



HAL
open science

L’Autorité de la concurrence sanctionne un fournisseur local de gaz naturel pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité de fourniture de gaz au tarif réglementé de vente pour développer ses offres de marché en opérant une confusion dans l’esprit des consommateurs (Gaz de Bordeaux)

Claire Mongouachon

► **To cite this version:**

Claire Mongouachon. L’Autorité de la concurrence sanctionne un fournisseur local de gaz naturel pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité de fourniture de gaz au tarif réglementé de vente pour développer ses offres de marché en opérant une confusion dans l’esprit des consommateurs (Gaz de Bordeaux). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023. hal-04542798

HAL Id: hal-04542798

<https://amu.hal.science/hal-04542798>

Submitted on 12 Apr 2024

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.

Concurrences

Competition Laws Review

N° 1-2023

Abus d'éviction : L'Autorité de la concurrence sanctionne un fournisseur local de gaz naturel pour avoir utilisé les moyens tirés de son activité de fourniture de gaz au tarif réglementé de vente pour développer ses offres de marché en opérant une confusion dans l'esprit des consommateurs (*Gaz de Bordeaux*)

PRATIQUES UNILATÉRALES, FRANCE, POSITION DOMINANTE (ABUS), POSITION DOMINANTE (NOTION), ENERGIE, SANCTIONS / AMENDES, RESPONSABILITÉ (GROUPE)

Aut. conc., 11 oct. 2022, déc. n° 22-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Gaz de Bordeaux dans le secteur du gaz

Claire Mongouachon | University of Aix-Marseille

Concurrences N° 1-2023 | Chroniques | Pratiques unilatérales

L'ouverture progressive à la concurrence du secteur de l'énergie suscite depuis des années une vigilance constante et un contrôle étroit de la part des autorités de régulation. Si, au plan national, *ENGIE* et *EDF* ont régulièrement été condamnées pour abus de position dominante commis sur les marchés libéralisés, la décision rapportée concerne une entreprise locale historique. Depuis 2008, *Gaz de Bordeaux* assure la fourniture de gaz naturel tandis que l'activité de distribution du gaz a été confiée à *Régaz-Bordeaux*, laquelle était jusqu'en 2018, son actionnaire unique. Sur cette zone de distribution, *Gaz de Bordeaux* est donc l'opérateur historique, seul habilité à proposer des offres au tarif réglementé de vente.

Rappelons que depuis le 1er juillet 2007, les consommateurs sont libres de choisir de conclure soit un contrat au tarif réglementé de vente (TRV) proposé par les seuls fournisseurs historiques soit un contrat en offre de marché (OM) proposé tant par les fournisseurs historiques que par les fournisseurs alternatifs. Cette libéralisation du marché de la fourniture du gaz s'accompagne par ailleurs de la suppression des TRV en plusieurs étapes, s'étalant du 19 juin 2014 pour les plus gros consommateurs au 1er juillet 2023 pour l'ensemble des consommateurs. Dernièrement, la loi Énergie Climat du 8 novembre 2019 est venue organiser les modalités concrètes de disparition des TRV du gaz en imposant notamment aux fournisseurs historiques un devoir d'information des consommateurs, d'incitation à comparer les OM et de divulgation des données de contact aux fournisseurs alternatifs. Ce nouveau cadre réglementaire correspond à ce que l'Autorité qualifie de "période d'animation potentielle de la concurrence" (pts 11 à 17).

C'est dans ce contexte qu'intervient la décision de l'Autorité de la concurrence, sur saisine de la Commission de Régulation de l'énergie (CRE) en date du 7 février 2019. L'Autorité a examiné les pratiques de *Gaz de Bordeaux* sur la période du 5 janvier 2017 - date à laquelle *Gaz de Bordeaux* a commercialisé une nouvelle OM en parallèle de son offre au TRV- au 8 décembre 2019 - date à partir de laquelle *Gaz de Bordeaux* était tenue de cesser la commercialisation des offres au TRV.

Et c'est précisément à l'aune du contexte réglementaire et concurrentiel que ces pratiques litigieuses sont condamnées. L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur pour avoir détourné ses clients de son offre au tarif réglementé (TRV) au profit de ses seules offres de marché (OM). Il lui est plus particulièrement reproché d'avoir utilisé les moyens commerciaux liés à son activité de service public et à son statut d'opérateur historique, générant ainsi une confusion dans l'esprit des consommateurs entre ses différentes offres. Cette stratégie, indique l'Autorité de la concurrence, a été susceptible de réduire la contestabilité du marché au moment de la suppression du TRV.

Visant particulièrement les opérateurs du secteur public, l'interdiction d'exploiter l'avantages tirés de l'activité de service public est désormais bien établie dans la pratique de l'Autorité de la concurrence

Rendue dans le cadre de la récente procédure simplifiée, la présente décision atteste du caractère original de la qualification d'abus, à la croisée de l'abus d'exploitation et de l'abus d'éviction. Si l'Autorité s'attache à caractériser un effet d'éviction anticoncurrentiel avant de prononcer une sanction pécuniaire (II), cet effet est en réalité directement lié à la structure particulière du marché du gaz sur laquelle *Gaz de Bordeaux* est en quasi-monopole (I).

Une entreprise en quasi-monopole sur un marché libéralisé

Par contraste avec la volonté des pouvoirs publics d'encourager la libéralisation du marché du gaz, ce marché se caractérise sur le territoire spécifique des ELD par un retard concurrentiel plus important que sur le reste du territoire national (pts 18 à 23). La CRE notait en particulier dans sa saisine que la concurrence était "*toujours inexistante sur le segment résidentiel dix ans après la libéralisation*" (pt 19) en raison à la fois du coût fixe d'entrée dans une zone ELD plus élevé et du fort attachement des consommateurs au fournisseur historique local.

Telle était précisément la situation de *Gaz de Bordeaux* qui, jusqu'en août 2019, n'avait aucun concurrent sur sa zone de desserte historique (pt 51), tout en étant par ailleurs un opérateur alternatif en dehors de cette zone. Cette position quasi-monopolistique est capitale dans cette décision puisqu'elle a permis à l'Autorité de la concurrence d'établir sans difficulté tout à la fois l'applicabilité du droit de l'Union, le marché pertinent et l'existence d'une position dominante.

S'agissant tout d'abord de l'applicabilité du droit de l'Union, l'Autorité a rappelé que le commerce pouvait être affecté lorsque le marché en cause est subnational comme en l'espèce (Communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, pt 22). Alors même que l'ouverture progressive à la concurrence a permis le développement d'échanges entre les États membres sur les marchés de fourniture de gaz, les pratiques de *Gaz de Bordeaux* sont susceptibles de rendre plus difficile la pénétration du marché par des fournisseurs de gaz établis dans d'autres États membres, et partant d'affecter le commerce entre États membres. Par ailleurs, la position de marché de *Gaz de Bordeaux*, en situation de quasi-monopole a joué un rôle dans l'appréciation du caractère sensible de cette affection. En conséquence, l'article 102 TFUE a pu trouver à s'appliquer en l'espèce.

S'agissant du marché pertinent, le marché de l'énergie est traditionnellement délimité en fonction du type de consommateur, selon que celui-ci est raccordé au réseau de transport ou au réseau de distribution. L'Autorité opère par ailleurs une segmentation du marché en fonction de la fin des TRV, qui est intervenue à des dates différentes pour les gros clients industriels et pour les petits clients industriels et commerciaux. En conséquence, l'Autorité retient l'existence de trois marchés distincts de la fourniture de gaz naturel : celui des très gros clients non-résidentiels ; celui des gros clients non-résidentiels ; celui des petits clients non-résidentiels et résidentiels, lesquels sont raccordés au réseau de distribution et ont une consommation inférieure à 30 MWh/an. C'est ce dernier marché de produits, qui regroupe tant les offres au TRV que les OM, qui est concerné par les pratiques de *Gaz de Bordeaux*. Au plan géographique, l'Autorité de la concurrence retient une délimitation à l'échelle de la zone de desserte locale en

tenant compte du fait que les conditions de concurrence ne sont pas homogènes avec la zone de desserte nationale, en raison des barrières et de la faible concurrence qui la caractérisent. Le marché géographique retenu est donc le marché local de la fourniture de gaz, à savoir celui de la zone de desserte du gestionnaire de distribution *Régaz-Bordeaux*.

S'agissant de la position dominante sur ce marché, celle-ci est aisément démontrée, les parts de marché de *Gaz de Bordeaux* sur sa zone de desserte s'établissant à plus de 98% voire 99% en sites et en volume de consommation sur la période considérée. Au-delà de ces parts de marché extrêmement élevées, qui selon la jurisprudence *United Brands* (CJUE, 14 février 1978, 27/76, pts 64 et 65) "*constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante*", l'Autorité de la concurrence relève l'existence de très fortes barrières à l'entrée et les avantages concurrentiels importants de *Gaz de Bordeaux*, en tant qu'opérateur historique.

Ces éléments structurels, liés à la position quasi-monopolistique de *Gaz de Bordeaux* sur le marché en cause, ont immanquablement rejailli sur la qualification des pratiques litigieuses.

Des pratiques condamnées sur le fondement de la responsabilité particulière de l'entreprise dominante

Le rappel des règles applicables

Parmi les éléments de définition traditionnels de l'abus rappelés par l'Autorité, deux notions sont particulièrement sollicitées pour appréhender tout à la fois la structure problématique du marché en cause et les comportements litigieux de *Gaz de Bordeaux*.

D'une part, la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée (CJCE, 9 novembre 1983, Michelin, aff. 322/81, pts 57 et 70). L'ampleur de cette responsabilité est directement liée à l'importance de la dominance de l'entreprise en cause. Comme l'explique l'Autorité de la concurrence, "*moins les clients d'une entreprise dominante ont la possibilité d'avoir des prestations alternatives équivalentes à celles proposées par l'entreprise dominante, plus cette entreprise a la capacité d'exploiter abusivement sa position*", ce qui accroît la responsabilité qui pèse sur cette entreprise (pt 127).

D'autre part, l'exigence de concurrence par les mérites (CJCE, 3 juillet 1991, AKZO, C-62/86, pt 70). Notion objective – et malléable !, l'abus " *vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale [...], au maintien de degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*". (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, 85/76, pt 91).

Ces principes ont permis à l'Autorité de développer une doctrine originale ciblant les anciens monopoles légaux désireux de diversifier leurs activités sur des marchés aval ou connexes ou confrontés à l'ouverture progressive de leur secteur d'activité à la concurrence.

L'Autorité veille depuis plusieurs années à ce que ces entreprises n'utilisent pas "*les avantages concurrentiels liés au statut d'ancien monopole, et qui ne procèdent donc pas d'une concurrence par les mérites [...] d'une manière qui pourrait obérer le fonctionnement concurrentiel du marché*" (décision n° 17-D-06 du 2 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel). Initiée dans le secteur des pompes funèbres, cette analyse est régulièrement appliquée au secteur de l'énergie. Elle est approuvée par la cour d'appel de Paris qui juge que ce type d'opérateur doit "*éviter toute exploitation abusive de moyens qui ne sont pas reproductibles par les nouveaux entrants sur le marché ouvert à la concurrence à un coût raisonnable et selon des délais acceptables, eu égard à sa responsabilité particulière sur ce marché*" (CA Paris, 12 septembre 2018, RG N° 18/04914 ; décision n° 17-D-06 du 2 mars 2017). Elle est confortée par une jurisprudence récente de la Cour de justice

qui pour la première fois a considéré que *“lorsqu’une entreprise perd le monopole légal qu’elle détenait auparavant sur un marché, celle-ci doit s’abstenir, pendant toute la phase de libéralisation de ce marché, de recourir à des moyens dont elle disposait au titre de son ancien monopole et qui, à ce titre, ne sont pas disponibles pour ses concurrents, aux fins de conserver, autrement que par ses propres mérites, une position dominante sur le marché en cause nouvellement libéralisé”* (CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettricio Nazionale SpA ENEL SpA*, voir chronique *F. Marty, Concurrences n°3-2022, p. 88-90*).

L’identification évidente d’une pratique d’exploitation

En l’espèce, l’Autorité constate que *Gaz de Bordeaux* n’avait pas séparé ses moyens logistiques et commerciaux dédiés de la commercialisation de son offre au TRV de ceux dédiés à la commercialisation de ses OM. Un même service relation client permettait de commercialiser l’ensemble des offres et le site internet mettait en avant l’*“expérience d’acteur historique”* de *Gaz de Bordeaux*. L’Autorité en déduit que celle-ci s’est appuyée sur les *“moyens humains et techniques hérités de son monopole historique et liés au TRV, qui n’étaient pas reproductibles par ses concurrents et qui constituaient un avantage concurrentiel, pour mettre en œuvre une stratégie visant, dans le contexte de l’ouverture à la concurrence des marchés de la fourniture au détail du gaz, à préserver sa position sur ces marchés en orientant vers ses OM la quasi-totalité de ses nouveaux clients, privés de fait de la possibilité de choisir une offre au TRV”* (pt 139). *Gaz de Bordeaux* a donc abusé de sa position dominante *“en opérant une confusion dans l’esprit des consommateurs [...] dans le but de développer son activité concurrentielle de fourniture de gaz en OM”*.

En défense, l’opérateur invoquait notamment la fin prévue des TRV qu’elle n’aurait fait qu’anticiper. L’argument n’est pas dénué de pertinence dans la mesure où l’entreprise aurait pu tenter de justifier ses pratiques en s’appuyant sur la nécessité d’assurer la défense de ses intérêts commerciaux. Assez rationnelle, la stratégie de *Gaz de Bordeaux* traduit son adaptation à l’évolution du marché. Rappelons que dès le 19 juillet 2017, dans l’arrêt ANODE rendu par le Conseil d’État (n° 370321), les tarifs réglementés de gaz (TRV) ont été jugés contraires au droit de l’Union européenne. Par ailleurs, la loi Énergie Climat du 9 novembre 2019 prévoit le basculement automatique des clients restés sous contrat en TRV au 1er juillet 2023 vers les OM des opérateurs historiques.

Sans grande surprise, quoique de façon un peu lapidaire, l’argument est rejeté. L’Autorité considère que *Gaz de Bordeaux* ne pouvait *“se substituer au législateur pour décider du calendrier et des modalités de mise en œuvre de l’extinction des TRV, en restreignant ce faisant, de manière anticipée, la liberté de choix du consommateur”* (pt147). Jusqu’à leur fin programmée, les opérateurs n’étaient pas obligés de cesser de commercialiser les TRV. La jurisprudence de la Cour de justice est d’ailleurs assez sévère sur ce point puisque dès lors que les textes sectoriels n’imposent pas directement à l’entreprise d’adopter le comportement litigieux, ce dernier peut être sanctionné au titre de l’application des règles de concurrence. Ainsi *Gaz de Bordeaux* ne pouvait pas se réfugier derrière le cadre réglementaire pour justifier son comportement.

La caractérisation des effets anticoncurrentiels potentiels

A contrario, lorsqu’il s’agit d’apprécier les effets anticoncurrentiels de la pratique, le contexte législatif joue à charge contre l’entreprise dominante. C’est à l’aune de la situation existant au moment de la disparition des TRV que l’effet anticoncurrentiel des pratiques est examiné. L’Autorité rappelle ici les caractéristiques particulières du marché concerné : fort pouvoir de marché de *Gaz de Bordeaux*, faible intensité concurrentielle, forte inertie de consommateurs de l’ELD, attachement fort à la marque du fournisseur historique, faible degré d’information des consommateurs sur l’état d’ouverture du marché, coûts fixes importants à l’entrée, et barrières à l’entrée. À rebours de la volonté des pouvoirs publics de procéder à la libéralisation du secteur de l’énergie, les pratiques constatées ont *“réduit la contestabilité du marché, en réduisant artificiellement le nombre de clients concernés, au stade de la disparition des TRV, par le dispositif décrit à l’article 63 de la LEC”* (pt 154). Ce dispositif prévoit, entre le premier semestre 2020 et mars 2023, un mécanisme d’incitation des consommateurs restés au TRV à comparer les OM via l’envoi de courriers réglementaires et oblige les opérateurs historiques à mettre à la disposition des fournisseurs alternatifs qui en font le

demande les données de contact et de consommation des clients. En clair, l'Autorité reproche à *Gaz de Bordeaux*, d'avoir orienté ses clients vers ses OM au détriment de ses offres au TRV, alors même que le mécanisme prévu par la loi Énergie Climat ne pouvait fonctionner qu'à condition que les consommateurs soient encore au TRV.

La défense comportait plusieurs arguments. Parmi ceux-ci, *Gaz de Bordeaux* faisait valoir que les clients se seraient tournés spontanément vers les OM. Néanmoins, ces dernières n'ayant pas toujours été moins onéreuses que les offres au TRV, l'inversion de la dynamique de souscription entre les OM et les TRV ne pouvait qu'être liée aux pratiques litigieuses. L'Autorité confirme donc que *"les consommateurs ont précisément été privés de la possibilité de choisir l'offre qu'ils jugeaient la plus avantageuse pour eux"* (pt 162). L'opérateur invoquait également l'absence de concurrents pendant la majeure partie de la période concernée pour démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels. Il faisait valoir qu'aucun effet restrictif concret n'aurait pu être associé aux pratiques litigieuses. Cela n'a pas davantage convaincu l'Autorité, qui relève le caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques en cause, lesquelles ont permis *"la captation de clientèle en OM" et "ont été de nature à dissuader l'entrée de nouveaux concurrents au moment de la disparition du TRV"* (pt 156). C'est en ce sens que la pratique n'est pas une simple pratique d'exploitation au détriment du consommateur, mais bien une pratique d'éviction de la concurrence. Au demeurant, l'Autorité de la concurrence a pris soin de rappeler qu'au terme de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas nécessaire que cet effet d'éviction se matérialise effectivement (pt 132 pt 68). De même, la cour d'appel de Paris avait jugé que *"l'Autorité doit seulement démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, sans avoir à apporter la preuve d'une détérioration quantifiable de la position concurrentielle des autres opérateurs sur le marché"* (CA Paris, 21 mai 2015, Solaire Direct, RG n° 2014/02694).

Cette qualification d'effet éviction est explicitement posée au stade du prononcé de la sanction. Faisant application de l'al. 3 de l'article L. 464-2 I du Code de commerce compte tenu du *"contexte réglementaire particulier"* et de la *"nature spécifique"* des pratiques en cause, l'Autorité opte pour un mode de fixation forfaitaire de la sanction pécuniaire. La durée des pratiques (*"près de trois ans"*, pt 194) et leur gravité - l'*"effet mécanique et automatique d'exclusion des concurrents"* (pt 191), émanant de surcroît d'une entreprise chargée d'une mission de service public qui lui confère *"une responsabilité particulière"* (pt 192), entraînent une sanction fixée à 1 000 000 €. Précisons que les sociétés *Régaz-Bordeaux* et *Bordeaux Métropole Energie*, qui étaient tour à tour la société mère de *Gaz de Bordeaux* sur la période considérée, sont jugées solidaires de celle-ci à hauteur respectivement de 45% et de 55% du montant de cette amende (pt 180). Enfin, la sanction est assortie d'une injonction de publication d'un résumé de la décision de l'Autorité sur le site internet de *Gaz de Bordeaux*, ce procédé étant *"de nature à engendrer un effet correctif important sur le marché"* (pt 188).

Cette décision, qui a fait l'objet d'un recours, illustre l'articulation indispensable entre l'intervention du régulateur sectoriel, auteur de la saisine, et l'Autorité de la concurrence, qui réprime ici ex-post des agissements particulièrement nocifs sur un marché libéralisé.