



**Décision n° 09-D-21 du 23 juin 2009
relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le
marché de travaux de lignes aériennes haute tension**

L'Autorité de la concurrence (Section V),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} février 2007, sous le numéro 07/0009 F, par laquelle la société Études et Travaux a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société RTE EDF Transport SA ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le représentant de la société Études et Travaux entendus lors de la séance du 2 juin 2009 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Le Conseil de la concurrence a été saisi par la société Études et Travaux (SET) qui dénonce des pratiques mises en œuvre par la société RTE EDF Transport (ci-après « RTE ») concernant les travaux de construction de lignes électriques aériennes haute et très haute tension.

A. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

a) Les réseaux électriques

2. Le réseau national d'électricité, qui assure l'acheminement de l'électricité des sites de production vers les points de consommation, est constitué du réseau de transport et du réseau de distribution.
3. Le réseau de transport est formé de lignes à haute et très haute tension (HT et THT) et de postes de transformation et de commande. Les lignes THT (en France, 225 000 volts et 400 000 volts) sont destinées au transport de l'électricité à longue distance sur le territoire et vers l'international, tandis que les lignes HT (en France 63 000 volts et 90 000 volts) permettent d'alimenter le réseau de distribution et directement certaines industries lourdes (papeterie, chimie) ou les transports consommateurs d'électricité (SNCF et RATP). En 2008, RTE dessert directement 548 clients industriels.
4. Le réseau de distribution dessert les autres usagers (autres industriels, PME, ménages). Il est constitué de lignes moyenne et basse tension (MT et BT).
5. La plupart des lignes électriques sont aériennes. Les lignes THT et HT sont posées sur des pylônes métalliques et les lignes MT et BT sur des poteaux en bois ou en béton. Néanmoins, d'importants efforts d'enfouissement des lignes électriques ont été entrepris, en particulier après les dégâts causés par la tempête de 1999.
6. Les producteurs d'électricité sont propriétaires de moyens de transformation d'une énergie primaire (hydraulique, nucléaire, thermique ou éolienne) en énergie électrique.
7. L'acheminement de l'électricité produite par le réseau public de transport THT et HT relève en France de RTE, gestionnaire unique et filiale d'EDF. L'acheminement par le réseau public de distribution MT et BT relève de gestionnaires « locaux », Électricité réseau distribution France (ERDF, anciennement EDF Distribution, qui assure 77 % de la distribution et 22 entreprises locales de distribution dans leur zone de desserte exclusive). Enfin, certains sites industriels peuvent disposer de leur propre réseau raccordé aux réseaux publics ou à leur propre unité de production.
8. La commercialisation relève d'EDF Commercialisation, filiale d'EDF et d'autres fournisseurs (entreprises locales de distribution, opérateurs « alternatifs » tels que Poweo, Electrabel, GDF...).

b) L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité

9. Depuis 1996, plusieurs directives européennes ont organisé l'ouverture progressive du marché public de l'électricité à la concurrence.
10. Dans ce cadre, la loi du 2 février 2000 a programmé la suppression des monopoles de production d'électricité et de commercialisation. Afin de répondre à des exigences environnementales et de qualité, ainsi que pour des raisons de coût de reproduction d'une infrastructure de transport et de distribution, elle a néanmoins maintenu un monopole public sur le service d'acheminement de l'électricité.
11. Depuis le 1^{er} juillet 2007, tous les consommateurs, y compris les ménages, ont accès au marché libre de l'électricité.

c) La demande de construction de lignes électriques

12. En 2004, la demande publique (entreprises publiques, dont RTE, administrations et HLM) a représenté 70,5 % du chiffre d'affaires du secteur de la construction de lignes électriques.
13. « *Historiquement RTE n'a jamais construit lui-même le réseau de transport d'électricité* », se limitant à assurer avec ses propres ressources une maintenance de premier niveau du réseau. « *La construction et le renouvellement ont toujours été confiés à des prestataires extérieurs* », indiquent les responsables de RTE. Au cours de la période 2000-2008, les investissements de RTE se sont beaucoup développés, notamment sous l'effet de l'adaptation du réseau à des contraintes de sécurité mises en évidence par la tempête de 1999. Pendant la période des faits dénoncés dans la saisine, en 2002, les investissements de RTE représentaient, selon ses indications, entre 500 et 550 millions d'euros, dont 80 à 90 % étaient dédiés au réseau. 80 à 90 millions d'euros relevaient de marchés de construction de lignes électriques et le reste, de marchés de fournitures liées à la construction. En 2007, les investissements représentent entre 850 et 900 millions d'euros, dont 180 à 190 sont affectés aux achats de construction de lignes proprement dits.

d) Une offre disparate

14. Les moyens techniques et humains nécessaires à la construction de lignes électriques incitent les acteurs de la profession à atteindre une certaine taille afin de réduire les coûts. Le secteur comprend de grandes entreprises, souvent filiales de Bouygues, Vinci, Eiffage ou Suez.
15. Pour la construction de lignes aériennes HT et THT, les fournisseurs de RTE sont les filiales de ces grands groupes, auxquelles s'ajoutent depuis sept ou huit ans des filiales de groupes du BTP d'origine étrangère (allemands, suisses, espagnols, italiens). Les titulaires des marchés de kits de renforcement de pylônes et de fondations spéciales de pylônes sont les filiales des mêmes groupes.
16. En 2004, le secteur de la construction de lignes électriques et de télécommunications comprend 695 entreprises réalisant un chiffre d'affaires de plus de 3 milliards d'euros. Les très petites entreprises (TPE) employant moins de dix salariés sont les plus importantes numériquement (44,9 % des opérateurs) mais ne réalisent que 5,2 % du chiffre d'affaires. Les entreprises de plus de 200 salariés (3 % des opérateurs) réalisent une part prépondérante du chiffre d'affaires (40,4 %).

B. LES ENTREPRISES

1. LA SOCIÉTÉ ÉTUDES ET TRAVAUX (SET)

17. Immatriculée le 9 septembre 1993 au RCS de Nantes, la SET a pour objet social « *la réalisation de travaux sur lignes et postes électriques à haute tension* » et, selon son fondateur et dirigeant, pour activité « *l'édification de lignes hautes tensions pour le compte de RTE, société du groupe EDF* ». Elle aurait été créée, à la demande de RTE, par M. X..., qui occupait alors des fonctions de conducteur de travaux à la société Transel, filiale de Bouygues, toujours fournisseur de RTE.
18. SET est une Sarl au capital de 7 623 euros, détenue à 50 % par son gérant et implantée en Loire-Atlantique à Saint-Michel Chef Chef.
19. La SET expose qu'elle pu développer son activité jusqu'en 2002, période à partir de laquelle elle estime avoir été délibérément écartée des marchés proposés par RTE en raison de la nouvelle politique d'achat menée à son égard à la suite du renouvellement du personnel du service achat.
20. Sur la période 1997-2001, SET a réalisé un chiffre d'affaires moyen de 310 000 euros dont 84 % ont été directement réalisés avec RTE et le solde en sous-traitance d'autres sociétés (10,7 % avec Transel).
21. Entre 2000 et 2006, un peu moins d'un million d'euros de travaux ont été commandés à la SET par RTE, les commandes annuelles ayant été significativement réduites (<100 000 euros) depuis 2002. La ventilation des commandes par nature de travaux met en évidence la prépondérance de l'amélioration des mises à la terre (malts selon l'appellation des professionnels) en 2000, du changement de plaques signalétiques en 2003 et 2004 et des poses de gabarits et blocs en béton en 2005 et 2006.
22. La SET n'a jamais été titulaire de marchés de construction nationaux lancés par RTE, mais son activité s'inscrivait dans le cadre de consultations au coup par coup, sans agrément préalable, effectuées localement par les organes déconcentrés de RTE (groupes d'exploitation transport, « GET ») pour « *des montants ne dépassant pas quelques dizaines de milliers d'euros* ». Selon RTE, les activités de SET se limitaient à des « *petits travaux de génie civil, à la conception de pistes d'accès, à la démolition de massifs et à l'amélioration de prises de terre en pieds de pylône* ». La société SET confirme partiellement la nature de ces travaux qui consistaient selon elle en « *implantations avec l'aide de géomètres, en réglage des embases, en levage de pylônes, en déroulage de fils et en amélioration des malts* ». Le levage et le déroulage ne figurent pas parmi les prestations mentionnées par RTE.
23. La SET n'est plus consultée par RTE depuis juin 2006.

2. LA SOCIÉTÉ RTE EDF TRANSPORT (RTE)

a) Les missions de RTE

24. Les missions de service public de RTE, exercées sous le contrôle de la Commission de régulation de l'Énergie (CRE), consistent à :

- exploiter, entretenir et développer le réseau public de transport d'électricité à haute et très haute tension, en s'assurant tout particulièrement de sa sécurisation et de l'insertion environnementale des ouvrages. RTE est propriétaire de son patrimoine industriel ;
 - garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national ;
 - garantir la sûreté du système électrique français en assurant en permanence l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité et en décidant les délestages nécessaires ;
 - faciliter et sécuriser les échanges d'électricité au cœur de l'Europe notamment par le renforcement des interconnexions entre les réseaux.
25. La CRE propose les tarifs d'accès au réseau de transport et de distribution (« péages ») au ministre chargé de l'industrie et approuve le programme d'investissement du gestionnaire de réseau de transport.
26. L'activité de RTE est structurée autour de deux grands métiers : le « système électrique » (gestion des flux d'électricité pour assurer l'équilibre entre production et consommation) et le « transport » (gestion matérielle du réseau). En 2007, ses 8 500 salariés sont répartis entre un échelon central et sept unités régionales.
27. Au niveau national, RTE dispose d'une direction du système électrique, d'une direction du transport de l'électricité (ingénierie et maintenance du réseau), d'une direction juridique et d'une direction des finances dont relève le service achats. Le niveau national assure la gestion des flux sur le réseau 400 kV, celle des interconnexions ainsi que la politique de maintenance et de développement des infrastructures.
28. Chaque circonscription régionale est dotée d'une unité régionale des directions systèmes et transport (le service ingénierie lui est rattaché) et de quatre ou cinq groupes d'exploitation transport (GET), couvrant chacun environ deux départements et responsables dans leur ressort de la maintenance et de l'exploitation du réseau. L'échelon régional est chargé de la gestion des réseaux 63, 90 et 225 kV et des infrastructures régionales (maintenance, exploitation et développement).

b) La politique d'achat de RTE EDF Transport

Le cadre réglementaire

29. Les achats de RTE sont soumis aux règles communautaires applicables à cet égard au secteur de l'énergie. Ils sont ainsi soumis, en fonction de seuils définis, aux règles de transparence et d'ouverture à la concurrence.

L'organisation des achats

30. Le service achats de RTE élabore l'ensemble des marchés, dont les marchés de construction objet de la saisine. Ce service propose, met en œuvre et pilote la politique d'achat pour l'ensemble de RTE et assure également l'évaluation et le suivi des fournisseurs. Il est structuré en quatre pôles achats nationaux (marchés nationaux) et en sept agences régionales d'achats (marchés régionaux ou locaux). Un pôle logistique gère les approvisionnements en matériels techniques.

31. L'articulation entre le niveau national et les échelons régionaux est la suivante : le service achats met en œuvre « *les politiques nationales d'achats qui conduisent à des accords cadre d'application nationale d'une durée de 2 ou 3 ans, qu'il élabore et négocie, à partir desquels les unités régionales passent des commandes d'exécution propres à chaque chantier* ». Un accord cadre a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix, et le cas échéant de quantités envisagées, des marchés à passer au cours d'une période donnée. Son exécution nécessite l'émission d'une ou plusieurs commandes d'exécution ou de livraison. Les agences régionales d'achats élaborent et négocient les achats régionaux ne relevant pas d'accords cadre.

La typologie des principaux marchés cadre

32. Après la tempête de 1999, RTE a eu pour mission de sécuriser les lignes aériennes. Cela s'est traduit pour certains ouvrages par le renforcement des fondations, par la réinjection de pieux sur le génie civil existant et par le renforcement, au moyen de kits, de la structure métallique des pylônes. Ces travaux ont donné lieu à trois types de marchés nationaux : « *travaux de construction de lignes aériennes, pose de kits et renforcement par fondations spéciales* ».
33. Les infrastructures de réseau auxquelles se rapportent les marchés litigieux font l'objet de marchés cadre et d'un système de qualification qui limite aux seuls fournisseurs qualifiés par RTE la possibilité de répondre aux consultations. Ce système de qualification préalable est en vigueur, « *au moins depuis 1999* », s'agissant des fondations spéciales et de la construction de lignes et depuis 2002 pour la pose de kits. Un tel système est prévu, à titre facultatif, par les directives communautaires pertinentes, qui ont été transposées en droit français (voir en dernier lieu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, transposée par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 mai 2005 et par le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatifs aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics).

Les achats de RTE en infrastructures de réseau de transport

34. Les achats « d'infrastructure » de réseau représentent 41 % du total des achats effectués par RTE (2 075 millions d'euros en 2007 soit 50 % du chiffre d'affaires). Il s'agit des équipements de liaisons HT et THT (câbles nus, câbles isolés HT, fibres optiques, supports de lignes, matériels de ligne), d'équipements de postes HT et THT et de travaux de transport (travaux de lignes aériennes de tension supérieure à 63 kV, fondations spéciales réalisées dans le cadre de la construction et du renforcement des lignes aériennes, travaux de lignes souterraines, protection et travaux sur postes HT).
35. Les travaux de transport auxquels se rattachent les marchés concernés par la saisine représentent plus de 50 % des achats d'infrastructure de réseau, soit plus de 20 % des achats de RTE.

Processus de sélection des fournisseurs

36. Pour devenir fournisseur de RTE, une entreprise doit d'abord satisfaire à des « *exigences minimales d'achat* » qui peuvent être complétées, en fonction des enjeux, des produits ou services achetés, par des exigences en matière de qualité et d'environnement.

37. Les fournisseurs potentiels peuvent manifester leur intérêt en donnant suite à une publicité publiée au journal officiel de l'Union européenne (JOUE). Le système de qualification permet aux fournisseurs souhaitant être qualifiés pour un « couple » produit-fournisseur de manifester leur intérêt. Dans le cas d'une consultation sur ce domaine d'achat, les fournisseurs qualifiés peuvent être sélectionnés pour participer à des consultations sur les projets de marchés.
38. En cas de marchés soumis à la réglementation européenne avec système de qualification, la sélection des fournisseurs est donc opérée dans les conditions suivantes :
- RTE dispose d'une liste d'entreprises candidates en réponse à « *l'avis sur l'existence d'un système de qualification* » publié au JOUE ;
 - RTE établit la liste des entreprises qualifiées sur la base d'une évaluation sur dossier complétée le cas échéant par des tests de produits ;
 - A partir de cette liste et sur la base de critères de sélection, RTE procède à la constitution de la liste des entreprises appelées à participer à la consultation. La qualification ne garantit pas à l'entreprise d'être consultée, RTE limitant le nombre d'entreprises consultées à un niveau justifié par les caractéristiques du projet de marché. En pratique, selon ses indications, néanmoins, « *RTE consulte l'ensemble des entreprises qualifiées pour les mettre en concurrence* ».

Le système de qualification RTE

39. L'objectif de la qualification est selon l'article 1.2 du cahier des charges de la procédure de qualification, d'assurer « *la qualité des prestations en vérifiant les potentialités économiques, financières, techniques et d'organisation de la qualité du demandeur* » et de contribuer « *à la continuité et à la sécurité des prestations des entreprises dans le cadre des contraintes de construction et d'exploitation du réseau* » ainsi qu'« *à des relations techniques et commerciales durables* ». RTE a précisé qu'il s'agit de « *disposer en permanence d'intervenants d'un haut niveau technique, capables de réagir dans toutes les circonstances, dans des conditions économiques satisfaisantes et avec une couverture géographique sur l'ensemble du territoire métropolitain* ».
40. Le système (Programme d'Examen d'Aptitude : PEA) prévoit trois stades dans la procédure de qualification :
- l'étude du dossier de réponses du candidat (DEA : dossier d'examen d'aptitude), destinée à évaluer la santé économique et financière de l'entreprise, ses capacités techniques et son organisation de qualité. Son instruction relève des trois services du Centre national d'expertise réseaux de RTE ;
 - des audits chez le candidat dont l'objet est de vérifier, au cours d'un programme de visite arrêté avec lui, ses capacités techniques et financières ainsi que son organisation de la qualité. Cette vérification incombe également aux trois services du Centre national d'expertise réseaux de RTE ;
 - une phase expérimentale, consistant dans la réalisation d'au moins un chantier par le candidat, sur la base de marchés de construction passés avec lui, dont toutes les étapes d'exécution sont vérifiées (volets commerciaux et techniques). Sa durée indicative est de un an.

41. Quel que soit le stade d'avancement de la procédure, RTE pourra refuser la qualification en fonction de l'incapacité du candidat à satisfaire les critères définis par RTE. Le candidat sera informé de cette décision et des motifs de refus.
42. A la fin du PEA, chaque entreprise est classée suivant trois niveaux de capacité technique si elle satisfait aux critères et en fonction de sa demande. Un certificat de qualification lui est alors délivré, qui lui permet d'être intégrée à la liste des fournisseurs consultables en vue de l'attribution d'un marché.

C. LES FAITS ET LES PRATIQUES DENONCÉES

43. Il ressort de la saisine que la SET entretenait, depuis sa création et jusqu'en 2002, des relations commerciales prépondérantes avec EDF puis avec RTE, créé en 2000. A compter de 2002, « *un changement de personnel au sein du service achat de RTE* » aurait conduit à écarter la SET des marchés. La saisissante précise, qu'au cours des années 1990 et jusqu'en 2002, EDT et RTE ne se sont pas plaintes de ses prestations.
44. Il ressort néanmoins du dossier que la SET n'a pas été écartée des marchés passés au plan régional et que, comme indiqué précédemment, sur la période 2000-2006, les montants qu'elle a facturés et qui lui ont été payés par RTE ont représenté près d'un million d'euros. Par ailleurs, la SET n'a jamais été titulaire d'un marché national, avant qu'elle ne se porte candidate aux systèmes de qualification, objet de la saisine. Le responsable du service achats de RTE a précisé que RTE « *n'a jamais rompu la relation pour les travaux que SET était susceptible de réaliser* ».
45. La SET soutient toutefois que RTE aurait abusé de sa position dominante sur « *le marché* », pour « *l'empêcher de travailler et la conduire au dépôt de bilan* ». RTE aurait, du fait de sa position quasi-monopolistique, eu recours à des pratiques d'abus de position dominante prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce, en multipliant les agissements proscrits par ce texte. La saisissante fait notamment référence à plusieurs abus : refus de vente, ventes liées, conditions de vente discriminatoires ainsi que rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuserait de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.
46. Trois types d'agissements sont plus particulièrement dénoncés par la SET :
 - une politique de discrédit, interne au groupe EDF, dénigrant et discriminant la SET afin de l'écartier des marchés proposés ;
 - l'imposition à la SET de procédures d'agrément préalables à la candidature aux marchés, en dépit de la pérennité des relations commerciales existantes ;
 - des refus d'agrément aux systèmes de qualification fondés sur des motifs contestables ainsi que le caractère biaisé de la procédure d'examen d'aptitude.

1. LA DÉNONCIATION D'UNE POLITIQUE DE DISCRÉDIT

47. Le vecteur de la politique de discrédit visant la SET serait un courriel adressé « *à toutes les unités de la société RTE sur tout le territoire français* ». Selon la plaignante, ce communiqué serait discriminant et aurait un caractère diffamatoire.
48. La pièce en question, annexée à la plainte (cote 31), est non datée et le nom de son émetteur n'y figure pas. Ses destinataires sont des agents des sept unités régionales de transport électrique de RTE, l'objet est « *entreprise SET* », sous couvert de représentants du centre national d'expertise réseaux de RTE.
49. RTE a pu identifier ce courriel, qu'il estime, en fonction des recoupements effectués, avoir été envoyé le 13 mai 2002 par M. Y..., alors en poste au service achats. Les destinataires étaient les correspondants achats des services d'ingénierie régionaux.
50. Sur le fond, l'émetteur informe ses correspondants du démarchage commercial entrepris par la SET auprès des différentes structures de RTE et les met en garde contre l'absence de qualification de cette entreprise dans le domaine « *des services de renforcement de massif et de levage-déroulage* » qu'elle propose alors aux entités démarchées au moyen d'une plaquette de présentation. Il définit ensuite la politique d'achats qui en résulte pour les entités RTE à l'égard de la SET : sont exclus « *les travaux de renforcement de fondations spéciales et de levage déroulage* » et plus généralement « *toute opération mettant en jeu la tenue des ouvrages* » ; sont en revanche autorisés les achats de prestations de « *géomètres, améliorations/réalisations de malt, réalisations de pistes en pierres ou métalliques, réparation de massifs* », et « *toute autre prestation* » non exclue.
51. Par ailleurs, le message fait état de problèmes commerciaux rencontrés avec la SET par la structure régionale Normandie-Paris ainsi que d'une action en justice intentée à la SET par un sous-traitant non déclaré.
52. Le communiqué met enfin en garde l'ensemble des structures déconcentrées de RTE face au risque technique encouru du fait du recours aux prestations non référencées de la SET, dans le domaine de la qualité et de la sécurité des prestations. Il mentionne également le risque de recours judiciaire de la part des entreprises qualifiées au titre du système de qualification.
53. Dans une lettre du 22 mai 2002, un responsable du centre national d'expertise réseaux, M. Z..., précise au dirigeant de la SET que le service achats n'a pas donné d'instructions pour interdire aux unités régionales toute relation commerciale avec la SET, mais qu'il a entendu rappeler le périmètre des activités autorisées à cette société ainsi que les prestations pour lesquelles la SET n'était pas consultable, car non qualifiée par RTE. Cette information était destinée à lever les ambiguïtés issues de la plaquette de présentation de la SET. La possibilité de se porter candidat aux systèmes de qualification en vigueur, relatifs aux travaux de construction-dépose de lignes électriques de tension supérieure à 50 kV, aux fondations spéciales et aux travaux de pose de kits sur pylônes treillis est toutefois laissée ouverte.
54. Les courriers de candidatures de la SET aux systèmes de qualification du 29 janvier et du 17 mars 2003 admettent implicitement le caractère erroné et rectifiable des mentions de compétence figurant dans la plaquette commerciale diffusée par RTE : « *nous vous adressons tous les documents... hormis la nouvelle plaquette qui est en cours de réalisation et sur laquelle n'apparaîtront plus les travaux de renforcement de massifs et des fondations spéciales* ». M. X..., dirigeant de la SET, reconnaît que la plaquette n'ayant pas été clarifiée, il s'était engagé à ne plus la diffuser.

55. Un courriel interne de M. Z... du 27 mai 2002, qui se réfère explicitement à celui adressé le 13 mai, confirme aux mêmes destinataires, que « *le recours à l'entreprise SET est parfaitement autorisé pour toutes activités ne relevant pas des systèmes de qualification en vigueur à RTE* », cite expressément et de manière restrictive les activités exclues « *Travaux de construction, modification et dépose de lignes HT et THT, réalisation de fondations spéciales et pose de kits sur pylônes treillis* » et précise les activités éligibles sans en limiter le champ : « *travaux tels que géomètres, amélioration et réalisation de malt, réalisation de pistes, réparation de massifs, etc...* ». M. Z... rappelle l'engagement de la SET de revoir sa plaquette et demande à ses interlocuteurs de ne pas tenir compte de l'information concernant la sous-traitance non déclarée, « *qui ne remet pas en cause la capacité de l'entreprise à réaliser des prestations de qualité dans les domaines où elle est autorisée à intervenir* ». Ce courriel précise et nuance ainsi le précédent dans un sens favorable à la SET, s'agissant du champ de ses activités potentielles au profit de RTE.
56. Néanmoins, dans une lettre du 30 avril 2003 à M. A..., de la division transport électrique de RTE, M. X... mentionne MM. Y... et B... comme les auteurs du courriel litigieux et rappelle que l'information destinée aux structures régionales et locales de RTE visait à « *ne plus consulter la SET à l'avenir* » en raison de son défaut de qualification. M. X... estime alors que la SET est victime de discrimination dans la mesure où le courriel de RTE ne précisait pas que toute entreprise non qualifiée ne pouvait être consultée.
57. La volonté du service achats de RTE de ne pas exclure la SET des marchés pour lesquelles elle disposait des compétences requises lui a cependant été confirmée à plusieurs reprises, y compris après les rejets de qualification qui lui ont été signifiés les 25 avril et 25 juillet 2003 et à la faveur d'un assouplissement du recours à la sous-traitance des marchés cadre :
- en réponse à une demande de la SET du 6 juin 2003 sollicitant l'autorisation d'effectuer des travaux en sous-traitance pour des entreprises agréées par RTE, celui-ci l'informe par lettre du 16 juin 2003, de l'assouplissement des conditions de sous-traitance sur le marché cadre de lignes aériennes, précise que le levage et le déroulage peuvent être sous-traités et communique la liste des titulaires du marché cadre auprès desquels il lui appartient d'effectuer son offre de service. RTE conclut que « *cette nouvelle disposition (permettra à SET) de renouer avec l'activité ligne aérienne* ». L'interlocuteur mentionné dans l'en-tête de cette lettre est M. B..., considéré par SET comme l'un des auteurs du courriel litigieux à l'origine de son éviction ;
 - dans un courriel du 26 mars 2004, M. X... écrit à M. C..., responsable de la fonction achat de RTE, pour que soit reconnue la qualification de la SET pour des travaux ponctuels du marché cadre des lignes aériennes. Il indique limiter cette demande aux seuls travaux ponctuels et ne pas avoir « *la prétention d'aller au-delà* ». La SET s'engage à compenser les éléments qui lui font défaut pour être agréée et demande que lui soit confié un chantier test. RTE, par courrier du 14 mai 2004 de M. C..., indique que l'offre de travaux ponctuels ne correspond pas à ses besoins, mais rappelle que SET peut intervenir en tant que sous-traitant des entreprises titulaires du marché cadre de lignes aériennes et que les unités régionales ont été invités à consulter SET dans le cadre de travaux sous-traités par les sous-unités d'exploitation. M. B... est l'interlocuteur mentionné en en-tête du document ;
 - une note interne de M. D..., directeur délégué de l'unité de transport électricité ouest, adressée le 25 juin 2004, traduit la consigne donnée aux sous-unités de

confier à SET certains travaux ponctuels sur des lignes HT mais dans un champ d'opérations restreint. Ce champ d'intervention comprend notamment l'assemblage-levage et le déroulage-retente des conducteurs ;

- un courrier de M. B... du 5 juillet 2005 atteste aussi de trois consultations de la SET par les unités régionales dans le cadre de travaux sous-traités, dont l'une a été fructueuse (marché de pose de plaques) ;
- la possibilité pour SET d'intervenir en sous-traitance des titulaires du marché cadre de travaux de lignes aériennes ou comme prestataire direct des sous-unités d'exploitation de RTE, dès lors que l'objet ne relève pas d'un accord cadre, est réaffirmée par M. E..., chef du service achats de RTE, dans un courrier adressé à la SET le 22 avril 2005.

2. LA CONTESTATION PAR LA SET DE LA PROCÉDURE D'AGRÉMENT MISE EN ŒUVRE PAR RTE

58. Selon la saisissante, RTE lui aurait imposé une procédure d'agrément de qualification, préalable à sa candidature aux marchés proposés, en dépit de la pérennité de relations commerciales établies depuis douze ans. Cette exigence visait le marché cadre de travaux de lignes aériennes HT et celui de la fourniture et de la pose de kits de renforcement de pylônes treillis.
59. Il y a néanmoins lieu d'observer que jusque là, les marchés passés avec la SET étaient des marchés régionaux sans agrément de qualification. La communication par la SET de sa plaquette commerciale a traduit son souhait d'étendre son activité aux marchés nationaux. La mise au point faite par le service achats a finalement conduit la SET à postuler aux systèmes de qualification nécessités par sa candidature aux marchés nationaux.
60. La SET a dès lors déposé, en collaboration avec la société SNEF, qui l'a désignée comme mandataire, des demandes d'agrément pour chacun des marchés. La SNEF, société anonyme au capital de 10 millions d'euros, intervient dans le domaine du génie électrique, des systèmes de communication, de la maintenance et de la maîtrise d'ensemble. Elle réalise notamment des lignes HTA (tension inférieure à 50 000 volts), lève des pylônes GSM et intervient sur des réseaux d'éclairage public. Son chiffre d'affaires était de 265 M€ en 2001. Il est de 483 M€ en 2006 avec un effectif de 4 180 agents. La SET conteste la suite défavorable donnée par RTE à cette candidature qui ne serait pas fondée. Les critères appliqués seraient « *fantaisistes* », « *discriminatoires* », « *en concurrence déloyale* » et « *non définis* », en contradiction avec la directive européenne. La saisissante tente toutefois de démontrer qu'elle les satisfait.
61. S'agissant du marché cadre de travaux de lignes aériennes HT (Avis de marché 2002/S 34 -026419), l'agrément de SET a été rejeté au premier stade de la procédure de qualification aux motifs d'une insuffisance d'effectifs de chantier, d'absence de matériels de déroulement de câbles sous tension mécanique (DSTM) et d'une note insuffisante dans le domaine de l'assurance qualité. La saisissante estime que le groupe constitué avec la SNEF pour répondre à l'appel d'offres satisfait les critères requis, dès lors qu'il met plus de 800 monteurs qualifiés à la disposition de RTE, que la certification qualité est fournie par le groupe SNEF et qu'elle s'est engagée à acquérir ou louer le matériel adapté.

62. S'agissant du marché cadre de fourniture et de travaux d'installation de kits de renforcement de pylônes treillis HT (avis de marché 2003/S 48-042010), l'agrément de la SET a été rejeté aux motifs d'une capacité technique et financière insatisfaisante des membres du groupement SET-SNEF. La saisissante estime qu'elle satisfait au critère de capacité technique à raison des monteuses disponibles et le critère financier du fait du montant du capital et du chiffre d'affaires de son partenaire.
63. La SET considère que dans les deux cas l'agrément ne pouvait lui être refusé. Elle met en cause la procédure d'agrément conduite par RTE, estimant que les avis défavorables ont été pris par les personnes du service achat - MM. Y... et B... - auteurs du courriel « de dénigrement », ce qui laissait, selon elle, augurer du sens de la décision. A cet égard, une lettre de SET du 30 avril 2003 adressée à M. A... fait état de propos qui auraient été tenus par M. Y..., à l'occasion du retrait du dossier de qualification : « *ce n'est pas pour vous décourager, mais vous perdez votre temps, vous n'avez aucune chance* ». Dans le même courrier, M. X... fait aussi état d'un différend plus ancien l'ayant opposé à M. B..., alors que celui-ci était ingénieur au service travaux de la direction de Paris-Normandie, qui aurait été tranché en faveur de la SET par le supérieur hiérarchique de M. B.... Cet élément de contexte aurait ensuite conduit M. B..., une fois muté au service achats en 2002, à tenter d'éliminer la SET des marchés de travaux lancés par RTE.
64. S'agissant de l'objectivité de la procédure d'agrément, il y a néanmoins lieu de relever que les documents internes « *d'évaluation de la capacité technique de l'entreprise SET sur le marché cadre de lignes aériennes* » attestent de l'intervention de personnels de RTE, autres que M. B... : il s'agit du rédacteur du document, de deux vérificateurs et d'un approbateur appartenant au centre national d'expertise réseaux. Dans ce dispositif, M. B... qui figure dans le plan de diffusion intervient « pour action » avec deux autres membres du service achats. On retrouve l'implication d'agents autres que M. B... au stade de l'étude de pérennité de la SET : celle-ci est élaborée par un rédacteur et un approbateur du service achats, distincts de M. B..., qui figure toujours dans le plan de diffusion, « pour action ». Enfin, l'analyse de la partie du dossier d'examen d'aptitude (DEA) remis à RTE consacrée à la qualité et à l'environnement du marché des lignes aériennes HT, est effectuée par un rédacteur, un vérificateur et un approbateur du service, la diffusion à M. B... étant aussi réservée « pour action ».
65. Les trois documents internes fournis par RTE analysant la capacité de SET et du groupement sous ses différents aspects (capacité technique, étude de pérennité, qualité et environnement) caractérisent un processus interne d'évaluation des candidatures, très élaboré. Le processus relatif à la capacité technique est fondé sur un système à trois niveaux, caractérisé par différents critères, exprimés en points et en pénalités, dont certains sont éliminatoires. Le calcul effectué pour la SET est mis en perspective avec les niveaux de capacité atteints par les autres candidats au système de qualification et fait l'objet d'une analyse détaillée. La notification des motifs de rejet au stade de la première phase de l'examen d'aptitude, qui est annexée à la saisine, est donc l'aboutissement d'un processus interne approfondi qui implique plusieurs intervenants et qui fait l'objet de différents niveaux de validation. Par ailleurs, outre que M. B... n'est pas seul impliqué dans ce processus, sa partialité n'est pas démontrée par la saisissante, d'autant qu'il s'est engagé par la suite dans des démarches de relance de la SET comme fournisseur de RTE, y compris comme sous-traitant d'un fournisseur agréé pour le marché cadre dont SET a été écartée. L'étude de pérennité effectuée dans le cadre du marché de kits de sécurisation, qui conclut à un risque de défaillance financière élevé de la SET, donne lieu à une analyse équilibrée en terme de points négatifs et positifs. Enfin, l'analyse de l'aptitude du binôme

SNEF-SET à poursuivre la procédure de qualification, qui conclut à l'inaptitude de l'association, mais qui opère une distinction entre SNEF, jugé apte à poursuivre et SET jugé inapte, relève de règles d'évaluation inscrites dans un mode opératoire.

66. La saisissante semble enfin considérer que l'exigence d'agrément était superflue dès lors que l'avis de marché n'envisageait pas de réserver le marché à une profession déterminée. Selon elle, n'importe quelle société aurait donc pu se présenter.
67. RTE répond à cet égard que « *l'enjeu des systèmes de qualification est essentiellement la sécurité des personnels intervenant et celle des tiers* » et qu'en l'occurrence, la SET répond de manière pertinente aux besoins locaux pour des opérations ponctuelles, mais qu'en revanche elle ne correspond pas au profil des interlocuteurs industriels sélectionnés pour les marchés nationaux, qui doivent justifier d'une capacité industrielle, estimée à un effectif de 100 à 150 monteuses dotés des moyens matériels adéquats. Selon RTE, l'affichage par le groupement SNEF-SET, de 800 monteuses qualifiés pour travailler sur les lignes haute tension, est totalement irréaliste, dans la mesure où cette population correspondrait à l'effectif habilité à l'époque de toutes les autres entreprises.

II. Discussion

68. L'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce énonce que : « *L'Autorité de la concurrence peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

A. SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE ALLÉGUÉ

69. Caractériser un abus de position dominante suppose d'établir l'existence d'une position dominante sur un marché ainsi que l'existence d'un comportement abusif lié à une telle position dominante. En l'occurrence, il est donc nécessaire d'examiner les marchés sur lesquels intervient RTE et la position qu'il y détient, et d'examiner, sur la base des éléments apportés par la saisissante, si les comportements dénoncés sont susceptibles de constituer un abus d'une position dominante.

1. EN CE QUI CONCERNE LES MARCHÉS LIÉS À L'ACTIVITÉ DE RTE

a) Le marché de l'utilisation du réseau de transport haute et très haute tension

70. RTE dispose d'un monopole légal sur le réseau de transport d'électricité par lignes haute et très haute tension, dont il est le gestionnaire. Les utilisateurs de ce réseau sont : les producteurs, les importateurs, les exportateurs, les distributeurs, et les industriels. Les tarifs d'utilisation du réseau de transport doivent permettre au gestionnaire de réseau d'effectuer les investissements nécessaires pour répondre aux besoins des marchés et renforcer la sécurité de l'approvisionnement.

b) Les marchés de commercialisation de l'électricité

71. Le marché de l'utilisation du réseau de transport haute et très haute tension est distinct des trois marchés pertinents identifiés par le Conseil de la concurrence dans les décisions n° [07-MC-04](#) du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie, et n° [07-D-43](#) du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France :
- en amont figure le marché de la production, comprenant l'électricité produite par les centrales et celle importée par le biais des interconnexions ;
 - au niveau intermédiaire, le marché de la vente d'électricité en gros, défini comme le marché sur lequel les producteurs nationaux et les importateurs vendent les quantités physiques produites ou importées, aux revendeurs et aux consommateurs achetant directement sur le marché de gros. Du côté de la demande, ce marché comporte deux segments : un premier, constitué d'intermédiaires qui font commerce de l'électricité et un second comprenant les consommateurs les plus importants qui négocient sur le marché de gros des offres sur mesure pour leurs besoins propres (marché de consommation finale) ;
 - en aval, le marché de détail est celui de la vente d'électricité aux sites raccordés au réseau basse tension.
72. Les pratiques dénoncées n'ont pas eu lieu sur ces marchés, mais sur un ou des marchés liés à la construction et au renforcement des lignes aériennes du réseau de transport.

c) Les marchés des travaux pour les lignes électriques aériennes du réseau de transport haute et très haute tension

73. Sur ce ou ces marchés en France, RTE est pratiquement en situation de monopole du côté de la demande. L'offre est concentrée entre les mains de grandes entreprises souvent filiales de Bouygues, Vinci, Eiffage ou Suez, mais des entreprises plus modestes comme la saisissante peuvent intervenir. En l'espèce, il n'est cependant pas nécessaire de déterminer si les travaux concernant les lignes aériennes du réseau de transport d'électricité correspondent à un seul ou à différents marchés pertinents, au sens du droit de la concurrence. Il est possible qu'il existe différents marchés, selon les types de travaux. De même, selon la nature et l'étendue des travaux à réaliser, il est possible que la dimension géographique de marchés qui pourraient être identifiés ne soit pas la même. En effet, la saisine n'étant pas appuyée d'éléments suffisamment probants en ce qui concerne le caractère éventuellement abusif des comportements reprochés à RTE, ainsi qu'il est exposé plus loin, il n'est pas nécessaire de déterminer si RTE est effectivement en position dominante sur tel ou tel marché lié aux travaux sur le réseau de transport d'électricité. On peut néanmoins constater qu'il est très loin le principal demandeur, en France, de travaux sur ouvrages aériens haute tension et très haute tension. À cet égard, RTE a notamment lancé deux appels d'offres auxquels la SET a répondu sans succès, comme indiqué précédemment :
- le marché cadre de travaux de ligne aérienne HT (avis 2002/S 34-026419 paru le 16/02/2002 au JOCE) ;
 - le marché de fourniture et de travaux d'installation de kits de renforcement de pylônes treillis HT (avis 2003/S 48-042010 paru le 8/03/2003 au JOCE).

2. EN CE QUI CONCERNE LA POLITIQUE DE DISCRÉDIT ALLÉGUÉE

74. La saisissante soutient que RTE aurait abusé de la position dominante qu'il détiendrait pour l'écartier des marchés. Ce comportement d'exclusion serait notamment caractérisé par une politique de discrédit interne au groupe EDF, diffamatoire et discriminatoire à l'égard de la SET. Cette politique serait illustrée par le courriel adressé le 13 mai 2002 aux structures locales de RTE par son échelon central. En substance, c'est donc un acte de dénigrement que la SET reproche à RTE.
75. Ainsi que l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans la décision n° [07-D-33](#) du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, le dénigrement « *consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié* ». Néanmoins, tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné par l'article L. 420-2 du code de commerce. La décision déjà citée du Conseil rappelle que, « *pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement* ».
76. En l'espèce, le courriel adressé par l'échelon central de RTE à ses structures régionales et indirectement aux échelons locaux, ne consiste ni à jeter le discrédit sur la société plaignante ou sur ses prestations, ni même ne les critique, dès lors qu'il se borne à dispenser des informations dans le cadre de l'application de la politique d'achat de RTE.
77. Cette note précise que la SET n'est pas qualifiée dans le domaine des services de renforcement de fondations spéciales, de levage-déroulage et plus généralement pour toute opération mettant en jeu la tenue des ouvrages. Elle met en garde les différents échelons chargés des achats de la RTE devant l'ambiguïté du démarchage commercial de la SET qui, au travers de sa plaquette de présentation, fait croire à sa qualification dans ces domaines d'intervention. La mise en garde identifie précisément les risques techniques et juridiques de recours à des prestations pour lesquelles le fournisseur n'aurait pas été préalablement qualifié par RTE. Le service achats en déduit la conduite à tenir vis-à-vis de la SET, n'autorisant que certains achats, dont une liste exhaustive est fournie. Ces prescriptions s'avèrent justifiées. La SET a admis que le contenu de la plaquette était erroné et sujet à clarification s'agissant des travaux de renforcement de massifs et des fondations spéciales et qu'en conséquence, il était susceptible d'induire en erreur les échelons locaux de RTE. Le courrier adressé à la SET par RTE le 22 mai 2002, qui rappelle les marchés pour lesquels la SET peut se porter candidate au système de qualification, montre que RTE n'entend pas cantonner par principe la SET aux travaux qu'elle peut alors réaliser, pour autant que celle-ci s'inscrive dans les procédures prévues pour la qualification de ces prestations. D'ailleurs, des précisions ont été données à plusieurs reprises à la SET concernant le périmètre d'activité qui lui était offert, ses possibilités d'évolution, les instructions données aux services pour favoriser son accès à des marchés ciblés ainsi que les démarches visant à renouer le lien commercial. Ces démarches contredisent d'autant plus l'attitude d'exclusion prêtée à RTE, que c'est précisément la personne incriminée par la SET, qui est souvent à leur origine.

78. Enfin, le fait que le courriel ne précise pas que toute entreprise non qualifiée ne pouvait être consultée ne constitue pas un indice de discrimination, dès lors que la focalisation des remarques sur la SET fait suite à la diffusion de sa plaquette contenant des informations erronées.
79. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments apportés par la saisissante dénonçant une « politique de discrédit » à son égard n'est suffisamment probant pour supposer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle contraire au 1^{er} alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce, ce qui justifierait la poursuite de l'instruction à cet égard.

3. EN CE QUI CONCERNE L'AGRÈMENT À UN SYSTÈME DE QUALIFICATION

80. La saisissante soutient que RTE aurait encore abusé de sa position dominante pour l'écarter des marchés en lui imposant une procédure d'agrément préalable à la candidature à certains marchés, en dépit de relations commerciales établies et en contravention avec l'avis de marché de travaux de construction de lignes électriques, qui ne réservait pas ces travaux à une profession déterminée. L'abus serait aussi caractérisé par les motifs contestables du refus d'agrément finalement opposé, au regard de critères non définis en contravention avec les directives européennes, ainsi que par une procédure délibérément faussée, en raison de la personnalité de décideurs hostiles à la SET.
81. Toutefois, la procédure de qualification mise en œuvre par RTE n'est pas en soi abusive, dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre légal des systèmes de qualifications auxquels peuvent recourir les entreprises publiques exploitant « *des réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine... du transport ou de la distribution d'électricité...* ». Des relations commerciales établies ne sauraient faire obstacle à une mise en conformité des marchés passés par RTE avec les directives européennes et avec leurs textes de transposition en droit national. Par ailleurs, la mention d'absence de réservation du marché à une profession déterminée n'est pas contradictoire avec les exigences de qualification de l'entité adjudicatrice, qui s'imposent aux candidats potentiels.
82. De plus, il a pu être constaté que la candidature de la SET aux systèmes de qualification a fait l'objet d'un processus interne d'évaluation approfondi. Ainsi, le dispositif relatif à la capacité technique est fondé sur un examen à trois niveaux de capacité, caractérisé par différents critères exprimés en points et en pénalités, dont certains sont éliminatoires. L'étude de pérennité financière et l'analyse de l'aptitude du binôme SNEF-SET à poursuivre la procédure de qualification relèvent de modes opératoires et de critères prédéfinis, qui en assurent la fiabilité. Ces processus impliquent plusieurs intervenants du centre national d'expertise réseau et du service achats de RTE et font l'objet de différents niveaux de validation, M. B... n'étant pas directement impliqué dans l'évaluation, mais « pour action ». Il n'est pas établi que ce processus interne ait été biaisé du fait de la seule intervention des auteurs du mail du 13 mai 2002 : M. Y..., qui en serait l'unique auteur, n'est jamais identifié dans les procédures d'évaluation et M. B... intervient pour notifier aux intéressés les conclusions découlant d'une analyse effectuée en amont par d'autres intervenants. Au demeurant, sa partialité ne saurait être établie comme l'atteste son engagement ultérieur dans des démarches de relance commerciale de la SET comme fournisseur de RTE, y compris comme sous-traitant d'un fournisseur agréé pour le marché cadre dont la SET a été écartée. Au total, les processus internes d'agrément mis en œuvre en l'espèce ne paraissent pas avoir pu laisser place au rejet arbitraire de la candidature de la

SET. Toutefois, l'Autorité ne saurait entreprendre une appréciation du bien-fondé de la décision prise. Il doit néanmoins être précisé, au regard de la critique de ne pas avoir été qualifié dans le cadre d'un groupement avec la SNEF, entreprise réputée qui cependant ne semblait pas intervenir jusqu'alors sur les lignes HT de plus de 50 000 volts, que rien ne semble interdire à une entité adjudicatrice telle que RTE, de limiter ses agréments à des groupements dont chaque partenaire, dispose à titre individuel de moyens matériels, humains et financiers d'une certaine dimension. En tout cas, aucune augmentation précise contraire n'a été avancée par la saisissante.

83. Enfin, la saisine n'apporte pas non plus d'éléments pouvant étayer l'affirmation selon laquelle les relations commerciales ont été brutalement rompues par RTE, dès lors que la SET était parfaitement informée des conséquences d'un refus d'agrément pour certains travaux et que lui ont été présentées des solutions de substitution. Au demeurant, les relations commerciales traditionnelles de la SET avec les unités régionales et les GET de la région ouest se sont poursuivies et montrent que RTE n'a pas entendu exclure SET de ses marchés.
84. Il résulte de ce qui précède qu'aucun des éléments apportés par la saisissante n'est suffisamment probant pour supposer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle contraire au 1^{er} alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce, s'agissant de la mise en œuvre de la procédure d'agrément par RTE sur les marchés concernés, ce qui justifierait la poursuite de l'instruction.

B. SUR UN ÉVENTUEL ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

85. L'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce dispose qu'« *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6* ».
86. Bien que la saisissante n'ait fondé sa requête que sur le premier alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce et bien que les éléments apportés au dossier ne permettent pas de supposer l'existence de comportements abusifs de RTE, il peut être utile d'examiner la question de la dépendance économique de SET par rapport à RTE.
87. S'agissant de la dépendance d'une entreprise industrielle à l'égard de son distributeur, le Conseil de la concurrence, approuvé par la cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation, a à de nombreuses reprises estimé qu'elle pouvait être examinée au regard des quatre critères suivants, d'application cumulative :
 - l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur ;
 - l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;

- les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si elle résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur ;
 - l'existence de solutions équivalentes, « *de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées* ». L'appréciation de solutions équivalentes nécessite l'examen du point de savoir si les facteurs de production sont spécialisés dans la fabrication de biens et services destinés aux distributeurs et ne peuvent être ni utilisés ni adaptés à la production d'autres biens et services, à un coût économiquement acceptable (voir notamment la décision n° [03-D-42](#) du 18 août 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, paragraphes 46 et suivants).
88. S'agissant des prestations de services, la dépendance économique peut être celle des fournisseurs de services à l'égard de leurs clients. La situation est examinée au regard des mêmes critères que ceux utilisés pour l'existence d'une relation de dépendance d'un fournisseur industriel à l'égard de son distributeur.
 89. Dans le cas d'espèce, s'agissant de travaux de construction électrique sur le réseau HT et THT, la situation de dépendance économique de la SET à l'égard de RTE peut donc s'apprécier au regard des quatre critères énoncés.
 90. Au vu de la saisine, la part de chiffre d'affaires réalisée par la SET avec RTE, de l'ordre de 95 %, pourrait être de nature à caractériser le premier critère de la dépendance économique.
 91. L'importance de RTE comme débouché de la « production » de la SET semble évidente, dès lors qu'il s'agit, très largement, de l'unique débouché de cette entreprise, qui aurait « *été créée pour édifier des lignes haute tension pour le compte d'EDF* ».
 92. Cependant, la situation de dépendance ne paraît pas caractérisée s'agissant des deux autres critères.
 93. La concentration des prestations de travaux réalisés par la SET dans RTE semble remonter à la création de la société en vue de l'édification de lignes haute tension pour EDF. Elle traduit donc une stratégie commerciale délibérée et non subie par la SET et ne découle en aucune manière d'une nécessité technique imposée par EDF ou RTE à son fournisseur.
 94. Par ailleurs, la saisine permet d'établir que la SET dispose de solutions alternatives dès lors que les personnels disponibles, formés aux réseaux HT et THT, sont en mesure d'intervenir sur des réseaux dont les contraintes techniques et de sécurité sont moindres (moyenne et basse tension). Les débouchés alternatifs aux prestations non agréées existent enfin aussi au sein de RTE : il s'agit des marchés passés avec les structures régionales, des prestations autorisées et de celles pour lesquelles SET ne s'est pas portée candidate à un système de qualification.
 95. En définitive, les éléments présentés par la requérante ne permettent pas d'établir la situation de dépendance économique de la SET à l'égard de RTE.

96. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les faits dénoncés par la saisissante ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants concernant d'éventuelles pratiques contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce. Il convient de faire application des dispositions de l'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce précité.

DÉCISION

Article unique : La saisine de la société Études et Travaux (SET) est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Gilles Vaury et sur l'intervention de M. Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint, par M. Patrick Spilliaert, vice-président, président de séance, Mmes Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye et Pierrette Pinot, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

Le vice-président,
Patrick Spilliaert

© Autorité de la concurrence