



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur historique pour abus de position dominante dans le secteur de l'énergie, mais réduit considérablement l'amende à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs assortie d'engagements (ENGIE / EDF)

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur historique pour abus de position dominante dans le secteur de l'énergie, mais réduit considérablement l'amende à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs assortie d'engagements (ENGIE / EDF). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2022. hal-03639633

HAL Id: hal-03639633

<https://amu.hal.science/hal-03639633>

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

Abus de position dominante – Énergie – Infrastructures essentielles – Non-contestation des griefs (ou transaction) – Engagements : L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur historique pour abus de position dominante dans le secteur de l'énergie, mais réduit considérablement l'amende à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs assortie d'engagements (ENGIE/EDF) (*Autorité de la concurrence, 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*)

Le 22 février 2022, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société *EDF* et ses filiales (*Dalkia Smart Building, Citelum* et *CHAM*) pour avoir mis en œuvre des pratiques d'abus de position dominante contraires aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE, à la suite d'une plainte formée par la société *ENGIE*. Celle-ci reprochait en effet à *EDF* trois types de pratiques : d'abord, l'utilisation abusive des fichiers de l'opérateur historique relatifs aux « tarifs réglementés de vente » (TRV) ; ensuite, le refus de communication, aux fournisseurs alternatifs d'électricité, de son fichier client TRV au tarif dit Tarif Bleu ; et enfin, la dégradation volontaire de la qualité des informations du fichier des clients TRV relatif aux tarifs dits Jaune et Vert transmis aux fournisseurs alternatifs.

Ces comportements et le contexte concurrentiel ne sont pas sans rappeler la demande de mesures conservatoires déposée par l'ANODE pour des faits très proches et rejetée quelques semaines avant cette décision. Pourtant, l'issue en est très différente puisque, si la demande de mesures conservatoires n'a pas abouti au mois de janvier (ADLC, Déc. n° 22-D-03, 18 janv. 2022, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la fourniture d'électricité aux petits clients non résidentiels, commentée dans la présente chronique), l'Autorité de la concurrence a, cette fois-ci, considéré que l'infraction était caractérisée.

Le contexte était toutefois bien différent.

Le secteur faisait déjà l'objet d'un intérêt soutenu de la part de l'Autorité qui, en janvier 2015, avait décidé d'ouvrir une enquête dans le secteur de l'énergie (no 15/0010 E). Dans ce cadre, et quelques mois après, l'Autorité avait procédé à des opérations de visites et saisies dans les locaux d'*EDF* et de ses filiales. Autorisées par le juge des libertés et de la détention, les saisies et visites avaient d'ailleurs fait l'objet de recours qui furent, pour l'essentiel, rejetés. Parallèlement, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) fut consultée sur le fondement de l'article R. 463-9 du Code de commerce et a rendu un avis le 3 décembre 2018 (délibération no 2018-248).

Les différents éléments recueillis ont justifié que l'Autorité de la concurrence adresse à *EDF* et à quatre de ses filiales, le 25 mai 2021, une notification des griefs portant sur des pratiques prohibées au titre de l'article 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce. Les sociétés se sont alors engagées à ne pas contester les griefs et ont proposé des engagements.

Cet intérêt pour le secteur de l'énergie s'explique par un contexte bien particulier sur lequel il convient de revenir brièvement. D'abord parce que le nombre de marchés de détail concernés est très large : qu'il s'agisse de la fourniture d'électricité et de gaz, de services énergétiques, de travaux de rénovation, ou de domotique, l'ensemble des relations entre les fournisseurs d'énergie et les consommateurs sont concernées. Leur point commun n'est pas des moindres puisque ces marchés sont tous touchés par la libéralisation du secteur de l'énergie.

Ensuite, l'ouverture du secteur de l'énergie à la concurrence a conduit à un cadre réglementaire particulier.

En matière de fourniture d'électricité, l'ouverture à la concurrence du marché français de l'électricité, qui a débuté avec la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996, a été généralisée, à la suite de phases successives, au mois de juillet 2007. À partir de cette date, et jusqu'au 1er janvier 2016, tous les consommateurs d'électricité français, qu'il s'agisse des clients résidentiels (les particuliers) ou non résidentiels, avaient le choix entre, soit un contrat en offre de marché proposé par *EDF* ou par des fournisseurs alternatifs, soit un contrat au tarif réglementé de vente (TRV) exclusivement proposé par *EDF*. Ces TRV comprenaient un TRV Vert destiné aux usines et aux entreprises à grande consommation, un TRV Jaune destiné aux entreprises de taille moyenne et un TRV Bleu destiné aux particuliers et aux petits professionnels.

En matière de fourniture de gaz, et à l'instar du secteur de l'électricité, la transposition progressive des directives 98/30/CE du 22 juin 1998, 2003/55/CE du 26 juin 2003 et 2009/73/CE du 13 juillet 2009, s'est traduite par une ouverture par étapes de l'activité de fourniture de gaz au détail à la concurrence d'opérateurs autorisés. Cette ouverture a été effective pour tous les clients, résidentiels et non résidentiels, au 1^{er} juillet 2007, qui avaient, à partir de cette date, le choix entre les TRV et les offres de marché. Ces TRV ont ensuite été supprimés en cinq étapes à partir de 2014, dont la dernière s'achèvera en 2023.

À cela s'ajoutent des certificats d'économie d'énergie et le développement des services énergétiques mis en place en 2005 (dispositif CEE) et qui imposent une obligation triennale de réalisation d'économies d'énergie aux fournisseurs d'énergie.

Ces éléments combinés ont conduit à une place croissante pour les données de consommation d'énergie et ont conduit l'opérateur historique *EDF* à compléter son offre par la fourniture de prestations supplémentaires qui répondent à une nouvelle demande principalement liée à des préoccupations environnementales. L'entreprise a donc mis en place une stratégie permettant de répondre à ces nouveaux enjeux pour fidéliser les clients soumis à la réglementation des tarifs (les clients TRV), et qui a permis d'enrichir de manière substantielle les données disponibles dans les fichiers *EDF* pour proposer, à terme, des offres de plus en plus personnalisées et des nouveaux services adaptés aux clients TRV.

Or, ces données sont essentielles pour la commercialisation d'offres d'énergie parce qu'elles permettent de faire des propositions commerciales adaptées aux besoins des consommateurs. De ce point de vue, *EDF* détient un avantage commercial par la détention d'une base de données quasi exhaustive, détaillée et régulièrement actualisée, alors que les fournisseurs alternatifs ne peuvent obtenir ces informations que par le biais de requêtes individuelles et après autorisation préalable de chaque consommateur. C'était là le cœur du problème : l'opérateur historique abusait-il de sa position dominante en faisant usage des infrastructures commerciales reliées aux tarifs réglementés pour se développer sur des marchés soumis à la concurrence ?

Répondant par l'affirmative, l'Autorité de la concurrence caractérise l'abus de position dominante. L'abus aurait pu être sévèrement sanctionné. Mais c'était sans tenir compte de la

procédure de non-contestation des griefs assortie d'engagements.

La caractérisation de l'abus de position dominante

À la suite d'une analyse poussée, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'*EDF* était en situation de position dominante, dès 2004, sur les marchés français de la fourniture au détail d'électricité aux sites résidentiels et aux petits sites non résidentiels, mais également sur les marchés français de la fourniture au détail d'électricité aux moyens sites non résidentiels et aux grands sites non résidentiels dont la consommation annuelle est inférieure à 7 GWhs / an (pts. 437-438 de la décision).

Elle relève par ailleurs une forte connexité entre les différents marchés en cause. Rappelons à ce sujet que deux marchés peuvent présenter un lien de connexité lorsqu'ils sont en amont ou en aval les uns des autres ou lorsqu'ils concernent des prestations similaires, mais non complètement substituables (CA Paris, 31 mars 2009, no 2008/11353). En l'espèce, il existe un fort lien de connexité entre les marchés de fourniture au détail de gaz et d'électricité, et entre les marchés de la fourniture au détail de l'électricité et celui de la fourniture de services de gestion et de maintenance énergétique : de tels services permettent en effet aux clients d'optimiser leur consommation et les contrats de service incorporent parfois des contrats de fourniture.

Dans ce contexte, l'ampleur des parts de marchés d'*EDF* était significative, puisqu'elle s'élevait à près de 80 % sur le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits sites non résidentiels, 74 % en ce qui concerne les sites moyens non résidentiels, et 72 % pour les grands sites. À l'ampleur de ces parts de marché s'ajoute également un avantage concurrentiel du fait de sa position d'opérateur historique et de son image de marque très forte.

La conclusion de l'Autorité de la concurrence n'étonne guère : *EDF* est en position dominante et est soumise à la responsabilité particulière du droit de la concurrence.

Plus encore, en tant qu'opérateur historique, il doit être « particulièrement attentif » lorsqu'il utilise une base de données dont il dispose en raison de ses obligations de service public ou de son statut d'ancien monopole (ADLC, Déc. no 17-D-26, 21 déc. 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la valorisation de déchets banals d'entreprises).

Or, les griefs portaient principalement sur l'exploitation, par *EDF*, de sa base de données clients. L'on se souvient à ce sujet que la Cour d'appel de Paris avait jugé que les noms et coordonnées des clients figurant dans la base de données d'*EDF* doivent être considérés comme des informations non reproductibles par les concurrents dans des conditions économiquement raisonnables en termes de coûts et de délais. La Cour a également relevé que « *l'utilisation des informations privilégiées détenues de manière exclusive par EDF au titre de son ancien monopole et de ses missions de service public a constitué un avantage concurrentiel significatif pour EDF ENR en lui permettant d'assurer la promotion de ses offres auprès d'un nombre élevé de prospects, dans des conditions qui ne pouvaient être répliquées par les concurrents* » (CA Paris, 21 mai 2015, Solaire Direct, RG n° 2014/02694). Un tel raisonnement est ici repris par l'Autorité de la concurrence, qui relève qu'*EDF* a mis en œuvre une stratégie globale visant l'ensemble des segments de clientèle, en faisant une exploitation abusive des moyens dont elle disposait en sa qualité d'opérateur au tarif réglementé de vente (TRV).

EDF a mis en œuvre une « qualification » des comptes clients pour collecter les données pertinentes et proposer des services individualisés, sur le marché de la fourniture d'électricité, mais également sur celui de la fourniture de gaz. Il en résulte « *qu'EDF a utilisé les données issues de ses fichiers clients au TRV dans une mesure excédant les seuls besoins liés à la gestion*

et au suivi des contrats » (pt. 463 de la décision).

Or, cette base de données constituait un avantage concurrentiel qui n'était pas reproductible par ses concurrents dans des conditions de coûts et de délais raisonnables. En somme, *EDF* a pu maintenir sa position sur les marchés de la fourniture au détail d'électricité et a pu renforcer sa position sur les marchés connexes de la fourniture de gaz et de services énergétiques par des moyens contraires à la concurrence par les mérites.

Dans ce contexte, la jurisprudence se révèle souvent sévère. La Cour d'appel de Paris avait par exemple jugé que « *les pratiques mises en œuvre par un opérateur détenteur historique d'un monopole ayant pour effet de freiner le développement de la concurrence sur le marché sur lequel il exerçait son monopole sont particulièrement néfastes en ce qu'elles sont susceptibles de ralentir, voire de faire échec à l'ouverture de ce marché à la concurrence par la mise en place d'une barrière à l'entrée* » (CA Paris, 31 octobre 2014, GDF Suez, RG n° 2014/19335). S'appuyant sur cet arrêt et rappelant que les effets des pratiques ont été amplifiés par le fait que la majorité des clients ont préféré le choix de la simplicité en restant client, sans négociation, de l'opérateur historique, les pratiques reprochées avaient généré des effets concurrentiels.

Une analyse similaire est menée sur les marchés connexes. L'utilisation de la base de données a en effet permis à *EDF* de fidéliser la clientèle, notamment sur le marché des services énergétiques et ont privé les concurrents de débouchés importants.

Il en résulte que l'abus de position dominante est caractérisé. L'amende infligée, à hauteur de 300 000 euros, pourrait étonner : elle représente en effet environ 0,4 % du chiffre d'affaires (le CA du groupe *EDF* s'élevait à 71 milliards d'euros en 2019 et à près de 70 milliards en 2020) alors même que l'entreprise était en situation de réitération (v. en ce sens, ADLC, déc. n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par *EDF* dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, confirmé par CA Paris du 27 septembre 2018, société *EDF*, n° 17/22720).

Mais c'est parce qu'elle fait suite à une procédure de transaction accompagnée d'engagements.

La mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

On l'a dit, une amende de 300 000 euros, alors même que l'Autorité de la concurrence a tenu compte de la puissance économique d'*EDF*, pourrait étonner. Un tel montant se situe pourtant dans la fourchette du montant maximal et du montant minimal de la sanction pécuniaire encourue et fixée dans une procédure de non-contestation des griefs (ou procédure de transaction). Cette décision est donc, également, un révélateur de l'attractivité de la procédure de transaction assortie d'engagements.

En vertu de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lorsqu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, celle-ci peut recourir à une procédure de transaction. Pour rappel, aux termes de cet article, « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée* ». Le législateur a également tenu compte des interactions entre cette procédure et la procédure d'engagements puisque « *lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction* » (art. L. 464-2 Code de commerce). Dans ce cas, le rapporteur devra notamment apprécier la nature des griefs reprochés et s'assurer du caractère « *substantiel, crédible et vérifiable des engagements proposés* » (ADLC, Communiqué relatif à la procédure de transaction, 21 décembre 2018, pt. 23).

Or, la procédure d'engagements peut permettre d'apporter les garanties suffisantes en termes de mise en conformité pour que les pratiques en cause cessent dans les meilleurs délais qu'exige l'Autorité de la concurrence.

En premier lieu, *EDF* s'est engagée à mettre à disposition des fournisseurs d'électricité alternatifs qui en feraient la demande son fichier clients au TRV Bleu (engagement n° 1). Le fichier comporte, d'une part, des données anonymisées relatives à l'ensemble des clients au TRV Bleu. Ces données du fichier clients seront transmises dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision. Le fichier comporte, d'autre part, des données individuelles relatives aux clients au TRV Bleu non résidentiels (par site) et résidentiels. Précisons à cet égard que la transmission de ces données nécessite au préalable le recueil du consentement des clients.

En second lieu, *EDF* s'est également engagée à séparer les parcours de souscription par téléphone des clients et prospects au TRV Bleu et des clients et prospects en OM (engagement n° 2). Cela permettra notamment de garantir la liberté de choix du consommateur qui pourra choisir lui-même l'objet de son appel (souscription ou suivi d'un contrat au tarif réglementé de vente ou en offre de marché).

Considérant que les engagements étaient aptes à répondre aux problèmes de concurrence identifiés, l'Autorité les a rendus obligatoires pour une durée de trois ans.

On voit là tout l'intérêt, pour les entreprises, de combiner la transaction et les engagements. L'entreprise risquait en effet, au maximum, près de 70 millions d'euros d'amende (10% environ de son chiffre d'affaires) et écope, en l'espèce, d'une amende de 300 000 euros.

M. C. ■