrabel et la Caisse des dépôts et consignations ("CDC") sont devenues les deux principaux actionnaires de la CNR.

24. Le 24 juin 2003, Electrabel a acquis 17,86% du capital correspondant à 16,88% des droits de vote au sein de la CNR⁹.
25. Par ailleurs, la CDC, qui était déjà actionnaire de la CNR, a acquis la participation de la SNCF (soit 22,22% du capital et 20% des droits de vote) le 29 août 2003, devenant à cette date le principal actionnaire de la CNR (avec 29,43% du capital et 29,80% des droits de vote) aux côtés d'Electrabel.
26. Le 23 décembre 2003, à la suite notamment de l'acquisition de la participation d'EDF (soit 22,22% du capital et 20% des droits de vote), Electrabel est devenue le premier actionnaire de la CNR avec 49,95% du capital et 47,92% des droits de vote au sein de la CNR¹⁰.
27. Electrabel et la CDC ont depuis légèrement augmenté leur participation dans le capital de la CNR, sans que toutefois, conformément à la loi Murcef, Electrabel ne détienne la majorité absolue du capital ou des droits de vote (Electrabel: 49,98% du capital et 47,97% des droits de vote; CDC: 33,20% du capital et 33,19% des droits de vote).

2) **La gouvernance de la CNR**

28. La CNR est une société anonyme d'intérêt général, à directoire et conseil de surveillance depuis le 8 juillet 2003¹¹.
29. La gouvernance de la CNR est encadrée, d'une part, par les statuts et, d'autre part, par un pacte d'actionnaires (ci-après "le pacte") signé par Electrabel et la CDC le 24 juillet 2003. Le pacte a été signé dans le contexte de l'acquisition – programmée – des participations de la SNCF et d'EDF dans la CNR¹².
30. Electrabel et la CDC ont signé le 8 juillet 2003 un protocole d'accord (ci-après "le protocole"), préfigurant les grandes lignes du pacte.
31. Le pacte organise [...] ¹³ [...] ¹⁴.

⁹ Les dates d'acquisition d'actions de la CNR mentionnées dans la présente décision correspondent aux dates d'inscription des opérations correspondantes dans le registre des mouvements de titres de la CNR.

¹⁰ EDF et Electrabel ont signé le 27 juin 2003 une promesse de vente et d'achat d'actions, selon laquelle EDF cédait à Electrabel l'ensemble de sa participation au capital de la CNR. Electrabel est entrée en possession des titres détenus par EDF le 23 décembre 2003. Le 23 décembre 2003, Electrabel a également acquis la participation dans la CNR de la chambre de commerce et d'industrie de Villefranche et du Beaujolais.

¹¹ Le décret n° 2003-512 du 16 juin 2003 a fixé les nouveaux statuts de la CNR qui, auparavant, était une société anonyme à conseil d'administration. Le conseil de surveillance et le directoire ont été mis en place le 8 juillet 2003.

¹² Voir le préambule du pacte (annexe 4 du formulaire de notification) précisant qu'Electrabel "envisage d'acquies auprès d'EDF une participation complémentaire de 22,2% du capital de la CNR" et que la CDC "a acquis auprès de la SNCF sous condition suspensive de la conclusion de la présente convention une participation complémentaire de 22,2% du capital de la CNR".

* Certains passages du présent document ont été supprimés afin de ne pas publier d'informations confidentielles; ils figurent entre crochets et sont indiqués par un astérisque.

¹³ [...]*

32. Par ailleurs, le pacte dispose que la CDC et Electrabel voteront de concert en assemblée générale et au conseil de surveillance pour désigner les représentants des actionnaires au conseil de surveillance et les membres du directoire (voir ci-dessous paragraphes 34 et 36). [...] ¹⁵.
33. En vertu des articles 20 et 21-1 à 23 des statuts, le conseil de surveillance comprend 13 membres désignés ou élus pour 5 ans, soit 9 représentants des actionnaires, élus par l'assemblée générale, 2 représentants des salariés et 2 représentants de l'État. Il élit à la majorité simple de ses membres son président et son vice-président. Le conseil de surveillance statue en principe à la majorité simple des membres présents ou représentés. En cas de partage des voix, celle du président – ou, en son absence, celle du vice-président – est prépondérante. Certaines décisions requièrent la majorité qualifiée des deux tiers, notamment celles qui concernent la désignation des membres du directoire et la proposition de désignation du président du directoire ¹⁶.
34. Le pacte dispose que la CDC et Electrabel voteront de concert en assemblée générale pour désigner les représentants des actionnaires au conseil de surveillance. Ainsi la CDC et Electrabel "[...]" ¹⁷.
35. En vertu des les articles 15, 16 et 23 des statuts, le directoire est composé de trois membres, nommés pour une durée de 5 ans par le conseil de surveillance statuant à la majorité qualifiée des deux tiers. Son président, choisi parmi ses membres, est nommé par décret sur proposition du conseil de surveillance.
36. Le pacte stipule que la CDC et Electrabel "[...]" ¹⁸.
37. En vertu des articles 18-1 et 19 des statuts, les décisions du directoire se prennent à la majorité simple des membres présents, la voix du président étant prépondérante en cas de partage des voix. Le directoire peut prendre toutes mesures engageant la société, à l'exception de celles précisées par le conseil de surveillance comme

¹⁴ [...]*

¹⁵ [...]*

¹⁶ La majorité des deux tiers est également requise pour la mise en œuvre et la modification des documents de concession, l'affectation des résultats et la modification des statuts.

¹⁷ [...]*, le nouveau conseil de surveillance désigné par l'AG extraordinaire du 25 juin 2003 comprenait 3 représentants d'Electrabel, 3 représentants de la CDC et 3 représentants des autres actionnaires (voir l'annexe 15 du formulaire de notification dans l'affaire COMP/M.4994 - *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône* et les réponses d'Electrabel du 25 juin 2008 et du 1^{er} juillet 2008 aux questions de la Commission du 11 juin 2008). [...]*

¹⁸ [...]*, le conseil de surveillance a, dès le 8 juillet 2003, nommé les trois membres du premier directoire, dont deux membres issus directement du groupe Suez (auquel appartient Electrabel). Les membres du directoire désignés le 8 juillet 2003 étaient: M. Michel Margnes (président et déjà président du conseil d'administration de la CNR avant l'entrée d'Electrabel au capital de celle-ci), M. Alexandre Joly (chargé de mission auprès du délégué général chargé de la stratégie, du développement et des acquisitions de Suez de 2001 à 2003) et M. Gaétan Paternostre (en fonction au sein d'Electrabel depuis 1994).

devant être soumises à son approbation préalable¹⁹. En cas de refus du conseil de surveillance d'entériner une telle proposition, le directoire peut convoquer une assemblée générale extraordinaire des actionnaires aux fins d'obtenir l'autorisation de prendre la mesure en cause.

38. Il convient toutefois de noter que les mesures devant être soumises à l'approbation du conseil de surveillance ne lui permettent pas d'exercer un contrôle sur la CNR, à savoir le droit d'en gérer les activités et d'en déterminer la politique commerciale²⁰. Ainsi, en particulier, le budget, le plan d'entreprise (business plan) et la nomination de l'encadrement supérieur sont décidés par le directoire et ne sont pas soumis à l'approbation du conseil de surveillance.
39. En vertu de l'article 36 des statuts, l'assemblée générale des actionnaires (AG), convoquée en principe par le directoire – mais qui, par exception, peut l'être par le conseil de surveillance – statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

C. ELECTRABEL A ACQUIS LE CONTROLE EXCLUSIF DE LA CNR LE 23 DECEMBRE 2003

40. La Commission considère qu'Electrabel a acquis le contrôle exclusif de la CNR, au sens de l'article 3, paragraphe 3 de le règlement (CEE) n°4064/89, à partir du 23 décembre 2003 compte tenu des circonstances de fait et de droit exposées ci-après. Contrairement à ce qu'Electrabel prétend dans sa réponse à la communication des griefs, celle-ci a consacré de très larges développements à la démonstration qu'une concentration avait bien eu lieu en l'espèce, en raison d'un changement durable du contrôle. Référence est faite, en particulier, à la section IV de la communication des griefs.

- 1) **Le 23 décembre 2003, avec l'acquisition de la participation d'EDF, Electrabel est devenue de loin le premier actionnaire de la CNR, assurée de disposer de fait d'une majorité absolue à l'AG de la CNR**

41. Depuis l'acquisition de la participation d'EDF le 23 décembre 2003, Electrabel est de loin le premier actionnaire de la CNR avec 49,95% du capital lui donnant 47,92% des droits de vote et le solde de l'actionnariat hors CDC est très dispersé, puisque

¹⁹ Lors de sa séance du 19 septembre 2003, le conseil de surveillance a, à l'unanimité, limité les pouvoirs du directoire en matière (i) d'avaux, cautions et garantie (limitation à 10 millions d'euros par opération), (ii) de cessions d'immeubles et de participations (limitation à 5 millions d'euros par opération), (iii) de constitution de sûretés (limitation à 10 millions d'euros par opération), (iv) d'acquisitions d'actifs sociaux immobilisés (limitation à 5 millions d'euros par unité), (v) de créations de sociétés, prises ou extensions de participations (limitation à 10 millions d'euros par opération). Dès lors que ces opérations dépassent les seuils indiqués, elles doivent faire l'objet d'une approbation par le conseil de surveillance. L'approbation du conseil de surveillance est également requise en cas d'adhésion à un GIE ou à toute association ou société pouvant entraîner la responsabilité solidaire et/ou indéfinie de la CNR.

²⁰ Tant au sens des points 21 et suivants de 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 (communication du 2 mars 1998), en vigueur au moment où le conseil de surveillance a limité certains pouvoirs du directoire, que de la communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (communication du 10 juillet 2007, points 65 et suivants).

près de 200 collectivités territoriales et autres entités publiques locales détiennent 16,82% du capital.

42. Le point 14 de 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 (communication du 2 mars 1998), applicable en décembre 2003, indique clairement qu'*"Un actionnaire minoritaire peut aussi être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait (...). C'est sur la présence des actionnaires au cours des années antérieures que l'on se fondera pour apprécier s'il y a exercice d'un contrôle exclusif ou non"*²¹.
43. Ce principe a été appliqué par la Commission dans un grand nombre d'affaires de concentrations portant sur l'analyse a priori de prises de participation minoritaires de nature à octroyer un contrôle²².
44. En l'espèce, face à un actionnariat très dispersé²³, Electrabel disposait de suffisamment de voix [...] (voir ci-dessous aux paragraphes 78 et suivants).
45. En effet, étant donné le taux de participation (part des droits de votes détenus par les actionnaires présents, votant par correspondance ou représentés par rapport au total des droits de vote) aux AG de la CNR sur la période 2000-2003 (voir tableau 2 ci-dessous) et la forte dispersion du solde de l'actionnariat, Electrabel était assurée, à compter du 23 décembre 2003, de disposer de la majorité à l'AG lui permettant de faire adopter les résolutions proposées par le directoire, principal organe de gouvernance de la CNR qu'Electrabel contrôle par ailleurs [...] (voir notamment les points 78 et suivants). Le tableau 2 ci-dessous contient également une projection de la part des droits de vote en AG que détiendrait un actionnaire avec une participation correspondant à 47,92% des droits de vote (c'est-à-dire le pourcentage de droits de votes détenus par Electrabel à compter du 23 décembre 2003) compte tenu des taux de participation observés aux AG des quatre années antérieures à l'acquisition de la participation d'EDF par Electrabel en décembre 2003.

²¹ Voir également, dans le même sens, le paragraphe 59 de la communication du 10 juillet 2007.

²² Voir notamment les décisions de la Commission dans les affaires suivantes : COMP/M.2404 *Elkem/Sapa* au point 7, IV/M.1157 *Skanska/Skancem* aux points 14 et suivants, COMP/M.3091 *Konica/Minolta* au point 6, IV/M.913 *Siemens/Elektrawatt* au point 9, IV/M.942 *VEBA/Degussa* au point 9, IV/M.1046 *Ameritech/Teledanmark* au point 4, IV/M.1058 *Unichem/Alliance* au point 6.

²³ Outre Electrabel et la CDC, il y a près de 200 autres actionnaires, constitués de collectivités territoriales et d'autres entités publiques locales (voir ci-dessus la note de bas de page 5), qui détiennent chacune moins de 1,9% des droits de votes au sein de la CNR (excepté le département des Bouches du Rhône qui possède 4,85% des droits de vote). En outre, malgré le fait que les autres actionnaires soient tous des entités publiques, Electrabel disposait cependant, avec un peu moins de 50% du capital et des droits de vote, du contrôle de l'AG de la CNR pour les raisons suivantes : (i) parmi les entités publiques, il y a précisément la CDC, qui a conclu le pacte avec Electrabel ; et (ii) derrière les autres entités publiques, il y a une myriade d'intérêts et en aucun cas une seule et même volonté exprimant l'intérêt général.

TABLEAU 2: TAUX DE PARTICIPATION AUX AG DE 2000 A 2003 ET PART QUE REPRESENTERAIT LA PARTICIPATION D'ELECTRABEL DANS LES DROITS DE VOTE DES ACTIONNAIRES PRESENTS ET REPRESENTES

	AGO du 27/06/00	AGO du 21/12/00	AG mixte du 28/06/01	AGO du 27/06/02	AGO du 28/11/02	AGE du 28/11/02	AGO du 25/06/03	AGE du 25/06/03
Nombre total de droits de vote	3.600.000	3.600.000	3.600.000	3.600.000	3.600.000	3.600.000	3.000.000	3.000.000
Nombre total de droits de vote des actionnaires présents ou représentés à l'AG	2.599.242	1.547.666	1.987.657	2.262.612	2.756.510	2.611.936	2.011.123	2.055.314
Taux de participation (en % des droits de vote des actionnaires présents ou représentés)	72,2%	43 %	55,2 %	62,9 %	76,6 %	72,6%	67%	68,5%
Part correspondant à 47,92% des droits de vote (en % des droits de vote des actionnaires présents ou représentés)	66,4%	100%	86,8%	76,1%	62,6%	66%	71,5%	70%

46. L'analyse des votes aux AG indique par ailleurs qu'entre 2004 et 2007, Electrabel a réuni à elle seule la majorité absolue des droits de vote présents ou représentés (voir tableau 3 ci-après)²⁴.

²⁴ Dans un courrier de réponse à la Commission en date du 7 avril 2008, Electrabel souligne que "la CDC ne dispose pas non plus d'un contrôle de fait sur la CNR conjointement avec Electrabel puisqu'il est apparu au fil des ans qu'en pratique, cette dernière détient seule la majorité des voix aux assemblées générales de la CNR, sans avoir besoin de l'appui de la CDC".

TABLEAU 3: PART DETENUE PAR ELECTRABEL ET LA CDC DANS LES DROITS DE VOTE DES ACTIONNAIRES PRESENTS ET REPRESENTES LORS DES AG DE 2003 A 2007

	AGO du 25/06/03	AGO réunie extraordi- nairement du 25/06/03	AGE du 29/06/04	AG mixte du 29/06/04	AGO du 22/06/05	AGO du 22/06/06	AG mixte du 28/06/07
Nombre total de droits de vote des actionnaires présents ou représentés à l'AG	2.011.123	2.055.314	2.561.825	2.630.387	2.500.502	2.748.504	1.553.455
Droits de vote détenus par ELECTRABEL	506.320	506.320	1.437.632	1.437.632	1.437.633	1.439.233	1.439.265
En % des droits de vote des actionnaires présents ou représentés	25,18 %	24,63 %	56,12 %	54,65 %	57,49 %	52,36 %	92,65 %
Droits de vote détenus par CDC	294.123	294.123	894.113	894.113	894.113	995.753	0
Droits de vote détenus par ELECTRABEL et CDC	800.443	800.443	2.331.745	2.331.745	2.331.746	2.434.986	1.439.265
En % des droits de vote des actionnaires présents ou représentés	39,80 %	38,94 %	91,02 %	88,65 %	93,25 %	88,59 %	92,65 %

Source : Formulaire de notification de l'affaire COMP/M. 4994 Electrabel/Compagnie nationale du Rhône

47. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel conteste l'analyse que la Commission y expose.
48. Premièrement, Electrabel conteste la démarche prospective de la Commission en matière d'analyse de l'évolution des droits de vote et de la participation, qu'elle estime non conforme à la pratique décisionnelle en vigueur. Elle insiste à ce titre sur la nécessité d'adopter une démarche dans laquelle l'analyse doit être menée de manière largement qualitative (et non pas seulement, comme elle allègue que la Commission fait, quantitative). A cet égard, Electrabel cite le point 59 de la communication du 10 juillet 2007 ainsi que la décision de la Commission dans l'affaire *MAN/Scania*²⁵ qui prouveraient que la Commission s'est conformée dans le passé à la démarche revendiquée par Electrabel.

²⁵ Décision du 20.12.2006 dans l'affaire COMP/M. 4336 - *MAN/Scania*.

49. Cette position amène Electrabel à considérer in fine qu'elle ne pouvait détecter la prise de contrôle de fait de la CNR qu'en juin 2007, en examinant la situation prévalant sur la période 2004-2006. Electrabel soutient en effet que la pratique décisionnelle de la Commission exige l'observation d'une majorité constatée à l'AG sur au moins trois ans, mais en prenant l'année 2007 pour point de départ de l'analyse rétrospective : "*dans la mesure où il apparaît qu'Electrabel France a pu, de fait, réunir la majorité des voix sur ses propositions au cours des assemblées générales tenues entre 2004 et 2007, il semble que le contrôle exclusif, de fait, qu'elle détient sur la CNR existe depuis 2007, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission qui exige l'observation d'une majorité constante à l'assemblée générale sur au moins trois ans*"²⁶.
50. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel estime que les taux de participation aux AG de la CNR de 2000 à 2003 ne sont pas pertinents en l'espèce, dans la mesure où l'actionnaire principal de la CNR au cours de cette période n'était autre qu'EDF, c'est-à-dire l'Etat français lui-même, et où la question de l'acquisition du contrôle se posait seulement en 2007, l'année où Electrabel avait constaté qu'elle avait pu réunir la majorité aux AG de la CNR sur toute la période 2004-2007²⁷.
51. A l'appui de son analyse, Electrabel mentionne une série d'affaires dans lesquelles la Commission a été conduite à analyser l'évolution des votes exprimés au sein des AG, au cours des trois années précédant l'opération, aux fins de déterminer l'existence d'une opération de concentration²⁸.
52. L'argument d'Electrabel n'est pas fondé.
53. Tout d'abord, sur le plan formel, l'argument d'Electrabel n'est pas fondé sur la communication du 2 mars 1998, en vigueur en décembre 2003, mais sur la communication du 10 juillet 2007. Toutefois, la règle est la même dans les deux communications.
54. Ensuite, et en tout état de cause, la démarche proposée par Electrabel est manifestement incorrecte car elle revient à opérer une analyse *a posteriori*, contraire à la pratique décisionnelle de la Commission qui était très claire quant à la nécessité d'opérer une analyse *a priori* au moment de l'acquisition de la participation qui pourrait octroyer le contrôle.
55. Si dans les décisions passées, et notamment dans la décision *MAN/Scania* citée par Electrabel dans sa réponse à la communication des griefs, la Commission a été conduite à mener une telle analyse, il s'est agi pour elle, aux fins de déterminer le caractère concentratif de la transaction, et par conséquent sa compétence, (i) soit de retracer l'évolution de l'actionnariat au cours des trois années précédentes afin

²⁶ Formulaire de notification dans l'affaire COMP/M.4994 - *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, point 84.

²⁷ Points 23 et 152 de la réponse.

²⁸ Décisions de la Commission du 28 août 2001 dans l'affaire COMP/M.2532 - *Fiat/Italenergia/Montedison*, point 15 ; du 3 août 1993 dans l'affaire IV/M.343 - *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, points 7-12 ; du 3 juin 1997 dans l'affaire IV/M.906 - *Mannesmann / Vallourec*, points 13-20 ; du 5 décembre 1997 dans l'affaire IV/M.1046 - *Ameritech /Tele Danmark*, point 4 ; du 22 décembre 1997 dans l'affaire IV/M.1058 - *UniChem/Alliance Santé*, point 6 ; du 4 février 1998 dans l'affaire IV/M.1056 - *Stinnes/BTL*, point 7 ; et du 12 mars 2004 dans l'affaire COMP/M.3330 - *RTL /M6*, points 7-12.

d'identifier les détenteurs du contrôle préalablement à l'opération²⁹, (ii) soit de s'appuyer sur la moyenne constatée des voix présentes et représentées aux AG pour établir les conséquences que pourrait avoir l'évolution au capital pour laquelle elle s'était vue notifier une opération³⁰. En particulier, dans l'affaire *MAN/Scania*, la Commission a tenu compte du fait que, à plusieurs reprises au cours des années précédentes, les droits de vote détenus par Volkswagen n'auraient pas été suffisants pour obtenir une majorité lors de l'AG annuelle des actionnaires de MAN, ainsi que d'éléments de nature à faire penser qu'une telle situation pourrait se présenter à nouveau au cours des années à venir.

56. De surcroît, la pratique de la Commission, reprise au point 14 précité de la communication du 2 mars 1998, confirme que l'analyse doit être menée *a priori*, sur la base des données relatives à la présence des actionnaires au cours des années précédentes. Dans le cas contraire, la conséquence serait nécessairement qu'une société pourrait exercer (sans notification ni approbation) le contrôle *de fait* sur une autre société pendant trois ans avant de notifier l'opération à la Commission au motif que, avant la fin de cette période de trois années, elle n'aurait pas encore la certitude absolue de la contrôler.
57. Ainsi, il peut être constaté que, durant les trois années précédant l'acquisition par Electrabel de la participation d'EDF le 23 décembre 2003, soit sur la période 2000-2002, le taux de participation aux AG de la CNR (part des droits de votes détenus par les actionnaires présents, votant par correspondance ou représentés) a oscillé entre 43% et 76,6%³¹, et ce dans un contexte d'actionnariat très dispersé.
58. En réalité, Electrabel, avec la détention de 47,92% des droits de vote dès le 23 décembre 2003, pouvait aisément anticiper dès cette date qu'elle obtiendrait la majorité absolue en AG. En effet, la condition pour qu'Electrabel puisse disposer de la majorité absolue en AG était que le taux de participation (part des droits de votes détenues par les actionnaires présents, votant par correspondance ou représentés) ne soit pas supérieur ou égal à 95,84%. Eu égard aux taux de participation constatés au cours des trois années précédentes, largement inférieurs à ce seuil, il était hautement improbable qu'Electrabel ne disposât pas de la majorité absolue aux AG de la CNR dès le 23 décembre 2003.
59. Dans ce contexte si, comme elle le soutient, Electrabel avait pris pleinement en compte la pratique décisionnelle établie de la Commission en la matière³², c'est bien dès le mois de décembre 2003 au plus tard, c'est-à-dire le mois de l'acquisition d'une part complémentaire portant sa part totale à 49,95% du capital et à 47,92% des

²⁹ Décision de la Commission du 3 août 1993 dans l'affaire IV/M.343 - *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, points 7 et 8.

³⁰ Décisions de la Commission du 3 juin 1997 dans l'affaire IV/M.906 - *Mannesmann/Vallourec*, point 15 ; du 5 décembre 1997 dans l'affaire IV/M.1046 - *Ameritech/Tele Danmark*, point 4 ; du 22 décembre 1997 dans l'affaire IV/M.1058 - *UniChem/Alliance Santé*, point 6 ; du 4 février 1998 dans l'affaire IV/M.1056 - *Stinnes/BTL*, point 7 ; du 12 mars 2004 dans l'affaire COMP/M.3330 - *RTL /M6*, point 10.

³¹ Il ressort des procès-verbaux des AG – qu'elles soient ordinaires (AGO), extraordinaires (AGE) ou mixtes (AGM) – que les taux de participation étaient les suivants sur la période 2000-2003: 72,2% (AGO du 27 juin 2000), 43% (AGO du 21 décembre 2000), 55,2% (AGM du 28 juin 2001), 62,9% (AGO du 27 juin 2002), 76,6% (AGO du 28 novembre 2002), et 72,6% (AGE du 28 novembre 2002) (voir tableau 2 ci-dessus).

³² Telle que précisée par la communication du 2 mars 1998 (point 14).

droits de vote de la CNR, qu'elle aurait dû saisir la Commission, le cas échéant dans le cadre d'une consultation comme elle a procédé en 2007. La Commission aurait alors, comme elle l'a fait en 2007, faisant application d'une pratique décisionnelle établie, confirmé l'acquisition d'un contrôle exclusif d'Electrabel sur la CNR, et, partant, l'obligation de notification de l'opération.

60. Deuxièmement, dans le cadre de la démarche alternative qu'elle défend, Electrabel soutient que le faible taux de participation aux AG de la CNR sur la période 2000-2002 n'est pas pertinent car il s'expliquerait par la confiance affichée par les petits actionnaires publics en EDF qui était alors le principal actionnaire de la CNR.
61. Electrabel n'apporte aucune preuve de nature à corroborer l'existence d'une telle confiance des petits actionnaires en EDF. Il convient au contraire de souligner qu'EDF n'exerçait plus ses droits de vote au sein de la CNR (au conseil d'administration et en AG) depuis le 1^{er} avril 2001³³. Il est donc difficile de soutenir, comme le fait Electrabel, que les petits actionnaires publics affichaient une confiance en un actionnaire qui n'exerçait plus ses prérogatives d'actionnaire au sein de la CNR.
62. Troisièmement, toujours dans le cadre de sa démarche alternative, Electrabel estime que le taux de participation desdites années n'est pas représentatif en ce qu'Electrabel pouvait légitimement s'attendre à une augmentation du taux de participation aux AG, à compter du 23 décembre 2003, date à partir de laquelle elle détenait 47,92% des droits de vote au sein de la CNR après acquisition de la participation d'EDF.
63. Selon Electrabel, il était légitime de s'attendre à une augmentation du taux de participation en AG dans la mesure où, dès 2003, plusieurs actionnaires publics auraient manifesté ouvertement leur opposition à l'arrivée d'un actionnaire privé au sein de la CNR et auraient exprimé leurs craintes sur la pérennité du caractère public de celle-ci, ce type de réserves étant toujours vives plusieurs années après l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR.
64. Electrabel soutient que l'anticipation d'une réaction significative des autres actionnaires publics était d'autant plus plausible que l'ensemble des actionnaires publics présent, en leur qualité d'actionnaires de la CNR, des liens et intérêts stratégiques communs entre eux.
65. L'argument d'Electrabel n'est pas fondé.
66. En premier lieu, Electrabel n'apporte aucun élément concret quant à l'opposition et à la crainte qui auraient été exprimées dès 2003 face à l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR.
67. En fait, le seul élément apporté par Electrabel est la crainte exprimée lors d'une réunion du conseil de surveillance le 7 juillet 2005, soit bien après 2003³⁴.
68. Par ailleurs, durant cette réunion, aucune crainte ou opposition n'a été exprimée quant au fait qu'Electrabel soit actionnaire de la CNR. En effet, durant cette réunion,

³³ Dans le cadre de l'affaire COMP/M.1853 EDF/EnBW, EDF s'était engagé à ne plus exercer ses droits à compter du 1^{er} avril 2001 et à les confier à un mandataire.

³⁴ Lors de l'Audition, la Commission a demandé à Electrabel de citer précisément les déclarations d'actionnaires publics locaux de la CNR faisant état d'opposition ou de craintes face à Electrabel dès 2003. Electrabel n'a pas été en mesure de le faire et s'est contentée de renvoyer la Commission aux procès-verbaux des instances de gouvernance de la CNR.

à l'occasion de la cession des actions du département des Hauts-de-Seine, les membres représentant les salariés ont voulu rappeler qu'en vertu de la loi Murcef, ces actions ne pouvaient pas être cédées à Electrabel et qu'il devait être clairement indiqué à qui elles seraient vendues³⁵. En réponse, un membre représentant la CDC a précisé que l'acquéreur des titres serait la CDC³⁶ et un autre membre représentant Electrabel a déclaré que la CNR restait à majorité publique du fait de la loi Murcef³⁷. Le représentant de la région Provence Alpes Côte d'Azur a déclaré qu'il fallait rassurer les salariés et les riverains sur le fait que la CNR resterait publique et préserverait l'intérêt général. Et, loin d'exprimer des réserves à l'encontre d'Electrabel, ce même représentant a déclaré au contraire que cela *"ne signifie pas que les partenaires privés ne puissent pas avoir également le souci de l'intérêt général"*³⁸.

69. En deuxième lieu, l'argument d'Electrabel postule l'existence d'une communauté d'intérêts entre les actionnaires publics de la CNR. Or Electrabel n'apporte aucun élément concret démontrant l'existence d'une telle communauté d'intérêts.
70. En effet, tout d'abord, il ne saurait être déduit de la volonté du législateur français de préserver la structure majoritairement publique du capital de la CNR, l'existence d'une communauté d'intérêts ou d'une quelconque défense d'un "intérêt général" entre actionnaires publics de nature à faire échec à la volonté d'Electrabel d'exercer le contrôle de la CNR.
71. Il suffit à cet égard de souligner que le taux d'approbation des résolutions aux AG, tel que communiqué par Electrabel, est toujours demeuré très élevé.
72. D'ailleurs, Electrabel omet de considérer qu'en fait de communauté d'intérêts de la part des actionnaires publics, un actionnaire public essentiel, en l'occurrence la CDC (détenant 29,8 % des droits de vote au 23 décembre 2003), s'était liée à elle [...]*.
73. Il convient également de souligner que, lors de l'AG du 25 juin 2003, les représentants d'Electrabel au conseil de surveillance ont été élus avec des majorités aussi fortes ou plus fortes que les représentants des entités publiques, ce qui contredit l'un des points essentiels de l'argumentaire d'Electrabel, à savoir la

³⁵ Les membres représentant les salariés au conseil de surveillance étaient Messieurs [...] et [...]*. Monsieur [...] *"intervient pour s'étonner du récent communiqué de presse annonçant la possible cession des actions du département des Hauts-de-Seine qui, à son avis, remettrait en question la loi Murcef."* Monsieur [...] *"rappelle que dans la phase actuelle de négociation sur la fin du contrat global d'exploitation, la CNR doit être claire en matière de communication et qu'il faut donc indiquer que la Caisse des Dépôts et Consignations sera l'acquéreur des titres, si tel est le cas, afin de préserver la majorité publique du capital"* (p. 3 du procès-verbal du conseil de surveillance du 7 juillet 2005).

³⁶ Monsieur [...] (CDC) *"précise que l'acquéreur des titres est la Caisse des Dépôts et Consignations et que cette dernière va voir sa participation dans le capital de la Compagnie passer de 29% à 32,5%"* (p. 3 du procès-verbal du conseil de surveillance du 7 juillet 2005).

³⁷ Monsieur [...] (Electrabel) *"confirme ce qui a déjà été indiqué au conseil de surveillance précédent, c'est-à-dire que la CNR reste à majorité publique du fait de la loi ; seul le Parlement peut la modifier. Pour lui, la politique du groupe SUEZ n'a pas changé. SUEZ est satisfait du partenariat actuel"* (p. 3 du procès-verbal du conseil de surveillance du 7 juillet 2005).

³⁸ Monsieur [...] (région Provence Alpes Côte d'Azur) *"pense qu'il faut rassurer les salariés et les riverains sur le fait que la CNR restera publique et conservera le souci de l'intérêt général, ce qui ne signifie pas que les partenaires privés ne puissent pas avoir également le souci de l'intérêt général"* (p. 4 du procès-verbal du conseil de surveillance du 7 juillet 2005).

possibilité de voir les autres actionnaires se coaliser pour faire échec à une montée en puissance prétendument non désirée d'Electrabel dans la CNR³⁹.

74. En outre, il peut être noté que, lors de l'AG de la CNR du 25 juin 2003, loin de présenter un front uni, les actionnaires publics autres que la CDC ont fait apparaître des divergences entre eux à l'occasion de l'élection des membres du conseil de surveillance. En effet, plusieurs actionnaires publics locaux ont critiqué le fait que les 3 postes du conseil de surveillance réservés aux entités publiques locales aient été répartis à l'avance entre (i) la région Provence Alpes Côte d'Azur, (ii) la région Rhône-Alpes et (iii) le département des Bouches du Rhône⁴⁰. Ainsi d'autres représentants d'entités publiques locales ont présenté leur candidature au conseil de surveillance⁴¹ face à celles proposées par le président de l'AG.
75. Enfin, il convient de relever que, contrairement à ce que suggère Electrabel, l'assiduité aux AG des autres actionnaires publics hors CDC ne s'est pas systématiquement accrue après décembre 2003.
76. D'une part, il convient de souligner que, par exemple, les trois plus importants de ces actionnaires publics, qui représentaient ensemble 10,13% des droits de votes (département des Bouches-du-Rhône : 4,85% ; département des Hauts-de-Seine : 3,39% ; département de Seine-Saint-Denis : 1,89%), se sont abstenus ou étaient absents (y compris non représentés) aux AG de 2004 (29 juin) et de 2005 (22 juin)⁴².
77. D'autre part, les fluctuations enregistrées dans le taux de participation aux AG depuis 2003 s'expliquent essentiellement par des événements liés au comportement de la CDC: le 29 août 2003, la CDC a acquis la participation de la SNCF (laquelle n'était pas représentée lors des AG du 25 juin 2003), puis elle a accru sa participation et, enfin, elle n'était pas représentée lors de l'AG du 28 juin 2007. Les fluctuations en question ne sont donc pas liées à une modification du comportement des collectivités locales.

³⁹ Voir p. 10 du procès-verbal de l'AGO réunie extraordinairement en date du 25 juin 2003. Les candidats élus ont obtenu les pourcentages de voix favorables suivants : M. [...] (région Provence Alpes Côte d'Azur, 99,6% de votes favorables), M. [...] (Electrabel, 96,9%), M. [...] (CDC, 96,8%), M. [...] (Electrabel, 96,2%), M. [...] (CDC, 95,5%), M. [...] (Electrabel, 95,2%), M. [...] (département des Bouches du Rhône, 93,7%), M. [...] (région Rhône-Alpes, 91,1%), Mme [...] (CDC, 76,7%). Par ailleurs six autres candidats, tous représentant des entités publiques locales, n'ont pas été élus.

⁴⁰ Voir pp. 3 à 6 du procès-verbal de l'AGO réunie extraordinairement en date du 25 juin 2003. Monsieur [...]*, représentant l'une des entités publiques locales actionnaires de la CNR, critique la proposition faite par le président de l'AG, par ailleurs PDG de la CNR, de répartir entre la région Provence Alpes Côte d'Azur, la région Rhône-Alpes et le département des Bouches du Rhône les 3 sièges du conseil de surveillance réservés aux entités publiques locales. Monsieur [...]* déclare notamment qu'il *"s'attendait (...) à ce qu'un débat ait lieu entre collectivités de l'Isère, de la Drôme, des Bouches du Rhône, de Saône-et-Loire notamment pour représenter intelligemment la CNR tout au long du cours du fleuve. Dans le schéma proposé, la CNR sera uniquement représentée par des collectivités situées au sud de Montélimar, représentation géographique qui ignore totalement les intérêts importants des collectivités du nord"*. Les propos de Monsieur [...]* sont approuvés par [5 représentants de collectivités locales]*.

⁴¹ Voir p. 9 du procès-verbal de l'AGO réunie extraordinairement en date du 25 juin 2003. Il s'agissait de [6 candidats]*.

⁴² Formulaire de notification dans l'affaire COMP/M.4994 - *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, point 81.

2) Depuis 2003 Electrabel possède la majorité absolue au sein du directoire de la CNR ainsi que les moyens de la conserver

78. Les règles de nomination des membres du directoire, telles que prévues par les statuts et le pacte, garantissent la présence de deux membres d'Electrabel sur les trois qui composent cet organe, et par conséquent le contrôle exclusif d'Electrabel sur la CNR. En effet, [...]*. Avec 6 des 13 sièges du conseil de surveillance, la CDC et Electrabel ont la possibilité de déterminer la composition du directoire, via leur minorité de blocage (la nomination des membres du directoire requérant une majorité des deux tiers au conseil de surveillance, soit 9 membres sur 13).
79. L'autre instance de gouvernance de la CNR, le conseil de surveillance, au sein de laquelle ni Electrabel ni la CDC ne sont majoritaires ni séparément ni conjointement [...]*, doit certes donner son approbation à certaines décisions proposées par le directoire.
80. Toutefois, en premier lieu, ainsi que déjà souligné (voir point 38), les mesures sur lesquelles le conseil de surveillance doit donner son approbation ne sont pas de nature à conférer à celui-ci la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la stratégie de la CNR.
81. En second lieu, et de manière surabondante, en cas de conflit entre ces deux organes de gouvernance, le différend est tranché par l'AG, à la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés ce qui permet de conclure que "*le pouvoir de décision appartient donc in fine à l'assemblée générale*"⁴³. Compte tenu de l'importance de sa part dans les droits de vote et de la dispersion des autres actionnaires, Electrabel est en mesure de faire prévaloir son point de vue en AG.
82. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel souligne encore une fois que l'AG est bien, surtout en cas de conflit entre les organes dirigeants (directoire et conseil de surveillance), l'organe auquel le pouvoir de décision appartient *in fine*. Elle en déduit que les développements relatifs au fait qu'Electrabel détient la majorité au sein du directoire sont sans pertinence pour l'analyse du cas. Un tel argument n'est pas de nature à contredire l'argumentation de la Commission qui considère le contrôle de l'AG comme un élément essentiel de l'acquisition du contrôle.
83. Toutefois, afin de poursuivre l'analyse proprement limitée au directoire, il suffit de rappeler ici (i) que le directoire est bien l'organe essentiel qui gère les activités et détermine la politique commerciale de la CNR et qu'il est sous le contrôle d'Electrabel⁴⁴, et (ii) que dès le 8 juillet 2003, et sans interruption depuis lors, sur les 3 membres que compte le directoire, 2 d'entre eux représentent Electrabel. Electrabel n'a contesté ce fait ni dans sa réponse à la communication des griefs ni au cours de l'audition.

⁴³ Formulaire de notification dans l'affaire COMP/M.4994 - *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, paragraphe 76.

⁴⁴ Les statuts de la CNR disposent que "la société est dirigée par un directoire composé de trois membres" (article 15). Le directoire est "investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, dans les seules limites de l'objet social défini à l'article 3" (article 18-1).

84. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel argue de l'existence du pacte pour soutenir que, seule, Electrabel savait qu'elle n'était pas en mesure de contrôler la CNR⁴⁵.
85. En fait, ainsi qu'il a été démontré dans la communication des griefs, s'il est vrai que le pacte [...]*. Pour que le point présenté par Electrabel ait une quelconque pertinence, il faudrait, ce qui n'est nullement le cas, que le pacte ait clairement conféré à la CDC un veto sur la nomination des membres d'organes dirigeants contrôlés par Electrabel.
86. En fait, au cas d'espèce, [...]*, le pacte empêche également la CDC et les autres actionnaires de la CNR de conclure un pacte d'actionnaires qui leur donnerait un contrôle de droit sur la CNR.

3) La loi Murcef n'empêche pas Electrabel d'acquérir le contrôle de la CNR

87. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel souligne que la loi Murcef a pour objet d'interdire à un opérateur privé de détenir plus de 50% du capital ou des droits de vote de la CNR. Electrabel estime qu'il s'agit d'un indice supplémentaire permettant d'écartier l'acquisition du contrôle de fait de la CNR.
88. Cet argument n'est pas fondé.
89. En effet, la volonté du législateur français de conserver à la CNR une structure majoritairement publique est une question distincte de celle qui concerne l'acquisition du contrôle au sens du droit communautaire des concentrations. Cela ne permet en rien de conclure qu'il ne peut pas y avoir de contrôle (notamment de fait) au sens du droit des concentrations.
90. Selon Electrabel, dans l'affaire *Samsung/AST*, la Commission aurait jugé que Samsung n'avait pas acquis le contrôle d'AST en décembre 1995 en raison d'une clause contenue dans un pacte d'actionnaire interdisant à Samsung d'acquérir plus de 49,9% du capital jusqu'au 15 décembre 1998. L'importance qu'aurait accordée la Commission à une limitation contractuelle demanderait d'accorder une importance encore plus grande à la limitation légale contenue dans la loi Murcef.

⁴⁵ En ce qui concerne les relations entre la CDC et Electrabel, cette dernière ne conteste ni oralement ni par écrit l'analyse de la Commission écartant la possibilité d'un contrôle conjoint des deux entreprises sur la CNR. Ce point a été soulevé lors de l'audition par le représentant de la France, et Electrabel a confirmé qu'elle ne retenait pas la possibilité de l'existence d'un contrôle conjoint de la CDC et d'Electrabel sur la CNR.

91. En fait, l'affaire citée par Electrabel – *Samsung/AST* – contredit précisément l'argumentation d'Electrabel quant au poids qu'il convient d'accorder à la loi Murcef. Ladite limitation contractuelle d'acquérir plus de 49,9% du capital jusqu'au 15 décembre 1998 n'a pas empêché la Commission de conclure dans sa décision que Samsung avait acquis un contrôle sur AST dès janvier 1996⁴⁶.
92. Un autre précédent de la Commission montre d'ailleurs qu'une loi - à l'instar de la loi Murcef - interdisant à un opérateur de détenir la majorité absolue des droits de vote au sein d'une société n'est pas incompatible avec l'acquisition d'un contrôle de fait sur cette société. Ainsi, dans l'affaire M.3330 *RTL/M6*⁴⁷, une loi française interdisait à une même personne physique ou morale, agissant seule ou de concert, de détenir, directement ou indirectement, plus de 49 % du capital ou des droits de vote d'une chaîne nationale de télévision. RTL détenait 48.8% du capital de M6, et ses droits de vote avaient même été limités à 34% par le régulateur de l'audiovisuel français (conseil supérieur de l'audiovisuel). Or RTL a notifié une prise de contrôle exclusif de fait et la Commission a conclu que RTL exerçait bien un contrôle exclusif de fait sur M6 eu égard notamment à la dispersion du restant de l'actionnariat et à l'analyse prospective effectuée.
93. Enfin, Electrabel elle-même considère avoir acquis le contrôle de fait sur la CNR en 2007⁴⁸, alors que la loi Murcef était et est toujours en vigueur. Cela montre de manière décisive que ladite loi ne pouvait empêcher l'acquisition d'un contrôle de fait sur la CNR par un actionnaire privé.

4) **Depuis 2003, reprenant le rôle industriel joué par EDF au sein de la CNR, Electrabel est le seul actionnaire industriel de la CNR et joue un rôle central dans la gestion opérationnelle de celle-ci**

94. Cet argument découle de deux faits séparés: (i) le retrait d'EDF de la gestion opérationnelle de la CNR et (ii) la reprise du rôle industriel et de la gestion opérationnelle par Electrabel.
 - *Retrait d'EDF de la gestion opérationnelle de la CNR*
95. Etant le seul actionnaire industriel de la CNR, Electrabel a repris le rôle industriel qui était auparavant assumé par EDF. En effet, depuis 1948, la CNR était contractuellement liée à EDF pour l'exploitation de ses centrales hydroélectriques. De surcroît, EDF détenait un sixième du capital de la CNR et avait un représentant au sein de son conseil d'administration.

⁴⁶ Décision de la Commission du 18 février 1998 infligeant des amendes pour défaut de notification et réalisation d'une opération de concentration en violation de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil dans l'affaire IV/M.920 *Samsung/AST*, paragraphe 8: "On peut en conclure que, comme la Commission l'a établi dans sa décision du 26 mai 1997 et comme les parties l'ont reconnu, l'acquisition du contrôle d'AST par Samsung, au sens de l'article 3, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, a eu lieu au plus tard en janvier 1996."

⁴⁷ Décision de la Commission du 12 mars 2004 dans l'affaire COMP/M. 3330 – *RTL/M6*, points 7 à 12.

⁴⁸ Voir par exemple le point 140 de la réponse d'Electrabel à la communication des griefs.

96. Dans le cadre de l'acquisition en 2001 d'un contrôle conjoint sur EnBW (avec OEW)⁴⁹, EDF s'était engagée à ce que la CNR soit mise en mesure d'être un producteur d'électricité totalement indépendant, c'est-à-dire que la CNR soit à même d'assurer elle-même l'exploitation de ses centrales électriques et la commercialisation de l'électricité produite.
97. A cette fin, EDF s'était notamment engagée à ne plus exercer ses droits de vote en AG autrement que via un mandataire indépendant et à ne plus avoir de représentant au sein du conseil d'administration. Parallèlement, EDF s'était engagée à acheter, entre le 1^{er} avril 2001 et le 1^{er} avril 2006, et à la demande de la CNR, une partie de la production d'électricité de la CNR afin de permettre à cette dernière d'entrer progressivement sur le marché de l'électricité.
98. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel soutient que celle-ci ignore le rôle actif joué par EDF jusqu'à la fin de 2006 : EDF aurait joué un rôle essentiel dans la gestion opérationnelle de la CNR jusqu'à la fin de 2005 et serait restée un partenaire commercial de premier plan de la CNR jusqu'à la fin de 2006.
99. L'argument d'Electrabel n'est pas fondé.
100. Tout d'abord, l'existence d'accords entre EDF et la CNR n'est pas contradictoire avec le fait que la CNR puisse définir sa politique industrielle et commerciale indépendamment d'EDF. La preuve en est qu'EDF s'est engagée, comme indiqué supra au point 96, à ce que, dès le 1^{er} avril 2001, la CNR soit mise en mesure d'être un producteur d'électricité indépendant. D'ailleurs, Electrabel elle-même reconnaît qu'EDF n'exerçait plus d'influence déterminante sur la CNR depuis 2001⁵⁰ et que la CNR avait la responsabilité des options principales de sa gestion industrielle et des décisions commerciales⁵¹.
101. Ensuite, comme souligné plus loin, dès son rapport annuel consacré à l'exercice 2003, Suez (dont Electrabel est une filiale) souligne qu'Electrabel a pris le contrôle opérationnel de la CNR et inclut les centrales CNR dans les capacités de production électriques d'Electrabel⁵².

⁴⁹ Décision de la Commission du 7 février 2001 dans l'affaire COMP/M.1853 – EDF/EnBW. Voir notamment les points 91 et 92, ainsi que les engagements pris par EDF et annexés à la décision.

⁵⁰ Voir la réponse d'Electrabel du 7 avril 2008 à la question 2 de la demande d'information de la Commission du 26 mars 2008 : *"EDF a en effet perdu le contrôle de la CNR en 2001, lorsque le comité Gentot institué en application de l'article 50 de la loi du 10 février 2000 a arrêté les conditions de révision des protocoles régissant les relations industrielles et commerciales des deux entreprises afin que la CNR devienne progressivement un producteur d'électricité indépendant et de plein exercice. En outre, EDF a renoncé à exercer les droits de vote attachés aux actions de la CNR qu'il détenait et en a confié la responsabilité à un « trustee »".*

⁵¹ Formulaire CO de notification dans l'affaire COMP/M.4994 - Electrabel/Compagnie nationale du Rhône, paragraphe 90 : *"Aux termes de la déclaration commune de la CNR et d'EDF relative au volet industriel de la transformation de la CNR en producteur indépendant et de plein exercice, les entreprises ont mis fin à l'exploitation associée des installations concédées. En ce sens, elles ont défini, d'une part, les conditions dans lesquelles la programmation et la gestion de la production seraient assurées, à titre très transitoire, par EDF pour le compte de la CNR et, d'autre part, les conditions dans lesquelles la CNR confierait à EDF, pour une période de transition, des prestations précises concourant à l'exploitation des ouvrages hydroélectriques du Rhône, laissant à la CNR la responsabilité des options principales de sa gestion industrielle, ces prestations étant totalement indépendantes des décisions de type commercial de la CNR."*

⁵² Rapport d'activité et développement durable 2003 de Suez. Voir notamment les pages 38 et 41.

102. Enfin, concernant les achats d'électricité à EDF, Electrabel omet de mentionner dans sa réponse à la communication des griefs que de tels achats n'étaient nullement obligatoires pour la CNR, mais au contraire effectués sur une base volontaire selon le texte même des engagements pris par EDF dans le cadre de la concentration EDF/EnBW⁵³. De surcroît, loin de faire dépendre la CNR d'EDF, ce dispositif a été conçu au contraire pour permettre à la CNR d'entrer sur les marchés de l'électricité, ainsi que le précise le texte de l'engagement. Finalement, Electrabel n'apporte aucune précision sur l'importance des volumes d'électricité achetés par EDF et donc sur le poids d'EDF dans les achats réalisés auprès de la CNR.

- *Reprise du rôle industriel et de la gestion opérationnelle par Electrabel*

103. Parallèlement, Electrabel, après être entrée au capital de la CNR, a acquis la participation d'EDF le 23 décembre 2003. Cette acquisition s'inscrit en complément de la coopération avec la CNR, initiée dès 2000⁵⁴.

104. Cette coopération s'est construite dans le cadre de la distension des liens entre EDF et la CNR, et s'est renforcée du fait que, dès avril 2001 (voir plus haut), la CNR est devenue un producteur d'électricité indépendant d'EDF, à même de définir ses stratégies industrielle et commerciale. Ce processus, en conjonction avec l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR en 2003, a abouti à ce qu'Electrabel reprenne le rôle industriel et la gestion opérationnelle, assumés auparavant par EDF, au sein de la CNR. Ainsi, dès 2003, Electrabel avait repris le contrôle opérationnel de la CNR et considérait les centrales de la CNR comme faisant partie de ses capacités de production électriques.

105. La reprise du rôle industriel et de la gestion opérationnelle par Electrabel au sein de la CNR a été facilitée par la signature, le 28 novembre 2000, d'un accord cadre entre Electrabel et la CNR. Outre la conclusion d'un ensemble d'accords commerciaux et d'assistance, cet accord cadre avait pour objet la création d'une filiale commune,

⁵³ L'engagement d'EDF, annexé à la décision précitée, précise: *"EDF's services shall be limited to the technical operation and maintenance of these plants. These services shall not comprise functions related to the optimisation (dispatching) or the commercialisation of the production. Functions of this kind shall belong to CNR and be implemented by CNR's own personnel. ... EDF undertakes not to make any claim to the electricity generated by CNR or part thereof as from 31 March 2001 (...).Accordingly, CNR will be in a position to act freely and independently, on its own or with partners, on the eligible market, the wholesale market, with the RTE and with other French and European producers. Furthermore, in order to allow CNR progressively to develop the marketing of its entire production, EDF has offered CNR a purchase guarantee on the terms and conditions set out hereunder. EDF undertakes to purchase, between 1 April 2001 and 1 April 2006, upon request of CNR, part of its production as necessary to allow CNR progressive entry on the market."*

⁵⁴ Le procès-verbal de l'AG de la CNR du 27 juin 2000 confirme que, compte tenu de la distension des liens avec EDF, l'adossement de la CNR à un électricien de référence est indispensable (page 7) : *"Il [le Président du Conseil d'administration] rappelle aux actionnaires, qu'en plus du partenariat avec la Caisse des Dépôts, il avait imaginé un partenariat global stratégique avec l'entrée de capitaux minoritaires privés. Il proposait d'inscrire dans la loi le caractère majoritaire des capitaux publics de la CNR, ce que le groupe Suez Lyonnaise des Eaux/Electrabel, qui s'était montré le plus intéressé, acceptait"...* *"Il [le Président du Conseil d'administration] ajoute qu'il a fait cette proposition par conviction que l'association d'un électricien de référence, sous une forme ou sous une autre, est indispensable à la vie de la CNR au plan technique comme au plan commercial"*. Cette orientation stratégique est régulièrement confirmée lors des AG suivantes : voir ainsi le procès-verbal de l'AG du 27 juin 2002 (page 4) au cours de laquelle le représentant du Gouvernement a déclaré que *"La logique du projet industriel et commercial, concrétisée par la création d'un partenariat avec Suez dans Energie du Rhône reste intacte ; elle doit permettre à la CNR de jouer son rôle de deuxième producteur français indépendant. Dans ce sens, un rapprochement avec un partenaire industriel tel que Suez serait sans doute bénéfique."*

Energie du Rhône (EDR). Le 28 août 2001, la CNR et Electrabel ont signé une convention d'associés précisant les modalités de leurs relations commerciales au sein d'EDR.

106. EDR a un rôle essentiel dans l'activité de la CNR. En effet, son activité consiste à (i) identifier et analyser des segments utiles du marché, (ii) prospecter, rechercher et identifier des clients potentiels, (iii) démarcher ces clients et les présenter à Electrabel France et à la CNR, (iv) porter assistance pour la préparation des offres et des contrats, (v) assurer le suivi commercial et contractuel des clients, et (vi) préparer les éléments nécessaires à la facturation.
107. Conformément aux dispositions de la convention évoquée ci-dessus, les clients éligibles démarchés par EDR sont présentés en priorité à la CNR. En cas de refus ou d'impossibilité pour la CNR de fournir le client, ce dernier est proposé à Electrabel France.
108. La CNR et Electrabel détiennent respectivement 51% et 44% du capital (et des droits de vote) d'EDR, la CDC détenant les 5% restants. Par ailleurs, selon les statuts d'EDR (article 16.1), son conseil d'administration est composé de 2 représentants d'Electrabel et de 3 représentants, dont le président, de la CNR.
109. Toutefois, bien que la CNR détienne 51% du capital et des droits de vote au sein d'EDR, ainsi que la majorité absolue au sein du conseil d'administration, Electrabel exerce une influence déterminante sur EDR.
110. En effet, d'une part, un certain nombre de décisions stratégiques telles que l'approbation du budget, la nomination et révocation de salariés à des fonctions de direction, la proposition à l'AG de nommer ou révoquer le président sur proposition de la CNR requièrent l'unanimité du conseil d'administration. D'autre part, le directeur général d'EDR, qui est en charge de la direction générale opérationnelle de la société, est nommé à l'unanimité du conseil d'administration sur proposition d'Electrabel.
111. Outre la création d'EDR, Electrabel et la CNR ont signé en même temps ou par la suite un ensemble de partenariats techniques et commerciaux approfondissant leur coopération, pour l'essentiel en 2001 et 2004⁵⁵.
112. Ainsi, lors de l'AGO de la CNR du 25 juin 2003, le président de la CNR déclare que la *"CNR a commencé sa réflexion sur la convergence d'un partenariat commercial et d'un partenariat industriel dès le moment où elle a su qu'Electrabel entrerait au capital. Electrabel est ainsi devenu le premier partenaire commercial avec près de [30-40]* % des ventes et une montée en puissance d'Energie du Rhône."* La montée en puissance et l'importance d'EDR en matière de vente d'électricité est confirmée par l'évolution du ratio volume d'électricité vendu par EDR / volume d'électricité vendu par la CNR sur la période 2002-2007 dans le tableau ci-après⁵⁶:

⁵⁵ Il s'agit de contrats et conventions (voir courriel d'Electrabel du 13 octobre 2008) en matière (i) de vente d'électricité par la CNR (contrat cadre d'achat d'options sur contrats à terme d'achat d'électricité (28.08.2001); contrat de fourniture et de garantie (28.08.2001); contrat d'enlèvement (28.08.2001)), (ii) de projet de téléconduite (26.09.2004), (iii) de vente de certificats TUVV EE02 (11.10.2006) et (iv) de vente de certificats verts par la CNR à Electrabel (31.03.2008).

⁵⁶ Source : réponse d'Electrabel du 13 octobre 2008 à la demande d'information de la Commission du 29 septembre 2008.

Part (en %) du volume d'électricité vendu par EDR dans le volume d'électricité vendu par la CNR					
2002	2003	2004	2005	2006	2007
[0-5]*	[5-10]*	[10-20]*	[30-40]*	[20-30]*	[20-30]*

113. Toutefois, Electrabel affirme dans sa réponse à la communication des griefs que la reprise du rôle industriel et de la gestion opérationnelle par Electrabel n'a été pleinement effective qu'à partir de 2006, la CNR ayant en fait conclu des partenariats importants et de longue durée à la fois avec EDF et Electrabel dès 2001.
114. Tout d'abord, selon Electrabel, la question du contrôle exclusif de la filiale commune EDR n'est pas pertinente. Electrabel souligne que la création d'EDR a été notifiée à la Commission et autorisée par cette dernière le 29 novembre 2002 en tant qu'accord portant création d'une entreprise commune « coopérative » et non pas « concentrative ». Electrabel soutient qu'il ne peut donc être considéré que cette opération a conduit à un quelconque contrôle exclusif d'Electrabel sur la CNR.
115. Ainsi, selon Electrabel, l'analyse de la communication des griefs serait en contradiction avec l'analyse adoptée par la Commission dans sa lettre de classement relative à la création d'EDR. Electrabel souligne que la Commission avait relevé que la priorité accordée à la CNR pour la fourniture aux clients démarchés par EDR constituait une restriction de concurrence au sens de l'article 81.1 du Traité CE, mais avait néanmoins accordé une exemption individuelle au titre de l'article 81.3 du Traité CE pour une durée égale à la période de désengagement progressif d'EDF de la CNR.
116. Ensuite, Electrabel considère que la communication des griefs n'explique pas en quoi cet accord aurait dû influencer l'analyse factuelle en l'espèce à la date du 23 décembre 2003.
117. L'argument d'Electrabel n'est pas fondé.
118. En premier lieu, il convient de rappeler qu'Electrabel exerce une influence déterminante sur EDR et que ce fait n'est pas contesté par Electrabel.
119. En deuxième lieu, comme le note la communication des griefs⁵⁷ et comme mentionné plus haut, le président de la CNR a souligné lors de l'AG du 25 juin 2003 qu'à compter de l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR il y a eu une montée en puissance d'EDR. Ces faits constituent un élément du rôle central d'Electrabel dans la gestion opérationnelle de la CNR.
120. En troisième lieu, comme l'indique Electrabel dans sa réponse à la communication des griefs, la notification de la création d'EDR au titre de l'article 81 du Traité CE est intervenue le 21 décembre 2001 et l'autorisation de la Commission date du 29 novembre 2002, c'est-à-dire préalablement à l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR en juin 2003 et à l'acquisition de la participation d'EDF dans la CNR en décembre 2003. Ainsi le fait nouveau est bien l'entrée d'Electrabel au capital de la CNR, aboutissant à la détention de 47,92% des droits de vote par Electrabel le 23 décembre 2003, contexte dans lequel EDR doit être prise en compte.
121. Au cours de l'Audition, Electrabel a mentionné d'autres éléments pour soutenir sa thèse selon laquelle elle n'aurait acquis le contrôle de la CNR qu'en 2007: (i) le retrait complet d'EDF de la CNR qui n'aurait eu lieu qu'à la fin 2006, (ii) le fait

⁵⁷ Point 55 de la communication des griefs.

qu'Electrabel soit devenue le seul actionnaire industriel et le renforcement de la coopération commerciale entre Electrabel et la CNR, et (iii) le lancement d'une marque conjointe "EBL France – CNR" en avril 2007.

122. Ces éléments ne sont pas de nature, pris isolément ou conjointement, à démontrer qu'Electrabel n'a acquis le contrôle exclusif de fait de la CNR qu'en 2007.
123. Premièrement, l'argument relatif au retrait complet d'EDF fin 2006 ne peut être retenu puisque, comme démontré plus haut au point 100 et reconnu par Electrabel elle-même, les accords conclus entre EDF et la CNR pour la période 2001-2006 ne pouvaient pas conférer à EDF une influence déterminante sur la CNR depuis 2001. En tout état de cause, EDF avait cessé d'être actionnaire de la CNR le 23 décembre 2003, date de la cession effective de sa participation dans la CNR à Electrabel. Par conséquent, les accords conclus avec EDF ne pouvaient pas empêcher Electrabel d'acquérir un contrôle sur la CNR à compter du 23 décembre 2003.
124. Deuxièmement, il est inexact de soutenir, comme le fait Electrabel, que cette dernière n'est devenue le seul actionnaire industriel de la CNR qu'en 2007, puisque cet événement est intervenu en 2003.
125. Troisièmement, comme indiqué, l'essentiel des accords industriels et commerciaux a été passé entre 2001 et 2004 et un renforcement de ces accords ne pouvait constituer un événement déclenchant la prise de contrôle exclusif de fait d'Electrabel sur la CNR.
126. Finalement, Electrabel n'explique pas en quoi le lancement d'une marque commerciale commune à Electrabel et à la CNR en avril 2007 constitue un élément déclenchant la prise de contrôle d'Electrabel sur la CNR. Il peut même être objecté que le lancement de cette marque était possible précisément car Electrabel contrôlait déjà la CNR.

5) **Dès 2004, la CNR est de fait considérée comme faisant partie du groupe Suez, tant par les dirigeants de la CNR que par les dirigeants de Suez**

127. Plusieurs documents internes de la CNR, dont notamment les procès-verbaux du directoire et du conseil de surveillance, font apparaître dès 2004 que la CNR s'inscrit dans une logique de groupe vis-à-vis de Suez. Ainsi l'appartenance de la CNR au groupe Suez est mentionnée de manière répétée, comme l'illustrent les quelques citations ci-après.
128. Lors de la réunion du directoire du 19 mars 2004, le directoire décide qu'il soumettra à la prochaine AG *"une résolution défavorable au projet d'augmentation du capital réservée aux salariés, car ce schéma n'est pas adapté à une société non cotée, filiale d'un grand groupe industriel. En revanche, les salariés de la CNR devraient pouvoir accéder au plan SPRING mis en place par le groupe SUEZ (dans des conditions à déterminer)"*. Lors de cette même réunion, le directoire précise que, en matière de retraites, *"la CNR et SUEZ ELECTRABEL (...) vont rencontrer un certain nombre d'interlocuteurs pour défendre le point de vue du groupe exprimé en particulier dans le compromis de l'UFE [Union Française de l'Electricité]"*⁵⁸.

⁵⁸ Procès-verbal du directoire du 19 mars 2004, page 2.

129. Lors de la réunion du directoire du 18 janvier 2005, il est discuté de la représentation du groupe Suez au sein de l'Union Française de l'Electricité. Il est prévu que le groupe Suez soit représenté par la CNR, SHEM et Suez⁵⁹.
130. Au cours de la réunion du conseil de surveillance du 8 décembre 2005, à laquelle participe pour partie M. [...] de Suez, ce dernier souligne la *"volonté de Suez de se développer en France au niveau de l'énergie en utilisant la CNR comme navire amiral pour le développement des énergies renouvelables et des projets de croissance externe dans ce domaine stratégique"*⁶⁰.
131. Au cours de la réunion du conseil de surveillance du 28 septembre 2006, évoquant la fusion GDF/Suez, le représentant d'Electrabel, M. [...]*, indique que *"la CNR est impliquée dans ce projet de fusion. Elle doit, en effet, participer à ce développement comme toutes les sociétés du Groupe Suez et Gaz de France"*⁶¹.
132. Une note interne d'Electrabel du 10 novembre 2006, relative à la politique de financement et de placement de la CNR, suggère que *"dans une logique de groupe la CNR pourrait placer une partie de ses liquidités dans le Groupe Suez / Electrabel"* et que *"en ce qui concerne les financements, la CNR pourrait faire appel au Groupe pour tout nouveau financement"*⁶².
133. Au cours de la réunion du conseil de surveillance du 8 décembre 2006, un des directeurs de la CNR, M. [...]*, parle de *"l'adhésion de la CNR aux programmes d'assurance du groupe Suez et à la tranche mutualisée des programmes de responsabilité civile"*⁶³.
134. Au cours de l'AG du 28 juin 2007, [un membre]* du conseil de surveillance de la CNR, [...]*, estime que la CNR *"occupe désormais une place exemplaire au sein du groupe Suez"*⁶⁴. [Un membre]* du directoire, M. [...]*, évoquant l'expansion internationale, déclare que *"ces marchés (à l'international) sont réalisés par la CNR seule ou en consortium avec d'autres filiales du groupe Suez"*; il se félicite du *"travail en véritable synergie accompli par la CNR et certaines filiales du groupe Suez"*⁶⁵.
135. Enfin, au cours de la réunion du conseil de surveillance du 13 décembre 2007, M. [...]*, un des directeurs de la CNR, *"a été chargé d'une mission de coordination afin d'éviter d'éventuels télescopes entre les plan de développement de la CNR et*

⁵⁹ Procès-verbal du directoire du 18 janvier 2005, page 2.

⁶⁰ Procès-verbal du conseil de surveillance du 16 mars 2006, page 7. Déclaration de M. [...]* faite lors de la précédente réunion du conseil de surveillance du 8 décembre 2005, et rappelée par M. [...]* de la CNR, lors de la réunion du conseil de surveillance du 16 mars 2006.

⁶¹ Procès-verbal du conseil de surveillance du 28 septembre 2006, page 20.

⁶² Note interne du département Trésorerie & Finance d'Electrabel, ayant pour sujet "politique de financement et de placement de la CNR", à l'attention de MM. [...]*.

⁶³ Procès-verbal du conseil de surveillance du 8 décembre 2006, page 10.

⁶⁴ Procès-verbal de l'AG mixte du 28 juin 2007, page 4.

⁶⁵ Procès-verbal de l'AG mixte du 28 juin 2007, page 5.

la Compagnie du Vent [une société d'énergie éolienne récemment acquise par Electrabel]"⁶⁶.

136. Au cours de la même réunion, M [...]*, représentant d'Electrabel, demande l'approbation des projets de développement hydraulique de la CNR en "*un document formalisant les enjeux et les montants pour procéder à leur approbation par Suez et par le Conseil de Surveillance*"⁶⁷; il souligne également "*la synergie réalisée entre les bureaux d'études de la CNR et du groupe Suez*"⁶⁸.
137. Les rapports annuels d'activité de Suez et d'Electrabel, qui sont des documents publics, confirment par ailleurs les éléments de nature interne relevés aux points précédents.
138. Ainsi le rapport annuel 2003 (situation au 31 décembre 2003) de Suez stipule à la page 38 que: "*A ces trois filiales s'ajoutent des participations en Europe qui ont connu diverses évolutions en 2003: en France, Electrabel a pris le contrôle opérationnel de la Compagnie Nationale du Rhône (CNR)*". Par ailleurs, à la page 41, le même rapport annuel 2003 présente un état intitulé "*capacités d'Electrabel en énergies renouvelables*", comprenant les capacités de production hydraulique de la CNR.
139. De même, le rapport annuel 2004 (situation au 31 décembre 2004) d'Electrabel inclut dans les capacités de production électrique d'Electrabel celles de la CNR, et indique également qu'Electrabel assure la gestion opérationnelle de la CNR⁶⁹:
140. Dans sa réponse à la communication des griefs Electrabel affirme que la Commission a fait une mauvaise lecture des documents cités.
141. Electrabel conteste la pertinence des citations faites par la Commission. Ainsi Electrabel souligne que toutes, sauf une, correspondent à des déclarations postérieures à 2004. Par ailleurs, Electrabel souligne que certaines d'entre elles sont relatives à des dispositions spécifiques au groupe Suez, dont il était seulement envisagé qu'elles puissent bénéficier à la CNR (régime de retraite des salariés de la CNR, politique de financement dans le cadre du groupe Suez) mais dont en réalité la CNR ne bénéficiait toujours pas à la fin 2006. Enfin, selon Electrabel, dans la communication des griefs la Commission n'aurait pas pris en compte d'autres déclarations allant à l'encontre des citations qu'elle utilise.
142. Les arguments d'Electrabel ne sont pas fondés.

⁶⁶ Procès-verbal du conseil de surveillance du 13 décembre 2007, page 8.

⁶⁷ Procès-verbal du conseil de surveillance du 13 décembre 2007, page 9.

⁶⁸ Procès-verbal du conseil de surveillance du 13 décembre 2007, page 10.

⁶⁹ Voir le rapport annuel pour 2004 d'Electrabel (version anglaise) - Annual report 2004 – Electrabel, p. 63: "*The company also has installed capacity of 3 710 MW from Compagnie Nationale du Rhône (CNR) whose output mainly comes from run-of-river power stations (19 stations); and 773 MW from Société Hydroélectrique du Midi (SHEM), mainly composed of peak capacity (49 power stations). In 2004, Electrabel raised its stake in CNR to 49.95%, for which it provides operational management. Its control of SHEM capacities will be further consolidated with the agreement reached in November 2002 with SNCF: Electrabel acquired a 40% stake in SHEM early in 2005 and will increase its share to 80% in 2007.*" Par ailleurs, le tableau de la page 93 du rapport annuel 2004, intitulé "*profile of power stations- situation on 31.12.2004*" et détaillant les capacités de production dont dispose Electrabel, fait apparaître explicitement les 19 installations de production de la CNR.

143. En premier lieu, il convient de noter qu'Electrabel ne discute pas, et donc ne conteste pas, le contenu de trois citations.
144. Tout d'abord, il s'agit d'une citation relative à la réunion du directoire du 19 mars 2004 (point 58 de la communication des griefs): "*lors de cette même réunion, le directoire précise que, en matière de retraites, "la CNR et SUEZ ELECTRABEL (...) vont rencontrer un certain nombre d'interlocuteurs pour défendre le point de vue du groupe exprimé en particulier dans le compromis de l'UFE [Union Française de l'Electricité]."*
145. Ensuite, il s'agit de la citation relative à la réunion du directoire du 18 janvier 2005 (point 59 de la communication des griefs) : "*Lors de la réunion du directoire du 18 janvier 2005, il est discuté de la représentation du groupe Suez au sein de l'Union Française de l'Electricité. Il est prévu que le groupe Suez soit représenté par la CNR, SHEM et Suez."*
146. Enfin, il s'agit de la citation relative à la réunion du conseil de surveillance du 8 décembre 2006 (point 62 de la communication des griefs), où "*un des directeurs de la CNR, M. [...]*, parle de l'adhésion de la CNR aux programmes d'assurance du groupe Suez et à la tranche mutualisée des programmes de responsabilité civile"*.
147. En deuxième lieu, les citations datant de 2005-2006 montrent que la CNR était considérée comme appartenant de fait au groupe Suez dès avant juin 2007, date à laquelle Electrabel soutient qu'elle a acquis le contrôle de fait de la CNR.
148. En troisième lieu, le fait que la CNR ne bénéficiait pas à la fin de l'année 2006 de certains dispositifs réservés au groupe Suez est inopérant. Le seul fait que les dirigeants de la CNR et d'Electrabel aient considéré que la CNR était éligible à ces dispositifs est un indice montrant que la CNR était de fait assimilée à Suez.
149. En quatrième lieu, s'agissant de citations non prises en compte par la Commission dans la communication des griefs, Electrabel n'en mentionne que deux.
150. D'une part, Electrabel mentionne la réunion du conseil de surveillance du 7 juillet 2005, déjà citée par elle, où il a été déclaré que la CNR restait majoritairement à capitaux publics du fait de la loi Murcef. Selon Electrabel, cette déclaration montrerait que la CNR n'était pas considérée comme appartenant au groupe Suez.
151. En réalité, une telle déclaration permet uniquement de conclure qu'Electrabel, du fait de la loi Murcef, n'était pas en mesure d'acquiescer un contrôle de droit sur la CNR. En revanche, elle ne permet en rien de déduire que Suez (via Electrabel) n'était pas en mesure d'exercer un contrôle de fait sur la CNR. En conséquence, elle ne contredit pas les citations utilisées par la Commission dans la communication des griefs.
152. D'autre part, Electrabel mentionne une déclaration qui aurait été faite par le représentant de l'Etat lors de la réunion du conseil de surveillance du 5 juillet 2007, et qui "*souhaite que l'année 2008, année de la réorganisation du groupe Suez, soit également celle de la clarification des responsabilités au sein de l'ensemble constitué par Suez/Electrabel d'une part et de CNR, d'autre part, de façon à définir précisément le rôle de celle-ci dans l'avenir*"⁷⁰. Selon Electrabel, cette déclaration montrerait que ce n'est qu'à partir de l'année 2007 qu'il est possible de relever des

⁷⁰ Point 100 de la Réponse.

déclarations réellement révélatrices de l'appartenance prochaine de la CNR au groupe Suez.

153. Il convient tout d'abord d'observer que le procès-verbal du conseil de surveillance du 5 juillet 2007 ne contient pas une telle déclaration⁷¹.
154. Ensuite, à supposer qu'une telle déclaration ait été faite, elle est inopérante. En effet, d'une part, Electrabel ne saurait arguer qu'elle est révélatrice de l'appartenance prochaine de la CNR au groupe Suez alors que, par ailleurs, Electrabel soutient qu'elle exerce un contrôle de fait sur la CNR depuis juin 2007, soit avant cette réunion du conseil de surveillance. D'autre part, cette déclaration ne traite que d'une clarification de responsabilités qui ne permet en rien de tirer une conclusion quant à la date de la prise de contrôle de fait de la CNR par Electrabel.
155. Par ailleurs, dans sa réponse à la lettre de faits, Electrabel conteste que les rapports annuels 2003 de Suez et 2004 d'Electrabel soient de nature à renforcer l'indice selon lequel la CNR serait de fait considérée comme faisant partie du groupe Suez depuis 2004. Ainsi Electrabel souligne que ces rapports (i) ne corroborent pas l'indice tiré du rôle industriel d'Electrabel auprès de la CNR et (ii) ne considèrent pas sa participation dans la CNR comme lui conférant un contrôle sur cette dernière.
156. L'argument d'Electrabel n'est pas fondé.
157. En ce qui concerne le rôle industriel d'Electrabel auprès de la CNR, Electrabel renvoie à l'argument qu'elle a déjà développé quant à l'importance du rôle industriel joué par EDF auprès de la CNR. Ainsi que déjà démontré plus haut, aux paragraphes 99 à 102, un tel argument ne saurait être retenu. A cet égard, il convient de souligner que, à la constatation selon laquelle dans les rapports de Suez et d'Electrabel les capacités de production de la CNR sont incluses dans celles d'Electrabel, Electrabel n'a pas d'autre objection à opposer que celle consistant à affirmer que cela *"ne suffit pas en soi à démontrer que leurs dirigeants considèrent la CNR comme une entité contrôlée de fait exclusivement"*. Or la Commission n'a jamais prétendu que cet élément était, à lui seul, décisif.
158. En ce qui concerne l'argument d'Electrabel selon lequel les rapports cités ne présentent pas la participation dans la CNR comme une participation de contrôle, un tel argument est inopérant dans la mesure où la notion de contrôle en matière de consolidation comptable ne relève pas du régime juridique du contrôle communautaire des concentrations. En tout état de cause, une entreprise ne saurait contourner les règles relatives au contrôle des concentrations en se fondant sur ses propres choix dans l'établissement des comptes annuels.

6) Electrabel a [...]*

159. Le pacte prévoit [...]*
160. Ainsi, en vertu du pacte, [...]*
161. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel estime, en s'appuyant sur le point [...]* de la Communication du 10 juillet 2007⁷², que le fait [...]* ne suffit pas en soi à lui conférer le contrôle exclusif de fait sur la CNR.

⁷¹ Une telle déclaration ne figure pas non plus dans le procès-verbal de la réunion du conseil de surveillance du 6 juillet 2007.

162. Tout d'abord, sur le plan formel, la Commission rappelle que la communication pertinente n'est pas la communication du 10 juillet 2007 mais la communication du 2 mars 1998 qui, au point [...]*, souligne: "[...]*". En tout état de cause, la règle est en substance la même dans les deux communications.
163. Ensuite, ainsi que déjà indiqué plus haut, le pacte permet à Electrabel, [...]*. Ainsi Electrabel est assurée d'avoir un contrôle exclusif durable: [...]*.
164. Dans ce contexte, il convient de considérer que [cet élément s'ajoutera à d'autres pour conclure éventuellement à l'existence d'un contrôle exclusif.]*

7) Conclusion

165. En conséquence, pour l'ensemble des raisons exposées dans la présente décision, il apparaît qu'Electrabel exerce bien un contrôle exclusif de fait sur la CNR depuis le 23 décembre 2003.
166. Il convient d'ailleurs de noter qu'Electrabel avait abouti à une conclusion similaire lors du projet de formulaire CO du 17 janvier 2008. En effet, Electrabel avait alors estimé qu'elle avait acquis le contrôle de fait de la CNR dès 2004 : "*à la lumière de la pratique décisionnelle de la Commission, ce contrôle exclusif de fait semble exister depuis 2004, date où la part d'Electrabel dans les droits de vote est passée de 16,88% à 47,92%*"⁷³. Elle avait confirmé cette analyse, dans des termes plus catégoriques, plus loin dans le même document à l'issue des développements portant sur le contrôle, en concluant "*dans ces circonstances et à la lumière de la pratique décisionnelle de la Commission, les parties considèrent aujourd'hui qu'Electrabel détient le contrôle exclusif de fait de la CNR depuis 2004*"⁷⁴. Il y a lieu de noter que l'envoi de ce projet n'avait été assorti d'aucune réserve.
167. Il convient également de souligner la non pertinence des trois éléments prétendument nouveaux intervenus entre fin 2006 et juillet 2007 et qu'Electrabel invoque pour conclure que son contrôle de fait sur la CNR n'intervient qu'en 2007⁷⁵ : (i) la décision des services comptables d'Electrabel, fin 2006, de consolider la participation dans la CNR par la méthode de l'intégration globale et non plus par mise en équivalence, (ii) une lettre de la commission française de régulation de l'énergie (CRE) du 5 juillet 2007 estimant que la CNR et Electrabel étaient des entreprises liées, et (iii) l'AG de la CNR du 8 juin 2007 confirmant qu'Electrabel y détenait la majorité de fait.
168. Tout d'abord, en ce qui concerne le changement de méthode de consolidation de la CNR dans les comptes consolidés d'Electrabel, il s'agit d'une décision propre à

⁷² [...] de la communication du 10 juillet 2007: "[...]*".

⁷³ Projet de formulaire CO du 17 janvier 2008, page 18.

⁷⁴ Projet de formulaire CO du 17 janvier 2008, page 27.

⁷⁵ Voir la lettre d'Electrabel en date du 9 août 2007, précitée : "*Les récentes modifications intervenues dans le mode d'exploitation et l'organisation industrielle de la CNR ont conduit Electrabel à consolider cette participation par la méthode de l'intégration globale pour l'établissement de ses comptes 2006, alors qu'elle appliquait auparavant la méthode de la mise en équivalence. La dernière assemblée générale de la CNR, qui s'est tenue le 28 juin dernier, a confirmé que jusqu'à présent, Electrabel a pu de fait réunir la majorité des voix sur ses propositions. En outre, la Commission française de régulation de l'énergie a considéré en juillet dernier qu'Electrabel et la CNR étaient des entreprises liées au sens de la loi sur le service public de l'énergie et du gaz*". Voir également le formulaire CO aux points 111 à 115.

Electrabel, qui ne constitue en rien un nouveau fait indépendant de la volonté de cette dernière.

169. Ensuite, l'analyse de la CRE ne se fonde que sur la simple constatation qu'Electrabel consolide globalement la CNR à compter de l'exercice 2006⁷⁶. De surcroît, la CRE est une autorité de droit national, sans compétences dans le domaine du droit de la concurrence communautaire. En conséquence cette décision de la CRE ne peut constituer en soi un fait nouveau pouvant être retenu.
170. Enfin, l'AG de la CNR du 8 juin 2007 ne saurait être invoquée pour conclure qu'elle a déterminé l'existence d'un contrôle d'Electrabel sur la CNR ou que cela ne pouvait être constaté qu'a posteriori, comme cela a été souligné aux points 53 à 58.
171. De fait il peut être noté qu'aucun changement significatif dans la gouvernance de la CNR n'est intervenu entre le 23 décembre 2003 et le 9 août 2007 (date à laquelle Electrabel a consulté la Commission). En effet, Electrabel n'a augmenté que très légèrement sa participation dans la CNR, c'est-à-dire de 0,03% (passant de 49,95% à 49,98% du capital, et ses droits de vote c'est-à-dire de 0,05% passant de 47,92% à 47,97%, et les mêmes organes dirigeants (directoire et conseil de surveillance) sont restés en place. En outre, les dispositions pertinentes de la loi Murcef sont restées en vigueur de manière ininterrompue et sans modifications depuis 2001, et sont toujours applicables.
172. Electrabel n'a donc pas satisfait aux obligations qui lui incombent au titre du règlement (CEE) n° 4064/89. Les éléments mentionnés ci-dessus démontrent qu'Electrabel a, à tout le moins, fait preuve de négligence en mettant en œuvre dès le 23 décembre 2003 une concentration de dimension communautaire consistant en la prise de contrôle exclusif de la CNR et en ne saisissant la Commission de cette opération qu'en août 2007.
173. De ce fait, Electrabel, qui n'a pas demandé à bénéficier de la dérogation prévue à l'article 7, paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 4064/89, a commis une infraction, non prescrite, à l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CEE) n°4064/89, en vertu duquel une concentration qui relève du champ d'application dudit règlement ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun.

IV. DECISION D'IMPOSER DES AMENDES

174. Pour les raisons évoquées ci-dessus, la Commission conclut qu'Electrabel a acquis le contrôle exclusif de la CNR le 23 décembre 2003. De ce fait, Electrabel a mis en œuvre une opération de concentration de dimension communautaire à compter du 23 décembre 2003, en violation de l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89.
175. En vertu de l'article 14, paragraphe 2, point b) du règlement (CEE) n° 4064/89, la Commission peut infliger aux entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées au sens de l'article 5,

⁷⁶ Lettre de la CRE du 5 juillet 2007 à l'attention d'Electrabel France, ayant pour objet la compensation des charges du TaRTAM – T1 2007: "(...) au regard des informations dont elle dispose, en particulier la note 35 des comptes consolidés exposés dans le rapport annuel 2006 de la société Electrabel SA, la CRE considère que la société Electrabel France doit être regardée comme liée à la Compagnie Nationale du Rhône (CNR) au sens de l'article 30-2 de la loi du 9 août 2004. En effet, d'après cette note, c'est la situation de contrôle de fait d'Electrabel SA sur CNR qui a justifié la consolidation de CNR par intégration globale dans les comptes d'Electrabel SA, qui contrôle Electrabel France."

lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles réalisent une opération de concentration en ne respectant pas l'article 7 paragraphe 1 dudit règlement.

176. L'article 14, paragraphe 2, point b) du règlement (CE) 139/2004 prévoit également que la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises concernées des amendes jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées au sens de l'article 5, lorsque de propos délibéré ou par négligence, elles réalisent une concentration en violation de l'article 7 dudit règlement.
177. Le règlement (CEE) n° 4064/89 et le règlement (CE) n°139/2004 prévoient donc la même sanction pour l'infraction à l'article 7 consistant en la mise en œuvre d'une concentration avant qu'elle n'ait été déclarée compatible par la Commission. Dans ce contexte, Electrabel ne saurait invoquer l'application d'une disposition postérieure moins sévère.
178. Par ailleurs, selon l'article premier du règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne⁷⁷, le délai de prescription en matière de poursuites est (i) de trois ans en ce qui concerne les infractions relatives aux demandes ou notifications des entreprises ou associations d'entreprises, à la recherche de renseignements ou à l'exécution de vérifications et (ii) de cinq ans pour les autres infractions.
179. Par conséquent, en vertu de l'article premier du règlement (CEE) n° 2988/74 le délai de prescription est de cinq ans pour ce qui concerne une infraction à l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89.
180. En outre, l'article 2 du règlement (CEE) n° 2988/74 dispose que la prescription en matière de poursuites est interrompue par tout acte de la Commission visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction. La Commission a envoyé, sur la base de l'article 11, paragraphe 2 du règlement (CE) n°139/2004, une première demande de renseignements à Electrabel le 17 juin 2008 visant à l'instruction de ladite infraction, puis la communication des griefs le 17 décembre 2008. Le délai de prescription de l'infraction à l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89a donc été interrompu par la demande de renseignements du 17 juin 2008 et par la communication des griefs le 17 décembre 2008.
181. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel critique le fait que celle-ci ne fournit aucune explication de nature à justifier que, des deux délais alternatifs, le délai applicable à l'infraction alléguée est celui de cinq ans pour les "autres infractions" et non celui de trois ans pour "les infractions relatives aux notifications des entreprises". Electrabel reconnaît toutefois que ce règlement semble instaurer une distinction entre infractions procédurales et infractions substantielles.
182. A ce propos, il y a lieu de constater que l'infraction consistant à mettre en œuvre une concentration en violation de l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89 ne concerne pas le simple défaut de notification, mais un comportement qui produit une modification structurelle des conditions de concurrence. Il convient également de noter que le règlement (CEE) n° 4064/89 traite différemment du point de vue des amendes les infractions à l'article 4 relatif à l'obligation de notification (amende de 1 000 à 50 000 euros) et les infractions à l'article 7 (amende jusqu'à

⁷⁷ JO L 319 du 29.11.1974, p.1.

concurrence de 10% du chiffre d'affaires total). Ceci confirme que les infractions à l'article 7 sont de nature substantielle (comme les autres infractions soumises à une amende jusqu'à concurrence de 10% du chiffres d'affaires) plutôt que procédurale. L'objection d'Electrabel n'est donc pas fondée.

183. Compte tenu des éléments qui précèdent, l'infraction commise par Electrabel n'est pas prescrite.
184. En vertu de l'article 14, paragraphe 3 du règlement (CEE) n° 4064/89, lorsqu'elle détermine le montant de l'amende, la Commission tient compte de la nature et de la gravité de l'infraction. La Commission tient également compte de la durée de l'infraction et des circonstances aggravantes et atténuantes éventuelles.
185. A titre complémentaire, l'imposition d'amendes pour mise en œuvre d'une opération de concentration en l'absence de notification n'est pas inédite. En effet, la Commission a, à deux reprises, imposé des amendes pour ces raisons : dans la décision du 18 février 1998 relative à l'affaire IV/M.920 *Samsung/AST*⁷⁸ et dans la décision du 10 février 1999 relative à l'affaire IV/M.969 *A.P. Møller*.⁷⁹

1) Nature de l'infraction

186. Le considérant 17 du règlement (CEE) n° 4064/89 précise que "*pour assurer une surveillance efficace, il y lieu d'obliger les entreprises à notifier préalablement leurs opérations de concentration qui ont une dimension communautaire ainsi que de suspendre leur réalisation pendant une période limitée, tout en aménageant la possibilité de proroger cette suspension ou d'y déroger si nécessaire (...)*".
187. En subordonnant à une notification et une autorisation préalables les concentrations de dimension communautaire, le législateur communautaire a entendu assurer l'effectivité du contrôle des concentrations de dimension communautaire par la Commission, en permettant à cette dernière, le cas échéant, d'empêcher la réalisation de ces concentrations avant qu'une décision finale n'ait été adoptée et, partant, de prévenir des atteintes irréparables et permanentes à la concurrence.
188. La Commission considère donc que l'infraction commise par Electrabel est sérieuse en ce qu'elle compromet l'effectivité des dispositions en matière de contrôle communautaire des concentrations.
189. Dans sa décision dans l'affaire *A.P. Møller*, la Commission a souligné que "*la Commission a le devoir de faire respecter le principe fondamental selon lequel les entreprises doivent être dissuadées de réaliser des concentrations relevant du règlement sur les concentrations sans les notifier préalablement, et elle se doit par conséquent d'utiliser les pouvoirs qui lui sont conférés à cet effet par le Conseil*"⁸⁰.
190. Dans ce contexte, une entreprise mettant en œuvre une concentration de dimension communautaire sans en avoir obtenu l'autorisation, se soustrait unilatéralement à un

⁷⁸ JO L 225 du 26.8.1999, p.12

⁷⁹ JO L 183 du 17.7.199, p.29.

⁸⁰ Décision de la Commission du 10 février 1999 dans l'affaire IV/M.969 - *A.P. Møller*, paragraphe 22.

contrôle préalable obligatoire, que le législateur a confié à la compétence exclusive de la Commission⁸¹ et fragilise ainsi l'ordre juridique communautaire.

191. En conclusion, toute infraction à l'Article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89 est par nature une infraction sérieuse.

2) Gravité de l'infraction

192. Dans sa réponse à la communication des griefs⁸², Electrabel considère que le caractère sérieux ou non d'une infraction doit être apprécié au regard des effets de l'opération sur la concurrence. En conséquence, selon Electrabel, une infraction à l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89 ne saurait être considérée comme sérieuse si la transaction mise en œuvre sans autorisation n'entraîne pas de dommage permanent et irréparable à la concurrence.

193. Il faut rappeler que, par nature, l'infraction visée porte atteinte au principe même du système communautaire de contrôle des concentrations, c'est-à-dire celui d'un contrôle ex-ante. Contrairement à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE, le législateur communautaire a expressément conféré à la Commission le monopole de l'examen des concentrations de dimension communautaire, avant leur mise en œuvre. C'est dès lors pour protéger ce principe qu'il a prévu la possibilité d'amendes lourdes en cas d'infraction, allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires.

194. La Commission considère que la présence d'un dommage concurrentiel rendrait effectivement l'infraction plus sérieuse et l'absence d'un tel dommage concurrentiel dans la présente affaire est un élément important à prendre en compte pour fixer le montant de l'amende. Toutefois, le fait que la transaction n'ait pas posé de problèmes de concurrence n'est pas de nature à affecter le caractère sérieux de l'infraction⁸³.

195. Par ailleurs, la Commission considère qu'Electrabel a fait preuve de négligence en l'espèce pour les raisons suivantes :

a) *Electrabel est une entreprise importante*

196. Il convient d'abord de relever qu'Electrabel est une entreprise importante, et qui dispose de moyens d'analyse juridique substantiels.

197. C'est également une entreprise qui, de même que sa société mère Suez (tête du groupe Suez), a été confrontée à de nombreuses reprises aux obligations qui découlent du droit communautaire, et en particulier au contrôle communautaire des concentrations entre entreprises depuis que celui-ci existe. Ainsi plusieurs décisions de la Commission la concernant sont intervenues dans le domaine du contrôle des concentrations, qu'Electrabel ait été partie notifiant directe⁸⁴, ou indirecte⁸⁵. C'est

⁸¹ Voir, à ce propos, les arrêts de la Cour du 25 septembre 2003, *Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commission* (C-170/02, Rec. p. I-9889 point 32) et du 22 juin 2004, *Portugal/Commission* (C-42/01, Rec. p. I-6079, point 50).

⁸² Points 159 et 160 de la réponse à la notification des griefs

⁸³ Voir notamment la décision de la Commission dans l'affaire COMP/M.2624 *BP/Erdölchemie*, point 51.

⁸⁴ Voir les affaires COMP/M.3003 - *Electrabel/Energia Italiana/Interpower*, COMP/M.2712 - *Electrabel/TotalFinaElf/Photovoltech*, et COMP/M.1803 - *Electrabel/EPON*.

donc une entreprise qui connaît le droit communautaire des concentrations et dispose des moyens juridiques adéquats pour s'interroger sur la nécessité de notifier une opération de concentration⁸⁶.

b) L'acquisition de contrôle était prévisible

198. Ainsi qu'exposé notamment aux paragraphes 53 à 56 ci-dessus, les dispositions en matière de contrôle communautaire des concentrations applicables en 2003, pour ce qui concerne l'acquisition d'une participation minoritaire conférant le contrôle de fait, étaient claires et inconditionnelles, tant à la lecture du point 14 de la communication du 2 mars 1998 que de la pratique décisionnelle de la Commission.
199. Au cas d'espèce, compte tenu des éléments évoqués ci-dessus, et en particulier la détention dès le 23 décembre 2003 de parts en capital et en droits de vote aussi importantes face à un actionnariat autre que la CDC très dispersé, Electrabel ne pouvait manifestement pas (i) soit ignorer qu'elle détenait le contrôle exclusif de la CNR, (ii) soit, à tout le moins, s'interroger sur cette éventualité, ce qui aurait dû la pousser, comme il est d'usage (usage avec lequel une entreprise de l'envergure d'Electrabel est familière), à consulter la Commission⁸⁷.
200. Il faut aussi souligner que la CNR est une entreprise importante (deuxième producteur d'électricité en France avec un chiffre d'affaires de 401 millions d'euros en 2002 et de 553 millions en 2003) et que l'acquisition de la participation détenue par EDF dans la CNR découlait précisément des engagements donnés par EDF à la Commission européenne dans l'affaire M.1853 *EDF/EnBW*.

⁸⁵ Voir par exemple l'affaire COMP/M.4180 - *GDF/Suez* notifiée le 10 mai 2006 à la Commission. Voir en particulier l'affaire IV/M.343 - *Société Générale de Belgique/Générale de Banque* (dans laquelle le groupe Suez était la partie notifiante), où il a été établi que le passage d'une part au capital de 20,94% à 25,96% était de nature à entraîner un changement de détention du contrôle. Il convient de noter tout particulièrement que cette affaire (i) est citée en référence au point 59 portant sur la notion de contrôle exclusif de fait de la communication du 10 juillet 2007 et (ii) qu'elle était déjà citée au paragraphe 14 de la communication du 2 mars 1998 de la Communication Concentration, et ce alors qu'elle se caractérisait par une participation au capital d'une ampleur bien moindre que celle qui concerne le cas d'espèce. Il convient également de souligner que l'affaire IV/M.343 - *Société Générale de Belgique/Générale de Banque* était particulièrement bien connue de Suez puisque la Société Générale de Belgique était précisément une filiale de la Compagnie de Suez (dénomination du groupe Suez à l'époque).

⁸⁶ Voir en particulier la décision de la Commission du 10 février 1999 dans l'affaire IV/M.969 *A.P. Møller*, au paragraphe 14 : "*Pour l'appréciation du comportement de A.P. Møller, il faut rappeler qu'il s'agit d'une entreprise européenne de très grande taille exerçant des activités d'envergure en Europe, que cette société était et est encore impliquée dans des affaires de concurrence, à la fois comme plaignante et comme partie défenderesse, et qu'elle se fait assister par des experts. A.P. Møller est membre de la Shipping Association, qui possède un bureau à Bruxelles et dispense des conseils à ses membres. A.P. Møller dispose de plus de son propre service juridique en son siège de Copenhague. Elle est donc censée être au courant - et même avoir une bonne connaissance - du droit communautaire, y compris en ce qui concerne le contrôle des concentrations, et possède manifestement les moyens d'obtenir des conseils juridiques afin de déterminer ou, tout au moins, d'examiner si, en raison de sa structure, certaines de ses opérations devraient être notifiées. En outre, le règlement sur les concentrations et la communication de la Commission sont clairs en ce qui concerne l'interprétation à donner à la notion de groupe. Il semble par conséquent raisonnable de considérer que A.P. Møller aurait dû se montrer plus informée et respectueuse de ses obligations légales.*"

⁸⁷ Voir en particulier le paragraphe 6 de la Communication de la DG Concurrence relative aux meilleures pratiques en matière de procédure de contrôle des concentrations (<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>).

201. Dans ce contexte, si, comme elle le soutient, Electrabel avait pris pleinement en compte la pratique décisionnelle établie de la Commission en la matière⁸⁸, c'est bien dès le mois de décembre 2003 qu'elle aurait dû saisir la Commission, le cas échéant dans le cadre d'une consultation comme elle a fait en 2007.
202. Electrabel pouvait d'autant mieux prendre ses dispositions pour consulter rapidement la Commission qu'elle savait dès le mois de juillet 2003, ainsi que cela est indiqué plus haut, qu'elle allait acquérir la participation d'EDF. Cela est non seulement reflété par le pacte signé le 24 juillet 2003 mais également par la composition du directoire et du conseil de surveillance, désignés le 8 juillet 2003, reflétant une mise en œuvre anticipée du pacte.
203. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel affirme que l'infraction alléguée par la Commission représente tout au plus une simple erreur de sa part, dont la gravité doit être appréciée au regard de la complexité de l'analyse juridique et factuelle que nécessitait l'établissement d'un contrôle exclusif de fait en l'espèce⁸⁹. Lors de l'audition, Electrabel a déclaré que, à l'époque, elle s'était interrogée sur la nécessité de notifier l'opération ou, à tout le moins, de consulter la Commission sur ce sujet mais qu'elle avait finalement décidé de ne le pas faire.
204. Pour les raisons déjà explicitées tout au long de la présente décision, la Commission maintient que l'acquisition du contrôle était claire au 23 décembre 2003. Toutefois, même en supposant que l'établissement du contrôle eût été "*extrêmement complexe*" (*quod non*), le comportement approprié et usuel d'une société confrontée à l'application du règlement (CEE) n° 4064/89 (et du règlement (CE) n°139/2004) aurait dû être précisément d'au moins consulter la Commission. En conséquence, la Commission considère qu'Electrabel est coupable de négligence, comme exigé ("*lorsque, de propos délibéré ou par négligence*") par l'article 14, paragraphe 2 du règlement (CEE) n° 4064/89.

c) Existence de précédents

205. Contrairement à l'époque où les décisions de la Commission dans les affaires *Samsung/AST* et *A.P. Møller* ont été adoptées, dans le cas présent le règlement (CEE) n° 4064/89 était déjà en vigueur depuis une longue période (plus de 13 ans au 23 décembre 2003) et la Commission avait déjà poursuivi des entreprises et imposé à leur encontre des amendes pour violation de l'article 7, paragraphe 1 dudit règlement. De même, la Commission a adopté plusieurs autres décisions sur la base de l'article 14 dudit règlement, lequel est très clair quant à son champ d'application et aux pouvoirs conférés à la Commission.
206. Electrabel ne peut donc se prévaloir d'une quelconque absence d'expérience ou de pratique décisionnelle, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre des articles 7 et 14 du règlement (CEE) n° 4064/89.

⁸⁸ Telle que précisée dans la communication du 2 mars 1998, point 14, et confirmée par la communication du 10 juillet 2007, point 59.

⁸⁹ Paragraphes 164 à 168 de la réponse à la notification des griefs.

3) Durée de l'infraction

207. Electrabel a acquis le contrôle exclusif de la CNR le 23 décembre 2003. Le 9 août 2007, Electrabel a contacté la Commission et a commencé à lui fournir l'ensemble des éléments nécessaires (i) à l'appréciation de l'existence d'une concentration de dimension communautaire, et (ii) à la préparation du dossier de notification.
208. Dans sa réponse à la communication des griefs, Electrabel soutient que la durée de l'infraction, à supposer qu'une telle infraction existe, devrait être significativement réduite car la date de début devrait être 2006 dans la mesure où la plupart des éléments permettant d'établir l'acquisition du contrôle dans la communication des griefs seraient postérieurs à décembre 2003; en tout état de cause, le contrôle devrait être considéré comme étant acquis le 29 juin 2004 au plus tôt, date de la première assemblée générale des actionnaires après qu'Electrabel eut acquis la participation d'EDF.
209. S'agissant de la date à laquelle l'infraction alléguée a pris fin, Electrabel considère que la prise en compte du temps écoulé entre la première prise de contact avec la Commission (le 9 août 2007) et la date de la notification formelle de l'opération (le 26 mars 2008) est totalement injustifiée. En effet, Electrabel souligne qu'elle a contacté la Commission dès le 9 août 2007 et qu'elle a commencé dès cette date à fournir à la Commission toutes les informations nécessaires à son analyse⁹⁰.
210. En ce qui concerne le début de l'infraction, la Commission estime qu'il doit être fixé à la date à laquelle Electrabel a réalisé l'acquisition de la participation d'EDF, qui lui a conféré un contrôle de fait sur l'AG, soit le 23 décembre 2003. En tout état de cause, Electrabel contrôlait déjà le directoire de la CNR depuis l'AG et la réunion du conseil de surveillance de la CNR de juin 2003, de manière anticipée par rapport aux dispositions du pacte conclu avec la CDC en juillet 2003.
211. En ce qui concerne la fin de l'infraction, la Commission note que, une fois qu'une opération de concentration a été mise en œuvre et aussi longtemps qu'elle est en place, une infraction à l'article 7 ne peut prendre fin que lorsque la Commission l'autorise ou, le cas échéant, accorde une dérogation.
212. Electrabel n'a pas demandé à bénéficier de la dérogation prévue à l'article 7, paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 4064/89, ni préalablement ni postérieurement à la consultation entamée à compter du 9 août 2007. La durée de l'infraction, consistant en la mise en œuvre sans autorisation de l'acquisition du contrôle exclusif sur la CNR, est donc de quatre années, quatre mois et sept jours jusqu'à la date d'autorisation de la concentration par la Commission.
213. A cet égard, il peut être noté qu'une période substantielle s'est écoulée, d'une part, entre la date à laquelle Electrabel a acquis le contrôle exclusif de la CNR (23 décembre 2003) et la date à laquelle elle en a informé la Commission (9 août 2007), et, d'autre part entre la date à laquelle Electrabel a informé la Commission (9 août 2007) et la date à laquelle elle a notifié l'opération (26 mars 2008).
214. Le temps mis par Electrabel pour notifier l'opération est d'autant plus long que ladite opération concernait pour l'essentiel des marchés de l'énergie qui avaient déjà récemment fait l'objet d'un examen approfondi par le groupe Suez dans le cadre de la fusion entre GDF et Suez (notifiée le 10 mai 2006 à la Commission et ayant fait l'objet d'une décision de la Commission le 14 novembre 2006). Ainsi, par exemple, entre la lettre d'Electrabel du 9 août 2007 et le premier projet de formulaire CO,

⁹⁰ Paragraphe 180 de la réponse à la communication des griefs.

communiqué le 7 décembre 2007 aux services de la Commission, près de quatre mois se sont écoulés.

215. Toutefois, même si la concentration n'a été notifiée que le 26 mars 2008 et approuvée par la Commission le 29 avril 2008, la Commission, dans le cadre de sa discrétion et sans préjudice de sa position de principe, ne prend pas en considération la période couvrant la pré-notification et l'examen de la présente concentration. Elle décide donc de constater l'existence d'une infraction uniquement jusqu'au 9 août 2007.
216. La période à prendre en compte par la Commission pour la fixation de l'amende dans la présente affaire (soit trois années, sept mois et dix sept jours) représente une durée très importante dès lors que, comme déjà indiqué, aucun changement significatif n'est intervenu entre décembre 2003 et août 2007, qu'il s'agisse (i) de la part au capital et en droits de vote détenus par Electrabel au sein de la CNR, (ii) de la composition des organes dirigeants (directoire et conseil de surveillance) en place, (iii) ou de tout autre élément de nature à remettre en cause la détention, par Electrabel, d'un contrôle exclusif sur la CNR.
217. Dans sa décision précitée dans l'affaire IV/M.969 - *A.P. Møller*, la Commission avait estimé que le risque d'un effet préjudiciable sur les consommateurs augmente avec la durée de l'infraction et que dans ce cas, alors même que la durée était inférieure à celle du cas faisant l'objet de la présente décision, l'infraction avait été d'une durée considérable⁹¹.

4) Circonstances atténuantes

a) Electrabel a saisi la Commission de sa propre initiative

218. La Commission note que c'est de sa propre initiative qu'Electrabel l'a saisie le 9 août 2007 et que ce fait constitue une circonstance atténuante. Il faut toutefois souligner qu'Electrabel a saisi la Commission plus de trois ans et demi après l'acquisition de la participation d'EDF.

b) Coopération avec la Commission

219. Electrabel affirme qu'elle a ensuite pleinement coopéré avec la Commission tout au long de la procédure de notification et au delà, répondant dans les meilleurs délais et de façon très complète à toutes les demandes d'informations de la Commission. La Commission a reconnu la coopération d'Electrabel dans la communication des griefs. Il faut toutefois noter la longue durée de la période de pré-notification en l'espèce, Electrabel n'ayant soumis un premier projet de formulaire CO que le 7 décembre 2007, soit près de quatre mois après avoir saisi la Commission.

c) Non-occultation de la participation dans la CNR

220. Electrabel souligne qu'elle n'a jamais cherché à cacher, au cours de la période 2004-2007, le niveau de sa participation dans la CNR et son implication dans les activités de cette dernière, et estime que cela constitue une circonstance atténuante.

⁹¹ Décision de la Commission du 10 février 1999 dans l'affaire IV/M.969 *A.P. Møller*, paragraphe 19.

221. Le fait qu'Electrabel n'ait pas occulté sa participation et son implication au sein de la CNR, notamment dans le cadre de la notification de l'affaire COMP M.4180 - GDF/Suez, ne saurait constituer une circonstance atténuante.
222. Le fait que la Commission n'ait pas effectué d'investigation sur cet aspect ne saurait faire bénéficier une telle situation d'une présomption de légalité. Electrabel, qui disposait de tous les éléments nécessaires pour analyser la situation de contrôle sur la CNR, a enfreint son obligation de suspendre la réalisation de ladite opération avant sa notification et l'obtention de l'autorisation de la Commission.
223. Au mieux, ce fait pourrait tendre à montrer qu'Electrabel considérait de bonne foi que sa participation dans la CNR ne lui conférait pas le contrôle de cette dernière. Toutefois, la Commission note que l'article 14 du règlement (CEE) n° 4064/89 ne requiert pas une intention pour qu'il y ait une infraction à l'article 7, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 4064/89, et estime donc le comportement d'Electrabel comme étant négligent et pas nécessairement de nature intentionnelle.

5) Circonstances aggravantes

224. En l'espèce, il n'y a lieu d'appliquer aucune circonstance aggravante.

6) Conclusion

225. En conclusion, Electrabel s'est rendue coupable d'une infraction sérieuse. Cette infraction a été commise par une entreprise importante, familière des procédures en matière de contrôle des concentrations et disposant de moyens juridiques importants. Elle a été commise alors même que l'analyse de l'acquisition du contrôle ne présentait pas un caractère complexe. La Commission a cependant pleinement tenu compte de l'absence de dommages concurrentiels. La Commission note par ailleurs au titre de circonstance atténuante le fait qu'Electrabel a saisi volontairement la Commission et a répondu aux questions de la Commission.

V. MONTANT DES AMENDES

226. Lorsqu'elle décide de l'imposition d'amendes, la Commission prend en compte la nécessité pour les amendes de revêtir un caractère dissuasif. Dans le cas d'une entreprise de la taille d'Electrabel, il est nécessaire que l'amende soit significative pour que celle-ci puisse avoir un effet dissuasif.
227. Compte tenu de ce qui précède, afin de sanctionner l'infraction et d'éviter qu'elle ne se reproduise, et vu les circonstances spécifiques à la présente affaire, la Commission considère qu'il convient d'infliger une amende de 20 000 000 d'euros en application de l'article 14, paragraphe 2, point b) du règlement (CEE) n° 4064/89,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Electrabel S.A. a enfreint l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4064/89, en réalisant une opération de concentration de dimension communautaire avant de la notifier et avant qu'elle soit déclarée compatible avec le marché commun, pour la période comprise entre le 23 décembre 2003 et le 9 août 2007.

Article 2

Une amende de 20 000 000 d'euros est infligée à Electrabel S.A. pour l'infraction visée à l'article 1^{er}.

Article 3

L'amende infligée à l'article 2 est à payer en euros dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision sur le compte bancaire ouvert au nom de la Commission européenne auprès de la :

[...]*

A l'expiration de ce délai, des intérêts seront automatiquement dus au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement le premier jour du mois au cours duquel la présente décision a été adoptée, majoré de 3,5 points de pourcentage.

Article 4

Est destinataire de la présente décision :

Electrabel S.A.
Boulevard du Régent 8
B-1000 Bruxelles

La présente décision forme titre exécutoire conformément à l'article 256 du Traité CE et à l'Article 110 de l'accord EEE.

Fait à Bruxelles, le 10.06.2009

Par la Commission,
(signé)
Neelie KROES
Membre de la Commission