



HAL
open science

Mesures conservatoires : L'Autorité de la concurrence rejette une demande de mesures conservatoires dans le secteur de l'électricité (EDF/ANODE)

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. Mesures conservatoires : L'Autorité de la concurrence rejette une demande de mesures conservatoires dans le secteur de l'électricité (EDF/ANODE). *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2022, 2. hal-03639630

HAL Id: hal-03639630

<https://amu.hal.science/hal-03639630>

Submitted on 13 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Cartapanis
marie.cartapanis@univ-amu.fr
Maître de conférences
Université Aix-Marseille

Concurrences – 2/2022

Énergie – Abus de position dominante – Théorie des infrastructures essentielles – Mesures conservatoires : L’Autorité de la concurrence rejette une demande de mesures conservatoires dans le secteur de l’électricité (EDF/ANODE)

Autorité de la concurrence, Décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la fourniture d’électricité aux petits clients non résidentiels, n° 22-D-03, 18 janvier 2022

Au mois de septembre dernier, l’Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (l’ANODE) a saisi l’Autorité de la concurrence, se plaignant des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société *Électricité de France* [« EDF »] sur le marché de la fourniture d’électricité aux petits clients non résidentiels. Si le secteur de l’électricité, et notamment l’entreprise *EDF*, fait l’objet d’une attention particulière (v. en ce sens, la décision n° 22-D-06 du 22 février 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *EDF* dans le secteur de l’électricité, commentée dans la présente chronique et l’enquête « dans le secteur de l’énergie », n° 15/0010 E), l’Autorité a toutefois estimé, sans qu’il soit nécessaire d’analyser les critères relatifs aux mesures conservatoires, que les faits invoqués par l’ANODE n’étaient pas appuyés d’éléments suffisamment probants pour étayer l’existence des pratiques dénoncées.

Le secteur de l’électricité s’organise autour de quatre grands pôles : la production, le transport, la distribution et la commercialisation de l’électricité. La saisine concernait les activités de commercialisation de l’électricité, et, plus particulièrement, l’activité de fourniture au détail de l’électricité au consommateur final qui consiste à leur vendre de l’électricité achetée en gros ou produite par le fournisseur.

Or, l’ouverture à la concurrence de cette activité, engagée sur le fondement de la directive n° 96/92/CE du 19 décembre 1996, a permis d’instaurer le principe de libre choix du fournisseur dans l’activité de détail. Mais, parallèlement à cette libéralisation, les pouvoirs publics français ont maintenu l’existence de tarifs réglementés de vente au détail, fixés en application des articles L. 337-4 et s. du Code de l’énergie. Cette fourniture d’énergie aux tarifs réglementés relève des opérateurs historiques et, notamment, d’*EDF* pour ce qui concerne la zone concernée (à savoir la zone de desserte d’*Enedis*, gestionnaire de réseau). En conséquence du maintien de ces tarifs réglementés, les consommateurs peuvent bénéficier, au choix, de deux offres : soit les offres aux tarifs de vente réglementée et proposées exclusivement par *EDF*, soit les offres dites « de marché », proposées par *EDF*, mais également par des fournisseurs alternatifs.

Mais la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l’énergie et au climat (loi « LEC »), transposant la directive 2019/944 du 5 juin 2019, a prévu qu’à compter du 1^{er} janvier 2021, certains sites devront être privés des tarifs réglementés, et les clients seront libres de souscrire des offres de marché chez le fournisseur de leur choix. Cette suppression des tarifs réglementés a été organisée

en plusieurs phases, dont une phase de transition en 2020. Au cours de cette étape, la réglementation française prévoyait que les fournisseurs historiques devaient informer les clients de la fin des tarifs réglementés et imposait une obligation à la charge des fournisseurs historiques d'accorder gratuitement à tout fournisseur alternatif l'accès aux données de contact, de consommation et de tarification des clients concernés par la fin des tarifs réglementés. Et cela, jusqu'au 31 décembre 2020 pour permettre la bascule d'un marché à l'autre. C'est précisément à partir de cette obligation que le litige est né.

Selon l'ANODE, qui représente des fournisseurs alternatifs d'électricité, *EDF* aurait abusé de sa position dominante à plusieurs égards : d'abord, en refusant aux fournisseurs alternatifs d'électricité l'accès à une base de données sur les clients concernés par la fin des tarifs réglementés de vente ; ensuite, en exploitant de manière abusive les données en sa possession ; et, enfin, en opérant une confusion des moyens de commercialisation.

Cette saisine au fond était assortie d'une demande de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce. Il était sollicité, notamment, une fourniture des données non personnelles (et personnelles sous réserve de la non-opposition des clients concernés) de l'ensemble des clients *EDF* qui étaient positionnés sur un basculement de fourniture d'électricité, d'une part, la suspension de l'activité de commercialisation des offres de marché, d'autre part, et, enfin, une communication grand public (sur des quotidiens nationaux) de la décision de mesures conservatoires.

Si l'Autorité de la concurrence ne remet pas en cause l'existence d'une position dominante, elle relève qu'aucun élément probant ne permet de caractériser un abus d'exploitation ou un abus d'éviction.

Sur la position dominante

On sait que, même en matière de mesures conservatoires, la définition adéquate du marché pertinent est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné.

En l'espèce, l'ANODE avançait l'existence d'un marché distinct de la collecte de données relatives aux clients en offre de bascule. Le fondement est double. D'abord, la plaignante s'appuyait sur l'arrêt *Magill* au terme duquel la Cour de justice avait retenu que des chaînes de télévision détenaient un monopole de fait sur les données brutes servant à confectionner les grilles de programme et que ces informations brutes étaient indispensables à l'activité de ladite entreprise sur le marché dérivé des guides hebdomadaires de télévision (CJUE, 6 avril 1995, *Magill*, Aff. jtes, C-241/91 P et C-242/91 P). Étaient ensuite invoquées deux décisions françaises relatives à la société *Automobiles Citroën*, et qui avaient retenu l'existence d'un marché spécifique des informations techniques relatives aux véhicules de marque *Citroën* (ADLC, Déc. n° 06-D-27 du 20 septembre 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés *Autodistribution* et *ADN* et à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société *Automobiles Citroën* ; ADLC, déc. n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Automobiles Citroën*). L'Autorité écarte l'argument, estimant qu'au cas d'espèce l'analyse concurrentielle aurait été inchangée. En conséquence, il convenait de retenir un marché national de produits unique, composé d'un segment dit « d'offres aux tarifs réglementés de vente » et d'un segment dit « d'offres de marché ».

Sur ce marché, la position dominante d'*EDF* ne fait nullement débat : *EDF* détenait, au 30 juin 2021, des parts de marché de 59 % en volume de consommation et de 65 % en nombre de sites. Ainsi, et malgré un recul constaté depuis 2015, les parts de marché d'*EDF* restent très significatives, et ce, plus de 16 ans après l'ouverture du secteur à la concurrence. Cela est d'autant plus vrai que

36 fournisseurs alternatifs se partageaient le reste du marché. *EDF* peut donc être considérée comme étant en position dominante sur le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits sites non résidentiels.

Chacun sait que lorsque la position dominante d'une entreprise est avérée, entre en jeu sa responsabilité particulière (CJCE, aff. 322/81, 9 novembre 1983, Michelin). Et déjà au stade d'une demande de mesures conservatoires, l'Autorité de la concurrence est tenue d'évaluer si la pratique en cause porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou, le cas échéant, à l'entreprise plaignante. Toutefois, en l'espèce, les faits invoqués par l'ANODE n'étaient appuyés par aucun élément suffisamment probant et permettant d'étayer l'existence des pratiques dénoncées.

Sur l'abus d'exploitation

L'association reprochait d'abord à *EDF* d'avoir exploité de manière abusive sa position dominante. Deux comportements étaient visés.

Premièrement, l'association reprochait à *EDF* d'avoir utilisé sa base de données relative aux clients pour élaborer sa politique tarifaire en vue d'une modification des prix et pour optimiser sa stratégie d'approvisionnement et de couverture future (pt. 144 de la décision). L'Autorité estime cependant à ce sujet que le traitement des données découle de l'obligation, pour *EDF*, de prévoir une estimation de l'évolution de son portefeuille de clients et de leur consommation afin de répondre à leurs besoins (pt. 152 de la décision).

Deuxièmement, il était fait grief à *EDF* une confusion générale des moyens lors de la commercialisation des offres de marché par *EDF*. En effet, lorsqu'une entreprise disposant d'un monopole légal ou en charge d'une mission de service public utilise les mêmes moyens matériels et les mêmes équipes commerciales pour ses activités en monopole ou de service public, d'une part, et pour des prestations en régime concurrentiel, d'autre part, un tel comportement doit être analysé comme l'utilisation abusive d'un avantage non reproductible, lorsque cette organisation génère dans l'esprit des clients une confusion entre ces différents services et prestations. Le comportement peut donc être qualifié d'abusif lorsque la confusion est entretenue entre les activités en monopole et celles en concurrence ou lorsque les équipes commerciales se prévalent d'un statut d'opérateur public pour ensuite proposer des services non couverts par ce statut. En l'espèce, cependant, *EDF* avait pris des précautions pour distinguer ses équipes commerciales dédiées aux clients en TRV (Tarif réglementé de vente) de celles dédiées au démarchage de clients à conquérir en offres de marché (pt. 161 de la décision).

Sur le refus de contracter et la théorie des infrastructures essentielles

Outre l'abus d'exploitation, l'association se plaignait également d'un abus d'éviction consistant dans un refus d'accès à la base de données. Selon la plaignante, en effet, les données litigieuses n'avaient pas été acquises par *EDF* dans le cadre d'une concurrence par les mérites, mais résultaient « *de l'héritage de son statut d'ancien monopole du secteur de la fourniture d'électricité et de son actuelle mission de service public de fourniture d'Offre de bascule (ex-TRV)* » et « *du seul effet de la loi* » (pt. 86 de la décision). Dans ce contexte, l'association convoquait la théorie des infrastructures essentielles. D'une part, les données litigieuses présentaient le caractère de données indispensables pour les opérateurs alternatifs pour démarcher les clients. D'autre part, les données litigieuses ne pouvaient pas être répliquées, car il n'existe aucune base de données, même payante, permettant d'identifier les clients positionnés sur des offres de bascule (pt. 87 de la décision) alors même que le partage était économiquement et techniquement possible. Les effets d'éviction, selon l'ANODE auraient été décuplés sous l'effet de la crise sanitaire, laquelle aurait limité la communication des pouvoirs publics et empêché les clients de souscrire à des offres de marché.

Les arguments n'ont cependant pas convaincu, en première analyse, l'Autorité de la concurrence.

À ce sujet, rappelons que les pratiques visées sont examinées en priorité lorsque trois conditions sont réunies : i) le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval ; ii) le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval ; et, iii) le refus est susceptible de léser le consommateur. L'on sait également qu'une intervention fondée sur le droit de la concurrence doit être soigneusement pesée lorsque l'application de l'article 102 TFUE risque de déboucher sur l'imposition d'une obligation de fourniture à l'entreprise dominante (Comm. CE, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 75). En conséquence, la jurisprudence a posé des standards de preuve élevés pour imposer des obligations de fourniture à une entreprise en position dominante.

Mais lorsque l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché grâce à des droits spéciaux ou exclusifs, le standard de la preuve est allégé. Aussi, pour démontrer que le refus de fourniture est abusif, l'autorité de concurrence « *n'a aucune raison de s'écarter de son approche générale fondée sur la démonstration de la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle sans devoir examiner si les trois circonstances visées au point 81 sont réunies* », car, dans ce cas, « *l'imposition d'une obligation de fourniture n'aura manifestement aucun effet négatif sur la propension du propriétaire des intrants et/ou d'autres opérateurs à investir et à innover en amont, que ce soit ex ante ou ex post* » (Comm. CE, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 82). C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a rappelé que même en l'absence de facilité essentielle « *un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il fausse de manière sensible le jeu de la concurrence* » (CA Paris, 22 fév. 2005, CT0175, Société des abattoirs de Laval). Le refus d'accès portant sur la base de données client opposée par EDF relevait-il de ces circonstances ?

En l'espèce, l'Autorité admet que les données litigieuses ne sont pas intégralement reproductibles par les concurrents d'EDF et présentent un caractère stratégique (pts 112 et s. de la décision). Elles permettent en effet aux fournisseurs d'électricité de faire des propositions commerciales adaptées aux besoins des consommateurs concernés.

Toutefois, aucun élément probant ne permet de démontrer un effet d'éviction. L'Autorité relève en effet que durant l'année 2020, l'animation concurrentielle du marché a été effective. Les fournisseurs alternatifs ont eu un égal accès à la base de données des clients concernés par la fin des tarifs réglementés (pt. 120 de la décision) et ont reçu une information neutre, compréhensible et visible des offres de marché et de l'existence d'un comparateur d'offres (pt. 123 de la décision).

Par ailleurs, l'Autorité observe que les clients ne se sont pas captifs et peuvent changer aisément de fournisseur (pt. 129 de la décision). L'éviction n'est d'ailleurs pas observable puisqu'en 2021, alors même que les opérateurs alternatifs n'avaient plus accès à la base de données litigieuse, près de 36 043 sites ont souscrit une nouvelle offre de marché auprès des fournisseurs alternatifs (50 % environ des sites en CST) de sorte que les fournisseurs alternatifs ont exercé une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante (pt. 134 de la décision).

Les arguments liés à la crise sanitaire ne convainquent pas davantage : l'Autorité estime que son impact demeure minime et ne saurait rendre abusifs les refus d'EDF en 2021 (pt. 139 de la décision). En conclusion, aucun élément probant ne permettait d'établir que les refus d'accès opposés en 2021 par EDF aux fournisseurs alternatifs seraient susceptibles de constituer un abus de position dominante (pt. 143 de la décision) et il n'était pas nécessaire d'analyser les critères relatifs aux mesures conservatoires. La saisine est donc rejetée.