



**Décision n° 07-MC-01 du 25 avril 2007
relative à une demande de mesures conservatoires de la société
KalibraXE**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 22 janvier 2007, sous les numéros 07/0002F et 07/0003M, par laquelle la société KalibraXE a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Electricité de France et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 07-DSA-21 du 26 janvier 2007, 07-DSA-47 du 20 février 2007, 07-DSA-63 du 12 mars 2007, 07-DSA-70 du 19 mars 2007, et 07-DSA-74 du 21 mars 2007 ;

Vu l'avis de la Commission de régulation de l'énergie du 2 mars 2007 ;

Vu les observations présentées par la société plaignante, par la société mise en cause et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés KalibraXE et Electricité de France, entendus lors de la séance du 4 avril 2007 ;

Les représentants de la Commission de régulation de l'énergie entendus sur la base des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société KalibraXE a saisi le Conseil de la concurrence le 22 janvier 2007 de pratiques mises en œuvre par la société Electricité de France (ci-après EDF) sur le marché de la fourniture d'électricité et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

1. L'OUVERTURE DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ

2. L'ouverture à la concurrence du secteur de la fourniture d'électricité en France s'effectue progressivement. Depuis le 1^{er} juillet 2004, tous les professionnels, définis comme les personnes physiques ou morales achetant de l'électricité pour un usage non domestique, ont le droit d'acheter leur électricité auprès du ou des fournisseurs de leur choix à un prix déterminé par le jeu de l'offre et de la demande. Ces clients sont dénommés clients éligibles, l'éligibilité s'exerçant par rapport à un point donné (dénommé "*site*") de livraison de l'énergie. La libéralisation complète du marché, correspondant à la date à laquelle tous les consommateurs deviendront éligibles, interviendra le 1^{er} juillet 2007.
3. L'exercice de l'éligibilité n'est cependant pas une obligation pour les professionnels, qui peuvent, sans avoir à effectuer aucune démarche, continuer de se fournir en électricité au tarif réglementé fixé par les pouvoirs publics. En revanche, le choix par un professionnel d'exercer son éligibilité est irréversible.
4. La forte hausse du prix de l'électricité sur le marché libre a toutefois conduit le Parlement à adopter la loi "*énergie*" n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 : elle ouvre aux professionnels ayant exercé leur éligibilité la possibilité temporaire d'un retour à un tarif réglementé, ceci pour une durée limitée à 2 ans à compter du 1^{er} juillet 2007. Ce "*tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché*" (ci-après "*tarif de retour*" ou TarTAM) a été fixé par l'arrêté du 3 janvier 2007 à un niveau, maximum, supérieur de 23 % au tarif réglementé pour les consommateurs d'électricité les plus importants, soit un prix sensiblement plus favorable que celui du marché libre.

2. LE SECTEUR

5. Au 1^{er} janvier 2007, la Commission de régulation de l'énergie (ci-après CRE) évalue à 741 000 le nombre de sites ayant exercé leur éligibilité, soit 15,9 % du total des sites éligibles en France, représentant une consommation d'environ 135 TWh.
6. La CRE distingue deux formes d'offre de fourniture d'électricité aux consommateurs ayant exercé leur éligibilité : l'offre complète et l'offre partielle.
7. L'*offre complète* s'adresse aux consommateurs confiant la fourniture de la totalité de leurs besoins à un seul fournisseur ; elle peut prévoir un prix ferme pour la durée du contrat, unique ou différent pour chacune des périodes horosaisonnnières (hiver-été et heures creuses-heures pleines). Le prix peut également être indexé.

8. L'*offre partielle* concerne les achats de blocs d'électricité par des consommateurs décomposant leur consommation en "*base*" (volume de consommation continue sur l'année), en "*pointe*" (consommation continue de 8 h à 20 h en semaine) ou en "*dentelle*" (partie de consommation résiduelle). Ces consommateurs peuvent alors mettre en concurrence les fournisseurs pour chacun de ces blocs.
9. La libéralisation du marché de l'électricité est marquée par une importante augmentation des prix et leur forte volatilité. Du côté de la demande, certains consommateurs craignent la volatilité : ils privilégient la prévisibilité de leurs coûts et recherchent un prix de l'électricité fixé et ferme pour la durée du contrat, pour couvrir tout ou partie de leur besoin. D'autres consommateurs souhaitent, pour une partie de leur consommation, se réserver la possibilité d'arbitrer entre les opportunités du marché.
10. Du côté de l'offre, le fournisseur doit disposer de prévisions quant à ses volumes de vente, afin d'optimiser l'emploi de ses moyens de production, lorsqu'il en détient, ou d'acheter à terme les quantités qu'il s'est engagé à fournir, afin d'éviter d'être obligé d'acheter ou de vendre de l'électricité sur le marché spot, aux prix par nature éminemment variables.
11. L'équilibre économique d'un contrat de fourniture résulte ainsi du partage des risques qui est effectué entre le consommateur et le fournisseur. Ces risques tiennent au respect par le client de sa consommation prévisionnelle et sa répartition entre heures creuses et heures pleines, aux anticipations des deux parties quant à l'évolution du prix de l'électricité sur le marché libre, et aux prévisions du fournisseur quant à l'utilisation de ses centrales ou aux volumes d'électricité disponibles sur le marché de gros. Leur prise en compte donne lieu à l'emploi de techniques contractuelles particulières au secteur, parmi lesquelles :
 - des engagements minimum de consommation ou clauses "*take or pay*", selon lesquelles le client s'engage à payer un certain volume d'électricité, même si son niveau réel de consommation lui est inférieur ;
 - des engagements de respecter un ratio minimum de consommation en heures creuses par rapport à la consommation totale ;
 - des plafonds de consommation au-delà desquels le prix contractuel n'est plus applicable ;
 - des options permettant au consommateur d'acquérir auprès d'un autre offreur certains de ses blocs d'électricité ;
 - des clauses d'exclusivité.

C. LES ENTREPRISES

1. LA SOCIETE KALIBRAXE

12. KalibraXE est une société par action simplifiée créée en août 2005. Elle exerce, en France, une activité de fourniture complémentaire d'électricité aux consommateurs éligibles. Elle n'a ni la vocation ni la capacité à concurrencer directement EDF et les fournisseurs alternatifs en assurant la fourniture de la totalité ou de la majorité des besoins en électricité d'un client.

13. Son offre consiste en la vente de blocs d'électricité à des clients ayant exercé leur éligibilité, en exploitant les opportunités de cours sur le marché libre, tout en respectant les engagements du client relatifs aux quantités que ce dernier doit acquérir de son fournisseur principal. KalibraXE réalise un arbitrage entre le niveau de prix de référence, que le client paie à son fournisseur principal, et le prix de court terme sur les marchés européens de gros. Lorsque le prix du marché de gros est inférieur au prix de référence du client, KalibraXE achète des blocs d'électricité pour les revendre à son client. Celui-ci évite alors de solliciter son fournisseur principal pour la partie concernée de sa consommation, pour autant que cette consommation excède les quantités que le client s'est engagé à acquérir auprès de son fournisseur principal.
14. KalibraXE a ainsi ciblé comme clients potentiels un large éventail d'entreprises industrielles (producteurs chimiques, métallurgiques, automobiles, cimentiers, producteurs de pneumatiques, de papier, etc.), tertiaires (grande distribution, activités de loisirs, hôtellerie) et du secteur public. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 4,67 M€ en 2006, pour un résultat négatif d'environ 1 M€

2. LE GROUPE ELECTRICITE DE FRANCE

15. Electricité de France (ci-après EDF), opérateur historique de l'électricité en France, est présent sur l'ensemble des métiers de l'électricité : la production, le réseau de transport (via sa filiale RTE), la distribution (également filialisée) et la fourniture. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 58,9 milliards d'euros en 2006.

D. LES PRATIQUES DENONCÉES

16. KalibraXE dénonce l'introduction par EDF, dans ses contrats récents, de clauses de formes diverses, visant à réserver à EDF l'exclusivité de la consommation des clients. Ces clauses auraient pour objet et pour effet d'empêcher l'entrée sur le marché des nouveaux fournisseurs et le développement de leur activité.
17. Les clauses dénoncées sont de trois types : des clauses d'exclusivité totale ; des engagements de consommation minimum portant sur une partie de la consommation anticipée des clients ; et des clauses prévoyant l'application d'un "*tunnel de consommation*", c'est-à-dire la définition d'un engagement de consommation épousant au plus près la courbe de la consommation du client.
18. La saisissante considère qu'en incluant de telles clauses dans ses contrats de fourniture, EDF a abusé de sa position dominante sur le marché français de la fourniture d'électricité à la clientèle éligible.
19. En outre, KalibraXE considère que cette pratique contractuelle sera appelée à s'aggraver avec la mise en œuvre du TarTAM. Ce "*tarif de retour*", réglementé, plus bas que le prix du marché libre, doit en effet être demandé par un client à son fournisseur avant le 1^{er} juillet 2007. Pour la saisissante, la plupart des clients devrait effectuer cette démarche, ce qui, selon elle, donnera à EDF l'opportunité de réviser ses contrats de fourniture en cours pour y introduire des engagements d'exclusivité.

II. Discussion

20. L'article L.464-1 du code de commerce énonce que *"la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée"*. Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L.462-8 du code de commerce.

A. SUR LES PRATIQUES

1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

21. Les deux parties accordent pour estimer que le marché en cause est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles ayant exercé leur éligibilité, ce qui correspond, en France, à un volume de vente d'environ 160 TWh (selon KalibraXE) et 170 TWh (selon EDF).
22. Le marché français de la vente d'électricité aux clients éligibles présente une double particularité qui en fait un marché spécifique.
23. En premier lieu, l'éligibilité n'est qu'une faculté ouverte et nullement une obligation, mais le choix de l'éligibilité est irréversible une fois effectué. Le non-exercice, par un consommateur professionnel, de son éligibilité lui permet de conserver automatiquement le bénéfice du tarif réglementé, et cela sans limitation de durée. La règle en ce sens est posée à l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 : *"Lorsqu'un client éligible n'exerce pas les droits accordés au III de l'article 22 de la présente loi [le droit de se fournir auprès d'un fournisseur de son choix], il conserve le contrat en vigueur à la date à laquelle il devient éligible. Sans préjudice des stipulations relatives au terme de ce contrat, ses clauses tarifaires se voient, le cas échéant, appliquer les mêmes évolutions que celles applicables aux tarifs réglementés de vente d'électricité"*.
24. En second lieu, l'écart important entre les tarifs réglementés de l'électricité et les prix de vente sur le marché libre incite les professionnels à ne pas exercer leur éligibilité. Les statistiques de l'observatoire des marchés de la CRE, disponibles sur le site Internet de l'autorité de régulation, le montrent sans ambiguïté. Le taux de progression des sites ayant exercé leur éligibilité et désormais titulaires d'un contrat aux prix de marché est ainsi passé de +30% au dernier trimestre 2005, à +18% au premier trimestre 2006, puis à 10% au second trimestre 2006.
25. Dans le cas d'espèce, les éléments réunis au dossier permettent de retenir, à ce stade de l'instruction, le marché des ventes d'électricité en France aux clients finals ayant exercé leur éligibilité comme étant le marché pertinent sur lequel doit être apprécié, pour l'examen des pratiques en cause, la position d'EDF.

2. SUR LA POSITION D'EDF SUR LE MARCHÉ EN CAUSE

26. La CRE estime à environ 88 % la part de marché en volume de EDF en 2006, pour les ventes aux clients ayant exercé leur éligibilité. L'ensemble des autres fournisseurs ne représente que 11,8 % des volumes livrés en 2006 et le premier d'entre eux seulement 2 % des livraisons.
27. EDF a confirmé pour sa part assurer entre 53,5 % et 65,5 % des ventes aux clients ayant exercé leur éligibilité, selon que sont prises en compte ou non les fournitures au réseau de transport de RTE afin de compenser les pertes en ligne.
28. Parallèlement, EDF dispose de 85 % des capacités de production en France, dont la totalité de la production d'origine nucléaire et une part importante de la production hydroélectrique, ce qui lui confère une large maîtrise de ses coûts d'approvisionnement et un avantage concurrentiel subséquent déterminant.
29. L'ensemble de ces éléments conduit à considérer que EDF est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finals éligibles ayant exercé leur éligibilité.

3. SUR LES CLAUSES D'EXCLUSIVITE

30. KalibraXE soutient que EDF introduit des clauses d'exclusivité dans ses contrats de fourniture pour empêcher ses concurrents d'accéder au marché et cite, à l'appui de ses dires, trois offres et quatre contrats passés par EDF.
31. EDF reconnaît que 10 à 12 % de ses contrats, en cours fin 2006, avec des consommateurs ayant exercé leur éligibilité incluent une clause d'exclusivité de fourniture. Ces contrats représentent, selon elle, 25 à 35 % du volume total de ses fournitures aux consommateurs ayant exercé leur éligibilité. De plus, EDF admet la présence de clauses d'exclusivité dans deux des offres et un des contrats parmi ceux communiqués par la saisissante.
32. La conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet – constaté ou potentiel – d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce (décision n° 03-MC-03, société Towercast contre TDF, du 1^{er} décembre 2003).
33. En outre, une clause d'exclusivité ne saurait être examinée, du point de vue de son effet sur la concurrence, indépendamment des conditions de sortie des contrats dans lesquels elle est insérée. En effet, lorsque la sortie anticipée du contrat est difficile et coûteuse, l'effet de l'exclusivité est renforcé. Inversement, lorsqu'une telle sortie est rapide et peu coûteuse, l'effet de l'exclusivité est amoindri.
34. Ainsi, il convient tout d'abord de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

35. Ces quatre critères sont appréciés par la jurisprudence du Conseil de façon cumulative et seront examinés successivement dans le cas d'espèce.

a) Le champ d'application

36. En premier lieu, l'exclusivité ne doit pas présenter un caractère suffisamment général, qui aboutirait à interdire aux autres opérateurs potentiels l'accès au marché. Les documents de nature contractuelle versés au dossier font apparaître deux cas de figure pour l'exclusivité : elle peut être partielle ou totale.
37. Tout d'abord, le dispositif d'*exclusivité partielle* de fourniture consiste en un engagement du client sur l'achat annuel, ferme et irrévocable, d'un volume déterminé d'électricité et sur une répartition de ce volume entre heures pleines et heures creuses prenant la forme d'un ratio. L'engagement d'achat du client est exprimé sous la forme d'un pourcentage de sa dernière consommation totale annuelle ou consommation de référence, et correspond en règle générale dans les contrats figurant au dossier à 80 % de la consommation de référence, ou à 70 % de cette consommation en heures pleines et 90 % en heures creuses lorsque l'engagement est saisonnalisé.
38. Le client reste donc libre de se fournir auprès de l'opérateur de son choix pour ses besoins en électricité au-delà de l'engagement de consommation souscrit avec EDF, par exemple à hauteur de 20 % de ses besoins totaux dans le premier cas de figure précédemment cité. Cependant, en cas d'engagement sous forme de "*clause en tunnel*", la liberté laissée au client est beaucoup plus restreinte, voire nulle si les dimensions du tunnel, autour de la consommation de référence, sont étroites et si la vérification que la consommation du client se maintient dans le tunnel alloué est faite à fréquence rapprochée.
39. EDF souligne, par ailleurs, que ces engagements de consommation minimale définissent, en réalité, l'objet même du contrat conclu entre les parties et lui servent à prévenir les risques de mauvaise anticipation de sa consommation par le client afin de pouvoir établir des prévisions de production d'électricité.
40. Le contrat prévoit également l'hypothèse d'une consommation réelle du client dépassant sa consommation de référence, qui prend la forme d'un seuil fixé généralement à 120 % de la consommation de référence du client ou, dans quelques rares exemples de contrats, à 140 %, mais par rapport à l'engagement de consommation minimum pris par le client.
41. Pour la consommation comprise entre le volume d'achat contractualisé et le seuil de dépassement, le client peut se fournir auprès d'EDF au prix du contrat ou faire appel à un fournisseur complémentaire. Au-delà de ce seuil, les contrats prévoient que les parties doivent renégocier le devenir de leur contrat. Un dépassement de consommation n'a donc pas pour effet d'accroître d'autant l'engagement d'achat du client auprès de EDF.
42. En revanche, plusieurs des contrats examinés comportent une clause d'*exclusivité totale* qui, dans les exemples versés au dossier, n'est pas contestée par EDF. L'instruction a toutefois mis en évidence que les clients concernés expliquaient l'exclusivité totale par des raisons juridiques qui leur étaient propres ou l'analysaient comme une contrepartie volontairement accordée à l'obtention d'un prix d'achat de l'électricité significativement inférieur aux niveaux du marché libre, et ferme pendant la durée du contrat.

b) La durée

43. En second lieu, la durée de l'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur d'activité, car elle figerait alors artificiellement les parts de marché. La plupart des offres et contrats figurant au dossier ont une durée totale de l'ordre de 2 à 3 ans avec une période d'exercice annuelle. Les exemples de contrats communiqués par EDF comportent aussi quatre cas ayant une durée supérieure à 4 ans, mais il s'agit de dispositifs contractuels complexes ouvrant au client la possibilité d'ajuster la quantité achetée à EDF (options dites de "*sortie de blocs*") et de bénéficier des baisses de prix intervenues sur le marché libre, s'il s'en produisait.
44. Sur ce sujet, l'échantillon de contrats de fourniture d'électricité en France, réuni par la Commission européenne dans le cadre de son enquête sectorielle sur l'énergie de janvier 2007, fait apparaître une répartition des durées contractuelles environ par tiers entre moins de 2 ans, 2 à 3 ans et plus de 3 ans, qui corrobore le caractère usuel des durées des contrats versés au dossier.

c) Les éventuelles justifications techniques

45. En troisième lieu, il ressort des observations de EDF que l'exclusivité est justifiée pour 10 à 15 % de ses contrats par l'existence d'une contrainte technique, sous la forme d'un contrat unique couvrant la fourniture, le transport et la distribution de l'électricité achetée.
46. Le principe du contrat unique est prévu, quel que soit le fournisseur, par l'article 23 de la loi du 10 février 2000 sur l'électricité : "*Lorsqu'une entreprise [vendant de l'électricité à des clients éligibles] assure la fourniture exclusive d'un site de consommation, le consommateur concerné n'est pas tenu de conclure lui-même un contrat d'accès aux réseaux pour ce site*". Au cours de l'instruction, plusieurs clients ont allégué de la simplicité de gestion apportée par le contrat unique, notamment aux plus petits d'entre eux. Par ailleurs, la justification technique de l'exclusivité dans le cas d'un contrat unique est étayée par les observations de la CRE, qui fait *a contrario* de l'existence d'un contrat séparé pour le transport la condition préalable pour avoir plusieurs fournisseurs.
47. Dans certains autres contrats, la contrainte technique résulte de spécifications particulières demandées par le client à son fournisseur.

d) La contrepartie économique

48. En quatrième lieu, il convient d'examiner si le client se voit rétrocéder une juste part de l'avantage économique découlant pour le fournisseur de l'exclusivité obtenue, la jurisprudence admettant "*l'existence d'un avantage économique justifiant la pratique des clauses d'exclusivité*" (arrêt de la cour d'appel de Paris, société Scan coupon, du 4 février 2003).
49. Sur le marché libre de l'électricité la négociation entre le consommateur et le fournisseur porte sur l'optimisation, pour chaque partie, du couple volume consommé - prix payé.
50. L'acheteur a un besoin en électricité à couvrir au meilleur coût, pour lequel il doit tenir compte de prix d'achat différents suivant la saison et l'heure de consommation, tout en s'adaptant à un marché volatil. De son côté, un fournisseur doit obtenir une utilisation journalière optimale de ses capacités de production, avec pour contrainte l'impossibilité de stocker de l'électricité et l'obligation d'équilibrer en permanence les quantités d'électricité entrant et sortant du réseau de transport, et comme risque économique de devoir acheter au prix fort l'électricité manquante en heure de pointe ou vendre à bas prix le volume produit en heure creuse et non vendu à l'avance. Il ne peut donc être exclu que l'acheteur et le

fournisseur aient, en conséquence, un intérêt commun à échanger un engagement sur un volume d'achat en exclusivité contre un prix d'achat ferme et non révisable pendant toute la durée du contrat, voire un prix unique quelles que soient l'heure et la saison de consommation. Un tel contrat joue en effet un rôle d'assurance mutuelle vis-à-vis des risques de marché.

51. Les sept témoignages de sociétés clientes de EDF recueillis lors de l'instruction mettent ainsi en évidence une même démarche de mise en concurrence préalable des fournisseurs d'électricité, suivie de négociations avec les candidats sur le volume et le prix. Dans six cas, le contrat est exclusif, soit parce que le client a un contrat non séparé fourniture-transport, soit parce que l'exclusivité était la contrepartie demandée par EDF pour son engagement sur un prix fixé pour la durée totale du contrat. Tous les témoignages confirment que la très vive hausse des prix enregistrée sur le marché libre est la raison principale qui pousse ces clients à accepter l'exclusivité totale ou partielle résultant des autres clauses du contrat en contrepartie de l'engagement d'EDF sur un prix fixé.
52. On relève également que deux de ces témoignages contestent la représentativité des prix du marché libre qui servent de base à la négociation et mettent en cause le caractère concurrentiel de ces prix.
53. L'examen de ces différents exemples n'avait toutefois pour objet que de connaître l'appréciation des prospects de KalibraXE sur la clause d'exclusivité qui pouvait figurer dans leur contrat avec EDF. Le nombre nécessairement limité des témoignages recueillis à cet effet est, dans l'absolu, trop petit au regard de la complexité des cas d'espèce qu'ils concernent, pour permettre d'apprécier de manière générale l'effet du pouvoir de marché d'EDF dans la détermination de l'équilibre des contrats qui lient l'exclusivité totale ou partielle accordée à ce producteur et son engagement de fournir à prix fixés.
54. Selon les témoignages recueillis, les cotations observées sur les marchés à terme enregistrées par Powernext jouent un rôle directeur dans la détermination de cet équilibre. Or, si le rôle directeur de ces cotations est naturel pour des négociants non producteurs, contraints de couvrir sur le seul marché à terme existant l'engagement qu'ils prennent de vendre à prix fixés, ce rôle de couverture par le marché à terme est manifestement moins nécessaire s'agissant d'opérateurs produisant eux-mêmes l'électricité qu'ils vendent, surtout s'il s'agit du producteur ultra-dominant sur le marché français, producteur qui, de surcroît, obtient 90 % de l'électricité qu'il produit par le moyen des techniques du nucléaire et de l'hydraulique, à des coûts très inférieurs aux cotations de Powernext.
55. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que seule une instruction au fond de l'affaire est de nature à déterminer si l'équilibre des contrats proposés par EDF permet de rétrocéder au client une juste part de l'avantage économique découlant, pour le fournisseur, de l'exclusivité totale ou partielle obtenue.

4. SUR LES CONDITIONS DE RESILIATION ANTICIPEE DES CONTRATS

56. L'appréciation d'un éventuel effet anticoncurrentiel de clauses d'exclusivité doit tenir compte de la possibilité laissée au client d'une résiliation avant terme du contrat et des conditions posées à celle-ci. La remise en jeu la plus fréquente possible des positions commerciales acquises est en effet un facteur propice au développement de la concurrence, surtout s'il s'agit d'une activité ouverte récemment à la concurrence et dominée par une entreprise ayant un très important pouvoir de marché.

57. Certains contrats versés au dossier comportent un dispositif réglant la résiliation anticipée, qui peut jouer avec un préavis variant de 45 à 90 jours avant l'échéance de chaque période annuelle du contrat et moyennant le paiement d'une indemnité à la partie n'ayant pas pris l'initiative de la résiliation. D'autres contrats ne comprennent aucune disposition sur ce point. Les conditions générales de ventes d'EDF ne prévoient pas non plus de dispositions en matière de résiliation anticipée, hormis l'hypothèse de la défaillance d'une partie.
58. EDF soutient disposer d'une clause standard fixant la durée du préavis à 45 jours, et appliquer une indemnité de résiliation équivalente à 10 % du prix de la fourniture prévue pour la durée résiduelle du contrat. La clause standard ferait, de plus, partie des sujets de négociation avec le client, ce qui expliquerait son absence constatée pour plusieurs contrats au dossier.
59. Cette explication ne règle néanmoins pas la question des effets d'une telle absence pour le client qui reste dans l'ignorance des conditions de sortie anticipée du contrat.
60. Lorsqu'elles existent, les modalités de sortie anticipée volontaire d'un contrat doivent réunir un certain nombre de conditions pour ne pas avoir pour conséquence pratique de figer les positions commerciales d'un fournisseur. Le client doit être informé, avant la signature du contrat, des conditions mises par le fournisseur à une résiliation avant terme et dans cette éventualité, se voir appliquer une indemnité qui ne soit pas dissuasive.
61. Il faut relever que le caractère dissuasif de la clause d'indemnité peut résulter principalement du niveau de la pénalité demandée, mais aussi de l'absence de clarté du mode de calcul de l'indemnité ou des conditions de déclenchement de la clause.
62. A cet égard, la saisissante a attiré l'attention du Conseil sur la rédaction d'une clause de pénalité pour sortie anticipée par "*période contractuelle*" figurant dans un contrat de l'échantillon, dont l'application à la lettre permettrait à EDF d'exiger le paiement de la pénalité y compris à l'échéance normale du contrat. Dans ses réponses du 7 mars 2007, EDF a précisé à cet égard que "*cette indemnité n'est pas due à l'occasion du non-renouvellement du contrat de fourniture, une fois son terme échu*", et que le client "*n'est absolument pas redevable de cette indemnité de sortie, ou de toute autre indemnité, s'il décide de changer de fournisseur*". Le Conseil prend note de cette réponse mais estime que c'est dans le libellé des contrats eux-mêmes, existants ou à venir, que l'ambiguïté signalée doit être corrigée, conformément à la réponse fournie par EDF au Conseil, le 7 mars 2007.
63. S'agissant du niveau de l'indemnité de sortie, KalibraXE relève que dans certains contrats de fourniture de EDF figure "*une indemnité [de résiliation] d'un montant exorbitant et dissuasif*". A titre d'illustration et sur la base d'un contrat versé au dossier, la saisissante souligne que la conjugaison du montant fixé pour l'indemnité de résiliation et du niveau des prix de l'électricité sur le marché, interdisait au client d'exercer en 2006 son droit de sortie, à moins de supporter une perte financière conséquente. Elle considère enfin que "*ces clauses s'analysent plus comme des indemnités de non renouvellement que comme de véritables clauses de résiliation*", de nature à contraindre les sociétés concernées à reconduire leurs contrats de fourniture.
64. En ce qui concerne l'exemple retenu par KalibraXE, les deux parties ont produit une estimation du niveau de prix offert sur le marché libre en 2006 à partir duquel le paiement de l'indemnité de résiliation aurait été neutre pour le client. En dépit de méthodes de calcul différentes, les conclusions des deux parties s'accordent sur le constat que les prix sur le marché libre en 2006 ont été supérieurs d'au moins 5 à 6 euros par MWh au niveau qui aurait permis une sortie anticipée du contrat de façon financièrement neutre pour le client.

65. Les résultats de la simulation précitée du coût de sortie avant terme peuvent s'expliquer par le niveau historiquement très élevé des prix de l'électricité sur le marché libre pour 2006 et être ainsi non pertinents. Par ailleurs, le fait que la cessation anticipée d'un contrat génère des coûts de sortie pour la partie non demandeuse et justifie le principe de leur indemnisation n'apparaît ni économiquement contestable, ni contraire aux règles de concurrence, même si le bénéficiaire est une entreprise en position dominante.
66. En conclusion, et compte tenu des informations dont dispose le Conseil à ce stade d'examen de la saisine, l'absence d'information des clients potentiels de EDF sur les conditions de résiliation anticipée, le caractère forfaitaire présumé de l'indemnité à verser et l'ambiguïté signalée dans les clauses décrivant les cas où la pénalité de sortie est applicable, sont susceptibles d'être préjudiciables au libre exercice de la concurrence sur le marché de la fourniture de l'électricité en cause et de constituer ainsi des pratiques interdites par l'article L. 420-2 du code de commerce.

5. SUR LES CONSEQUENCES DE LA MISE EN OEUVRE DU "TARIF DE RETOUR"

67. La saisissante soutient que l'adoption du "*tarif de retour*" (TarTAM) devrait conduire à une aggravation rapide des pratiques d'exclusivité dénoncées, la demande des clients de bénéficier de ce tarif avantageux étant mise à profit par EDF pour réviser les contrats en cours en introduisant une clause d'exclusivité en sa faveur.
68. Le principe du TarTAM, son niveau et les conditions techniques de son application ont été prévus et organisés par la loi n° 2006-1537 sur l'énergie du 7 décembre 2006 et l'arrêté du 3 janvier 2007. La loi en fait un droit ouvert aux consommateurs d'électricité ayant exercé leur éligibilité. Il n'entre pas dans les attributions du Conseil de se prononcer sur des dispositions législatives, ni sur les mesures d'application prises par les pouvoirs publics.
69. Ces textes s'analysent toutefois comme une mesure d'ordre public, imposant la mise en conformité des contrats en cours sur le seul point concernant les prix mentionnés par le contrat qui doivent être alignés, au plus, sur le tarif réglementé nouveau et temporaire. Une modification éventuelle du reste du dispositif contractuel ne peut donc avoir pour effet de priver, ou de soumettre à des conditions, ce droit nouveau ouvert à tout consommateur d'électricité. Dès lors, tout autre aménagement du contrat s'inscrit dans les règles convenues entre les parties pour amender ou résilier leur accord.
70. Par ailleurs, il convient de relever que le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a rendu public sur son site internet une "*Note interprétative sur la mise en oeuvre du tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché*" de la Direction générale de l'énergie et des matières premières.
71. Cette note précise en particulier le point suivant : "*Le dispositif mis en oeuvre ne modifie que les clauses contractuelles relatives au prix de l'électricité. Il ne remet pas en cause les autres clauses contractuelles. En conséquence, les clauses contractuelles conclues entre un consommateur et son fournisseur qui ne sont pas modifiées par l'application du tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché continuent de s'appliquer*".
72. Sur ce point, la direction générale de EDF s'est engagée dans une lettre versée au dossier à appliquer et respecter les termes de cette note interprétative.

73. Il résulte de ces éléments que la mise en œuvre du TarTAM n'implique ni en droit ni en fait l'obligation de résilier ou de modifier une stipulation des contrats existant entre EDF et ses clients autre que le prix. Mais le Conseil observe que le niveau du TarTAM se trouvant être très inférieur à celui des prix du marché, l'espace économique laissé libre pour l'activité d'une entreprise telle KalibraXE se trouvera réduit à proportion, pour la partie du marché des éligibles qui opteront pour le TarTAM.

B. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

1. SUR LES MESURES DEMANDEES PAR LA SOCIETE KALIBRAXE

74. KalibraXE demande au Conseil de la concurrence d'enjoindre à la société EDF de cesser d'inclure des clauses d'exclusivité, quelle que soit leur forme, dans ses contrats de fourniture d'électricité et de suspendre l'effet des clauses existantes dans les contrats en cours. La saisissante demande également au Conseil d'enjoindre à la société EDF d'avertir les clients concernés de la suspension de telles clauses et d'informer ces clients de l'offre de KalibraXE.
75. L'article L. 464-1 du code de commerce prévoit que le Conseil de la concurrence ne peut imposer des mesures conservatoires que *"si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante"* et que ces mesures doivent *« rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence"*.
76. L'octroi de mesures conservatoires n'est fondé que s'il existe un lien de causalité direct et certain entre la pratique en cause et le trouble illicite allégué. Or, KalibraXE ne fait pas la démonstration d'un lien direct de causalité entre les pratiques en cause et une atteinte grave et immédiate à ses intérêts.
77. Les éléments versés au dossier montrent que la saisissante a connu une progression du nombre de ses clients et des volumes vendus au cours de son premier exercice.
78. KalibraXE prétend néanmoins être actuellement dans l'impossibilité de conclure de nouveaux contrats et a identifié plusieurs clients potentiels avec lesquels elle n'aurait pas pu contracter du fait des pratiques contractuelles de EDF.
79. Pour le passé, un des clients mentionnés par KalibraXE, qui a été auditionné, a expliqué avoir effectivement obtenu de EDF le retrait d'engagements d'exclusivité lors du renouvellement de son contrat, dans le but de réserver une partie de sa consommation pour profiter d'opportunités de marché dans le cadre d'offres du type de celles proposées par KalibraXE. Un autre client potentiel a déclaré ne pas exclure une telle démarche auprès de EDF et être toujours en négociation avec KalibraXE. Un troisième a expliqué avoir écarté l'offre de KalibraXE du fait de contraintes propres à son activité, son type de consommation, ainsi que sa stratégie d'achat d'électricité, mais non pour des contraintes attachées à son contrat en cours avec EDF.

80. Pour l'avenir, KalibraXE a établi une projection financière de l'impact sur la société d'une poursuite des pratiques dénoncées, qui fait apparaître une situation de trésorerie négative à la fin de 2007 qui conduirait à un dépôt de bilan. Mais ces perspectives financières sont fondées sur l'impossibilité pour KalibraXE de conclure le moindre contrat de fourniture, découlant d'une généralisation par EDF des pratiques alléguées d'exclusivité à l'occasion du renouvellement de ses contrats, notamment à l'occasion de la mise en œuvre du TarTAM. La seule proximité du terme de contrats en cours ne peut cependant suffire à établir une telle stratégie de la part de EDF.
81. Dans ces conditions, l'existence d'une atteinte grave aux intérêts de la saisissante, ni celle d'un lien de causalité avec les pratiques contractuelles dénoncées, ne sont justifiées. Il n'y a donc pas lieu d'accorder les mesures conservatoires demandées par la société KalibraXE.

2. SUR LES MESURES NECESSAIRES POUR PREVENIR UNE ATTEINTE AUX CONSOMMATEURS, AU SECTEUR OU A L'ECONOMIE GENERALE

82. L'article L. 464-1 du code de commerce permet également au Conseil de la concurrence de prendre, dans les mêmes conditions que celles applicables aux demandes formées devant lui, "*les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires*", indépendamment de celles demandées par les parties.
83. Dans ce cadre, les éléments du dossier font apparaître - comme il a été indiqué ci-dessus - que les conditions de résiliation anticipée des contrats sont soit absentes des contrats, soit définies en des termes incomplets ou imprécis, en particulier pour la fixation de l'indemnité due.
84. Parallèlement, les conditions générales de ventes de EDF présentes au dossier ne traitent aucunement des conditions de résiliation anticipée en dehors du cas de défaillance contractuelle. EDF a d'ailleurs reconnu en séance que cette situation juridique concernait l'ensemble de ses contrats.
85. Dès lors, cette opacité des modalités de résiliation anticipée et l'ambiguïté signalée dans certaines des clauses en cause sont susceptibles de faire obstacle à la possibilité effective pour le client de profiter des opportunités éventuelles de marché ou à sa volonté de s'adresser à un autre fournisseur sans supporter des conditions dissuasives. Cette opacité doit être mise en parallèle avec la présence de clauses d'exclusivité partielle voire totale dans un nombre significatif de contrats de EDF.
86. L'atteinte potentielle à l'exercice de la concurrence découlant de cette opacité est d'autant plus grave en l'espèce qu'elle émane d'un opérateur en position dominante sur le marché.
87. Ce constat doit, de plus, être rapproché de l'échéance du 1^{er} juillet 2007, qui marquera l'ouverture à la concurrence de la totalité du marché de l'électricité. Les consommateurs professionnels n'ayant pas encore aujourd'hui exercé leur éligibilité pourraient vouloir profiter du développement des offres de fourniture, escompté de cette libéralisation totale du marché. La situation est donc caractérisée par l'urgence car à cette date désormais très proche, ce sont l'ensemble des consommateurs d'électricité qui pourront se fournir sur le marché libre.

88. Dans ces conditions et pour remédier à l'atteinte grave et immédiate portée à l'économie du secteur, il convient d'enjoindre à EDF de définir dans ses conditions générales de vente les règles applicables en cas de résiliation anticipée pour convenance, au moins pour les contrats de fourniture d'électricité aux clients ayant exercé leur éligibilité. Ces règles devront notamment prévoir les principes de calcul de l'indemnité de résiliation, les cas où celle-ci serait appelée à jouer, et les rendre transparentes et non ambiguës pour les clients.

DECISION

Article 1^{er} : Il est enjoint à EDF, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de modifier ses conditions générales de vente en définissant les règles applicables à la résiliation anticipée du contrat de fourniture pour les consommateurs professionnels. Ces règles devront notamment fixer de façon transparente les modalités d'exercice de la résiliation, le délai de préavis, les cas d'application et les principes de calcul de l'indemnité de résiliation qui devra être proportionnée et non excessive, en levant toute ambiguïté sur les cas où elle s'applique.

Article 2 : Il est enjoint à EDF d'informer sa clientèle ayant exercé son éligibilité et titulaire d'un contrat de fourniture qu'aucune pénalité n'est encourue à l'échéance normale du contrat.

Article 3 : Il est enjoint à EDF de communiquer au Conseil de la concurrence un exemplaire des conditions générales de ventes modifiées en application de l'article 1^{er} et de rendre compte au Conseil de l'exécution de l'injonction prévue par l'article 2 dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de MM. Debrock et Genevaz, par M. Nasse, vice-président présidant la séance et MM. Bidaud, Combe, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse