



**Avis n° 05-A-23 du 5 décembre 2005
relatif à un dispositif envisagé pour permettre aux industries
électro-intensives de bénéficier de conditions spécifiques de prix
d'achat de l'électricité**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 19 juillet 2005, sous le numéro 05/0055 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L.462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à un dispositif envisagé pour permettre aux industries électro-intensives de bénéficier de conditions spécifiques de prix d'achat de l'électricité ;

Vu les articles 81 à 89 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et, notamment, l'article L. 462-1 dudit code, et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement entendus au cours de la séance du 26 octobre 2005 ainsi que les représentants de la direction générale de l'énergie et des matières premières du ministère de l'industrie, de l'Union des industries utilisatrices d'énergie, de la Fédération des chambres syndicales des minerais et métaux non ferreux, de la société Électricité de France et de la société Suez Electrabel en application de l'article L. 463-7 du code de commerce

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence pour avis sur un dispositif issu de la réflexion d'une table ronde, mise en place au premier trimestre 2005 sous l'égide de la direction générale de l'énergie et des matières premières du ministère de l'industrie (DGEMP), réunissant producteurs et grands consommateurs d'électricité (sociétés et fédérations professionnelles), et à laquelle la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ont été invitées à participer.
2. La mise en place de cette table ronde par les pouvoirs publics fait suite à une demande de certains industriels dits "*électro-intensifs*". L'électro-intensivité se définit comme une grande sensibilité de la compétitivité de l'entreprise au prix de ses achats d'électricité, ce qui signifie, en d'autres termes, que l'électricité entre pour une part importante dans le coût de revient du produit.
3. Dans le contexte de progression rapide des prix sur le marché de l'électricité ouvert à la concurrence, ces industriels électro-intensifs soutiennent que le niveau que ces prix ont maintenant atteint (aux alentours de 45 €/MWh à l'été 2005) n'est pas compatible avec la poursuite de leur activité sur le territoire national. En conséquence, ces industriels mettent en avant le risque de la délocalisation de leur activité s'ils ne peuvent bénéficier d'un prix d'achat de leur électricité à un niveau inférieur à celui du marché. En outre, ces industriels font valoir leur besoin de visibilité à long terme sur leur coût d'approvisionnement en électricité, en raison de la durée du cycle de leurs investissements, qui peut atteindre plusieurs décennies.
4. Cette demande s'inscrit dans le cadre de l'ouverture progressive à la concurrence du marché de l'électricité, à partir de juin 2000. À cette date, seuls les plus gros consommateurs d'électricité (*i.e.* les sites consommant plus de 16 GWh par an) sont devenus « *éligibles* », c'est-à-dire libres de quitter le système des tarifs régulés et de choisir leur fournisseur. Les prix sur le marché ouvert étant, à cette époque, bien plus avantageux que le niveau des tarifs régulés (moins de 20 €/MWh contre près de 30 €/MWh), beaucoup de sites éligibles ont, alors, effectivement fait jouer leur éligibilité.
5. Ensuite, le seuil d'éligibilité s'est progressivement abaissé. Depuis le 1^{er} juillet 2004, toutes les entreprises, ainsi que les entrepreneurs individuels et les collectivités locales, sont éligibles. Mais les prix de l'électricité sur le marché ouvert n'ont cessé de progresser depuis l'ouverture. Ils ont rattrapé le niveau des tarifs régulés à la fin de l'année 2003 puis l'ont largement dépassé, de sorte que les nouveaux clients éligibles ne font pas systématiquement jouer leur éligibilité mais choisissent souvent de rester au tarif régulé.
6. Les industriels électro-intensifs concernés par la table ronde ont, pour la plupart, quitté le système des tarifs régulés à l'époque où ce choix était avantageux. Dès lors, ils subissent la hausse des prix sur le marché ouvert. En effet, en France, le choix de quitter le tarif régulé est irréversible. Certaines entreprises bénéficient de contrats historiques à long terme signés bien avant la libéralisation, dont le prix est avantageux, mais qui arrivent prochainement à échéance. Si la situation actuelle des industriels électro-intensifs est variable, tant en termes de niveaux de prix qu'en termes de types de contrat, la grande majorité d'entre eux se trouve néanmoins dans l'obligation de négocier ou de renégocier à plus ou moins brève échéance des contrats d'approvisionnement en électricité aux conditions qui prévalent sur le marché ouvert, conditions qui, affirment-ils, ne seraient pas compatibles avec la poursuite de leur activité en France.

7. La difficulté rencontrée par ces industriels électro-intensifs n'est pas propre à la France : il semblerait que les mêmes demandes émanent des industriels situés dans d'autres pays européens. En effet, alors que les prix de l'électricité français étaient, avant la libéralisation du secteur, compétitifs par rapport à ceux des pays voisins, ils sont maintenant dans la moyenne européenne. Ainsi, pendant que les prix de l'électricité augmentent sur la plaque européenne, la compétitivité des entreprises qui y sont implantées décroît vis-à-vis de leurs concurrents situés en Asie, en Inde, en Afrique du Sud ou dans les pays du Golfe persique, où l'électricité est disponible à des prix très inférieurs aux prix européens.
8. Selon les industriels français, certains autres pays européens tels que l'Espagne et l'Italie "*ont déjà mis en place des mécanismes tarifaires pour leurs industries électro-intensives, sous la forme de tarifs spéciaux (ex : tarif G4 en Espagne)*". Le rapport de l'Inspection générale des finances et du Conseil général des mines paru à la fin de l'année 2004¹ confirme cette information dans les termes suivants : "*Plusieurs pays ont (...) conservé des contrats préférentiels pour les industries électro-intensives. En Espagne, par exemple, le tarif administré G4, public, ne s'applique qu'à 5 entreprises, qui consomment 8,9 TWh mais à un prix de 23,4 €/MWh rendu site. Ce tarif est censé ne s'appliquer que jusqu'en 2007 mais le gouvernement espagnol réfléchit à sa prolongation jusqu'en 2010*". Le rapport ne donne pas plus d'indications sur les mesures qu'auraient prises d'autres États membres à l'égard de leurs industriels électro-intensifs.
9. En tout état de cause, la réalité communautaire du problème est confirmée par l'initiative récente des États membres de l'UE qui ont demandé à la Commission européenne, en juin 2005, de mettre en place un groupe de travail sur les industries consommatrices intensives en énergie pour tenter d'apporter une réponse à ce problème.
10. Dans ce contexte, la table ronde organisée sous l'égide des pouvoirs publics, en France, a tenté de trouver, de son côté, des solutions à la question posée "*dans le respect des règles d'ouverture du marché*". Cette réflexion a débouché sur le dispositif qui est soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence dans le cadre de cette demande d'avis.
11. À titre préliminaire, il convient de rappeler que le Conseil considère qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis non juridictionnelle, de qualifier des pratiques au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses. En effet, seule la mise en œuvre de la procédure contradictoire dans le cadre d'une saisine contentieuse est de nature à permettre une appréciation de la régularité des pratiques considérées au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante. Ainsi, le Conseil considère que lorsqu'il est consulté en application de l'article L.462-1 du code de commerce, il ne peut que se prononcer sur des questions de concurrence d'ordre général. C'est donc à la lumière des principes généraux régissant l'application du droit de la concurrence que le dispositif en cause est analysé par le présent avis.

¹ Rapport d'enquête sur les prix de l'électricité établi par Henri Prévot, Benoît de Juvigny, Frédéric Lehmann, Matthieu Louvot et Christophe Izart, octobre 2004.

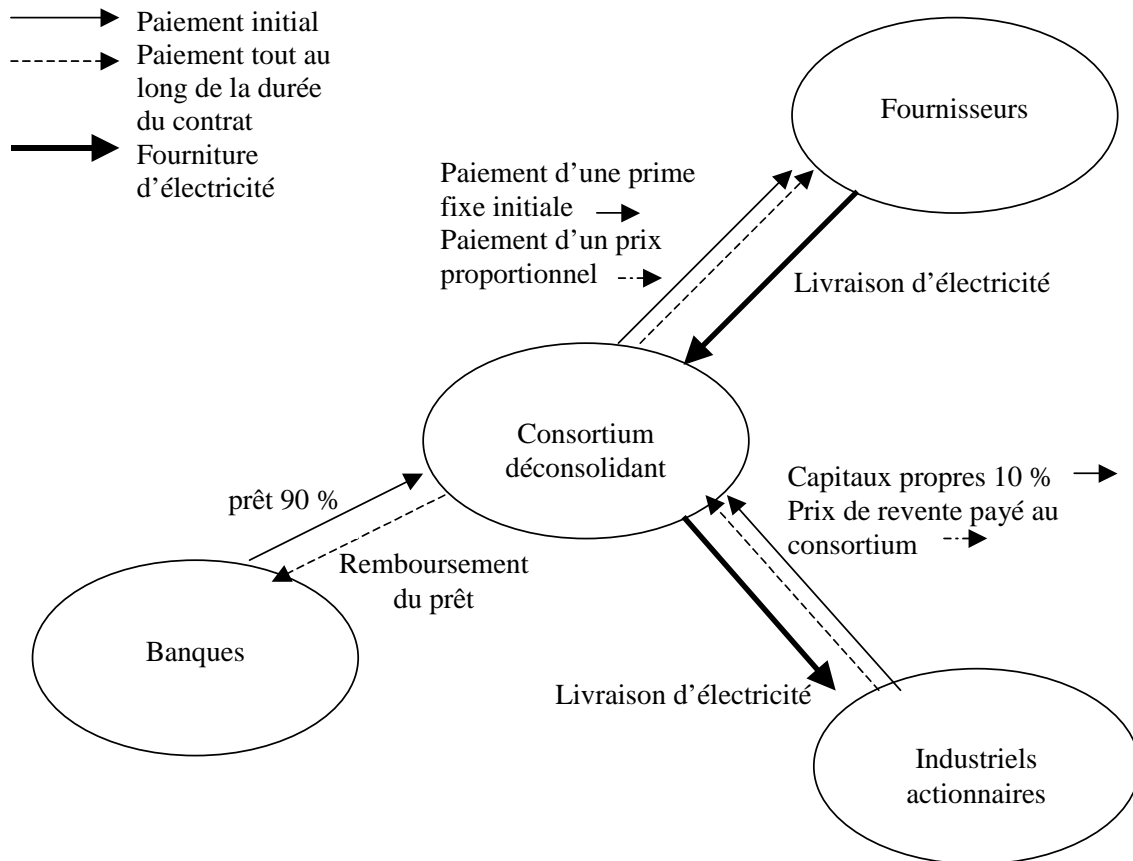
I. Présentation du dispositif envisagé

A. CRÉATION D'UN CONSORTIUM D'ACHETEURS

12. Le dispositif repose sur un montage financier regroupant les industriels au sein d'un consortium dont le rôle est de rechercher les meilleures conditions de financement et de fourniture électrique.
13. Le consortium acquiert de l'électricité, sous forme de rubans en « *Take-Or-Pay* »², pour une durée de 15 à 20 ans, auprès de fournisseurs sélectionnés après mise en concurrence, en contrepartie d'une prime fixe initiale (dite "avance en tête") versée en début de contrat et d'un prix d'enlèvement proportionnel, payé au fur et à mesure de la livraison d'électricité.
14. Lors de la constitution du consortium, les industriels financent 10 % de l'avance en tête par des apports en numéraire, les 90 % restants étant financés par emprunt bancaire. Puis, tout au long du contrat, le consortium se finance par la revente de l'électricité aux industriels de façon à couvrir le prix d'enlèvement proportionnel versé aux fournisseurs et le remboursement de la dette. Le volume d'électricité livré à chaque industriel est proportionnel à sa part dans le capital social du consortium.
15. L'intérêt du montage repose sur le fort effet de levier et sur la déconsolidation de la dette, qui permettent une valorisation différente des mêmes flux financiers en jouant sur la différence de rémunération des capitaux entre les fournisseurs d'électricité et le consortium, comme explicité ci-après.
16. L'actionnaire d'une entreprise exige en général une rémunération des capitaux empruntés largement supérieure au taux d'emprunt bancaire. Mais dès lors que les parts des actionnaires dans le capital du consortium sont inférieures à un certain seuil et que la dette est sans recours sur les actionnaires, comme c'est envisagé dans le présent montage, les actionnaires ne sont pas tenus de consolider la dette du consortium dans leur propre bilan. De ce fait, les actionnaires du consortium ne sont pas obligés de valoriser cette dette au taux de rémunération de leurs capitaux propres.
17. Les fournisseurs d'électricité, quant à eux, investissent l'avance en tête et rémunèrent cet investissement au taux de rémunération des capitaux fixé par leur propre actionnaire. En d'autres termes, c'est à ce taux qu'ils actualisent l'avance en tête perçue en début de contrat. Ce taux est en général largement supérieur aux taux des marchés financiers.
18. Les fournisseurs d'électricité fixent le prix d'enlèvement proportionnel en fonction du montant de l'avance en tête et de la valeur actualisée nette (VAN) des recettes attendues compte tenu de leurs conditions de rémunération du capital actuelles. L'effet de levier repose sur le fait que les consommateurs payent tout de suite une partie de cette VAN aux fournisseurs, en l'empruntant en grande partie sur les marchés financiers à des taux inférieurs. Ce dispositif permet aux fournisseurs de vendre avec la rémunération qu'ils en attendent et aux consommateurs de percevoir un prix plus bas grâce à l'effet de levier.

² Un ruban en base en *Take-Or-Pay* correspond à une fourniture électrique constante tout au long de l'année, sans modulation possible au gré des besoins des consommateurs.

19. Le consortium réalisera donc deux appels d'offres : l'un auprès des banques pour obtenir les meilleures conditions d'emprunt ; le second auprès des fournisseurs d'électricité selon des modalités qui ne sont pas encore précisément définies. Par exemple, le consortium pourrait proposer le montant de l'avance en tête et les fournisseurs pourraient répondre sur le niveau de prix d'enlèvement proportionnel.



20. Le dispositif envisagé comporte également un aspect environnemental. En effet, il est prévu que les fournisseurs d'électricité qui répondent à la consultation devront s'engager à investir dans certains types de moyens de production. L'objectif du dispositif est de favoriser l'investissement dans des moyens de production électrique économes en CO₂ (nucléaire, hydraulique, éolien) ou présentant des caractéristiques de développement durable (amélioration des conditions environnementales d'exploitation, ex : "charbon propre").
21. Lorsque des moyens de production nouveaux seront réalisés au titre de ces investissements, ils devront satisfaire à des critères établis par décret. Des critères d'efficacité énergétique pour chacune des filières de production pourraient également être introduits. Selon la DGEMP, ces critères devraient être suffisamment souples pour ne pas restreindre le nombre de fournisseurs d'électricité susceptibles de répondre à la consultation. Les conditions relatives au lieu de l'investissement, à son montant et à sa durée restent encore à préciser. Les rubans d'électricité fournis au consortium ne proviendront pas nécessairement des installations financées par ce dispositif, la mise en service de celles-ci étant naturellement postérieure à la date de début de livraison d'électricité.

B. LA SÉLECTION DES INDUSTRIELS ACTIONNAIRES DU CONSORTIUM: LES "ÉLECTRO-INTENSIFS DÉLOCALISABLES"

22. Le dispositif envisagé serait circonscrit à un nombre limité de consommateurs industriels autorisés à devenir actionnaires du consortium. En effet, il est prévu que ceux-ci soient agréés par arrêté conjoint du ministre du budget et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, d'ici à la fin de l'année 2006, à condition que leurs caractéristiques correspondent à des critères établis par décret.
23. Ces critères viseraient à définir les industriels "*électro-intensifs délocalisables*". En effet, parmi l'ensemble des industriels électro-intensifs, seuls ceux qui peuvent produire sur des sites éloignés du lieu de consommation sont exposés au risque de délocalisation car leur produit se prête bien au transport. Cependant, la définition des industriels "*électro-intensifs délocalisables*" par des critères objectifs n'est pas simple et fait l'objet de débats entre les participants à la table ronde, le fait de satisfaire, ou non, ces critères conditionnant l'accès à un prix d'électricité avantageux sur le long terme.
24. L'objet de ces critères de sélection est de limiter le volume global de l'électricité acquise *via* le dispositif. En effet, les pouvoirs publics, comme les producteurs, souhaitent préserver un marché concurrentiel et, pour ce faire, éviter d'en retirer des volumes trop importants par la mise en place de ces contrats à long terme.
25. La valeur du volume maximal qui sera autorisé a également fait l'objet de débats au sein du groupe de travail : les industriels estiment leurs besoins à environ 40 TWh par an, valeur qu'ils justifient sur la base du rapport de l'Inspection générale des finances et du Conseil général des mines paru à la fin de l'année 2004, cité ci-dessus, alors que les pouvoirs publics souhaitent limiter ce volume à environ 20 TWh par an, valeur qu'il faut apprécier au regard de la taille du marché ouvert à la concurrence (environ 150 TWh).
26. Finalement, lors de la dernière table ronde du 20 juillet 2005, les ministres de l'économie et de l'industrie ont annoncé un volume "*de l'ordre de 20 TWh*" (cf. communiqué de presse du ministère daté du 20 juillet 2005). Dans la mesure où toute entreprise satisfaisant les critères devra être agréée si elle en fait la demande, le volume global concerné par le dispositif sera étroitement lié à la définition des critères et à la méthode précise de leur calcul (cf. *infra*, § 76 et suivants).
27. Selon les critères envisagés au moment de la saisine du Conseil de la concurrence, mais encore susceptibles d'être modifiés ou précisés, les sociétés susceptibles d'être agréées devraient :
 - exercer une activité relevant d'un process industriel électro-intensif (une liste exhaustive de ces activités devrait être publiée) ;
 - respecter pour l'activité considérée certaines caractéristiques de consommation d'électricité :
 - volume annuel minimum de consommation sur le territoire français (au moins 550 GWh) ;
 - profil heures pleines-heures creuses correspondant à un ratio minimum de consommation en heures creuses/consommation totale de 55 % ;
 - durée minimum d'utilisation annuelle de la puissance souscrite de 7000 heures hors arrêts exceptionnels ;
 - respecter pour l'activité considérée un ratio d'au moins 6 % pour la part du coût de l'électricité dans la valeur ajoutée ;

- réaliser plus de 50 % de leur chiffre d'affaires sur des produits s'échangeant sur un "marché mondial".

28. En outre, il est prévu que de plus petits industriels, exerçant la même activité, qui n'ont pas individuellement une consommation atteignant le seuil minimal fixé par décret, puissent se regrouper pour parvenir à ce seuil. Ensemble, ils devront satisfaire tous les critères pour pouvoir devenir actionnaires du consortium. Toutefois, dans le souci de cantonner le dispositif global, il est envisagé de limiter le nombre de participants à de tels regroupements.

C. LES DEUX STATUTS ENVISAGÉS POUR LE CONSORTIUM : SOFIBASE OU CERTIBASE

29. Il est prévu que le statut du consortium soit défini par des dispositions législatives. Deux statuts différents sont envisagés : le premier, désigné par le terme SOFIBASE, donne lieu à un avantage fiscal pour les actionnaires du consortium. Il a été proposé que cet avantage consiste en un amortissement accéléré des sommes investies par les industriels dans le consortium. Mais ni le niveau, ni la durée de cet amortissement n'ont été arrêtés à ce jour. Le second statut, désigné par le terme CERTIBASE, consiste en une homologation des actionnaires du consortium, selon les mêmes critères que pour les SOFIBASE, mais sans aide fiscale.
30. Dans le cas de la SOFIBASE, le dispositif fiscal envisagé a une double finalité : d'une part, il permet d'alléger le coût du MWh pour les industriels (de 0,5 à 1 €/MWh selon les hypothèses envisagées par le groupe de travail) ; d'autre part, il légitime la fixation de critères discriminants pour le choix des actionnaires de la SOFIBASE. En outre, les dispositions législatives nécessaires à la mise en place des SOFIBASE pourraient utiliser le support de la loi de finances rectificative de décembre 2005.
31. Toutefois, pour le budget de l'État, ce dispositif fiscal représente un coût estimé aux alentours de 30 M€. C'est pourquoi le groupe de travail a envisagé le statut de la CERTIBASE qui, lui, présente l'avantage de ne pas peser sur le budget de l'État. Cependant, il s'agirait alors d'une simple homologation des sociétés actionnaires, sans contrepartie.

II. Analyse concurrentielle du dispositif en cause

A. LA CONSTITUTION DU CONSORTIUM

32. Le dispositif envisagé par la table ronde prévoit que des entreprises industrielles indépendantes, éventuellement en concurrence sur un même marché, créent une filiale commune, le consortium, pour obtenir les meilleures conditions de financement et d'approvisionnement en fourniture électrique. Dans la mesure où la création du consortium résulterait ainsi d'un accord de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision, et où, en outre, ce consortium aurait pour effet que l'ensemble des industriels actionnaires bénéficie des mêmes conditions d'achat d'électricité, sa

constitution est susceptible d'entrer dans le champ d'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81§1 du Traité CE, prohibant les ententes anticoncurrentielles.

33. Il y aurait lieu, toutefois, d'examiner si pourraient s'appliquer les dispositions du I, 2° de l'article L. 420-4 du code de commerce, qui prévoient que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques "*dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique*". Le bénéfice des dispositions de cet article, ou de son équivalent en droit communautaire, l'article 81 §3 du Traité CE, ne peut cependant être accordé que sous certaines conditions.
34. En effet, la jurisprudence a précisé l'interprétation des conditions énoncées par la loi française et le traité. Il doit être démontré par les auteurs de la pratique :
 - que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique anticoncurrentielle constatée ;
 - que la restriction de concurrence litigieuse est nécessaire à la réalisation de ce progrès économique ;
 - que les pratiques restrictives réservent aux consommateurs une part équitable du profit qui en résulte ;
 - que les entreprises ne se voient pas offrir ainsi la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause .
35. *A priori*, et sous réserve d'une analyse au fond, il peut être raisonnablement présumé que l'objectif visé par la création du consortium, à savoir l'obtention de meilleures conditions d'achat d'électricité, est au nombre de ceux qui permettent d'invoquer le bénéfice du I-2° de l'article L. 420-4 du code de commerce ou de l'article 81§3 du Traité CE.
36. En effet, le progrès économique invoqué résulterait directement de la création du consortium, et celui-ci serait nécessaire à la réalisation de ce progrès économique, dans la mesure où l'avantage financier reposerait sur le fort effet de levier et la déconsolidation de la dette. De surcroît, un tel dispositif réserverait effectivement aux industriels consommateurs une part équitable du profit qui en résulte, puisque ce sont eux qui bénéficieraient de l'intérêt du montage financier, ce dont bénéficieraient, *in fine*, les consommateurs finals.
37. Cette analyse est confortée par la jurisprudence du Conseil de la concurrence qui, à plusieurs reprises, a rappelé que le rapprochement de plusieurs entreprises en vue d'améliorer leur puissance d'achat ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle.
38. Par exemple, dans sa décision n° [03-D-11](#) du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, le Conseil a considéré que "*le libre choix de l'acheteur est un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix*" (§67 de la décision). Selon la même idée, le Conseil avait indiqué dans un avis n° [97-A-04](#) relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution : "*De même les associations de coopératives d'achat ou les regroupements d'entreprises individuelles peuvent constituer un contrepoids à la puissance contractuelle des producteurs les plus importants (...) et contribuer au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché aval*".
39. Cependant, la dernière condition imposée par la jurisprudence pour obtenir le bénéfice de l'exemption au titre du progrès économique requiert une analyse du contexte concurrentiel dans lequel le consortium est mis en place. En effet, celui-ci ne doit pas conduire à la création de distorsions de concurrence, sur le marché de l'électricité ou sur les marchés

situés en aval (aluminium, chimie, etc.), ainsi que l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° [03-D-11](#) précitée relative au secteur de la grande distribution : "*Même si les accords et pratiques susmentionnés aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais de la création d'une centrale commune de référencement, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions du livre IV du code de commerce que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, en portant atteinte à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs*" (§ 68 de la décision).

40. L'analyse requise par la dernière condition imposée par la jurisprudence fait l'objet de la suite de cette deuxième partie du présent avis, consacrée à l'analyse concurrentielle du dispositif en cause.

B. LA MISE EN PLACE DE CONTRATS A LONG TERME

41. Le dispositif envisagé par la table ronde prévoit que le consortium passe des contrats avec un ou plusieurs fournisseurs d'électricité pour le compte de ses actionnaires, industriels consommateurs d'électricité. Même si ces contrats d'approvisionnement en électricité ne sont pas conclus directement entre les consommateurs et les fournisseurs, mais font intervenir le consortium comme intermédiaire, il n'en reste pas moins que ces contrats résultent de la volonté concordante de plusieurs entreprises indépendantes les unes des autres décidant de manière autonome de leur comportement. A ce titre, ces contrats d'approvisionnement méritent d'être analysés au regard des dispositions du droit de la concurrence relatives aux ententes.
42. Selon le droit national, une entente n'est anticoncurrentielle que si elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Elle sera sur les mêmes critères examinée au regard du droit communautaire si elle est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.
43. Il convient de rappeler que les notions d'entente et d'abus de position dominante ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Ainsi, si ces contrats font intervenir une entreprise en position dominante, ils méritent également d'être analysés au regard des dispositions du droit de la concurrence relatives aux abus de position dominante. Une telle analyse devra alors s'attacher à démontrer la position dominante de l'entreprise en cause sur le marché pertinent préalablement défini ainsi que la restriction de concurrence constituant l'abus. Dans le cas où la position dominante serait démontrée et où la restriction de concurrence serait susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire, les contrats en cause se révéleraient, en outre, contraires à l'article 82 du Traité CE.
44. Comme indiqué en introduction, le Conseil de la concurrence, lorsqu'il est consulté en application de l'article L. 462-1 du Livre IV du code de commerce, ne peut que se prononcer sur des questions de concurrence d'ordre général et rappeler les principes sur lesquels il fonde ses analyses concurrentielles. Les paragraphes suivants ont donc pour objet d'indiquer les éléments que le Conseil prendrait en compte pour évaluer une éventuelle restriction de concurrence résultant de contrats d'approvisionnement d'électricité à long terme.

1. Le marché pertinent

45. Le marché pertinent doit être défini afin, d'une part, de déterminer une éventuelle position dominante et, d'autre part, d'évaluer les effets potentiels du dispositif en cause sur ce marché. La consommation totale en France est de l'ordre de 480 TWh. Dans cet ensemble, les clients éligibles aujourd'hui³ représentent une consommation totale de l'ordre de 300 TWh en France. Mais une partie seulement d'entre eux a fait jouer son éligibilité ou, en d'autres termes, a quitté les tarifs régulés. Elle représente un volume de consommation annuel de l'ordre de 150 TWh.
46. En l'espèce, et sous réserve d'un examen au fond, on peut raisonnablement présumer que le marché pertinent concerné par ces contrats d'approvisionnement à long terme en électricité correspond à un segment du marché d'ensemble de la fourniture d'électricité en France : celui des clients éligibles ayant fait jouer leur éligibilité.
47. Les clients ayant fait jouer leur éligibilité sont essentiellement des entreprises qui étaient éligibles avant le 1^{er} juillet 2004, à savoir les sites dont la consommation est supérieure à 7 GWh. En effet, la hausse des prix sur le marché ouvert a découragé les clients nouvellement éligibles au 1^{er} juillet 2004 de sortir du tarif régulé. Ainsi, la clientèle présente sur le marché concurrentiel représente en 2005 environ 3 % de la clientèle éligible en nombre de sites, mais près de 50 % en volume.
48. Dans son rapport d'activité paru en juin 2005 (page 76), la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) indique l'évolution suivante : *"Le rythme d'ouverture du marché des clients éligibles stagne depuis plusieurs mois, ce qui est inhabituel dans la phase de démarrage d'un nouveau marché. Ce phénomène de stagnation s'explique par la coexistence de tarifs réglementés et de prix de marché. En effet, le coût de la fourniture aux tarifs réglementés est, pour certaines catégories de clients, notamment industriels, très inférieur au prix de fourniture sur le marché. (...) En terme de consommation d'électricité, la part de marché des fournisseurs alternatifs progresse lentement (13 % environ en mars 2005). En effet, la majorité de leurs nouveaux clients sont des petits sites dont la consommation est en moyenne plus de 500 fois inférieure à celle de leur plus petit client d'avant le 1^{er} juillet 2004"*.
49. Ainsi, sans prétendre se prononcer sur le marché pertinent à l'horizon des 20 prochaines années, on peut néanmoins estimer que la taille du marché des clients ayant fait jouer leur éligibilité devrait rester stable en volume⁴ au cours des quelques prochaines années sous les hypothèses suivantes : (i) absence d'un droit de retour au tarif et absence de suppression des tarifs réglementés pour les clients éligibles⁵, (ii) hausse limitée des tarifs régulés⁶, (iii) pas de forte baisse des prix sur le marché de gros au cours des prochaines années. L'instruction a montré que cette dernière hypothèse est partagée par l'ensemble des acteurs du secteur.

³ Depuis le 1er juillet 2004, il s'agit de l'ensemble des consommateurs d'électricité à l'exclusion des particuliers.

⁴ Ce marché représente potentiellement un volume de consommation de 300TWh et actuellement un volume de consommation annuel de l'ordre de 150 TWh.

⁵ Dans son rapport d'activité paru en 2005 (page 7), la CRE préconise : *"Pour permettre un développement harmonieux des marchés de l'électricité et du gaz, une suppression des tarifs réglementés pour les clients éligibles, dont les modalités sont à étudier, doit être envisagée"*.

⁶ À cet égard, les pouvoirs publics ont annoncé, dans le cadre de l'ouverture du capital d'EDF, que la hausse des tarifs d'électricité serait limitée à l'inflation lors des prochaines années.

50. La question peut être soulevée de savoir si le marché pertinent ne devrait pas être restreint, au sein des clients ayant fait jouer leur éligibilité, à ceux présentant un profil de consommation particulier. En effet, les industriels électro-intensifs font valoir les caractéristiques communes suivantes : consommation importante en base, prévisibilité de la consommation, engagement de long terme, possibilité d'effacement. Néanmoins, l'instruction n'a pas permis de mettre en évidence les éléments qui conduiraient à définir un marché pertinent aussi restreint. Pour la suite de l'analyse, le marché pertinent considéré est donc le marché de la fourniture d'électricité en France aux clients ayant fait jouer leur éligibilité.

2. Les positions des fournisseurs sur le marché pertinent

51. En séance, les représentants d'EDF ont indiqué fournir près de 75 % du volume de consommation des clients présents sur le marché ouvert à la concurrence, soit un peu plus de 110 TWh sur les 150 TWh en concurrence. Cet ordre de grandeur est confirmé par les chiffres fournis par la CRE, selon lesquels les concurrents d'EDF fournissent environ 38 TWh par an, soit 25 % du marché pertinent.
52. Au regard de la part d'EDF sur ce marché et de son poids en tant qu'entreprise publique, et en considération de sa qualité d'opérateur historique et de principal producteur en France (part de marché de 90 % dans la production), il peut être raisonnablement présumé que la société EDF est en position dominante sur le marché pertinent.
53. Quant aux concurrents d'EDF sur le marché pertinent, le rapport d'activité de juin 2005 de la CRE indique la présence de 26 fournisseurs alternatifs actifs sur le marché de la fourniture d'électricité, dont 23 actifs sur le segment des "*grands sites*"⁷. Parmi ces fournisseurs alternatifs, rares sont ceux qui possèdent des moyens de production significatifs en France. Ne sont dans ce cas que le groupe Suez Electrabel (deuxième producteur en France avec de l'ordre de 7 % des capacités de production), le groupe Endesa (en troisième position avec la SNET) et le groupe Gaz de France. Le groupe Suez Electrabel estime sa part de marché aux alentours de 8 % sur le marché pertinent et le groupe SNET Endesa à environ 3 %.

3. L'effet des contrats sur le reste du marché

54. Avant de procéder à l'analyse concurrentielle de ces contrats, ce qui sera fait ci-après, il convient d'analyser les éventuelles restrictions de concurrence que le gel d'une partie du marché dans ces contrats pourrait occasionner sur le reste du marché.
55. Cette analyse consiste à déterminer si ces contrats sont susceptibles de provoquer une barrière à l'entrée ou l'éviction de concurrents déjà présents sur le marché pertinent ou de provoquer un verrouillage durable du marché.

⁷ La CRE distingue 3 segments sur le marché de détail : les grands sites, les moyens et les petits. Les industriels concernés par le dispositif devraient appartenir au segment des "*grands sites*", dont la définition donnée par la CRE est la suivante : "*sites en haute tension dont la puissance souscrite est supérieure ou égale à 250 kW. Ces sites sont des grands sites industriels, des hôpitaux, des hypermarchés, de grands immeubles... (consommation annuelle supérieure à 1 GWh en général)*".

56. Si les contrats à long terme ne sont pas interdits "*per se*" par le droit de la concurrence, il convient néanmoins de les analyser dans leur contexte et, notamment, de veiller à ce qu'ils ne portent pas une atteinte excessive au bon fonctionnement du reste du marché. On peut, sur ce point, s'inspirer des analyses de concurrence qui sont habituellement menées dans le cadre de l'examen des accords verticaux et qui ont précisément pour objectif de déterminer les conditions dans lesquelles certaines pratiques peuvent conduire à une forclusion du marché.
57. Il convient notamment d'analyser les contrats en tenant compte du volume qu'ils concernent au regard de la taille du marché pertinent, de l'ensemble des autres clauses contractuelles telles que, par exemple, les modalités de sortie anticipée ou le degré de couverture des besoins des clients (présence éventuelle de clauses d'exclusivité) et enfin, de leur justification économique (par exemple : durée de l'engagement au regard des investissements consentis).
58. Ainsi, dans sa décision n° [99-D-51](#) du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie (affaire Climespace), le Conseil de la concurrence a considéré qu'une restriction de concurrence liée à la durée de fourniture peut être renforcée par le caractère exclusif de cette fourniture, dans la mesure où le cumul de ces deux caractéristiques est de nature à porter atteinte aux débouchés d'entreprises tierces.
59. En l'espèce, les contrats à long terme envisagés sont destinés à fournir des rubans d'électricité. Par conséquent, ils ne couvriraient pas les besoins des industriels en fourniture ajustée, ce complément de fourniture pouvant être assuré par des concurrents. La souscription d'un contrat à long terme n'entraînerait donc pas d'exclusivité pour l'ensemble des besoins du client.
60. En outre, dans l'hypothèse où le dispositif concernerait un volume de l'ordre de 20 TWh au total, les contrats de long terme couvriraient alors 13 % du marché pertinent retenu pour la présente analyse, ce pourcentage ne pouvant que décroître en cas d'accroissement du marché des éligibles ayant fait jouer leur éligibilité. Quant à l'opérateur dominant, EDF, il a annoncé ne pas vouloir proposer plus de 15 TWh en réponse à la consultation, ce qui représenterait 10 % de ce marché pertinent. En première analyse, il s'agit d'ordres de grandeur acceptables du point de vue concurrentiel, dans la mesure où de tels volumes devraient laisser *a priori* des débouchés suffisants aux fournisseurs tiers n'ayant pas les moyens de répondre à la consultation du consortium.
61. En effet, il faut rappeler que les fournisseurs alternatifs disposent aujourd'hui, ensemble, d'une part de marché de l'ordre de 25 % du marché ouvert (cf. *supra*, § 51). Si, une fois les contrats à long terme conclus, 13 % de ce marché étaient désormais soustraits à la concurrence pour une durée d'une vingtaine d'années, il ne resterait pas moins de 87 % du marché soumis à la concurrence pendant cette période. Par conséquent, la conclusion de contrats à long terme à un niveau de l'ordre de 20 TWh laisserait théoriquement aux fournisseurs alternatifs la possibilité d'une marge de progression importante de leurs parts de marché.
62. En outre, EDF a affirmé, en séance, fournir déjà la majorité des industriels électro-intensifs *a priori* concernés par le dispositif. La mise en place de tels contrats à long terme ne devrait donc pas, globalement, lui permettre d'accroître sa part de marché en récupérant, par ce dispositif, des clients perdus au moment de l'ouverture du marché.
63. L'instruction du présent avis a montré par ailleurs que seul Suez-Electrabel est susceptible de proposer une offre à long terme adaptée aux besoins spécifiques des industriels

électro-intensifs, mais pour des volumes limités, et qu'aucun entrant nouveau n'est susceptible d'entrer sur ce segment, à court terme.

64. Ainsi, la conclusion de contrats à long terme destinés à couvrir des besoins spécifiques d'un client ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle : ces contrats peuvent présenter une utilité pour les parties dans la mesure où ils garantissent au fournisseur un débouché et à l'acheteur une source d'approvisionnement connus et sûrs à des prix stables. Cette stabilité permet aux parties de réaliser des économies, notamment en réduisant les coûts de transaction, en organisant une meilleure programmation de la production et des livraisons ou en réalisant des investissements durables.
65. En conclusion, les contrats à long terme ne sont pas interdits "*per se*" par le droit de la concurrence, et ce, même s'ils sont mis en œuvre par un opérateur en position dominante.

C. LE NIVEAU DE PRIX DES CONTRATS A LONG TERME

66. L'analyse concurrentielle du dispositif doit examiner le niveau de prix d'achat d'électricité dont bénéficieront les industriels actionnaires du consortium, ce niveau étant susceptible de revêtir un caractère anticoncurrentiel à trois titres : premièrement, il pourrait être qualifié de prédateur s'il était trop bas ; deuxièmement, il pourrait être qualifié d'aide d'État par les instances européennes s'il était proposé par une entreprise publique à un niveau différent de celui que cette entreprise pratiquerait dans des "*conditions normales de marché*"; troisièmement, il pourrait présenter le risque d'être discriminatoire.
67. À titre préliminaire, il convient de préciser que le niveau de prix qui sera payé *in fine* par les industriels n'est pas connu, puisqu'il doit résulter de plusieurs paramètres encore indéterminés : d'une part, ce prix dépendra des offres des fournisseurs d'électricité qui répondront à la consultation organisée par le consortium ; d'autre part, il sera fonction des conditions d'emprunt bancaire que le consortium aura pu obtenir ; enfin, il sera peut-être abaissé grâce à la mise en place du dispositif fiscal envisagé dans le cas de la SOFIBASE.
68. Néanmoins, dans le cadre de cet avis, le Conseil de la concurrence souhaite rappeler quelques principes généraux qui pourraient, le cas échéant, aider les acteurs du secteur à prendre leurs décisions en toute connaissance de cause.
69. S'agissant, tout d'abord, du risque de prédation, les conditions requises pour une telle qualification ont été rappelées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés AOL France SNC et AOL Europe SA : "*la prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément. Le constat d'une telle pratique doit donc se faire au travers d'une série d'éléments comme l'analyse des marges (il y a prédation si l'entreprise vend en dessous de ses coûts de production), la possibilité d'éviction (la prédation n'a de sens que si elle permet l'élimination ou l'affaiblissement de certains concurrents), les potentialités de récupération des pertes (la présence de barrières à l'entrée garantit la possibilité de récupération des pertes et l'élimination durable des concurrents), l'effet structurant de la baisse tarifaire sur le marché, ou la présence ou non de marques*".
70. En l'espèce, il est probable que la mise en concurrence des fournisseurs d'électricité pour la fourniture de rubans en base sur une durée de 15 à 20 ans se limitera à quelques acteurs,

disposant de capacités effectives de production, sans intéresser les simples négociants. En effet, les maturités envisagées étant largement supérieures à celles de tous les produits vendus sur les marchés organisés ou dans le cadre des *Virtual Power Plants* (VPP), capacités virtuelles de production mises aux enchères régulièrement par EDF⁸, un fournisseur s'approvisionnant sur le marché de gros sera dans l'incapacité d'y participer. Par ailleurs, sans qu'on puisse exclure que des producteurs étrangers fassent une offre, force est de reconnaître que la nécessité d'obtenir une garantie d'accès à long terme aux capacités d'interconnexions, à un coût prévisible, rendra difficile pour un producteur étranger de présenter des offres compétitives. Par conséquent, ce sont les producteurs établis en France qui seront majoritairement à même de proposer une offre à long terme.

71. Or, en France, seuls EDF et le groupe Suez Electrabel disposent de ces offres en base, la production actuelle de la SNET correspondant surtout à des demandes de pointe. Cependant, le groupe Suez Electrabel a indiqué estimer ne pas pouvoir offrir plus de 2 TWh pour une fourniture à long terme en base, en raison d'une part de ses capacités de production limitées en base en France et, d'autre part, de sa politique de diversification du risque au sein de son portefeuille. En tout état de cause, Suez Electrabel affirme être dans l'impossibilité de fournir des rubans dès 2006 car sa production en base a déjà été vendue pour cette période de livraison.
72. Il apparaît donc que, lors de cette consultation, EDF ne subira pas de forte pression sur les prix de la part de ses concurrents. La mise en œuvre d'une stratégie de prédation consistant à vendre en dessous des coûts de production dans le but d'éliminer les concurrents n'est pas réaliste dans ce contexte.
73. Si EDF vendait en dessous de ses coûts de production, cette pratique ne pourrait être qualifiée de prédatrice en l'absence d'éléments tendant à démontrer une stratégie d'éviction des concurrents. En revanche, elle pourrait être analysée comme une aide d'État, dans la mesure où, celui-ci étant l'actionnaire majoritaire d'EDF, il s'agirait d'une aide octroyée "*au moyen de ressources d'État*". Toutefois, le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour se prononcer plus avant sur les aides d'État. Dans le cadre de cet avis, il lui semble toutefois utile de signaler ces aspects (cf. *infra*, § 89 et suivants).
74. Enfin, le Conseil rappelle que si le prix d'électricité offert par l'opérateur en position dominante, en réponse à la consultation du consortium, s'avérait nettement inférieur à celui pratiqué par l'opérateur auprès des autres clients présents sur le marché ouvert, il ne s'agirait pas nécessairement d'une discrimination anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ou de l'article 82 du Traité CE. En effet, est qualifié d'anticoncurrentiel le fait, pour une entreprise en position dominante sur un marché, "*d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence*" (article 82, second alinéa, sous c) du Traité CE).

⁸ Ces VPP ont été mises en place par EDF en 2001 pour respecter les engagements demandés par la Commission européenne en contrepartie de l'autorisation à prendre une participation de 34,5 % dans l'électricien allemand EnBW.

75. Or, les achats d'électricité réalisés par le consortium présentent des caractéristiques différentes de celles des achats réalisés habituellement par les clients qui s'approvisionnent sur le marché libre. Ces différences concernent notamment l'engagement pour une fourniture ferme sur une durée de 15 à 20 ans, le volume engagé et la répartition particulière entre prime fixe initiale et prix proportionnel. Par conséquent, dès lors que les prestations ne sont pas équivalentes, des conditions de prix différentes sont justifiables et ne constituent pas une discrimination anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ou de l'article 82 du Traité CE, sous réserve d'une analyse de fond qui ne peut être menée dans le cadre du présent avis.

D. LA SÉLECTION DES INDUSTRIELS PAR DES CRITÈRES ÉTABLIS PAR DÉCRET

1. Le mode de sélection des entreprises pose des difficultés sérieuses

76. L'instruction a fait apparaître que les critères envisagés pour la sélection des industriels (Cf. *supra*, § 27) soulèvent de nombreuses questions parmi les industriels ainsi que des différends quant à leur interprétation et quant au niveau des seuils envisagés. En effet, chacun défend une position qui, si elle était retenue, lui permettrait d'être assuré de pouvoir participer au dispositif.
77. En premier lieu, le critère lié à la taille (consommation annuelle supérieure à 550 GWh sur le territoire français) soulève les difficultés d'interprétation suivantes : s'agit-il de la consommation en base ou de la consommation totale ? S'agit-il de la consommation totale de la société, ou bien de la filière d'activité concernée au sein de la société, ou bien encore s'agit-il d'une condition à remplir par site de production ?
78. Quant au seuil de 550 GWh, il présente le risque d'introduire des distorsions de concurrence, notamment, par effet de bord, entre des entreprises actives dans un même secteur, non seulement au niveau communautaire (cf. *infra*, § 86), mais même sur le territoire français. C'est le cas par exemple dans le secteur du papier. Le président de la Confédération française de l'industrie des papiers, cartons et cellulose (COPACEL) s'exprime, à cet égard, dans les termes suivants : "*Notre Confédération ne peut accepter que cette éligibilité soit conditionnée à des critères discriminants tels qu'un niveau de tension d'alimentation ou un minimum de consommation annuelle d'électricité ; la prise en compte de ces critères créerait des distorsions de concurrence inacceptables entre les entreprises de la même branche industrielle*". En effet, dans l'industrie papetière, il y a entre 60 et 80 sociétés (110 sites) en France. Seules 4 sociétés ont une consommation dépassant 550 GWh.
79. Pour remédier à cette difficulté, il est envisagé que les industriels de plus petite taille puissent se regrouper, à condition d'exercer la même activité. Mais cette possibilité de regroupement soulève d'autres questions, notamment celle de la solidarité financière au sein du consortium des sociétés ainsi regroupées. Si le regroupement impliquait une telle solidarité, cette condition serait de nature à dissuader beaucoup d'entreprises de se grouper avec leurs concurrents. En l'absence d'une telle solidarité, alors la solidité du consortium vis-à-vis des banques en serait fragilisée. Par ailleurs, ces regroupements d'entreprises pourraient présenter des dangers d'entente.
80. En second lieu, le critère d'électro-intensivité (ratio minimum de 6 % correspondant à la part du coût de l'électricité dans la valeur ajoutée) soulève lui aussi des questions

d'interprétation : le coût de l'électricité doit-il être considéré hors transport ou transport compris ; le ratio doit-il être calculé par société, par site ou par filière d'activité ? Les réponses à ces questions sont fondamentales quand on sait que le transport peut représenter une part importante de la facture totale d'électricité et qu'une même société peut être active dans différentes filières, plus ou moins électro-intensives. Par exemple, dans la chimie, le groupe Rhodia a des activités différentes, dont certaines sont plus électro-intensives que d'autres : *"En moyenne, selon nos activités, plus ou moins électro-intensives, le coût de l'électricité représente entre 2 % (activité considérée comme non électro-intensive) et 300 % (activité chlore) de la valeur ajoutée. Ces chiffres dépendent évidemment du niveau de prix de l'électricité, sachant qu'il a doublé entre 2003 et aujourd'hui"*.

81. Il ne convient pas d'établir ici une liste exhaustive des difficultés d'interprétation. Cependant, à titre d'exemples, on peut encore citer la remarque de l'UNIDEN (Union des industries utilisatrices d'énergie) au sujet du critère relatif à la durée d'utilisation annuelle de la puissance souscrite (7000 heures hors arrêts exceptionnels) : *"le critère des 7000 heures d'utilisation de la puissance souscrite paraît poser un problème au regard de la concurrence sur un même produit : le maintien de ce critère, basé sur la puissance souscrite et non sur la puissance du ruban acheté dans le cadre du consortium, conduirait à l'exclusion d'un site de laminage d'aluminium en concurrence avec un site de laminage acier qui, lui, remplirait le critère"*; ou l'observation de COPACEL au sujet du critère relatif au chiffre d'affaires réalisé sur un marché mondial (plus de 50 %) : *"ce [dernier] critère ne nous pose pas de problème d'interprétation, dès lors que les échanges avec l'UE sont inclus dans l'ensemble des exportations"*.
82. À l'égard de ce dernier critère, le manque de précision dans sa formulation permet de douter de son efficacité à cibler les entreprises réellement délocalisables. En effet, dans un secteur tel que celui des gaz industriels, les producteurs ne peuvent produire sur des sites éloignés de leurs consommateurs car le produit se transporte difficilement au-delà d'un rayon de 300 à 500 km. Toutefois, un site implanté en Alsace pourra desservir sans difficulté des clients présents en France, en Allemagne, en Belgique et en Suisse. La question se pose de savoir si la notion de *"marché mondial"* permet vraiment de différencier les industries pour lesquelles le risque de délocalisation hors de l'Union européenne est réel. D'une manière générale, il existe, sur la réalité des risques de délocalisation, une asymétrie d'information importante et difficilement surmontable entre les industriels et les régulateurs publics

2. Les risques de discrimination et de distorsion de concurrence

83. Au vu des réactions des industriels aux critères envisagés, il apparaît que, quelles que soient les définitions et les méthodes de calcul retenues pour l'établissement de ces critères, le risque d'exclure des entreprises qui estiment appartenir à la catégorie des *"électro-intensifs délocalisables"* est inévitable ; et ce d'autant plus que ces critères auront été établis dans le but de circonscrire le volume global du dispositif.
84. À cet égard, les représentants de Suez Electrabel ont indiqué lors de leur audition le 12 septembre 2005 : *"Nous avons toujours préféré ne pas nous prononcer sur ces critères, car il nous paraît impossible de les déterminer sans leur donner un caractère discriminatoire"*. En effet, il n'existe aucune garantie que deux industriels concurrents dans un même secteur soient tous deux agréés. Or, le coût de l'électricité revêtant une importance majeure pour la compétitivité de ces entreprises, le fait d'être actionnaire du consortium, et donc de bénéficier d'un prix d'électricité avantageux par rapport à celui du

marché et, en outre, d'une visibilité à long terme sur le coût d'électricité, donne un avantage compétitif indéniable sur les concurrents qui n'ont pas pu être agréés.

85. Ces critères de sélection des industriels créent nécessairement une frontière entre *insiders* et *outsiders* qui entraîne des distorsions de concurrence sur les marchés situés en aval du marché de la fourniture d'électricité.
86. Enfin, il convient d'ajouter que de telles distorsions de concurrence sur les marchés aval sont inévitables au niveau communautaire dans la mesure où seuls les sites industriels implantés en France peuvent être agréés. Le commerce intracommunautaire devrait nécessairement s'en trouver affecté, de sorte que cette condition de localisation des industriels sur le territoire national n'apparaît pas, en l'état, compatible avec le droit communautaire de la concurrence.

3. Conclusion : le mode de sélection envisagé n'apparaît pas compatible avec les règles de concurrence

87. Le Conseil comprend la volonté des pouvoirs publics d'améliorer le fonctionnement du marché de manière à ce qu'il réponde aux besoins des sociétés implantées en France susceptibles de délocaliser leur production à l'étranger, et il partage leur souci de circonscrire le volume concerné par le dispositif en cause afin de laisser un volume suffisant sur le marché libre de l'électricité.
88. Cependant, le principe même de sélection des industriels par les pouvoirs publics, à travers une liste de critères établie par décret, semble devoir inévitablement conduire à des distorsions de concurrence, qui donneront lieu à des contestations, sans être à même de garantir la meilleure efficacité dans la sélection des bénéficiaires. En effet, l'agrément des industriels par les pouvoirs publics suppose la mise en place d'une régulation administrative dont l'efficacité économique sera limitée par l'asymétrie d'information dont souffre l'administration par rapport au marché. C'est pourquoi répondre à la demande des industriels en étendant le champ de la régulation administrative ne paraît pas adéquat. À cet égard, le Conseil de la concurrence préconise plutôt la mise en place d'un mécanisme concurrentiel de sélection des industriels (cf. *infra*, § 95 et suivants).

E. LE RISQUE DE QUALIFICATION D'AIDE D'ÉTAT

89. Il n'est pas exclu que l'intervention des pouvoirs publics au niveau de la sélection des industriels conduise à ce que l'ensemble du dispositif en cause soit considéré incompatible avec les règles communautaires relatives aux aides d'État. En effet, l'article 87, paragraphe 1, du Traité CE dispose que : "*Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*".
90. Or, le dispositif envisagé prévoit effectivement l'intervention de l'État, dans la mesure où, d'une part, les critères de sélection des industriels devraient être définis par décret et où, d'autre part, les entreprises devraient être agréées par arrêté conjoint du ministre du budget et du ministre de l'économie et des finances. En outre, il est également prévu que le statut du consortium soit défini par des dispositions législatives.

91. Cette intervention de l'État favoriserait effectivement certaines entreprises ou certaines filières de production, puisqu'en étant actionnaires du consortium, ces entreprises devraient pouvoir bénéficier d'un coût d'achat de l'électricité avantageux par rapport aux conditions prévalant sur le reste du marché et d'une visibilité de ce coût assurée sur le long terme. La mise en place d'une aide fiscale, dans le cas de la SOFIBASE, viendrait encore accroître l'avantage sélectif accordé par l'État.
92. Enfin, comme évoqué précédemment (cf. *supra*, § 83 et suivants), cet avantage sélectif serait de nature à créer des distorsions de concurrence et à affecter le commerce intracommunautaire.
93. Par conséquent, le Conseil de la concurrence attire l'attention sur le risque que l'ensemble du dispositif puisse être qualifié d'aide d'État. Cependant, même lorsque les conditions précitées sont remplies et que le mécanisme en cause constitue une aide d'État, il n'est pas pour autant automatiquement prohibé. En effet, la Commission européenne dispose de la faculté d'autoriser l'aide en question.
94. Toutefois, pour être autorisée, une aide d'État doit, soit être déjà couverte par un règlement d'exemption adopté par la Commission pour certains types d'aides ou s'inscrire dans le cadre d'un régime d'aides déjà autorisé, soit être notifiée à la Commission par l'État membre concerné. Dans ce dernier cas, l'aide ne peut pas être mise en œuvre avant autorisation de la Commission, sous peine d'être considérée comme illégale pour méconnaissance de la dernière phrase de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, indépendamment de ses éventuels mérites au fond.

III. Alternatives possibles

95. L'objet de cette troisième partie est de présenter quelques éléments de nature à permettre une réponse à la demande des industriels qui soit plus respectueuse du droit de la concurrence.
96. Le travail réalisé par la table ronde a permis de mettre en évidence trois points importants.
97. Premièrement, il existe une demande particulière de certains consommateurs pour une fourniture d'électricité en ruban, garantie sur le long terme (15 à 20 ans), valorisant d'éventuels effacements de consommation. En outre, ces industriels se montrent prêts à participer aux efforts d'investissement dans la production d'électricité, par exemple par le biais du paiement d'une forte part fixe en début de contrat.
98. Deuxièmement, il existe des producteurs d'électricité prêts à proposer des offres à long terme à ces clients. Ces offres seraient motivées par plusieurs raisons. D'une part, des contrats à long terme leur permettraient d'équilibrer leur portefeuille de clients dans la durée, en s'assurant une clientèle stable à un prix sécurisé, qui leur ferait économiser des coûts commerciaux grâce à la moindre fréquence des renégociations des contrats. D'autre part, face au risque de délocalisation hors de l'Union européenne des clients présentant une forte élasticité au prix de l'électricité, la mise en place de contrats adaptés à leur demande permettrait de sécuriser des débouchés. Par ailleurs, ces producteurs pensent être capables de proposer, pour de tels contrats, un niveau de prix inférieur au prix actuel prévalant sur le marché de gros, tout en assurant une rentabilité satisfaisante à leurs investissements.

99. Troisièmement, il apparaît que cette offre et cette demande n'ont pas réussi à se rencontrer spontanément, de sorte que les pouvoirs publics ont jugé nécessaire d'intervenir pour que la demande des industriels rencontre une offre en réponse.
100. Cette réponse a pris la forme du dispositif faisant l'objet de la présente demande d'avis auprès du Conseil de la concurrence. Toutefois, l'analyse concurrentielle du dispositif en cause a mis en évidence le point contestable majeur de la solution envisagée, à savoir l'intervention de l'État dans la sélection des industriels autorisés à y participer. Le Conseil considère que la demande spécifique des industriels électro-intensifs peut trouver d'autres types de réponse, plus compatibles avec le droit de la concurrence.

A. LA RÉPONSE À MOYEN TERME : AMÉLIORER LA LIQUIDITÉ DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ POUR DES ÉCHÉANCES PLUS LONGUES

101. L'instruction a fait apparaître que les besoins spécifiques des industries électro-intensives devraient être couverts par des contrats à long terme. Il existe un consensus entre ces demandeurs et les offreurs potentiels pour regretter l'absence de ces contrats. Celle-ci serait liée à l'absence de liquidité sur le marché de gros pour des produits à terme sur un horizon supérieur aux deux ou trois prochaines années.
102. On constate en effet que les indices de prix reflétant les échanges sur le marché de gros de gré à gré (tels que l'indice Platt's, par exemple) n'indiquent que des échéances inférieures ou égales à trois ans. De même, la bourse d'électricité française Powernext, qui présente depuis juin 2004 des cotations pour des produits à terme, ne cote pas des échéances supérieures aux trois prochaines années en raison du manque d'offres et de demandeurs pour de telles échéances. Enfin, les *Virtual Power Plants* (VPP), capacités virtuelles de production mises aux enchères régulièrement par EDF, présentent aussi une maturité maximale de trois ans. Ainsi, les échanges sur le marché de gros en France sont limités à l'horizon des trois prochaines années.
103. Quant aux importations, elles sont rendues difficiles pour des échéances longues en raison de la difficulté d'obtenir une garantie d'accès à long terme aux capacités d'interconnexion. Ceci entraîne un manque de visibilité du coût de passage des frontières, les congestions éventuelles des interconnexions étant susceptibles de les rendre très coûteuses.
104. Il en résulte que les fournisseurs ne possédant pas d'actifs de production en France rencontrent de grandes difficultés pour proposer des offres à long terme.
105. Quant aux producteurs, le manque de concurrence entre eux sur les offres à long terme est lié à la dominance d'EDF sur le marché de la production, EDF possédant plus de 90 % des capacités de production installées en France. En séance, l'opérateur public a indiqué qu'en raison de sa position dominante, il s'est toujours refusé à proposer des contrats à long terme aux clients finals, pour ne pas être mis en cause pour non respect des règles de concurrence.
106. Mais le Conseil de la concurrence estime cette position trop systématique : le présent avis s'est en effet attaché à démontrer que la seule situation de position dominante ne constitue pas une barrière juridique à la conclusion de contrats à long terme, tant que ceux-ci n'ont pas pour objet ou pour effet de provoquer un verrouillage du marché par création d'une barrière à l'entrée ou par l'éviction de concurrents déjà présents sur le marché pertinent.
107. En tout état de cause, la réponse idéale à la demande des industriels électro-intensifs, sur le plan concurrentiel, serait de construire un marché de gros, liquide pour les produits à long

terme, afin de créer les conditions propices à l'émergence d'une concurrence sur les offres à long terme auprès des clients finals.

108. Il appartient aux pouvoirs publics et au régulateur sectoriel de proposer des mesures structurelles visant à améliorer la liquidité de ce marché. Mais les effets de cette amélioration ne se feront toutefois sentir qu'à moyen terme.

B. LA RÉPONSE À PLUS COURT TERME : CONSERVER LE PRINCIPE GÉNÉRAL DU DISPOSITIF ENVISAGÉ MAIS MODIFIER LE MODE DE SÉLECTION DES INDUSTRIELS

109. L'urgence des besoins exprimés par les industriels électro-intensifs demande une réponse rapide, conformément au cadre de la discussion menée au sein de la table ronde. Comme cela a été indiqué ci-dessus, le point faible du dispositif envisagé par la table ronde, au regard du droit de la concurrence, est le mode de sélection des industriels autorisés à devenir actionnaires du consortium. L'amélioration du dispositif sur le plan concurrentiel nécessite donc un mode de sélection différent, plus proche des règles prévalant sur tout marché, par exemple par un procédé d'enchères.
110. Les grandes lignes d'un tel procédé pourraient être les suivantes. Les fournisseurs d'électricité mettraient aux enchères, avec un prix de réserve, une offre de fourniture de volumes d'électricité ayant les mêmes caractéristiques que celles envisagées dans le cadre du dispositif en cause : fourniture de rubans en « *Take-Or-Pay* », sur une durée de 15 à 20 ans, dont le prix résulte de la combinaison d'une forte prime fixe initiale et d'un faible prix proportionnel. Les producteurs offreurs seraient libres de limiter les volumes offerts en fonction de la structure optimale de leur portefeuille de contrats et de fixer leur prix de réservation en fonction de leur propre appréciation du risque de perte définitive de clients électro-intensifs tentés de délocaliser leurs implantations.
111. Tous les acheteurs désireux d'acquérir un tel produit pourraient alors enchérir, sans avoir à satisfaire à un critère particulier, la structure même de l'offre et notamment le montant de la part fixe devant permettre de sélectionner naturellement les industriels dont la consommation est adaptée à la conclusion avantageuse de tels contrats.
112. Le principe général de liberté des interventions des opérateurs sur le marché inciterait à recommander que ces enchères soient ouvertes à tout acheteur souhaitant y participer, y compris des acteurs du secteur procédant à de l'achat pour revente. La mise en œuvre de ce principe nécessiterait cependant d'être soigneusement étudiée.
113. En effet, la raison même de l'appui public donné à la mise en place de ce marché de contrats à long terme est l'incapacité actuelle du marché à, spontanément, faire la preuve de sa liquidité suffisante sur des horizons aussi longs. Cette immaturité du marché rend problématique la possibilité qu'y participent pleinement, dès son ouverture, tous les types d'opérateurs, producteurs et consommateurs effectifs comme négociants.
114. Aussi serait-il préférable, par mesure de précaution et dans une optique de réponse à court terme, de commencer par limiter les enchérisseurs à la catégorie des consommateurs finals, en attendant que ce marché plus restreint ait fait la preuve de sa réactivité. La mise à disposition, par un mécanisme d'enchères, de volumes d'énergie sur le long terme à destination d'autres opérateurs électriques concurrents relèverait plutôt des mesures structurelles destinées à favoriser la liquidité du marché de gros évoquées dans la section précédente, mais à un horizon plus lointain.

115. Un courtier (« broker ») serait désigné pour déterminer le prix équilibrant l'offre et la demande et les quantités revenant à chacun des acheteurs.
116. Les acheteurs, ayant une parfaite connaissance des conditions d'achat d'électricité, pourraient alors constituer ensemble un (ou plusieurs) consortium déconsolidant leur permettant de faire jouer l'effet de levier, de la même manière que cela était envisagé par la table ronde dans le dispositif en cause.
117. Un tel mécanisme de sélection des industriels, par un procédé d'enchères, aurait l'avantage d'être concurrentiel, de n'exclure aucun consommateur *a priori* et de ne pas nécessiter l'intervention de l'État.
118. On peut objecter que ce mécanisme d'enchères pourrait échouer s'il débouchait sur un prix qui serait finalement trop élevé pour être compatible avec la poursuite de l'activité sur le territoire national des industriels électro-intensifs délocalisables. Seule la confrontation réelle d'une offre et d'une demande par des mécanismes de marché pourra toutefois lever cette incertitude.
119. Une autre option serait la mise en place d'un mécanisme symétrique dans lequel les producteurs fixeraient non pas le volume des contrats à long terme qu'ils sont prêts à souscrire mais leur structure tarifaire. Une telle offre permettrait aux demandeurs intéressés par le niveau et la structure de prix affichés de se déclarer pour une certaine consommation, le volume servi par les producteurs s'ajustant en fonction de leur demande globale.
120. Le risque serait, dans ce cas, de voir une demande excessive se porter sur ces contrats sans que les offreurs puissent limiter les volumes au niveau qu'ils jugent optimal sous peine, notamment pour l'entreprise dominante, de se voir accuser de pratique discriminatoire. Cependant, il convient de nuancer ce risque en soulignant que les caractéristiques des produits proposés aux enchères (rubans en *Take-Or-Pay*, durée de 15 à 20 ans, paiement d'une forte prime fixe initiale) sont de nature à limiter le nombre des consommateurs potentiellement intéressés.
121. Enfin, il faut rappeler, de manière générale, que les niveaux de prix d'électricité de l'ordre de 20 €/MWh « rendu site » que l'on peut observer dans les pays du Moyen-Orient ou en Afrique du Sud, rendus possibles par la présence de ressources naturelles en électricité hydraulique, en gaz ou en charbon, sont très inférieurs aux coûts complets de production et d'acheminement de l'électricité en France. Par conséquent, le maintien à n'importe quelle condition de l'activité sur le territoire national de la totalité des industriels électro-intensifs soumis à la concurrence de ces pays ne serait possible qu'avec des subventions destinées à effacer artificiellement ces écarts. Une telle politique visant précisément la sauvegarde de l'emploi en France, relèverait de la défense d'intérêts publics plus larges que ceux de la concurrence, sur lesquels le Conseil de la concurrence ne pourrait se prononcer qu'en fonction d'éléments précis et circonstanciés soumis à son examen.

CONCLUSION

- 1) L'analyse concurrentielle du dispositif soumis à l'avis du Conseil de la concurrence a montré que, *a priori*, et sous réserve d'une analyse au fond dans le cadre d'une saisine contentieuse éventuelle, il peut être estimé en l'état des informations soumises au Conseil, que, d'une part, la création du consortium ne constituerait pas une entente horizontale anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, et que, d'autre part, la conclusion de contrats d'achat d'électricité à

long terme ne serait pas anticoncurrentielle en soi, même si ces contrats sont conclus avec une entreprise en position dominante, à condition toutefois qu'ils ne soient pas susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur le reste du marché de la fourniture d'électricité aux clients finals, notamment par le verrouillage d'une part significative du marché.

- 2) Cette analyse a montré, en revanche, que le mécanisme de sélection par les pouvoirs publics des industriels autorisés à participer au dispositif sur la base de critères définis par décret est susceptible d'entraîner des distorsions de concurrence sur les marchés situés en aval du marché de la fourniture d'électricité et d'affecter le commerce intracommunautaire. En outre, l'intervention des pouvoirs publics présente le risque que l'ensemble du dispositif en cause soit qualifié d'incompatible avec les règles communautaires relatives aux aides d'État.
- 3) Dans ce contexte, le Conseil de la concurrence considère qu'à moyen terme, il convient de prendre toute mesure pour améliorer la liquidité du marché de gros d'électricité sur un horizon à plus long terme afin de créer les conditions propices à l'émergence d'une concurrence sur les offres à long terme. Dans l'immédiat, il propose de conserver le principe général du dispositif envisagé mais de modifier le mode de sélection des industriels, selon un mécanisme concurrentiel.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Cayatte, par M. Nasse, vice-président présidant la séance, MM. Honorat et Bidaud, membres.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le vice-président,
Philippe Nasse