



Décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996
relative aux saisines présentées par la Compagnie Générale de Chauffage (C.G.C.),
la Société Valenerg, la Société UTEC SA, la Société Auxiliaire de Chauffage (SAC),
la Société Lyonnaise d'Exploitation et de Chauffage (SLEC),
la Société d'Exploitation de Chauffage de Vénissieux (SECV) à l'encontre d'Electricité de
France ainsi qu'aux saisines présentées par MM. Bastide et Ségur,
la Société SA 2EM et le Syndicat national des Producteurs Indépendants d'Electricité
Thermique (SNPIET) à l'encontre d'Electricité de France

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 17 octobre 1994 sous le n° F 705, par laquelle la Compagnie Générale de Chauffage (C.G.C.), la Société Valenerg, la Société UTEC SA, la Société Auxiliaire de Chauffage (SAC), la Société Lyonnaise d'Exploitation de Chauffage (SLEC), ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'Electricité de France (EDF) qu'elles estiment anticoncurrentielles ;

Vu la lettre enregistrée le 8 novembre 1994, par laquelle la Société d'Exploitation de Chauffage de Vénissieux (SECV) a saisi le Conseil de la concurrence des mêmes faits et a demandé la jonction des deux dossiers ;

Vu la lettre enregistrée le 24 janvier 1995 sous le n° F 740, par laquelle MM. Bastide et Ségur, la Société SA 2EM, le Syndicat national des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'Electricité de France (EDF) qu'ils estiment anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Vu le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 réglant les rapports entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie électrique ;

Vu le décret n° 94-1110 du 20 décembre 1994 modifiant le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 ;

Vu les décisions n° 94-MC-14 du 30 novembre 1994, n° 95-MC-06 du 21 mars 1995, n° 95-MC-15 du 8 novembre 1995 du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations présentées par la Compagnie Générale de Chauffage (C.G.C.), la Société Valenerg, la Société UTEC SA, la Société Auxiliaire de Chauffage (SAC), la Société Lyonnaise d'Exploitation et de Chauffage (SLEC), la Société d'Exploitation de Chauffage de Vénissieux (SECV), MM. Bastide et Ségur, la Société SA 2EM, le Syndicat national des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) et Electricité de France (EDF) ainsi que les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I - CONSTATATIONS

A - La réglementation

a) Les entreprises exclues de la nationalisation

La loi n° 46-628 du 8 avril 1946 a nationalisé la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité et de gaz combustible. L'article 8 de la loi, modifié par les lois du 2 août 1949 et du 15 juillet 1980, a prévu des exceptions à la nationalisation au profit :

- d'entreprises de production d'électricité dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 est inférieure à 12 millions de kwh ;
- d'installations construites par des entreprises pour les besoins de leur exploitation, à condition qu'elles fonctionnent comme accessoire de la fabrication principale par récupération d'énergie résiduaire notamment par l'utilisation de vapeur produite pour les besoins de fabrication ou par utilisation de la chaleur des fumées sortant des appareils de fabrication ;
- d'aménagements de production électrique de tout établissement, entreprise ou particulier, de puissance inférieure à 8 000 kVA ;
- d'installations réalisées sous l'autorité des collectivités locales ou des établissements publics en vue d'utiliser le pouvoir calorifique des déchets urbains ou d'alimenter un réseau de chaleur ;
- d'aménagements de production électrique exploités par tout département, commune, de puissance inférieure à 8 000 kVA, utilisant l'énergie hydraulique des cours d'eau traversant leur territoire ;
- d'installations nouvelles, n'entrant pas dans les catégories précédentes, des entreprises ou collectivités désirant employer l'électricité pour leur propre fabrication ou utilisation, sous réserve d'avoir fait l'objet d'une décision ministérielle et d'une convention avec EDF.

b) L'obligation d'achat

Le transport et la distribution de l'électricité étant nationalisés, l'écoulement de l'électricité disponible des producteurs non nationalisés ne pouvait être assuré qu'en imposant à EDF une obligation d'achat et de transport.

Le décret n° 55-662 du 20 mai 1955, qui a réglé les rapports entre EDF et les « producteurs autonomes d'énergie électrique », oblige EDF à acheter l'énergie produite par les producteurs autonomes et à passer un contrat pour une durée au moins égale à celle de l'amortissement des installations du producteur autonome. Cette obligation est permanente pour les producteurs dispensés de la nationalisation qui produisaient déjà de l'énergie à la date du 8 avril 1946. Pour les autres, le décret prévoit que « l'obligation de passer un contrat d'achat sera suspendue lorsqu'il aura été constaté par arrêté du ministre de l'industrie et du commerce que l'ensemble des moyens de production existant sur le territoire métropolitain est suffisant pour faire face, à tout instant, à la demande d'énergie dans des conditions économiques satisfaisantes et que les moyens locaux de distribution sont également suffisants ».

Le décret n° 94-1110 du 20 décembre 1994 a modifié le décret de 1955, redéfinissant les modalités de la suspension de l'obligation d'achat. A la différence de ce qui était prévu par le décret de 1955, la suspension peut désormais être limitée dans le temps et sélective à la fois sur le plan géographique et sur le plan des installations.

L'obligation d'achat est maintenue pour les producteurs existant avant le 8 avril 1946, les installations utilisant des techniques de cogénération et les installations utilisant des énergies renouvelables ou des déchets.

Le décret précise en outre que l'arrêté de suspension n'est pas applicable aux projets d'installation pour lesquels le producteur avait, à la date de publication de l'arrêté au Journal Officiel, présenté par écrit à EDF une demande de raccordement ou de contrat d'achat et obtenu les autorisations administratives dont la liste est fixée par l'arrêté de suspension.

Le 23 janvier 1995 ont été signés trois arrêtés en application du décret du 20 décembre 1994 :

- Les deux premiers définissent les caractéristiques techniques auxquelles doivent répondre les installations utilisant des techniques de cogénération et les installations utilisant des énergies renouvelables ou des déchets pour bénéficier de l'obligation d'achat.

- Le second suspend l'obligation d'achat pour une durée de trois ans et précise la liste des autorisations administratives que doivent posséder les projets d'installations qui étaient en cours avant la publication de l'arrêté.

c) Le prix de l'électricité

Le prix de vente de l'électricité est réglementé par le décret n° 88-850 du 19 juillet 1988. Ce décret détermine la structure de la tarification de l'électricité et prévoit que l'évolution des tarifs est arrêtée chaque année par le ministère de l'économie. Les tarifs sont établis sur la base des coûts d'EDF mais avec un horizon à moyen terme. Leur niveau évolue conformément aux engagements souscrits par EDF dans le contrat de plan conclu avec l'Etat.

Les tarifs d'achat aux producteurs autonomes sont calqués sur les tarifs de vente, la différence correspondant au coût de distribution. Dans sa brochure éditée en 1994 et intitulée « Bleu, jaune, vert », EDF explique le principe de fixation des tarifs d'achat : « La mission de l'entreprise est de fournir à ses clients l'énergie électrique au moindre coût pour la collectivité. Acheter une fourniture à un producteur autonome permet à la collectivité d'économiser les dépenses que l'entreprise aurait été amenée à engager en l'absence de cette production. Les tarifs d'achat reflètent par conséquent cette économie. Puisque les tarifs de vente sont fixés par référence aux coûts marginaux, il est logique de fonder les conditions d'achat sur les tarifs de vente. Ces dispositions encouragent ainsi la production autonome lorsque cette dernière offre un coût pour la collectivité plus faible que celui obtenu par l'entreprise et découragent à l'inverse le développement d'une production autonome qui serait d'un coût plus élevé que celui auquel parvient l'entreprise. Si les signaux tarifaires transmettaient un message de teneur différente il y aurait risque de gaspillage pour la collectivité ».

Le tarif d'achat pour fournitures partiellement garanties, accessible à tous les producteurs autonomes, offre les mêmes structures et les mêmes options que les tarifs de vente :

- l'option « Base » est caractérisée par un découpage de l'année ou de la journée en périodes fixes, connues à l'avance ;
- l'option « EJP » (effacement jours de pointe) indique aux clients que pendant une très courte période de l'année (396 heures réparties en 22 jours x 18 h), il est nécessaire de mettre en oeuvre des moyens de pointe. Si pendant cette période, le client accepte de « s'effacer », sa consommation étant alors assurée par un groupe électrogène de secours sur le site, il bénéficie d'une baisse de sa facture égale aux économies réalisées par EDF ;
- l'option « Modulable » étend cette démarche aux situations de coûts les plus faibles, pour lesquelles la demande peut être satisfaite soit par appel au nucléaire seul, soit au nucléaire et au charbon.

Les options EJP et Modulable sont des options dites en « temps réel ». Les clients peuvent choisir l'option la mieux adaptée à leurs caractéristiques de consommation, en particulier à leurs possibilités de modulation tout au long de l'année.

Les structures et options tarifaires étant choisies, le producteur autonome s'engage a priori, pour chaque période tarifaire, sur une puissance livrée au réseau. Sur la base de ces engagements il est rémunéré par une prime fixe qui traduit les économies d'investissements que peut en escompter EDF. Le producteur est également rémunéré sur la base de l'énergie effectivement livrée.

Les défaillances éventuelles constatées par rapport aux engagements sont déduites de la rémunération du producteur, proportionnellement aux kw/h défaillants.

B - Le marché

La consommation intérieure d'électricité est couverte par la production d'EDF et par l'énergie produite par des entreprises privées. Les importations, qui relèvent du monopole d'EDF, représentent seulement 1 % de la consommation intérieure.

La consommation intérieure d'électricité s'est élevée en 1993 à 385 milliards de kwh. EDF a produit la même année 424 milliards de kwh (nucléaire, thermique classique et hydraulique) dont 358,1 destinés à la consommation intérieure et le solde à l'exportation.

Les producteurs autonomes ont produit en 1993 26,8 milliards de kwh (thermique et hydraulique) dont 14,3 ont été livrés à EDF, le reste correspondant à l'autoconsommation.

EDF a distribué 372, 4 milliards de kwh en 1993 ce qui correspond à l'énergie produite par elle-même (358,1 milliards) et à l'énergie livrée par les producteurs autonomes (14,3 milliards).

EDF fournit ainsi grâce à sa propre production 92 % de l'électricité consommée en France et distribue 96 % de l'énergie consommée grâce à l'apport de l'énergie provenant des producteurs indépendants, les 4 % restants étant distribués par les distributeurs non nationalisés.

Les producteurs autonomes peuvent être regroupés en trois grandes catégories :

- La production pure d'électricité : Cette production est assurée par des centrales hydrauliques ou thermiques dont la puissance installée n'excède pas 8000 kVA dans le seul but de produire de l'électricité. Le nombre de producteurs est évalué à plus d'un millier, qui sont de taille et de nature très diverses. Les producteurs exercent généralement une autre activité : exploitation de chauffage, production de chaleur, électricité industrielle, exploitation agricole. Il peut également s'agir de particuliers.

- L'autoproduction stricte : L'opérateur produit de l'électricité destinée prioritairement à l'autoconsommation. Il s'agit généralement d'industriels grands consommateurs d'énergie et qui possèdent un moyen de production d'électricité. Ils produisent de l'électricité non pas par vocation mais par souci d'améliorer le résultat économique de leur entreprise, en valorisant un sous-produit ou pour assurer une sécurité à des outils ne supportant pas d'interruption d'alimentation électrique. Les secteurs industriels les plus autoproducteurs sont ceux rattachés à l'industrie lourde parce qu'ils possèdent les installations énergétiques les plus importantes et que l'énergie est un facteur important du prix de revient. Les installations ne font pas l'objet de limitation de puissance ni de production.

L'article 23 de la loi de 1946 a exclu de la nationalisation les sociétés de distribution à économie mixte et les régies constituées par les collectivités locales. En vertu du 7° de l'article 8 de la loi de 1946, les départements, communes et groupements de communes peuvent installer des aménagements de production d'énergie hydroélectrique dont la puissance n'excède pas 8000 kVA. Il existe environ 175 distributeurs non nationalisés qui assurent parfois la production d'électricité. L'électricité ainsi produite est destinée à alimenter le réseau local de distribution.

- La production combinée de chaleur et d'électricité désignée sous le terme de « cogénération » : les principaux opérateurs sont les secteurs industriels qui ont des besoins d'eau ou d'air chaud importants et une forte consommation d'électricité (agro-alimentaire - papeterie - chimie), le secteur tertiaire (centres commerciaux, immeubles de bureaux d'une certaine dimension) ainsi que les collectivités publiques (hôpitaux, municipalités qui installent des réseaux de chaleur, des usines d'incinération des ordures ménagères).

Des éléments exposés ci-dessus il ressort que la demande d'électricité en France est couverte à 93 % par EDF à partir de sa production (92 %) et des importations (1 %) et à 7 % par les producteurs privés. L'énergie électrique est distribuée par le réseau d'EDF, quelle que soit la source d'énergie primaire utilisée ou la nature du producteur, pour satisfaire les besoins du consommateur final qui achète un bien indifférencié en s'adressant exclusivement à EDF.

C - Les pratiques relevées

a) historique des relations entre EDF et les producteurs autonomes

Dans les années 1980, la politique d'EDF a consisté, en raison de la surcapacité du parc de production, à convaincre les producteurs autonomes de différer la réalisation de certains projets, en versant des subventions aux candidats à l'autoproduction de pointe qui acceptaient de différer leurs projets.

A partir de 1991, les prévisions d'évolution des consommations d'électricité en France conduisent EDF à encourager le développement de la production indépendante.

Dans un colloque organisé en janvier 1991 le directeur de l'économie, de la prospective et de la stratégie d'EDF s'est exprimé dans les termes suivants: « *Qu'il soit donc clair qu'EDF non seulement est tenue d'acheter toute la fourniture issue d'une production indépendante, mais n'a plus aucune objection de principe au développement de celle-ci, dès l'instant où elle-même doit assurer un développement de son parc de production* ».

En conclusion de ce colloque le ministre de l'industrie a déclaré: « *Le développement de la cogénération introduit une diversification des moyens de production d'électricité, intermédiaires entre la production de base et la production de pointe, ce qui présente un grand intérêt stratégique. D'une façon générale un des avantages de la production autonome- et non des moindres- est son rôle d'incitation à la performance du secteur. Les études théoriques...ont souligné l'intérêt d'une pression concurrentielle, même marginale, sur les grandes entreprises productrices d'électricité. Développer la production autonome, c'est en effet introduire un peu de concurrence dans le secteur électrique. Face à cette concurrence, chacun des acteurs devra se mobiliser un peu plus et contribuer ainsi à améliorer la*

performance de notre système électrique qui a, à son actif, déjà de beaux succès. Alors qu'en France, la compétitivité du nucléaire crée une rude compétition vis-à-vis de la cogénération, supérieure à celle rencontrée dans d'autres pays, il ressort cependant des études qui ont été menées sur le sujet...que le gisement de puissance que peut apporter la production autonome en France devrait être de l'ordre de 3 à 4 GW (3 à 4 000 MW) d'ici à la deuxième moitié de la décennie. C'est un gisement important. L'ensemble de ces raisons me conduit donc à souhaiter que se développe en France le secteur de la production autonome »;

L'établissement public a diffusé de nouvelles orientations par une note interne d'octobre 1991 dans les termes suivants :

« L'établissement, par la voix de son Directeur général, a clairement affiché sa stratégie au sujet des projets de production indépendante :

1 - Les projets d'autoproduction de pointe dont la mise en service doit avoir lieu à partir de la mi-94 ne doivent plus être différés ou dissuadés.

2 - pour les projets de cogénération, la décision ci-dessus est anticipée à la mi-92».

Jusqu'en mai 1993, EDF maintient à l'égard de la production autonome d'électricité une position favorable qui a de nouveau été clairement affirmée au cours du colloque « cogénération » de mai 1993. Puis un changement d'attitude intervient peu après cette date.

Dans une lettre adressée le 15 Juillet 1993 au ministère de l'industrie après la réunion du conseil d'administration du 28 juin, le président d'EDF écrit : *« Compte tenu de l'évolution des consommations d'électricité envisagées, les besoins en la matière sont couverts, d'ici la fin du siècle, par les installations existantes. Partant de ce constat, le conseil d'administration s'est ému de la prolifération des projets de production indépendante à laquelle on assiste, projets davantage tournés vers la vente au réseau que vers l'autoproduction, et dont l'utilité pour la collectivité n'apparaît pas fondée, compte tenu de ce qui précède. Le conseil a souhaité qu'une solution puisse être apportée rapidement à ce problème préoccupant ».*

Compte tenu de ce constat EDF demande à son ministère de tutelle d'entreprendre des démarches afin d'aboutir par voie réglementaire à la levée de l'obligation d'achat et de modifier la tarification des prix « heures de pointe » jugée trop favorable aux autoproducteurs. Par lettre du 4 janvier 1994 le ministre de l'industrie répond: *« ...Vous souhaitez que les pouvoirs publics mettent en oeuvre d'une part une mesure de recalage tarifaire et d'autre part une suspension de l'obligation d'achat. Concernant la première mesure, j'estime comme vous que le principe fondamental du meilleur reflet possible des coûts dans les tarifs justifie une adaptation en structure des tarifs. C'est pourquoi, j'appuierai toute demande de votre part en ce sens auprès du ministre chargé de l'économie, de façon à ce que le plus rapidement possible un signal d'amplitude suffisante permette de mieux orienter les nouvelles décisions d'investissements.*

A cette occasion, je souhaite toutefois que vous preniez les dispositions nécessaires pour que cette évolution tarifaire ne pénalise pas la rentabilité des investissements effectivement réalisés ou engagés récemment, sur la base d'un signal tarifaire différent par les clients d'EDF ou par les producteurs autonomes.

Concernant la suspension de l'obligation d'achat, j'ai demandé à mes services d'étudier une solution susceptible de s'inscrire dans une perspective d'évolution à moyen terme du système électrique français... ».

Plusieurs notes diffusées par les directions centrales d'EDF entre juillet 1993 et juillet 1994 aux directeurs des centres locaux EDF GDF Services définissent les relations entre EDF et les producteurs autonomes sur les bases suivantes : les candidats producteurs seront informés que l'obligation d'achat est susceptible d'être supprimée à court terme, les demandes de raccordement des centrales de production au réseau de distribution EDF feront l'objet d'un examen plus strict, la durée normale des contrats d'achat pour la production pure sera de 6 ans et ne devra pas excéder 9 ans, les projets de cogénération feront l'objet de contrats d'achat de 9 ans mais à condition qu'il s'agisse de vraie cogénération.

b) la fixation unilatérale de la durée des contrats d'achat d'électricité

- Pour les centrales de production de pointe

Les auteurs de la première saisine ont réalisé en 1993 vingt-quatre centrales de production de pointe (dites de 8 MVA) mises en service en 1993. Des comptes rendus de réunions qui se sont tenues entre EDF et la C.G.C. en janvier et avril 1993 mentionnent l'accord d'EDF pour des contrats d'achat d'une durée de 15 ans pour les projets de production de pointe de la C.G.C. Pour treize centrales, les contrats ont été effectivement signés pour 15 ans, mais dès la fin 1993, certains centres EDF GDF Services ont refusé de signer des contrats d'une durée de 15 ans et ont proposé de réduire la durée à 6 ou 9 ans maximum.

Les éléments recueillis au cours de l'instruction relative à la seconde saisine sont de même nature. Ainsi dans un courrier adressé le 28 juillet 1994 à la société SA 2EM, le centre EDF GDF Services Périgord écrit : *« Nous avons reçu récemment, des instructions de notre direction concernant la durée des contrats d'achat d'énergie électrique dans le cadre de l'autoproduction. Nous vous informons que cette durée est limitée, dans tous les cas, à 9 ans »*. Pour la centrale de production de Florensac (Hérault) programmée par la société SA 2EM, un premier projet de contrat d'achat est prévu à compter du 1er novembre 1993 pour une durée de 15 ans. Un second projet, pour la même installation, est prévu à compter du 1er juin 1994 pour 15 ans. Un troisième projet est prévu à compter du 1er novembre 1994 pour une durée de 15 ans. Le contrat définitif a été signé le 14 octobre 1994 pour une durée de 9 ans à compter du 1er novembre 1994.

Dans le courrier adressé le 11 avril 1994 à l'entreprise Simon pour la centrale de Choley, le centre EDF GDF Nancy Lorraine écrit : *« La durée normale des contrats d'achat approuvés par le ministère de l'Industrie est de trois ans. Cependant afin d'adopter une attitude réaliste par rapport à cette durée, qui doit rester cohérente avec les temps de retour généralement escomptés, celle-ci sera portée à 6 ans »*. Le contrat sera signé pour une durée de 9 ans le 26 mai.

Les investigations du service d'enquête ont été étendues à la société Elyo qui a installé cinq centrales de 8 MVA. Trois contrats d'achat ont été conclus pour une durée de 9 ans et les deux autres pour 20 ans. Il s'agit dans ce dernier cas de contrats « dispatchables » en vertu desquels EDF verse une rémunération minimale pour assurer l'amortissement des installations mais ne fait appel au producteur autonome qu'en cas de besoin. Dans un procès-

verbal d'audition du 9 avril 1995 les représentants de la société Elyo Océan ont déclaré : *« Elyo Océan s'étonne que des contrats aient été antérieurement signés pour 15 ans, et ce jusqu'au 15 novembre 1993 pour une production sur 1994, alors qu'elle n'a pu obtenir que 9 ans après arbitrage. 9 ans ne permettent pas effectivement d'assurer la rentabilité de ces opérations face à des fluctuations possibles du cours du fioul ».*

- Pour les centrales de cogénération

La C.G.C. a mis en service une dizaine d'installations de cogénération depuis 1993. Début 1994, elle projette l'installation de 50 centrales de cogénération. Certains projets sont menés à terme mais avec une durée de contrat plus courte que celle prévue initialement : 9 ans pour la centrale de Coulommiers, 12 ans pour les centrales de ZUP Wattignies, Beaurepaire Roubaix et la Doua. Dans le projet mis en oeuvre par la société Esys Montenay concernant le centre hospitalier d'Argenteuil, la durée de 15 ans initialement prévue est remise en cause.

Dans une note adressée le 4 février 1994 au directeur de l'économie, de la prospective et de la stratégie d'EDF, le directeur du gaz, de l'électricité et du charbon au ministère de l'industrie écrit : *« La note intitulée « conduite à tenir à l'égard de projets de production autonome en pointe mobile » va soulever de nombreuses difficultés d'interprétation...*

Jusqu'à nouvel ordre, les dispositions du décret n° 55-662 du 20 mai 1955 sont toujours en vigueur. Il n'y a pas lieu de préjuger ni d'anticiper les évolutions réglementaires à l'étude actuellement. En particulier, si au 1er avril 1994 la réglementation actuelle du décret du 20 mai 1955 n'est pas modifiée, les producteurs autonomes resteront fondés à demander la signature d'un contrat... Je vous signale que le dernier alinéa relatif à la durée des contrats est contraire aux dispositions figurant à l'article 17 des conditions générales du contrat pour « l'achat d'énergie électrique par E.D.F. au tarif pour fournitures partiellement garanties » que vous m'avez soumis le 23 juillet 1993 et que j'ai approuvé le 27 juillet 1993. Cet article prévoit notamment « que, à la demande du producteur, le contrat portera sur un nombre d'années suffisant pour permettre un amortissement industriel normal des installations de production, dans la limite de 15 années .

En conséquence, je vous demande de procéder, par tous moyens, rectifications nécessaires, tant auprès de vos unités qu'auprès des divers opérateurs qui ont été destinataires de ce courrier...».

La note adressée le 13 juillet 1994 par EDF aux directeurs de centres EDF GDF Services précise que lorsque les conditions imposées par EDF sont remplies les contrats d'achat seront signés pour une durée de 9 ans, aussi bien pour la production pure que pour la cogénération.

Les producteurs autonomes ont refusé de signer les contrats d'achat aux conditions imposées par EDF et ont demandé l'arbitrage du ministre de l'industrie conformément à l'article 27 du cahier des charges de la concession à EDF du réseau d'alimentation générale en énergie électrique. Après avoir demandé l'avis du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz le 16 septembre 1994, le ministre a fait connaître par lettre du 10 octobre 1994 à EDF et aux producteurs autonomes sa décision par laquelle il fixait la durée des contrats à 9 ans pour la production pure et à 12 ans pour les installations de cogénération.

Les producteurs autonomes du groupe C.G.C. ont contesté la légalité de la décision du ministre de l'industrie devant la juridiction administrative et ont maintenu leur refus de signer les contrats sur la base de 9 ans pour la production pure et de 12 ans pour la cogénération.

c) La subordination du paiement de la prime fixe à la signature de contrats de neuf ans

Pendant les deux périodes d'hiver 1993/94 et 1994/95, EDF a enlevé l'électricité produite par les onze centrales du groupe C.G.C. pour lesquelles les contrats n'avaient pas été signés en raison du différend portant sur leur durée. EDF a payé le prix de l'énergie enlevée mais non la prime fixe (la structure des tarifs d'achat a été exposée au point Aa ci-dessus). Le montant des sommes dues par EDF aux producteurs concernés (société Valenerg, société SLEC, société SECV) s'est élevé à 26 838 668 F TTC en 1994 et à 41 526 863 F TTC en 1995. Le montant de la prime fixe représente environ 55 % du montant du paiement intégral.

Dans la note du 13 juillet 1994 précitée, EDF écrit : *« S'agissant des centrales en service depuis l'hiver 93/94 et pour lesquelles le contrat n'est toujours pas signé (il s'agit notamment de celles développées par la C.G.C. ou ses filiales), régler la part d'énergie de la facture si cela n'a pas été fait, et débloquent le règlement de la prime fixe dès que le contrat est signé (sur 9 ans) ».*

Le différend entre EDF et la C.G.C sur le non paiement de la prime fixe a donné lieu à des échanges de courrier entre les parties, le ministre de l'industrie et le secrétaire d'état chargé des finances :

- Par courrier du 7 juillet 1994, le ministre de l'industrie précise à la C.G.C. qu'il a demandé au président d'EDF *« que les installations déjà mises en oeuvre au cours de l'hiver dernier soient rémunérées totalement (prime fixe et prix de l'énergie) dans les meilleurs délais ».*

- Par courrier du 10 juillet 1995, la C.G.C. informe la direction du gaz, de l'électricité et du charbon, qu'EDF ne s'est pas exécutée et que sa position a été maintenue au cours de la saison 1994/95.

- Par courrier du 20 juillet 1995, le secrétaire d'état chargé des finances demande à EDF de prendre les mesures nécessaires *« pour que les sommes dues soient versées aux entreprises auxquelles elles doivent revenir ».*

- Dans sa réponse du 28 juillet 1995, le président d'EDF rappelle que le paiement intégral du prix est lié à la signature de contrats de 9 ans.

- Par courrier du 9 octobre 1995 le ministre de l'industrie affirme : *« Dans la mesure où l'obligation de passer un contrat d'achat est incontestable, le principe d'une rémunération totale par Electricité de France de l'électricité qui lui est effectivement livrée ne peut être remis en cause, au moins pendant les 9 premières années de la fourniture d'électricité ».*

- Par courrier du 9 octobre 1995 adressé à EDF, le ministre de l'industrie confirme que *« les contrats d'achat d'électricité ne devront pas avoir une durée inférieure à 9 ans, sauf demande contraire du producteur autonome et les installations déjà mises en oeuvre devront être rémunérées totalement (prime fixe et prix de l'énergie) dans les meilleurs délais ».*

-Dans sa réponse au ministre du 18 octobre 1995 le directeur général d'EDF déclare que, dans un souci d'apaisement, il est disposé à accepter de voir figurer dans les contrats une clause selon laquelle la signature pour neuf ans ne vaut pas renonciation aux actions judiciaires tendant à obtenir une durée supérieure.

d) Le durcissement des conditions de raccordement

au préalable les conditions techniques et financières du raccordement de l'installation de production au réseau d'EDF. EDF exige que le raccordement d'un producteur autonome sur le réseau ne provoque pas de perturbations pour les autres utilisateurs du réseau. Le raccordement peut se faire directement sur le réseau ou, pour éviter les perturbations, par branchement au poste source.

Les éléments recueillis au cours de l'instruction montrent qu'EDF a modifié en 1994 les conditions de raccordement des centrales de production autonome au réseau sans porter à la connaissance des producteurs les nouveaux critères techniques retenus. Les changements intervenus ont conduit à un renchérissement du coût initial des projets, ainsi qu'à un retard de leur mise en oeuvre.

Ainsi dans un courrier adressé le 5 avril 1994 à M. Ségur au sujet de la centrale de production Saint-Sulpice, le centre EDF GDF Services Garonne et Tarn écrit : « *Après l'étude technique de la demande de raccordement d'une unité de production thermique de 8000 KVA au poste source de Saint Sulpice que vous avez déposé le 15/12/93, nous vous informons qu'il n'est pas possible de raccorder cette centrale par un simple départ au poste source. Cette solution provoquerait en effet en certaines configurations du réseau des perturbations de la propagation des signaux tarifaires (175 Hz) inacceptables.*

Il nous est toutefois possible d'accepter un nombre limité de raccordements à cette source à condition d'y créer un jeu de barres « Producteurs », qui représente un investissement de l'ordre de 1 500 000 F, ce montant étant à préciser après étude détaillée au cas par cas et établissement par nos services nationaux d'un barème de facturation »

Dans le courrier adressé au gérant de la société Sud Energie le 8 octobre 1993, le centre EDF GDF Services Garonne et Tarn écrit : « *Nous vous donnons notre accord de principe pour raccorder une installation de 8000 KVA au poste de Réalmont. La puissance moyenne appelée sur ce poste en heures EJP est de 5 MW. Il y aura donc refoulement sur le réseau 63 KV. La mise à disposition de la cellule HTA est d'un coût forfaitaire de 260 KF ».*

Dans un courrier ultérieur du 26 novembre 1993 adressé à la même société EDF GDF Services, le centre précise : « *Le délai d'approvisionnement et de mise en place d'une cellule départ dans un poste source est de 10 mois. Nous vous demandons en conséquence de réserver la cellule associée au projet, au plus tard fin janvier, pour une mise en service au 1er novembre 1994 et de bien vouloir nous verser un acompte de 40 000 FHT, à valoir sur le forfait de 260 000 F ».*

Après plusieurs échanges de courrier, le centre EDF GDF Services écrit le 15 avril 1994 : « Quant à la somme de 260 KF à laquelle vous faites allusion, il s'agit du coût de la seule cellule dans les rares cas sans perturbation de réseau. En ce qui concerne la possibilité de raccordement à la date du 1er novembre 1994, cela n'est envisageable que sous réserve de l'approvisionnement en matériel par la dérivation des jeux de barre producteurs, du délai d'installation et de votre acceptation des conditions de raccordement ». Par courrier du 11 août 1994, le centre EDF GDF Services envoie un devis qui s'élève à 1 684 615 F.

Pour le dossier de la centrale de Choley projetée par l'entreprise Simon une étude de raccordement datée du 24 février 1994 évalue le coût à 1 010 KFHT. Après plusieurs échanges de courrier, le centre EDF GDF envoie le 20 mars 1995 un devis d'un montant de 1 865 KFHT, puis le 27 avril 1995 un devis de 289,6 KFHT mais qui ne comprend pas les coûts liés à la mise en place d'éventuels circuits bouchons.

Pour la société Elyo, trois raccordements pour les centrales de production de pointe ont été effectués à des prix variant de 260 000 F à 1 300 000 F et 1 600 000 F. Les représentants de la société ont déclaré : « Comme nous ne pouvons pas vérifier la pertinence des arguments d'EDF sur la perturbation du signal tarifaire, nous ne pouvons pas nous prononcer sur les travaux qui nous sont imposés. Par contre nous nous interrogeons sur le coût demandé pour la fourniture du jeu de barres et le raccordement, compte tenu du matériel installé ».

Dans sa lettre du 7 juillet 1994 adressée à la C.G.C., le directeur général de l'énergie et des matières premières écrit : « En ce qui concerne les interrogations des producteurs autonomes sur les conditions techniques de raccordement imposées par Electricité de France, il me paraît important que les règles puissent être établies en toute transparence dans le cadre d'une concertation de l'ensemble des parties concernées (Electricité de France, fabricants d'équipements, producteurs autonomes, entreprises non nationalisées...). Dans l'attente de l'élaboration de ces nouvelles règles, les solutions techniques de raccordement préconisées par les producteurs autonomes pour satisfaire les conditions de l'article 3 des conditions générales du contrat-type pour l'achat d'énergie électrique par Electricité de France seront retenues ».

Dans sa lettre du 11 août 1994 adressée au directeur général de l'énergie et des matières premières, le directeur général d'EDF écrit : « Vous entendez privilégier les solutions techniques de raccordement préconisées par les producteurs, en lieu et place de celles que mes services ont élaborées afin que les installations en cause n'apportent aucune perturbation dans le fonctionnement du réseau...Je me dois de souligner que la position que vous avez ainsi retenue, en dehors de toute consultation de mes services, est susceptible, si elle devait être appliquée sans norme, de nous mettre en certains cas dans l'incapacité de satisfaire à nos obligations ».

Dans une note adressée aux directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement (DRIRE), le 19 octobre 1994, le directeur du gaz, de l'électricité et du charbon précise les conditions dans lesquelles devront être arbitrés les litiges portant sur les raccordements :

« 1 Si EDF ne vous communique pas les études détaillées justifiant les risques de perturbations, les solutions techniques de raccordement préconisées par les producteurs autonomes pour satisfaire les conditions de l'article 3 des conditions générales du contrat-type pour l'achat d'énergie électrique par EDF seront retenues, sans préjudice de l'application éventuelle de l'article 7 des mêmes conditions générales, en cas d'entrave constatée au bon fonctionnement de la distribution.

2 Si les études transmises par EDF vous paraissent insuffisantes pour justifier le risque de perturbations, le 1 ci-dessus s'applique.

3 Si les études transmises par EDF sur l'évaluation du risque de perturbations vous paraissent satisfaisantes, il conviendra alors de retenir la solution technique la moins onéreuse permettant de satisfaire les exigences définies. Dans tous les cas, un devis détaillé et un planning de réalisation des travaux devront être présentées par EDF au sein du comité technique de l'électricité ».

Un groupe de travail spécialisé (GS 21) s'est réuni à partir du 17 janvier 1995 avec pour mission de « définir l'ensemble des règles techniques qui devront être suivies lors des raccordements au réseau des productions autonomes d'énergie électrique ». Ses travaux ont abouti à l'arrêté du 14 avril 1995 relatif aux conditions techniques de raccordement au réseau public des installations de production autonome d'énergie électrique, publié le 2 mai 1995.

e) l'introduction de nouvelles normes concernant la cogénération

Plusieurs projets de cogénération ont été refusés par des centres EDF GDF Services parce qu'ils ne respectaient pas des critères définis par l'établissement public, ces critères n'étant pas portés à la connaissance des candidats producteurs.

Ainsi le centre EDF GDF Services de l'Aisne écrit à la C.G.C. le 10 juin 1994 : « Une cogénération se doit de correspondre à un besoin simultané d'énergie électrique et thermique, le reliquat d'énergie électrique pouvant être vendu à EDF, dans la mesure où la performance énergétique globale est suffisante. D'après les informations que vous nous avez transmises vos projets ne respectent pas ces critères ». De même le centre EDF GDF Services de Douai écrit à l'hôpital de Seclin : « Le caractère fatal de l'énergie électrique cogénérée ne peut toutefois être reconnu comme tel que dans le cadre d'une installation de « vraie » cogénération ».

Le centre EDF GDF Services de la Manche s'appuie sur un nouveau critère correspondant à une durée de fonctionnement de 1500 heures par an pour justifier le rejet des projets : « Le schéma de 1500 heures de fonctionnement que vous proposez ne correspond pas en ce qui nous concerne à une définition véritable de cogénération ». Ce motif est également invoqué par le centre de Lyon pour justifier le refus des centrales de la SLEC.

Le centre d'Arras s'appuie sur un critère correspondant à une durée de fonctionnement de 4000 heures par an pour justifier le rejet des projets. « Il semble à l'heure actuelle que les projets présentant un intérêt pour la collectivité sont ceux développant des techniques de cogénération et fonctionnant au moins 4000 heures par an... ». Ce même critère a motivé le rejet du projet dans d'autres dossiers (centrale de Vaux le Pénil, centrale de Coulommiers).

L'attitude des centres EDF GDF Services s'explique par les instructions données par leurs directions centrales par une note du 13 juillet 1993 : « ... dès lors que l'on estime qu'il s'agit de « vraie » cogénération (le service clientèle et le service de tarification sont à la disposition des unités en cas d'hésitation), envoyer un contrat d'achat dont la durée est de 9 ans (ni plus, ni moins) » et par une note du 10 mars 1994 : « Dans l'attente d'une définition précise de la cogénération, lorsqu'il y a un doute sur son caractère authentique (ratios peu orthodoxes entre production électrique et production de vapeur, durées d'utilisation relativement faibles en véritable cogénération), il y aura lieu de demander leur avis aux services centraux d'EDF qui régleront le problème en liaison avec la DIGEC ».

Préalablement à l'intervention du décret n° 94-1110 du 20 décembre 1994 modifiant le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 et à son arrêté d'application du 23 janvier 1995, relatif aux installations utilisant des techniques de cogénération, les installations de cogénération avaient fait l'objet d'une définition pour des raisons fiscales par le décret n° 93-974 du 27 juillet 1993 définissant les installations de cogénération ouvrant droit à l'exonération de la taxe intérieure de consommation sur le fioul lourd et sur le gaz naturel. Aucun de ces textes ne prévoit une durée de fonctionnement minimum de l'installation.

f) Autres pratiques relevées

Alors que le centre EDF GDF Services de Provence avait donné son accord sur le plan technique le 2 novembre 1994 à la société Cometherm, il n'a pas respecté les engagements prévus sans donner de motifs comme en témoigne la lettre adressée le 28 février 1995 par la société Cometherm à la Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement d'Aix en Provence pour lui faire part des difficultés rencontrées avec le centre EDF/GDF : « En effet, le centre EDF vient d'annuler à deux reprises, sans prétexte fondé une réunion de travail (la date prévue était le 24 février et la précédente le 13 décembre) qui avait pour but de finaliser les conventions de raccordements compte tenu de ses études techniques et de ses accords pour le raccordement électrique de nos installations ».

Dans les courriers adressés en 1994 à l'ensemble des producteurs autonomes ayant déposé des projets de centrales de production de pointe, les centres locaux justifient leurs refus de signer les contrats d'achat en se référant aux prises de position des services centraux d'EDF qui font état de la surcapacité des moyens de production et de l'évolution de la réglementation.

Les mêmes arguments sont invoqués vis-à-vis des projets de cogénération : dans une lettre du 20 juin 1994 adressée à la C.G.C., EDF GDF Services de Normandie Rouen écrit : « Vous avez bien voulu nous entretenir de vos différents projets de cogénération et vous avez souhaité contracter avec nos services des contrats d'achat d'énergie sur une durée de quinze années.

La prise de position publique du ministre de l'industrie a très récemment conduit EDF à faire évoluer sa position quant au rachat d'énergie produite par des sources autonomes. La surcapacité actuelle des moyens de pointe ne peut nous amener à encourager la mise en oeuvre de moyens de production supplémentaires.

Dans la configuration des sites de Canteleu et de Neuville les Dieppe les cogénérations que vous envisagez constituent un suréquipement, qui au regard de notre entreprise, ne constitue pas une réponse adaptée aux besoins d'énergie thermique et électrique de ces deux entités ».

Des arguments analogues sont présentés au centre hospitalier de Firminy : « *Faisant suite à votre courrier du 6/4/1994, nous vous informons par la présente des évolutions du cadre réglementaire régissant le secteur de la production autonome et en particulier la levée de l'obligation d'achat. Les aménagements réglementaires en cours sont de nature à remettre profondément en cause la rentabilité de votre projet ; il serait regrettable que vous vous engagiez de manière irréversible dans la réalisation d'installations, en courant le risque de voir votre production ne plus trouver aucune valorisation, une fois l'obligation d'achat levée* ». Or, dans un courrier adressé à EDF le 4 janvier 1994, le ministère de l'industrie avait précisé que la cogénération ne serait pas concernée par la levée de l'obligation d'achat et lui avait rappelé, par note du 4 février 1994, qu'en l'absence de nouveaux textes la réglementation en vigueur continuait à s'appliquer.

Dans le dossier de la centrale de Villemur/Tarn, le centre EDF GDF Services Garonne et Tarn a signé avec le gérant de la société SECAC, le 16 février 1994, une convention de raccordement. A la suite d'une cession de parts sociales, la société SA 2EM est devenue associée unique de la société SECAC le 24 mai 1994. Dans un courrier adressé à la société SA 2EM le 7 octobre 1994, le centre EDF GDF Services invoque le changement de statut de la société SECAC pour refuser la signature du contrat d'achat avec la société SA 2 EM alors que cette dernière, venant aux droits et obligations de la société SECAC, continue à bénéficier des autorisations administratives et contrats signés par la société SECAC.

Dans plusieurs courriers, les centres EDF GDF Services imposent une date limite pour les autorisations administratives et les demandes de raccordement : 18 et 20 janvier 1994 (dossiers Bastide), 19 janvier 1994 (dossier Ségur), 12 septembre 1994 (dossiers Bastide, Ségur, Simon). Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté du 23 janvier 1995 relatif à la suspension de l'obligation de passer des contrats d'achat pour la production autonome, aucune disposition réglementaire ne prévoyait le respect d'une date butoir.

II - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRECEDENT, LE CONSEIL,

Considérant que les saisines susvisées se rapportent au même marché, portent sur des périodes identiques et concernent des questions communes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la compétence :

Considérant qu'EDF soutient que le Conseil de la concurrence est incompétent pour connaître des pratiques qui lui sont reprochées car celles-ci se rapportent à l'acte de passation ou de refus de passation d'un contrat d'achat d'énergie électrique ; que ce contrat, régi par le décret n° 55-662 du 20 mai 1955, relève de la seule compétence des juridictions administratives ; que, de plus, l'acte par lequel un organisme choisit les entreprises chargées de fournir des biens ou des services s'incorporant à sa propre activité n'est pas un acte de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que la production d'électricité est une activité de production au sens de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; que le fait qu'elle soit exercée par une personne publique ne la fait pas échapper à l'application de l'ordonnance précitée conformément à son article 53 ; que la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité

et du gaz a prévu des exceptions à la nationalisation au profit d'entreprises de production indépendantes d'EDF ; que, pour garantir l'écoulement de l'électricité disponible des producteurs non nationalisés, le décret du 20 mai 1955, modifié par le décret du 20 décembre 1994, a institué une obligation d'achat et de transport, assortie de l'obligation de passer un contrat d'achat ; qu'en achetant l'électricité aux producteurs autonomes, EDF n'a pas pour objectif de l'incorporer à son activité de production mais de permettre aux producteurs autonomes, qui n'ont pas d'autre alternative, d'écouler leur production d'électricité ; que, dès lors, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des pratiques mises en oeuvre par EDF dans ses relations avec les producteurs autonomes ;

Sur la demande de sursis à statuer :

Considérant qu'EDF demande que le Conseil de la concurrence sursoie à statuer jusqu'à ce que le tribunal administratif de Paris, saisi d'un recours contre la décision du ministre de l'industrie du 10 octobre 1994, ait rendu son jugement, pour éviter toute contradiction entre les décisions qui seront rendues ;

Mais considérant que par décision du 10 octobre 1994 le ministre de l'industrie, à la suite de la demande d'arbitrage présentée par les producteurs autonomes, a fixé la durée des contrats à neuf ans pour les installations de production d'électricité avec vente totale à EDF et à douze ans pour les installations de cogénération ; que, si le Conseil de la concurrence n'a pas compétence pour se prononcer sur la légalité de la décision du ministre ni sur la validité des durées contractuelles fixées par cette décision, il lui appartient d'examiner, au regard du droit de la concurrence et compte tenu de la réglementation spécifique de la production et de la distribution d'électricité, les pratiques qui ont été mises en oeuvre par EDF, antérieurement à la décision du ministre, pour limiter la durée des nouveaux contrats d'achat devant être signés avec les producteurs autonomes ;

Sur le marché de référence :

Considérant qu'EDF soutient que l'idée d'un marché global de l'électricité méconnaît les données juridiques propres à ce secteur ; que la loi de 1946 n'ayant permis aux producteurs autonomes de faire concurrence que dans des limites strictement définies, il conviendrait d'en déduire l'existence de plusieurs marchés de la production d'électricité ; qu'un système de monopsonne légal avec obligation d'achat signifie que la demande est contrainte avec, au surplus, des prix administrés, ce qui exclut toute idée de marché ;

Considérant que le marché se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts ; que face à la demande d'électricité qui émane du secteur industriel, du secteur tertiaire et du secteur domestique, l'offre est constituée de différents producteurs, le plus important étant EDF qui produit 92 % de l'électricité consommée en France ; que les producteurs autonomes concourent à la production d'énergie électrique dans la limite des capacités de production qui sont prévues par la loi de 1946 ; qu'ils se situent au stade de la production au même titre qu'EDF et produisent une énergie qui est de même nature et qui est utilisée dans les mêmes conditions que celle qui est produite par l'établissement public ; que le fait même que l'énergie produite par les entreprises indépendantes soit écoulee par le réseau de distribution et de transport d'EDF démontre que l'énergie produite par les producteurs indépendants est substituable à celle produite par EDF ;

Considérant que la circonstance que l'activité des producteurs autonomes soit encadrée par une réglementation portant sur les capacités de production, l'écoulement de l'énergie et les prix, ne suffit pas pour conclure à l'absence d'un marché au sens du droit de la concurrence ; que si l'obligation de vendre à EDF à des prix fixés par les pouvoirs publics a sans doute pour effet de rendre inexistante la possibilité pour les différents producteurs de se faire concurrence en pratiquant des prix différents vis-à-vis des utilisateurs, elle n'empêche pas les producteurs d'exercer une concurrence sur le plan technologique, contribuant ainsi à l'amélioration de la compétitivité des installations de production d'électricité qui devrait se répercuter dans les structures tarifaires et conduire à terme à une diminution des prix bénéfique pour les utilisateurs ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments qu'en l'espèce le marché de référence est celui de l'électricité sur lequel EDF et les producteurs autonomes se trouvent en situation d'offreurs et sur lequel EDF détient une position dominante ;

Sur les pratiques constatées :

Considérant qu'entre 1991 et 1993, EDF, qui détient une position dominante sur le marché de l'électricité a encouragé publiquement, dans des colloques organisés en janvier 1991 et mai 1993, le développement de la production autonome ; qu'à la suite de cet encouragement la Compagnie Générale de Chauffage et ses filiales ont construit vingt-quatre centrales de production de pointe au début de l'année 1993 et entrepris au début de l'année 1994 l'édification de cinquante centrales de cogénération ; que pour les mêmes raisons les producteurs indépendants à l'origine de la seconde saisine ont présenté globalement une dizaine de projets à la fin de l'année 1993 et au début de l'année 1994 ; qu'à partir de décembre 1993, EDF a mis en oeuvre les pratiques décrites au I C de la présente décision et qui sont reprises ci-dessous ;

Considérant qu'EDF fait valoir en premier lieu qu'un désaccord portant sur la durée des contrats avec les producteurs autonomes ne peut être considéré comme abusif puisque l'éventualité d'un différend est clairement prévu par les textes applicables qui incluent une procédure de règlement des litiges ; que rien ne permet de considérer qu'EDF aurait dû être liée par la durée des contrats qu'elle avait antérieurement conclus dans un contexte différent ; que les contrats dénommés « dispatchables » d'une durée de vingt ans présentent un caractère expérimental ; que les durées contractuelles généralement proposées par EDF entre décembre 1993 et octobre 1994 ont « été rétrospectivement validées » par la décision du ministre de l'industrie du 10 octobre 1994 ; que cette « validation rétrospective » fait obstacle à ce que soit qualifiés d'abus de position dominante les comportements d'EDF vis-à-vis des producteurs autonomes ;

Considérant qu'EDF allègue en second lieu que le paiement de la prime fixe est lié à la signature effective des contrats d'achat ; que, tant que le contrat n'est pas signé, EDF n'est pas assurée de pouvoir compter sur une puissance garantie alors que c'est cette garantie qui fonde le versement d'une prime fixe et la détermination de son montant ; que ce désaccord constitue le fondement du litige qui a été soumis à l'arbitrage du ministre de l'industrie ;

Considérant qu'EDF affirme en outre que les nouvelles conditions techniques de raccordement au réseau de distribution demandées aux producteurs autonomes étaient destinées à éviter les perturbations du signal tarifaire pour les autres utilisateurs du réseau ; que les difficultés techniques dues à la multiplication des demandes de raccordement ont nécessité la création d'un groupe de travail, appelé GS 21, regroupant le ministère de tutelle, les producteurs autonomes et EDF, dont les travaux ont abouti à l'élaboration des prescriptions techniques énoncées dans l'arrêté du 14 avril 1995 ; que la définition de la cogénération donnée par EDF et fondée sur une durée d'utilisation de l'équipement supérieure à 1500 heures présente un caractère objectif et justifié ; que ce critère de durée sera d'ailleurs pris en compte dans les nouvelles conditions de rémunération de l'électricité produite par la cogénération en instance d'être mises en place par le ministère de l'industrie ;

Considérant qu'EDF soutient, enfin, que les centres EDF GDF Services ont informé les producteurs autonomes de la levée probable de l'obligation d'achat et ont fixé des dates limites de dépôt des dossiers dans le souci de leur éviter « la remise en cause de l'intérêt financier de leurs investissements » par la modification d'une réglementation appelée à évoluer ; qu'ils ont agi conformément aux indications données par la direction générale de l'énergie et des matières premières ; que les échanges de courrier, qui sont interprétés comme des manoeuvres dilatoires de la part d'EDF, sont en réalité la preuve que des négociations ont été menées avec les producteurs autonomes ;

Mais considérant qu'une entreprise en position dominante est en droit de défendre ou de conquérir des parts de marché pourvu qu'elle reste dans les limites d'un comportement compétitif normal ;

Considérant, en premier lieu, que sur la question de la durée des contrats les notes diffusées par les directions centrales d'EDF entre juillet 1993 et juillet 1994 précisent que la durée normale des contrats d'achat pour la production pure sera de six ans et ne devra pas excéder neuf ans pour les projets de cogénération ; que, selon les centres locaux EDF GDF Services, des durées différentes, de six ou neuf ans pour la production pure et de neuf ou douze ans pour la cogénération, ont été fixées aux producteurs ; qu'à la suite de la diffusion par la direction générale d'EDF de la note du 25 janvier 1994 intitulée « Conduite à tenir à l'égard des projets de production autonome en pointe mobile », qui se termine par l'alinéa suivant « *En tout état de cause, il est rappelé que la durée normale des contrats à souscrire pour l'achat de l'énergie est de 6 ans, durée cohérente avec les temps de retour généralement escomptés par les producteurs, et ne doit pas excéder 9 ans* », le directeur du gaz, de l'électricité et du charbon a adressé un courrier à EDF le 4 février 1994 dans lequel il précise : « *Je vous signale que le dernier alinéa relatif à la durée des contrats est contraire aux dispositions figurant à l'article 17 des conditions générales du contrat pour l'achat d'énergie électrique par EDF au tarif pour fournitures partiellement garanties que vous m'avez soumis le 23 juillet 1993 et que j'ai approuvé le 27 juillet 1993. Cet article prévoit notamment que, à la demande du producteur, le contrat portera sur un nombre d'années suffisant pour permettre un amortissement industriel normal des installations de production, dans la limite*

de 15 années » ; que la notion de « validation rétrospective » est inopérante ; qu'en tout état de cause les pratiques d'EDF ont eu pour objet et pu avoir pour effet de dissuader les producteurs autonomes de construire des centrales de production de pointe, de remettre en question des projets en cours ou de différer la mise en fonctionnement d'installations existantes ;

Considérant, en second lieu, qu'EDF ne saurait justifier le non paiement de la prime fixe pour les onze centrales de production d'électricité de pointe qui sont entrées en fonctionnement pendant les hivers 1993/94 et 1994/95 par l'absence de signature des contrats d'achat, le non paiement ayant été utilisé comme un moyen de pression pour obtenir la signature de contrats de neuf ans et alors que le ministre de l'industrie et le secrétaire d'état chargé des finances avaient demandé à EDF, dans les conditions décrites au I C c de la présente décision, de payer l'intégralité du prix (prime fixe et prix de l'énergie) pour les installations déjà en fonctionnement ;

Considérant, en outre, que si EDF pouvait, à la suite de l'accroissement des demandes de raccordement, légitimement envisager de modifier les conditions de raccordement au réseau de distribution pour assurer la sécurité de ses installations, elle se devait de porter à la connaissance des producteurs autonomes des critères précis et constants dont les exigences ne devaient pas dépasser ce qui était nécessaire pour assurer la sécurité invoquée ; que, dans sa note susvisée du 4 février 1994, le directeur du gaz, de l'électricité et du charbon a précisé que les conditions techniques nécessaires exigées par EDF pour le raccordement « *doivent être connues des producteurs et leur permettre de commander le matériel nécessaire au raccordement dans un délai compatible avec une mise en service au 1er novembre 1994* » ; que les faits décrits au ICd de la présente décision montrent qu'avant l'entrée en vigueur de l'arrêté du 14 avril 1995 relatif aux conditions techniques de raccordement, EDF a introduit des exigences supplémentaires qui ont donné lieu à des différences de traitement entre les producteurs autonomes ; qu'en l'absence d'informations sur les nouveaux critères retenus, les producteurs autonomes étaient dans l'incapacité de s'assurer que ces critères étaient définis et appliqués de façon objective ; que les nouvelles conditions ont conduit à un renchérissement du coût initial des projets ainsi qu'à un retard de leur mise en oeuvre ; qu'en ce qui concerne la cogénération EDF a, antérieurement à l'arrêté du 23 janvier 1995 qui a défini les caractéristiques auxquelles doivent répondre désormais les installations utilisant des techniques de cogénération, imposé de nouvelles normes reposant sur des durées d'utilisation des installations dans certains cas supérieures à 1500 heures, dans d'autres cas supérieures à 4000 heures ; que certains projets ont été refusés parce qu'ils ne correspondaient pas à une « vraie cogénération » ; que ces nouveaux critères ont été définis unilatéralement et d'une façon imprécise par EDF et ont donné lieu à une application discriminatoire ; qu'ils ont ainsi contribué à restreindre la concurrence entre les producteurs d'électricité ; que le fait qu'un critère de durée d'utilisation des installations soit introduit dans les futures conditions de rémunération des producteurs autonomes en cours d'élaboration ne saurait justifier le comportement passé d'EDF, de tels critères n'étant pas prévus par la réglementation en vigueur au moment des faits et ayant été appliqués de façon discriminatoire ;

Considérant, enfin, que l'instruction a fait apparaître que, si dans un premier temps les centres locaux EDF GDF Services ont engagé des négociations techniques aboutissant à des compromis acceptables pour les producteurs, ils ont dans un second temps refusé ou différé les projets conformément aux instructions de leurs directions centrales en contestant l'intérêt financier des investissements nouveaux en raison de la levée probable de l'obligation d'achat ; que cet argument a été également invoqué pour les centrales de cogénération alors

que, par courrier du 4 janvier 1994 au président d'EDF, le ministre de l'industrie précisait que les productions à base d'énergies renouvelables et de cogénération continueraient à bénéficier de l'obligation d'achat ; que cet argument a été utilisé pour justifier les dates limites imposées par les centres locaux pour l'examen des projets ; que, si EDF a effectivement été encouragée à informer les producteurs des évolutions réglementaires envisagées pour la production de pointe par un courrier daté du 18 janvier 1994 émanant de la direction générale de l'énergie et des matières premières, la même direction a, par la note du 4 février 1994 susvisée, précisé qu'il n'y avait pas lieu de préjuger ni d'anticiper les solutions réglementaires à l'étude et a demandé à EDF de procéder, par tous moyens, aux rectifications nécessaires auprès des centres locaux et des producteurs afin de conclure les contrats sur les bases de la réglementation en vigueur ;

Considérant par ailleurs qu'EDF fait valoir que les pratiques relevées n'ont pu avoir d'effet sur le marché et qu'elles ont au contraire été bénéfiques pour la collectivité ; que, dans un contexte de surcapacité de production, le maintien de l'obligation d'achat conduit EDF à arrêter certaines de ses centrales et à acheter de l'électricité à des prix anormalement élevés alors que les besoins sont couverts par son propre parc ; qu'en dépit des demandes formulées dès le milieu de l'année 1993, la suspension de l'obligation d'achat n'est intervenue pour la production d'électricité de pointe qu'en janvier 1995 ; que malgré les demandes réitérées de baisse des tarifs les pouvoirs publics ont maintenu des tarifs excessivement rémunérateurs pour la production autonome ; qu'il en résulte un surcoût pour la collectivité de 700 millions de francs par an ;

Considérant que selon les déclarations faites en séance par le représentant de la direction du gaz, de l'électricité et du charbon, EDF n'a pas intégré au moment de l'établissement de ses programmes d'investissement pour la production de pointe les gains technologiques provenant des installations fonctionnant au diesel ; qu'ainsi, après avoir mis en fonctionnement une turbine à combustion en 1992, EDF avait programmé la même année la construction de nouvelles turbines ; que l'établissement public s'est trouvé en 1993 face à une production alternative indépendante qui a produit une énergie à des coûts moins élevés ; que ce constat correspond à celui qui a été effectué par les dirigeants d'EDF qui ont déclaré au cours d'une réunion en juin 1993: *« ...des circonstances particulières font que les tarifs d'EDF ne reflètent pas tout à fait la vérité des coûts telle qu'on la concevait naguère, c'est-à-dire à travers le développement de moyens de pointe programmés par l'entreprise EDF, à savoir les turbines à combustion. ...ces turbines à combustion ne semblent pas être aujourd'hui le moyen le plus compétitif pour faire de la pointe et notamment des solutions décentralisées à base de diesels, avec les avantages de réseau qui s'y attache, peuvent apparaître comme plus économiques... »* ;

Considérant que, selon les déclarations du représentant de la direction du gaz, de l'électricité et du charbon, la conjonction de l'amélioration de la disponibilité du parc nucléaire, du ralentissement de la croissance économique et du développement de la production autonome s'est effectivement traduite par l'apparition d'une surcapacité de production qu'EDF estime devoir se prolonger jusqu'en 2005 ; mais qu'en tout état de cause, le souci légitime d'EDF de réduire la surcapacité de production pour ajuster l'offre d'électricité à la demande ne saurait justifier des pratiques destinées à évincer du marché des producteurs, pour la seule raison qu'ils contribuent pour une part modeste à la production d'électricité alors qu'ils ont démontré qu'ils pouvaient produire l'électricité de pointe à des coûts moins élevés que ceux d'EDF ;

Considérant que le prix de l'électricité est régi par le décret n° 88-850 du 29 juillet 1988 qui précise à l'article 2 : « La tarification de l'électricité traduit les coûts de production et de mise à disposition de cette énergie aux usagers » et à l'article 3 : « L'évolution des tarifs traduit la variation du coût de revient de l'électricité qui est constitué des charges d'investissement et des charges d'exploitation du parc de production et du réseau de transport et de distribution ainsi que des charges de combustibles » ; que le décret donne au ministre chargé de l'économie la compétence pour fixer chaque année les prix de l'électricité ; que, selon les déclarations du représentant de la direction du gaz, de l'électricité et du charbon, les propositions de prix émanant d'EDF sont soumises au ministre de l'industrie et au ministre chargé de l'économie ; que les décisions tarifaires adoptées depuis 1994 ont été axées sur les aspects structurels du tarif ; que les propos des dirigeants d'EDF tenus au cours de la réunion de juin 1993 susvisée selon lesquels : *« Il est certain que la réadaptation tarifaire doit être fortement accélérée ; la cible à atteindre devra en particulier tenir compte du coût de ces groupes diesels qui s'avèrent moins chers que les TAC (turbines à combustion) pour fournir l'énergie de pointe. Par rapport à nos tarifs actuels, le prix de la pointe devrait baisser d'au moins un tiers, ce qui donne la mesure de la rentabilité des projets en cause »* montrent que les producteurs autonomes en produisant l'électricité de pointe dans des conditions économiques plus rentables ont contribué à conduire EDF à demander un réaménagement des tarifs d'achat et de vente de l'électricité de pointe qui pourrait se traduire à moyen terme par une diminution des prix bénéfique à l'utilisateur final ; qu'ainsi les agissements d'EDF pour empêcher le développement de la production d'électricité de pointe pouvaient avoir pour effet de favoriser le maintien de prix artificiellement élevés de l'énergie ;

Considérant qu'en ce qui concerne la cogénération, l'instruction a montré que cette technique de production génère pour les utilisateurs des économies d'énergie primaire ; qu'au début des années 1990 la cogénération, en raison des évolutions techniques, est devenue rentable ; que le rapport de synthèse du débat national sur l'énergie et l'environnement de 1994 précise : *« Le prix de l'électricité en France lié à son faible coût de production en base conduit à des temps de retour plus élevés pour les investissements de cogénération que dans d'autres pays. L'étude des coûts de référence de la production d'électricité menée en 1993 par le ministère de l'industrie montre en revanche que les coûts complets de production d'électricité sont compétitifs par rapport au nucléaire pour une grosse centrale de cogénération »* ; que le décret du 20 décembre 1994 a maintenu l'obligation d'achat pour les installations utilisant des techniques de cogénération ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en s'opposant à l'entrée sur le marché de l'électricité de producteurs disposant de techniques plus performantes, EDF a fait une exploitation abusive de sa position dominante prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1er décembre 1986: « Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la

sanction est, pour une entreprise, de 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou de directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée » ;

Considérant que pour apprécier la gravité des pratiques constatées, il y a lieu de tenir compte du fait que la loi du 8 avril 1946 a expressément prévu la participation de l'industrie privée à la production de l'électricité et que le décret du 20 mai 1955 a créé à l'égard d'EDF une obligation d'achat qui ne peut être levée que par arrêté ministériel ; que cette obligation n'a été levée qu'en janvier 1995 et maintenue par le décret du 20 décembre 1994 pour la cogénération ; qu'ainsi, par son comportement, EDF a réduit le degré de liberté possible dans le contexte juridique en vigueur au moment des faits ; que, toutefois, pour les onze centrales de production de pointe qui ont été mises en fonctionnement pendant les périodes d'hiver 1993/94 et 1994/95, avec pour seule rémunération la partie du prix correspondant au prix de l'énergie, EDF a payé les arriérés correspondant à la prime fixe en octobre 1995 ; que, pour apprécier le dommage à l'économie, il convient de tenir compte de la part modeste de la production autonome qui a représenté globalement en 1993 26,8 milliards de Kwh par rapport à la production totale d'EDF qui s'est élevée à 424 milliards de Kwh, et dont une faible fraction est produite par les entreprises saissantes ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par EDF en 1995 s'est élevé à 170 145 199 956 F ; qu'il y a lieu, au vu des éléments d'appréciation indiqués ci-dessus, de lui infliger une sanction pécuniaire de 30 000 000 F,

Décide :

Article 1er. - Il est établi qu'Electricité de France a enfreint les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Article 2. - Il est infligé à EDF une sanction pécuniaire de 30 millions de francs ;

Article 3. - Il est enjoint à EDF de publier à ses frais la présente décision dans son rapport annuel 1996 ;

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Marie-Hélène Mathonnière, par MM. Barbeau, président, Cortesse et Jenny, vice-présidents, M. Bon, Mme Boutard-Labarde, MM. Callu, Gicquel, Mme Hagelsteen, MM. Marleix, Robin, Rocca, Thiolon, Urbain, membres.

Le rapporteur général,
Marie Picard

Le président
Charles Barbeau