

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-D-51 du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées ans le secteur des applications thermiques de l'énergie

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 23 juin 1994 sous le numéro F 688, par laquelle la société Climespace a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par Électricité de France ;

Vu la lettre enregistrée le 19 juin 1995 sous le numéro F 770, par laquelle le secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé des finances, a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques commerciales mises en oeuvre par Électricité de France et certains centres EDF-GDF-Services sur le marché de la climatisation ;

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

Vu les observations présentées par les sociétés Climespace, EDF, GDF, et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Climespace, EDF et GDF entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

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

I. - Constatations

A. - Le secteur concerné

Les pratiques litigieuses ont été relevées à Paris à l'occasion de différentes opérations immobilières au stade de la fourniture des énergies destinées notamment aux applications thermiques concernant les bâtiments.

Le choix des énergies est le premier maillon de la chaîne d'opérations visant à répondre à la demande de chaleur destinée au chauffage et à la formation d'eau chaude sanitaire ou à la demande de froid destiné à la climatisation, et qui comprend, outre ce premier stade, la fabrication de matériel, l'installation des équipements, l'exploitation et la gestion-maintenance des chaufferies ou centrales de production

frigorifiques.

La demande d'énergie nécessaire aux applications thermiques émane de tous les secteurs d'activité et peut être le fait tant de collectivités publiques ou privées (administrations, entreprises) que de simples particuliers (secteur dit résidentiel). Elle se manifeste à l'occasion de la réalisation d'opérations immobilières collectives ou individuelles d'aménagement, de construction ou de rénovation.

1. La chaleur

Le chauffage a pour objet d'élever la température de l'air. Se rattache également à cette fonction la fourniture d'eau chaude sanitaire. Le chauffage des bâtiments est en général obtenu par l'installation d'un système de production de chaleur à l'intérieur même du bâtiment.

Une installation de chauffage peut être alimentée à l'électricité, par la combustion ou à l'aide d'une énergie récupérée. Ces combustibles ou énergies sont les suivants : charbon, fioul, électricité, gaz, ordures ménagères.

La nature des équipements nécessaires à la production ou à l'alimentation en chaleur varie en fonction de la nature de l'énergie utilisée. Ainsi, le Conseil avait-il constaté dans son avis n° 90-A-13 précité que : *"Lorsqu'une installation est conçue pour fonctionner à l'aide d'une énergie combustible, les différentes énergies combustibles sont relativement substituables entre elles mais ne peuvent en règle générale être substituées à l'électricité"*.

La demande de chaleur peut également être satisfaite par le raccordement à un réseau de chauffage urbain, lorsqu'il en existe un, lequel consiste à distribuer, au moyen d'un réseau de canalisations, de la vapeur ou de l'eau surchauffée (on parle alors d'énergie calorifique ou de "chaud") à tout ou partie d'une agglomération ; les centrales des réseaux de chaleur sont alimentées en fioul, en charbon, à partir de résidus urbains ou enfin au gaz.

2. Le froid

La climatisation a pour fonction principale d'abaisser la température de l'air. En fonction de la nature des locaux, elle peut aussi avoir pour objet d'agir sur le taux d'humidité de l'air (notamment pour les salles informatiques) ou sur sa pureté (hôpitaux). Ce rafraîchissement s'obtient en faisant circuler l'air sur une surface froide (appelée l'échangeur), surface constamment traversée par un fluide la maintenant à basse température. Ce fluide refroidissant est généralement de l'eau maintenue à faible température par extraction de la chaleur. Ce processus se réalise grâce à un équipement (machine frigorifique) alimenté en énergie électrique (système à compression) ou en énergie thermique (système à absorption). La chaleur issue de ce processus est ensuite évacuée ou bien réutilisée pour le chauffage.

La climatisation d'un bâtiment dans son ensemble (hors matériels implantés en façade des bâtiments ou matériels mobiles qui assurent le rafraîchissement pièce par pièce) repose généralement sur un système autonome de production d'énergie frigorifique à l'intérieur du bâtiment concerné. Une centrale de production, alimentée en énergie électrique ou thermique, produit l'énergie frigorifique distribuée ensuite

dans tout le bâtiment, à l'instar d'un système de chauffage assuré par une chaudière collective.

Mais une alternative à ce système de climatisation par production autonome consiste à se raccorder, lorsqu'il en existe, à un réseau urbain d'eau glacée produite par des unités centralisées, lequel alimente directement en énergie frigorifique (ou "froid") les installations de climatisation. Comparable à ce qui existe pour les réseaux de chauffage urbain, la climatisation urbaine consiste à distribuer, à partir d'une ou plusieurs sources de production, de l'eau glacée à tout ou partie d'une agglomération. L'installation comprend une ou plusieurs unités de production qui alimentent un réseau de canalisations empruntant la voie publique et aboutissant à des postes de livraison chez l'utilisateur.

Pour ses promoteurs, la climatisation par réseau présenterait, par rapport aux systèmes de production autonomes, outre des avantages "privatifs" en raison de la faible surface occupée par le poste de livraison par rapport à celle des locaux techniques nécessaires à l'implantation d'une centrale de production autonome, des avantages collectifs en terme de limitation de nuisances (moindre utilisation de liquides frigorigènes polluants, suppression des tours de refroidissement, réduction des nuisances acoustiques). En outre, les centrales de production utilisées par les réseaux seraient moins consommatrices d'électricité que les centrales autonomes du fait de leur taille et seraient surtout susceptibles d'utiliser une autre source d'énergie. Aux Etats-Unis et au Japon notamment, le gaz naturel serait une source d'énergie largement employée pour la production de froid, alors qu'en France, l'électricité est la source exclusive d'approvisionnement des centrales de production, qu'elles servent à l'alimentation d'un seul bâtiment ou d'un réseau.

Si l'on s'en tient aux aspects techniques, il apparaît que les systèmes de production autonomes de chaleur ou de froid ne sont pas, du point de vue des équipements nécessaires, substituables aux réseaux. Toutefois, si l'on se réfère au comportement du demandeur, système autonome de production et raccordement à un réseau sont deux moyens qui permettent à l'utilisateur, in fine, de satisfaire sa demande de fourniture de chaud ou de froid. En effet, au stade de la construction ou de la rénovation d'un bâtiment impliquant la mise en service pour la première fois ou la refonte totale d'une installation de chauffage ou de climatisation, le maître d'ouvrage, sous différentes réserves liées à la taille du bâtiment et à des contraintes qui lui imposeraient des options techniques particulières, peut avoir le choix entre un système de production autonome, lequel est susceptible de recourir à différentes énergies, ou le raccordement à un réseau lorsqu'il en existe.

3. Répartition de la consommation par source d'énergie

a) Pour la totalité des fonctions consommatrices d'énergie

Les statistiques disponibles font apparaître, au plan national, une progression continue du gaz et de l'électricité dans la consommation totale d'énergie. Dans le bilan énergétique provisoire de l'année 1994, l'observatoire de l'énergie indique : "Au total, sur une vingtaine d'années depuis le premier choc pétrolier, les évolutions sont très nettes : la part du charbon a été divisée par 2,5 : la part du pétrole est passée de 70 % à un peu plus de 40 % ; la part du gaz a presque doublé et la part de l'électricité primaire a progressé de 30 points, passant de 7 à 37 %. Au total, le pétrole représente 41,2 % de la consommation totale d'énergie, l'électricité 37,8 %, le gaz 13 %, le charbon, 6,2 %, les énergies renouvelables 1,8 %."

b) Pour la fonction de chauffage

En ce qui concerne les consommations correspondant aux usages "chauffage-eau chaude-cuisson", l'électricité représentait, en 1993, 42 % de la consommation dans le secteur résidentiel et 61 % dans le secteur tertiaire, (source CEREN : Centre d'études et de recherche économique sur l'énergie), le gaz, 19,5 % dans le secteur résidentiel et 18,5 % dans le secteur tertiaire, le fioul, 15,2 % dans le secteur résidentiel et 15,7 % dans le secteur tertiaire, le chauffage urbain 3,6 % dans le secteur résidentiel, sa part n'étant pas identifiée dans le secteur tertiaire et étant incluse dans les 5,2 % consommés dans ce secteur en dehors de l'électricité, du gaz et du fioul. Il existait, en 1993, 373 réseaux de chaleur, d'une longueur totale de 2 812 km, desservant 14 506 abonnés.

c) Pour la fonction de climatisation

La source d'énergie assurant le fonctionnement des centrales de production de froid, qu'elles soient destinées à "servir" un seul bâtiment ou à alimenter un réseau, est l'électricité. Ces centrales peuvent utiliser une autre énergie que l'électricité, mais, au moment des faits, ce cas de figure était tout à fait marginal en France.

Les réseaux urbains de climatisation sont moins développés que les réseaux de chaleur. Les six plus importants en France sont situés à Paris, la Défense, Courbevoie, Lyon, Montpellier et Monaco pour un total de 62,7 km et une puissance maximale installée de 293,6 MW fin 1995 (données fournies par le Syndicat national du chauffage urbain et de la climatisation urbaine).

Le CEREN indique, pour sa part, que la climatisation et la production du froid sont "infimes dans le secteur résidentiel". A l'époque des faits, aucune information statistique concernant cet usage dans le secteur résidentiel n'était recueillie par l'INSEE. Dans le secteur tertiaire, le CEREN évalue à 72 million d m2 le volume des surfaces climatisées en 1991, sur un total de 660 millions de m2 chauffés, soit un taux de pénétration moyen de 11 % des surfaces chauffées. La société Climespace fournit, dans son guide de la distribution urbaine de climatisation, des chiffres différents, puisqu'elle estime à 30 millions de m2 le parc de locaux tertiaires climatisés. Les chiffres indiqués par cette société pour Paris sont de 1,5 million de m2 de bureaux climatisés sur 16 millions, soit un taux de pénétration de 9,37 %. En toute hypothèse, les perspectives de développement sont importantes, si on s'en tient à une comparaison européenne au terme de laquelle le taux de pénétration de la climatisation en France ne représenterait que 60 % de celui de l'Allemagne, 50 % de celui de l'Italie et 35 % de celui de l'Angleterre.

4. Les principaux opérateurs en matière de fourniture de chaud et de froid

a) Électricité de France

En application de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, le monopole de la production (sous réserve de dérogations prévues, en application de l'article 8 de la loi précitée, en faveur de petits producteurs autonomes ou d'installations destinées à une auto-consommation dans les conditions prévues par un décret n° 55-662 du 20 mai 1955 modifié), du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation d'électricité a été confié à l'établissement public national à caractère industriel et commercial Electricité de France, service national, (ci-après dénommé EDF). EDF est offreur d'électricité tant pour la fourniture du froid que pour la fourniture du chaud.

b) Gaz de France

En application de la loi n° 46-628 du 8 avril 1964, le monopole de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation de gaz combustible a été confié à l'établissement public national à caractère industriel et commercial Gaz de France, service national, ci-après dénommé GDF. Au moment des faits, GDF n'était présent que pour la fourniture de chaleur.

c) Les opérateurs de réseaux

Créée en août 1990, la société Climespace est une société anonyme au capital de 24 977 300 F qui avait, au moment des faits, pour actionnaires Ufiner-Cofreth (groupe Lyonnaise des Eaux-Dumez) à 55 %, la Compagnie parisienne de chauffage urbain (filiale d'Ufiner-Cofreth) à 40 % et SDS (Synergie développement et services), filiale d'EDF, à 5 %. Concessionnaire de la ville de Paris depuis le 19 novembre 1990, la société Climespace détient l'exclusivité de la production, du transport et de la distribution d'énergie frigorifique par réseau d'eau glacée pour trente ans, dans un périmètre comprenant les 1^{er}, II^{ème}, IV^{ème}, V^{ème}, VI^{ème} et VII^{ème} arrondissements et une partie des III^{ème}, VIII^{ème}, XII^{ème}, XIII^{ème}, XV^{ème}, XVI^{ème} et XVII^{ème} arrondissements.

La Compagnie parisienne de chauffage urbain est le concessionnaire de la ville de Paris pour la distribution d'énergie calorifique par réseau sur le territoire de cette commune. Ses actionnaires sont la Lyonnaise des eaux (64 %) et la ville de Paris (33 %).

Pour la fourniture d'énergie destinée à la production de chaleur sont également offreurs les fournisseurs de fioul, de combustibles minéraux (charbon, bois) et de résidus urbains susceptibles d'alimenter des chaufferies, y compris celles des gestionnaires de réseaux de chaleur pour alimenter leurs propres chaufferies. Ces opérateurs ne sont pas présents pour l'offre de froid.

B. - Les pratiques relevées

Elles concernent quatre opérations immobilières réalisées à Paris :

- la construction de la Bibliothèque nationale de France (ci-après BNF),
- l'aménagement de la zone du nouveau Bercy,
- la réalisation d'un immeuble de bureau, 29, rue de Berri,
- la réalisation d'un immeuble, 11, rue du Cirque,

au stade du choix des énergies destinées notamment aux applications thermiques intéressant les bâtiments concernés.

1. Les pratiques relevées à l'occasion de la construction de la Bibliothèque nationale de France (BNF)

Dans le cadre de la construction de l'immeuble destiné à la BNF, une consultation pour la fourniture des

énergies a été engagée en mai 1990 par l'établissement public chargé des travaux de construction et d'aménagement des bâtiments.

Les besoins énergétiques définis dans le cahier des charges (annexe III, cotes 135 à 158) concernent à la fois les besoins thermiques nécessaires au chauffage et à la climatisation des locaux et les besoins électriques qui représentent les *"puissances électriques appelées heure par heure pour l'éclairage, les prises de courant, les besoins découlant du " process " propre au fonctionnement de la Bibliothèque de France, les équipements de manutention verticale (ascenseurs, monte-charge et escaliers mécaniques), les divers équipements techniques ... également les puissances appelées par l'ensemble des auxiliaires thermiques (c'est-à-dire tous les équipements de type ventilateurs, pompes et autres auxiliaires nécessaires à la distribution de la climatisation dans les locaux)"*.

a) *Le choix énergétique de la BNF*

Les propositions initiales

Parmi les propositions soumises au maître d'ouvrage, celle proposée par la CPCU et par la COFRETH, d'une part, et celle provenant d'EDF, d'autre part, ont fait l'objet d'une étude particulière.

L'offre d'EDF, en date du 28 juin 1990, concerne la fourniture d'électricité pour ses différentes applications. Elle comporte d'abord une évaluation des coûts de raccordement électrique de la BNF en fonction des hypothèses d'utilisation de l'électricité (couverture partielle ou totale des besoins énergétiques et électriques de la BNF). Elle détermine ensuite les besoins en volume et le coût de l'électricité pour la production de chaud et de froid, lesquels sont calculés en fonction de la nature de l'énergie retenue pour cette production, étant entendu qu'il subsiste des besoins de fourniture en électricité, même si le froid et le chaud sont fournis par raccordement à un réseau. Enfin, elle comprend des propositions techniques assorties d'offres commerciales.

Les offres commerciales d'EDF dépendent de l'énergie retenue pour répondre aux besoins thermiques de la BNF et sont modulables selon le degré de couverture de ces besoins par l'électricité. Elles consistent à faire varier la participation financière de la BNF aux frais de raccordement électrique en fonction du taux de couverture des besoins de la BNF par l'électricité ou par l'électricité et le gaz. Une offre spécifique est présentée en cas de recours exclusif à l'électricité.

En ce qui concerne les frais de raccordement, un abattement exceptionnel (souligné dans le document) d'un montant *" très significatif "* sur le coût d'une seconde alimentation (alimentation de secours, souhaitée par la BNF, et à la charge de cette dernière à la différence du raccordement de base, lequel est assuré dans le cadre des obligations de raccordement incombant à EDF), est proposé à la BNF dans l'hypothèse du choix de l'une des deux solutions tout-électrique ou gaz + électricité, cette aide étant rendue possible, selon les termes de la proposition d'EDF, par une meilleure rentabilisation de son réseau. Lors de son audition en date du 18 janvier 1996, au cours de l'instruction, M Charbault, directeur du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche, a déclaré : *" En ce qui concerne la solution mixte associant GDF et EDF qui a été proposée (...), il est exact que nos propositions d'aides financières étaient bien les mêmes qu'en cas d'une solution tout-électrique. C'est l'effet de la structure commune EDF-GDF "*.

Dans l'hypothèse du recours exclusif à l'électricité, des propositions commerciales spécifiques sont présentées par EDF, consistant, d'une part, dans l'offre d'un service dit "complet" avec participation financière et, d'autre part, en une garantie des prix de l'électricité.

Le service complet a pour objet de décharger le maître de l'ouvrage du financement, de la réalisation et de la maintenance des équipements de production de chaud et de froid, toutes opérations confiées à une filiale à 100 % d'EDF, la Gérance générale foncière (GGF). Dans le cadre de ce service complet, EDF alloue une subvention de 6000 KF au titre des aides au développement des applications de l'électricité (pompes à chaleur), ainsi qu'une bonification des emprunts devant être souscrits par la BNF pour la construction d'une centrale de production frigorifique.

La garantie de prix consiste à assurer à la BNF une baisse en francs constants de 1 % par an du prix de l'électricité de 1995 à l'an 2000 et une stabilité des prix en francs constants de l'an 2000 à 2005.

Les différentes propositions ont fait l'objet d'une première analyse par le maître d'oeuvre, en date du 22 février 1991 (annexe III, cotes 209 à 232). Les solutions étudiées, après qu'a été écartée la solution GDF-Paritherm, notamment en raison de contraintes techniques, sont les suivantes :

- la première consiste à retenir EDF pour l'alimentation électrique et la production de froid et la CPCU pour la fourniture de chaleur ;
- la deuxième fait le choix du *"tout réseau"* pour la fourniture du froid comme du chaud (Climespace et CPCU) ;
- la troisième est une solution mixte retenant, d'une part, Climespace et EDF pour la production de froid (à hauteur d'une puissance de 4MW raccordée sur le réseau Climespace sur un total de puissance souscrite de 20MW) et, d'autre part, la CPCU pour le chauffage urbain.

Au terme de cette analyse comparative, le maître d'oeuvre a préconisé l'adoption du système proposé par EDF et par la CPCU, qui est le moins cher (130 754 KF cumulés sur quinze ans) en ces termes : *"La fiabilité de la fourniture EDF dans sa configuration actuelle impose le choix de la solution n°1 en termes technico-économiques"*.

La solution mixte EDF-CPCU-Climespace représentait un coût de 150 340 KF, soit un surcoût de 14 % par rapport à la solution EDF-CPCU.

La solution de raccordement aux réseaux Climespace et CPCU pour l'intégralité de la fourniture de froid et de chaud s'élevait à 253 222 KF.

Les propositions ultérieures

Le 13 mars 1991, le centre EDF-GDF-Services Paris Rive-Gauche adresse à la BNF de nouvelles propositions, dont les principaux éléments sont les suivants :

- la part supportée par la BNF pour la réalisation d'une seconde alimentation électrique est fixée à

4000 KF, soit une "remise" de 165,50 KF, sur un coût évalué à 4165,50KF pour une puissance souscrite de 15000 KW ;

- les redevances annuelles d'exploitation, d'entretien et de renouvellement afférentes au raccordement supplémentaire, qui représentent un montant annuel de 472 KF, sont prises en charge à hauteur de 100 % par EDF-GDF-Services Paris-Rive-Gauche.

EDF renouvelle son offre de *"service complet"* et maintient une solution alternative, en proposant de transformer les aides financières à l'investissement *"en une subvention d'exploitation d'un montant total hors taxes de 9000KF"* (contre 6000 KF lors de la proposition antérieure) *qui sera répartie sur dix ans et versée chaque année à partir de la mise en service*". Il est cette fois précisé que *"cette subvention d'exploitation sera liée à un engagement" de la part de la BNF "d'assurer a minima les besoins thermiques et frigorifiques à raison de 95 % par l'électricité"*. La proposition de garantie de prix est maintenue, toujours dans l'hypothèse du choix de l'électricité pour les usages concurrentiels (chauffage et climatisation).

Les discussions entre la BNF, EDF, qui fait à l'établissement public le 11 décembre 1991 une dernière offre remplaçant celle du 13 mars 1991, et la société Climespace se sont poursuivies, entraînant une nouvelle étude comparative des différentes propositions, effectuée par le maître d'oeuvre le 29 novembre 1991.

La dernière proposition d'EDF comprend, en plus des conditions offertes en mars 1991, l'échelonnement, sur cinq ans, du paiement des ouvrages d'alimentation, sur le coût desquels la remise totale accordée par EDF s'élève à 1 165,50 KF, soit 28 % du coût de raccordement initial. La proposition du versement échelonné d'une subvention d'exploitation est remplacée par l'offre d'une aide exceptionnelle à l'investissement d'un montant de 9 000 KF. Enfin, la durée de la garantie des prix de l'électricité est en outre prolongée, ce qui représente sur vingt ans une économie de 3 513 KF par rapport aux prévisions de la BNF. La subordination de ces avantages à l'exclusivité de la fourniture du froid et du chaud par l'électricité est à nouveau mentionnée dans cette lettre, dans les mêmes termes que dans la lettre du 13 mars 1991.

A l'issue de la comparaison effectuée le 29 novembre 1991, qui fait apparaître l'existence de la seule subvention par EDF de 9 000 KF, sans mention des autres avantages figurant dans la dernière proposition EDF (constitués par la remise sur le coût de raccordement de l'alimentation de secours et la prise en charge des redevances d'exploitation), la solution proposée par Climespace, dont le coût cumulé sur vingt-cinq ans est évalué à 294 763 KF, présente un surcoût total de 78 593 KF, soit 36 % de la solution EDF, laquelle représente un montant de 216 170 KF. Ce surcoût s'élève encore à 69 593 KF, soit 31 % de la solution EDF, si l'on déduit la subvention accordée par EDF, ainsi que la prise en charge des redevances d'exploitation.

Ces chiffres sont critiqués par Climespace aux termes des déclarations de M. Augustin, son président-directeur général, et de M. Roger, son directeur général, consignées dans le procès-verbal d'audition du 14 février 1995, selon lesquelles : *"Climespace a fourni ce tableau à l'appui de sa saisine comme élément de preuve des pratiques d'EDF mais en conteste sur le fond les évaluations de coût qui ne reflètent pas la réalité économique"*. Il ressort des pièces du dossier que la société Climespace avait déjà formulé une contestation sur ces évaluations en février 1993, estimant que le coût de ses propositions était surévalué.

Un autre document, daté du 12 décembre 1991 et établi par le directeur technique de la BNF (annexe III, cotes 303 à 316), reprend d'ailleurs cette évaluation comparative à partir des dernières propositions tant

d'EDF que de Climespace. Pour une puissance de 20 MW, le coût total de l'opération pour vingt-cinq ans s'élève, en ce qui concerne la production autonome, à 221 470KF, et, en ce qui concerne la production mixte EDF-Climespace, à 267 580 KF. Il en résulte toujours un surcoût de la solution Climespace d'un montant de 46 110KF pour vingt-cinq ans d'exploitation, soit en pourcentage de la solution EDF, 21 %, sachant qu'est incluse dans l'examen des propositions EDF une aide de 10 000 KF. En réintégrant cette somme dans le coût de la solution EDF, la solution Climespace reste plus chère (à hauteur de 16 %) que la solution EDF. Toutefois, cette comparaison ne prend pas en compte la prise en charge par EDF de la maintenance de l'alimentation de secours, dont l'existence apparaît dans des documents ultérieurs.

Au total, le résultat de ces négociations fait apparaître que, entre la première et la dernière proposition d'EDF, l'aide accordée passe, en ce qui concerne la réduction sur l'alimentation de secours, de 165 KF à 1 165 KF, et la subvention de 6 000 KF à 9 000 KF, soit une progression totale de 4 000 KF représentant 65 % de l'aide initiale proposée.

Le 18 décembre 1991, la BNF informe Climespace du choix d'"une production thermo-frigorifique locale basée sur l'énergie électrique et sur un appoint du réseau de chaleur de la CPCU", excluant le recours au réseau de froid.

b) Les propositions de reprise par Climespace de la centrale de production autonome de la BNF

Non retenue pour le dispositif de fourniture de l'énergie à la BNF destinée à la climatisation, la société Climespace entame de nouvelles discussions avec cet établissement public, lui proposant de reprendre sa centrale de production frigorifique, aux fins d'utiliser sa capacité de production excédentaire pendant les premières années d'exploitation des bâtiments de la BNF. L'objectif poursuivi par la société Climespace, qu'elle ne dissimule pas, est d'alimenter son propre réseau, dans le secteur Paris-Seine Rive-Gauche, sans réaliser immédiatement les travaux nécessaires au raccordement de cette zone géographique à la centrale de production qu'elle exploite, quai de la Rapée, travaux comportant notamment la mise en oeuvre d'une traversée sous-fluviale.

La BNF accepte d'analyser cette proposition comprenant trois hypothèses, déclinées, en outre, en fonction de différents volumes de puissance :

- rachat et exploitation par Climespace de la centrale de production frigorifique de la BNF, et vente à celle-ci de l'énergie frigorifique nécessaire à son fonctionnement ;
- location et exploitation par Climespace de la centrale, et vente à la BNF de l'énergie nécessaire à son exploitation ;
- vente par la BNF à Climespace de toute l'énergie frigorifique excédentaire produite par sa centrale.

Une expertise de ces propositions est réalisée par la société SERTIC qui rend deux rapports successifs, à deux mois d'intervalle. Il résulte de la comparaison des coûts d'exploitation des différentes propositions de Climespace, tels qu'analysés par les deux rapports SERTIC, avec ceux résultant d'une production autonome dédiée à la seule alimentation de la BNF, que l'auteur du premier rapport n'avait pas intégré le fait que le recours à l'une des solutions proposées par Climespace entraînait la suppression de tous les avantages consentis par EDF dans l'hypothèse de la construction d'une centrale de production autonome.

Prenant en compte cette situation, le second rapport du 24 juillet 1993 conclut à l'absence d'intérêt financier présenté par les propositions de la société Climespace en ces termes :

"A la lecture des chiffres des tableaux récapitulatifs concernant les coûts d'exploitation du bâtiment BDF, il est à noter que, compte tenu des nombreux avantages offerts par la société EDF (subventions et prise en charge d'une certaine partie de la maintenance, correspondant à une somme d'environ 22 000 KF pour 25 années d'exploitation), aucune des propositions faites aujourd'hui par la société Climespace ne présente un quelconque intérêt financier pour la Bibliothèque de France".

La rentabilité de la solution de location de la centrale à partir de la quinzième année est annulée, notamment par l'effet de l'introduction, dans la comparaison, de la prise en charge, par EDF, du coût de la maintenance.

Il résulte des pièces du dossier que le surcoût des propositions Climespace est compris entre 3,37 et 42,77 % du coût de la solution initialement retenue par la BNF, en fonction des différentes modalités de reprise par Climespace de la centrale de production, le surcoût le plus élevé étant celui qui résulte de la proposition de Climespace de racheter et d'exploiter la centrale de la BNF.

En effet, dans cette hypothèse, la subvention de 9 000 KF, la prise en charge de la maintenance à hauteur de 12 796 KF, la participation aux frais de raccordement pour l'alimentation de secours à hauteur de 1 165 KF (soit au total 22 961 KF) ne sont plus accordées à la BNF. En outre, celle-ci supporterait des coûts d'abonnement et des tarifs de consommation différents.

L'examen du rapport ne permet toutefois pas de chiffrer avec exactitude la part du surcoût des propositions de Climespace représentée par la suppression des aides d'EDF et de l'application par cette entreprise de tarifications différentes en fonction des puissances souscrites. En effet, la comparaison des coûts ne semble pas être effectuée "toutes choses égales par ailleurs", et elle paraît intégrer des surcoûts imputables à des travaux spécifiques que la reprise par Climespace de la centrale de production ou sa location auraient rendu nécessaires. A titre d'exemple, on relèvera que le coût initial de la construction de la centrale est évalué dans un cas à 43 594 KF et dans un autre, pour une même puissance de 20 MW, à 47 844 KF.

Malgré ces incertitudes, la comparaison entre la solution initiale de production autonome dédiée à la seule alimentation de la BNF et les différentes propositions de Climespace établit l'absence d'intérêt financier de ces dernières pour la BNF, du fait de la modification du volume des aides accordées par EDF en fonction des différents scénarios.

Il résulte par ailleurs de l'instruction que de nouvelles conditions financières auraient accompagné l'exploitation, par Climespace, de la centrale de production frigorifique de la BNF, si celle-ci avait été admise. En effet, aux termes des pièces du dossier, les avantages consentis par EDF à la BNF dans l'hypothèse du choix de la production autonome étaient subordonnés à l'exploitation de cette centrale par la BNF, et pour sa seule consommation. De même, la nature du tarif appliqué était conditionnée par la puissance souscrite. Ainsi, la construction d'une centrale de production autonome entraînait nécessairement la souscription d'une puissance supérieure à 10MW garantissant les tarifs les plus bas. Il résulte des déclarations du directeur du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche au cours de l'instruction que les projets de

conventions élaborés avec la BNF, tels que figurant dans les différentes propositions d'EDF, auraient dû être renégociés en cas de reprise par Climespace de l'exploitation de la centrale de production de la BNF, si cette exploitation était allée au-delà de la simple satisfaction des besoins frigorifiques de la BNF, pour servir également à l'alimentation du réseau Climespace (annexe III, cotes 205 à 208).

Le 22 septembre 1993, la BNF a informé Climespace du rejet de ses propositions concernant l'exploitation de la centrale frigorifique (annexe III, cote 384).

c) Les conventions conclues entre EDF et la BNF

Le 7 décembre 1993, la BNF et EDF ont signé trois conventions régissant leurs relations et portant respectivement sur l'alimentation électrique de la BNF (annexe III, cotes 385 à 387), sur une garantie d'évolution de prix de l'électricité (annexe III, cotes 388 à 392) et sur l'attribution, sous conditions suspensives, d'une participation non remboursable (annexe III, cotes 393 à 399).

Au total, aux termes de ces trois conventions, rapprochées des évaluations effectuées par les rapports SERTIC précités, EDF consent d'une part à la BNF une aide représentant une somme de 22,145 millions de francs, dont 9 millions d'aide à l'investissement, 1,345 million de francs de rabais sur le raccordement, représentant in fine 32 % du coût initial de celui-ci, et 11,8 millions de francs représentant le coût de la maintenance prise en charge par EDF pendant vingt-cinq ans, et lui garantit, d'autre part, une stabilité de longue durée du prix de l'électricité, ces avantages étant subordonnés, en premier lieu, à l'utilisation de l'énergie électrique pour une couverture d'au moins 92 % des besoins de climatisation et de chauffage du bâtiment et, en second lieu, à la conservation des équipements frigorifiques pendant au moins vingt ans. Un contrôle des engagements de consommation d'énergie frigorifique et thermique est prévu et entraîne, en cas de défaillance, la perception par EDF d'une pénalité d'un montant équivalent au coût de l'énergie électrique qui aurait dû être fournie par EDF. En outre, le non-respect de la durée de conservation des équipements frigorifiques (vingt ans) entraîne le remboursement, par la BNF, de la totalité des sommes perçues. Sur la base des chiffres retenus dans le rapport SERTIC du 24 juillet 1993, ces sommes représentent respectivement 32 % du coût du raccordement de secours, 20 % de l'investissement résultant de la construction d'une centrale de production autonome et 14 % des frais de maintenance et de renouvellement des matériels sur vingt-cinq ans d'exploitation.

EDF se prévaut d'une erreur qui affecterait le rapport SERTIC et fixe à 13 millions de francs le montant total des aides accordées dans cette opération.

2. Les pratiques relevées à l'occasion de l'aménagement de la zone du nouveau Bercy

L'aménageur de cette zone, laquelle est située dans le périmètre de la concession de Climespace et de la CPCU, la société Zeus, a signé le 12 février 1991 avec le directeur du centre EDF-GDF.-Services Aurore, une convention relative aux *"conditions d'installation et d'utilisation du gaz naturel et de l'électricité pour assurer les usages thermiques (chauffage des locaux, climatisation, production d'eau chaude sanitaire) et pour la cuisine, à l'exclusion de toute autre énergie pour tous les bâtiments de la zone du Nouveau Bercy"* (annexe III, cotes 423 à 428), soit une superficie d'environ 301 832 m², *"ainsi que les aides financières accordées à la société Zeus par EDF-GDF-Services Paris Aurore et leurs conditions d'octroi"*.

Le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore prend en charge le raccordement des bâtiments au réseau de gaz, ce qui représente une aide d'un montant de 50 000 F. La convention prévoit dans son article 3 *"une garantie de prix par rapport à la vapeur, sur une durée de dix ans à compter de la date de signature du premier contrat de fourniture de gaz"*, ainsi, dans son article 4, qu'une garantie de *"temps de retour" de quatre ans et six mois par rapport à la vapeur "pour les bâtiments où le choix énergétique se portera sur le gaz"*, ce qui consiste à assurer que le recours au gaz par l'utilisateur sera toujours, pendant la durée de la garantie, d'un coût inférieur à la vapeur. Enfin, il octroie une aide financière, sous la forme d'un prêt bonifié de 15 000 000 de francs, à la société Zeus.

En contrepartie de ces aides, en vertu de l'article 9 de la convention, *"la société Zeus s'engage à utiliser le gaz et l'électricité à l'exclusion de toute autre énergie sur la zone du nouveau Bercy pendant une durée de dix ans à compter de la date de signature du premier contrat de fourniture et à rembourser, en cas de défaillance sur un seul des bâtiments, l'ensemble des sommes versées"*, lesquelles représentent le coût de la bonification du prêt et le coût du réseau gaz, le remboursement étant en outre affecté d'une pénalité consistant dans l'application, aux sommes énoncées ci-dessus, d'un coefficient prenant en compte le volume d'énergie concurrente consommé.

Au total, sur cette opération, le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore a accordé une aide de 3 800 KF.

M. Tête, directeur du centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore a précisé le contexte dans lequel a été consentie l'aide commerciale à la société Zeus : *" Dans le cas d'espèce : l'aide commerciale est consentie par GDF sur la base d'une analyse des solutions concurrentielles permettant de répondre aux besoins de chauffage mais l'offre se situe dans le cadre de la satisfaction des besoins globaux des bâtiments de la zone considérée en matière énergétique. C'est pour cela que l'exclusivité de fourniture imposée à la société Zeus porte non seulement sur le gaz mais également sur l'électricité "* (annexe III cote 429 à 431).

3. Les pratiques relevées à l'occasion de l'opération "Washington Plaza"

Elle concerne la construction, entre 1990 et 1991, d'un immeuble de bureau dans le VIIIème arrondissement de Paris au 29, rue de Berri, (rue située dans le périmètre de la concession de Climespace et de la CPCU), par le promoteur Kaufman et Broad, pour lequel celui-ci avait initialement prévu d'assurer le chauffage par raccordement au réseau urbain de la CPCU.

Le directeur des travaux de la société Kaufman and Broad a déclaré : *" sur cette opération de prestige, EDF voulait faire un immeuble " tout-électrique ", ce qui nous a conduit à faire des travaux supplémentaires (...) qui n'auraient pas été nécessaires avec CPCU mais nous avons eu, en contrepartie, une subvention d'EDF et la possibilité de faire du télécomptage "* (annexe III cote 432 à 435).

A l'occasion de cette opération, EDF a consenti à la SNC Washington Berri, selon une convention en date du 13 août 1991 (annexe III, cotes 511 à 514), une participation financière, d'un montant de 3 000 000 de francs, en contrepartie de laquelle le client *"s'engage à la mise en service et à l'utilisation pour une durée minimale de six ans d'un équipement électrique consistant en pompes à chaleur individuelles eau/air et en*

ballons de stockage d'eau chaude produite à partir de résistances électriques, cet équipement d'une puissance de 3100kW devant assurer le chauffage et le rafraîchissement individualisé de chaque bureau de l'ensemble immobilier constitué de cinq bâtiments pour une surface totale de 46000 m²", engagement contrôlé et soumis à des sanctions consistant dans le remboursement de la participation versée majorée d'une pénalité, égale au taux de base bancaire en vigueur augmenté de trois points, en cas de non-respect de ses engagements par le client. L'aide accordée par EDF couvre, en l'espèce, 60 % du coût des travaux complémentaires rendus nécessaires par le choix du tout-électrique au lieu du raccordement au réseau CPCU.

En outre, EDF a mis en place une installation de télécomptage au profit de l'opération immobilière en cause, cette prestation apparaissant, selon les pièces du dossier (annexe III, cotes 436 à 439), liée à l'utilisation exclusive de l'électricité. Une lettre du chef du service des relations commerciales du centre EDF-GDF-Services Paris Tour-Eiffel, concerné par cette opération, indique en effet " *cette participation commerciale* ", ainsi que la mise en place d'installations de télécomptage, représentent notre contribution à la réalisation de cet ensemble immobilier pour lequel, vous avez, en contrepartie, retenu l'électricité comme seule source d'énergie pour les usages thermiques (chaud et froid) ".

4. Les pratiques relevées à l'occasion de l'opération de la rue du Cirque

La pratique consistant à subordonner la mise en place d'une installation de télécomptage à l'utilisation de l'électricité pour l'ensemble des besoins thermiques d'un bâtiment a également été mise en oeuvre par le centre EDF-GDF-Services Paris-Tour-Eiffel, à l'occasion d'une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris VIIIème, ainsi qu'il résulte d'un fax en date du 12 mars 1991 du centre EDF-GDF-Services Paris-Tour-Eiffel dont les termes sont les suivants : " *nous avons appris (...) que vous aviez l'intention de retenir l'électricité pour le chauffage et le froid et la vapeur pour l'appoint ; si la solution tout-électrique était retenue nous pourrions vous proposer la location de la baie pour la mise en place de l'installation de télécomptage que vous désirez. a ce jour ; si vous ne donniez pas suite à notre proposition, nous réaliserions l'alimentation de l'immeuble conformément aux clauses du cahier des charges de distribution publique en vigueur à Paris, sans télécomptage* " (annexe III ; cotes 440 à 441).

5. Les griefs notifiés

Les six griefs suivants ont été notifiés à EDF :

- d'avoir, dans le cadre de l'aménagement de la Bibliothèque nationale de France, octroyé des aides diverses (remise sur les frais de raccordement, subvention à la mise en oeuvre d'équipements frigorifiques, prise en charge des frais de maintenance et de renouvellement des matériels, engagement de stabilité tarifaire), destinées à la construction d'une centrale de production frigorifique, d'un montant supérieur à 22 millions de francs, pratique prohibée par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°1) ;
- d'avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité, à l'engagement, par le client (Etablissement public de la Bibliothèque de France), de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins vingt ans, et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l'article 86

du traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°2) ;

- d'avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné le maintien d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité, à l'exploitation des équipements subventionnés par le seul maître d'ouvrage, ceux-ci devant par ailleurs être réservés à son approvisionnement exclusif, pratique prohibée par l'article 86 du traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°3) ;
- d'avoir, dans le cadre des propositions faites à la Bibliothèque nationale de France, accompagné la proposition des services de sa filiale GFF d'une subvention à ceux-ci d'un montant d'au moins 6 000 KF, d'une aide consistant en une bonification des emprunts susceptibles d'être contractés par la BNF et d'une garantie des prix de l'électricité, pour la construction d'une centrale de production frigorifique, pratique prohibée par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°4) ;
- d'avoir, dans le cadre d'une opération immobilière réalisée à Paris par le promoteur Kaufman and Broad et dénommée Washington Plaza, subordonné l'octroi d'aides financières à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et la mise en place d'installations de télécomptage à l'engagement par le client final de s'approvisionner exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins six ans et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l'article 86 du traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°5) ;
- d'avoir, dans le cadre d'une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris dans le VIII^{ème} arrondissement, subordonné l'octroi d'une prestation spécifique à l'engagement, pour le client final, de s'approvisionner exclusivement en électricité pour répondre à ses besoins thermiques, pratique prohibée par l'article 86 du traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°6).

Un grief a été notifié à GDF :

- celui d'avoir, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, accordé à la société Zeus une garantie du prix du gaz, indexée sur le prix de la vapeur, pratique prohibée par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°7) ;

Trois griefs ont été notifiés conjointement à EDF et GDF :

- d'avoir, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, subordonné l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et/ou de gaz à l'engagement, par le client final, de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF ou GDF pendant une durée d'au moins dix ans et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l'article 86 du traité de Rome et l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°8) ;
- d'avoir mis en œuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d'approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d'électricité et de gaz, mise en œuvre dans les propositions du centre EDF-DGF Paris-Rive-Gauche à la Bibliothèque nationale de France, en accordant une aide financière à la solution " couplée " Gaz-Electricité, pratique prohibée par l'article 85 du traité de Rome et l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°9) ;

- d'avoir mis en œuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d'approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d'électricité et de gaz mise en œuvre dans la convention signée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore avec la société Zeus par la clause d'exclusivité de fourniture en faveur d'EDF et de GDF, pratique prohibée par l'article 85 du traité de Rome et l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n°10).

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

A. - Sur la définition des marchés

1. En ce qui concerne la définition matérielle

Considérant, en premier lieu, que les sociétés EDF et GDF critiquent la définition des marchés retenue par la notification des griefs, selon laquelle "*les marchés en cause sont constitués par l'activité de fourniture de l'énergie utilisée à des fins thermiques* " et dont il résulte que sont distingués "*un marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer le chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer la climatisation des bâtiments*" ; qu'EDF fait notamment valoir qu'il est nécessaire de distinguer le marché du secteur résidentiel du marché du tertiaire ; que GDF soutient que la demande ne porterait pas sur la seule fourniture d'énergie, mais sur un système de chauffage et estime qu'il est nécessaire de distinguer le marché du chauffage collectif et celui du chauffage individuel ; qu'EDF prétend en outre que chacune des opérations immobilières examinées constitue un marché spécifique ;

Considérant que la demande concernée par les pratiques en cause consiste en une demande de chaleur ou en une demande de froid ; que le Conseil a déjà, en ce qui concerne spécialement la demande de chaleur, décrit la fonction de chauffage et ses différents aspects dans son avis n° 90-A-13 relatif à la cession par la Compagnie générale des eaux des titres Blanzky-Ouest détenus par la société nationale Elf-Aquitaine ; que la demande de froid s'inscrit dans un même processus faisant appel à la fois à une fourniture d'énergie et au choix d'un système technique particulier, dont la combinaison produit le froid recherché ; que, dans les deux cas, le raccordement à un réseau constitue une alternative à l'installation, sur le site concerné, d'un système de production autonome, faisant apparaître la substituabilité entre les deux systèmes de fourniture de chaleur ou de froid pour les demandeurs ; que, dans ces conditions, il est possible de conduire la même analyse pour la définition des marchés pertinents, que ce soit pour la demande de chaleur ou pour la demande de froid ;

Considérant que les marchés pertinents doivent être circonscrits à celui de la fourniture d'énergie destinée aux applications thermiques ; qu'en effet le régime juridique qui définit l'activité d'EDF et de GDF, et notamment le principe de spécialité, interdit à ces opérateurs les activités qui, dans la prestation consistant à mettre en place un système de chauffage ou de climatisation, se situent en aval du compteur ;

Considérant que la rencontre entre l'offre et la demande, dans ce cas particulier, prend d'abord la forme du choix, opéré par le demandeur, entre plusieurs options technologiques qui déterminent, de façon d'ailleurs plus ou moins rigide, le type d'énergie qui sera ensuite utilisé ; que c'est ainsi au stade du choix des équipements que se prend la décision essentielle ; que c'est donc principalement là que joue la concurrence entre les différentes énergies disponibles ; qu'il en résulte que la fourniture d'énergie correspond à une demande spécifique faisant l'objet d'un marché ; qu'il existe donc un marché de la fourniture d'énergie

destinée au chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments ; que sont en concurrence sur ces marchés, d'une part, l'énergie primaire qui permet de faire fonctionner les systèmes de production de chaleur ou de froid installés chez le demandeur et, d'autre part, l'énergie calorifique ou frigorifique fournie par un réseau qui dessert les installations de chauffage et de climatisation chez l'utilisateur final ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'électricité satisfait, indépendamment des besoins de chauffage et de climatisation, des besoins, tel que l'éclairage, pour lesquels il n'existe pas de substitut possible ; qu'il est, pour cette première raison, possible, nonobstant ce qui vient d'être dit, de définir un marché de l'électricité, ainsi que le Conseil l'avait fait dans sa décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 ;

Considérant, en troisième lieu, qu'une fois que le consommateur a effectué le choix de ses équipements de chauffage et de climatisation, il ne peut en général les alimenter que par une seule source d'énergie ; que, lorsque tel n'est pas le cas, son choix est de toutes les façons limité à un petit nombre de sources d'énergie, comme dans le cas des chaudières qui peuvent fonctionner au fioul et au gaz ; que, si la dépendance du consommateur vis-à-vis de la source d'énergie adéquate à son équipement n'est pas absolue puisque un nouvel investissement est presque toujours susceptible de permettre le passage à une énergie de substitution, le coût de cette opération interdit au consommateur d'effectuer un arbitrage permanent entre les différentes sources d'énergie ;

Considérant, dès lors, que, s'agissant des consommateurs qui ont fait le choix d'équipements de chauffage ou de climatisation fonctionnant à l'électricité, leur demande quotidienne d'énergie ne peut s'adresser qu'au marché de l'électricité ; qu'il s'agit là d'une seconde raison pour laquelle ce marché doit être retenu comme pertinent ; que, s'agissant des consommateurs qui ont fait le choix de chaudières thermiques, la majorité d'entre eux a opté de façon relativement rigide en faveur d'une alimentation par le gaz, le fioul ou le charbon ; que, pour les mêmes raisons que précédemment, il convient de considérer que ceux d'entre eux qui ont fait le choix d'une alimentation par le gaz ne peuvent adresser leur demande qu'à des offreurs de gaz, ce qui conduit à considérer qu'il existe un marché du gaz, en dépit du fait, que GDF a fait valoir en séance, que, dans ses usages, le gaz peut pratiquement toujours être remplacé par une autre source d'énergie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les marchés pertinents à retenir sont, d'une part, les marchés de fourniture de l'énergie destinée à assurer le chauffage et de fourniture de l'énergie destinée à assurer la climatisation, marchés qui se caractérisent par une rencontre de l'offre et de la demande opérée au stade du choix de l'équipement, et, d'autre part, les marchés du gaz et de l'électricité, marchés caractérisés par une rencontre de l'offre et de la demande au stade de l'expression des besoins quotidiens de chaud ou de froid ;

2. En ce qui concerne la définition géographique des marchés

Considérant qu'EDF et GDF contestent la délimitation géographique nationale des marchés de fourniture d'énergie retenue par la notification des griefs et soutiennent que les contraintes juridiques affectant les activités en cause, et spécialement l'existence de concessions, conduisent en l'espèce à retenir l'existence d'un marché parisien, voire celle d'un marché délimité par la zone de concession attribuée à la société Climespace, en ce qui concerne la demande de froid, et par la zone de concession de la CPCU, en ce qui concerne la demande de chaleur, ces différentes zones ne recouvrant pas l'intégralité du territoire parisien ;

que ces entreprises font notamment valoir que c'est l'existence de concessionnaires tels que Climespace ou CPCU qui élargissent l'offre et permettent une alternative supplémentaire pour l'utilisateur ;

Considérant que le Conseil a déjà exposé, notamment dans son rapport d'activité pour l'année 1994, en page 59, ce que recouvre la dimension territoriale de la délimitation du marché, laquelle permet "*d'apprécier si les demandeurs ont, dans les faits, la possibilité d'arbitrer entre différents produits ou services, qui peuvent, bien que de même nature, ne pas être substituables, soit parce qu'ils ne sont pas disponibles dans les mêmes zones géographiques soit parce qu'ils sont grevés de coûts de transports tels qu'ils ne pourraient effectivement concurrencer ceux qui sont disponibles dans d'autres zones*" ; que, dans le cas d'espèce, la présence d'opérateurs distribuant un produit seulement sur une zone géographique déterminée ne permet pas de restreindre le marché à cette zone, alors que ces opérateurs ne font que fournir une offre supplémentaire pour le consommateur, venant s'ajouter à celle émanant d'opérateurs tels qu'EDF et GDF qui, pour leur part, sont présents sur tout le territoire national ; qu'à cet égard les opérateurs de réseaux de chaleur ou de froid, s'ils ne sont présents que sur certaines parties du territoire national, sont des entreprises de dimension nationale voire internationale ; qu'est, en l'espèce, essentiel, à la différence d'autres situations invoquées par GDF dans lesquelles le Conseil a retenu l'existence de marchés locaux, le fait qu'aucun monopole obligeant l'utilisateur potentiel à recourir aux seuls services du concessionnaire n'est établi en faveur d'opérateurs tels que Climespace ou la CPCU dans leur zone de concession ; qu'enfin, en raison de la spécificité du produit en cause, à savoir l'énergie, de son mode de production et de transport, la délimitation territoriale du marché en fonction de coûts de transport n'est pas opérante ; que les marchés concernés présentent donc une dimension nationale ;

Considérant que, pour ces mêmes raisons, les marchés du gaz et de l'électricité sont également des marchés nationaux ;

B. - Sur la position des opérateurs sur les marchés pertinents

1. En ce qui concerne les liens entre le bénéfice d'un monopole légal et la détention d'une position dominante

Considérant qu'EDF et GDF contestent l'assimilation qui serait faite par la notification des griefs entre monopole légal et position dominante ; que le Conseil a constaté que ces entreprises étaient en position dominante, indiquant, dans son avis n° 94-A-15 en date du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, que "*EDF et GDF gérant des monopoles légaux, ils disposent incontestablement d'une position dominante*" ; que GDF oppose à cette constatation l'absence de définition du marché sur lequel cette position dominante serait établie et invoque à l'appui de sa démarche l'avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 sur les activités de la Poste, aux termes duquel "*le fait pour un opérateur de détenir le monopole légal sur une activité ne lui confère pas automatiquement une position dominante sur un marché économiquement pertinent*" ; qu'il convient donc de préciser le marché sur lequel pourrait exister la position dominante de ces entreprises ;

Considérant que lorsqu'une entreprise bénéficie du monopole légal d'une activité et que celle-ci se confond avec la production d'un bien ou d'un service alimentant à lui seul un marché, il est légitime de déduire de ce seul monopole l'existence d'une position dominante puisque, d'une part, l'entreprise n'a pas de concurrent

de fait sur le marché et que, d'autre part, la protection légale du monopole la met à l'abri de toute concurrence potentielle ; qu'en ce qui concerne EDF, il s'en déduit que, ainsi que le Conseil l'a précisé dans sa décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996, il existe un marché de l'électricité sur lequel EDF détient une position dominante ;

En ce qui concerne l'existence du monopole légal de GDF

Considérant que GDF conteste le monopole de la production et de la distribution du gaz qui lui est imputé, en faisant valoir que la situation juridique résultant de la loi du 8 avril 1946 a évolué postérieurement à cette date et que le monopole de distribution du gaz dévolu à GDF connaît des exceptions ;

Considérant que la production de gaz combustible a été nationalisée et la gestion des entreprises nationalisées en vertu de la loi du 8 avril 1946 a été confiée au Gaz de France ; qu'ont été exclues de la nationalisation les entreprises gazières dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 était inférieure à 6 M^{m3}/an, seuil porté ultérieurement à 12 M^{m3}/an par une loi du 30 juillet 1960 ; qu'en 1949, la production et le transport du gaz naturel ont été exclus de la nationalisation, ce qui a permis à quatre entreprises de produire du gaz naturel en France, tandis qu'un régime particulier a été prévu pour la production de gaz des houillères nationales, des cokeries sidérurgiques, des hauts fourneaux et des raffineries ; que le transport de gaz naturel n'entre pas dans le champ d'application de la loi de nationalisation mais que ce transport ne peut être assuré que par un établissement public ou une société nationale dans laquelle la majorité du capital est détenue par l'Etat ou par des établissements publics ;

Considérant qu'en 1991, à l'exception de la concession du réseau de transport de gaz naturel dans le sud-ouest de la France, détenue par la Société nationale des Gaz du Sud-Ouest dont le capital est réparti entre le groupe Elf-Aquitaine (à hauteur de 70 %) et GDF (à hauteur de 30 %), GDF est titulaire des autres concessions de transport, dont une partie est affermée à la Compagnie française du méthane, filiale commune de GDF (50 %), de la société Elf-Aquitaine production (40 %) et de Total compagnie française des pétroles (10 %) ; qu'enfin la distribution de gaz de réseau, qui entre dans le champ de la nationalisation prévue par la loi du 8 avril 1946, s'opère dans le cadre de concessions de distribution publique, même si des régies municipales et des organismes assimilés (au nombre de 17 en 1991) demeurent habilités à assurer cette distribution en vertu des modifications apportées à la loi de 1946 précitée par la loi du 2 août 1949 également précitée ; que l'extension de la capacité de distribution de ces régies municipales à des communes limitrophes, restreignant en droit le monopole de la distribution du gaz de réseau confié à GDF, est postérieure aux pratiques relevées puisqu'elle résulte de l'adoption de dispositions législatives (loi n° 96-314 du 12 avril 1996) ; que les données statistiques établissent la part prépondérante de GDF dans les activités économiques gazières, couvertes par le monopole (production, transport, distribution) ; qu'en effet, 503 666 millions de kWh PCS de gaz étaient disponibles en France en 1991, dont 369 605, soit 73,38 %, ont été importés ; que les importations de gaz naturel (338 257 millions de kWh PCS), soit 91,52 % du gaz importé, l'ont été par GDF ; qu'à la même date, 359 416 millions de kWh PCS de gaz ont été facturés en France, dont 321 366 millions de kWh PCS, soit 89,41 %, par GDF ; qu'enfin, la facturation de gaz pour les usages domestiques individuels, collectifs et tertiaires, qui concerne la fourniture de gaz notamment pour la fonction de chauffage, a représenté la même année 196 686 millions de kWh PCS et a été assurée pour un montant de 188 503 millions de kWh PCS, soit 95,84 %, par GDF ;

Considérant ainsi que, s'il n'est pas possible de considérer que les activités pour lesquelles GDF bénéficie d'un monopole se confondent avec le marché de la fourniture de gaz combustible en France, cet établissement public est de très loin l'opérateur majeur de ce marché ; qu'ainsi, sans qu'il y ait lieu de déduire mécaniquement une position dominante de l'existence du monopole légal, il est possible de s'appuyer sur les conséquences de ce dernier pour apprécier l'existence d'une position dominante ;

3. En ce qui concerne la position d'EDF et GDF sur les marchés pertinents

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et ainsi que le Conseil l'a déjà exprimé dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et GDF, que ces deux opérateurs sont en position dominante respectivement sur les marchés de l'électricité et du gaz ;

a) sur la position d'EDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments

Considérant que l'électricité produite et distribuée par EDF représentait, en 1993, 42 % de l'énergie utilisée pour le chauffage dans le secteur résidentiel et 61 % dans le secteur tertiaire ; qu'en dehors de GDF, opérateur unique de dimension nationale pour la fourniture de gaz, qui selon les mêmes chiffres représente 19,5 % de l'énergie consommée pour la fonction chauffage en secteur résidentiel et 18,5 % dans le secteur tertiaire, les autres énergies sont distribuées par des opérateurs nombreux, qui sont, pour certains, adossés à des groupes nationaux (en matière de distribution de fioul) mais qui, pour la plupart, sont des opérateurs locaux de petite taille ; que si les réseaux de vapeur les plus importants appartiennent à des entreprises de taille nationale qui concentrent de la puissance installée, cette forme d'énergie ne représentait, au moment des faits, que 3,6 % de la fourniture de chaleur sur l'ensemble du territoire ; qu'outre la part détenue par EDF sur le marché de l'énergie destinée au chauffage, doivent être prises en compte les caractéristiques propres à la situation d'EDF, et notamment son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de "prescripteur" et sa puissance financière, telles qu'elles ont été constatées par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 précité ; que, s'agissant d'un marché caractérisé par le fait que l'offre et la demande se rencontrent au moment de la décision d'équipement, ces caractéristiques jouent un rôle déterminant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'EDF disposait au moment des faits d'une position dominante sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments ;

b) Sur la position d'EDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments

Considérant qu'à la date des faits, l'électricité produite et distribuée par EDF était la seule énergie utilisée pour fabriquer du froid, y compris par les centrales de froid alimentant les réseaux d'eau glacée ; que l'extension de ceux-ci était limitée à quelques grandes métropoles ; que l'objection d'EDF relative au caractère naissant du marché en cause n'apparaît pas de nature à modifier les conditions d'appréciation de la position d'un opérateur sur un marché à partir d'une observation quantitative des parts de marché détenues au moment des pratiques relevées ; qu'en outre, les caractéristiques propres à la situation d'EDF, et notamment son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de "prescripteur", sa puissance financière, telles que constatées par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 précité, viennent renforcer la position que cette entreprise détient sur le marché de l'énergie destinée à la climatisation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'EDF disposait d'une position dominante sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments au moment des faits ;

c) sur la position de GDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments

Considérant qu'en ce qui concerne GDF et sa position sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage, les données précitées font apparaître que le gaz représentait, en 1993, 19,5 % de l'énergie utilisée dans le secteur résidentiel et 18,5 % de l'énergie utilisée dans le secteur tertiaire ; que, si ces chiffres sont incomplets dès lors qu'ils n'intègrent pas le chauffage d'autres catégories de bâtiments et si leur portée exacte peut être discutée, dès lors que l'énergie utilisée dans les bâtiments résidentiels et tertiaires a d'autres usages que le chauffage, ils donnent une indication sur la part relativement modeste du gaz sur ce marché ; que des études plus précises sur le secteur résidentiel, prenant en compte les différents usages de l'énergie consommée, aboutissent, pour le gaz, à une part de marché de 25 % en 1993 (Source CEREN, document n°46 figurant en annexe III, cote 514-1), qu'il n'existe pas, d'autres données qui suggéreraient l'existence d'une position dominante de GDF sur ce marché ;

3. En ce qui concerne la dissociation entre les marchés sur lesquels les pratiques ont été relevées et les marchés sur lesquels les entreprises EDF et GDF détiennent une position dominante

Considérant qu'en ce qui concerne EDF, cette dissociation ne présente pas d'intérêt puisque EDF dispose d'une position dominante non seulement sur le marché de l'électricité mais aussi sur les deux marchés nationaux sur lesquels ont été relevées les pratiques discutées ;

Considérant qu'en ce qui concerne GDF, il convient d'examiner le lien existant entre le marché du gaz, qui est le marché dominé et le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage sur lequel ont été relevées les pratiques litigieuses ; que GDF se prévaut, à cet égard, de la décision de la CJCE du 14 novembre 1996 Tetra Pak aff C.333/94 P, selon laquelle "*l'application de l'article 86 présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit des effets sur ce même marché*", faisant valoir que l'interprétation des conditions d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a toujours été inspirée par la jurisprudence communautaire ;

Mais considérant que l'abus de position dominante doit être sanctionné lorsqu'il est commis sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise en cause détient une position dominante lorsqu'un lien de connexité suffisant entre les deux marchés peut être établi et à condition qu'il existe un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre ;

Considérant que, s'agissant de caractériser le lien qui peut exister entre le marché dominé et les pratiques commises sur un marché connexe, il convient de relever que, dans le cas d'espèce, l'image de service public et la puissance, consubstantielle au caractère de monopole public national, dont dispose GDF, sont de nature à favoriser le choix de cette entreprise comme cocontractante par les utilisateurs ; que les pratiques relevées prennent appui sur l'ensemble des moyens tant matériels qu'immatériels dont GDF dispose du fait de sa situation d'établissement public, titulaire d'un monopole, et du fait de sa position dominante sur le marché du gaz ; que, dans ces conditions, il existe un lien entre le marché dominé et le marché sur lequel ont été

relevées les pratiques litigieuses ;

Considérant, en ce qui concerne les relations de causalité, que, pour le gaz naturel, la destination "résidentiel-tertiaire" représente 61 % des usages de cette énergie, contre 36 % à l'industrie, 2 % à la sidérurgie et 1 % à l'agriculture ; que ces chiffres sont stables d'une année sur l'autre ; qu'il suit de là que le chauffage dans le "résidentiel-tertiaire" constitue pour GDF son principal débouché ; que GDF est en progression sur ce marché ; qu'en effet, les contrats de plan entre l'Etat et GDF ont régulièrement fixé à cette entreprise des objectifs quantitatifs de pénétration du marché à la hausse ; que les années 1990 se manifestent par une stabilisation des parts acquises sur ce marché par les différentes énergies ; que le développement des énergies renouvelables, prôné et encouragé par les pouvoirs publics, notamment grâce à l'adoption de dispositifs législatifs incitatifs (loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 relative à l'élimination de déchets, loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie notamment) reste limité ; que, si le contre-choc pétrolier a ralenti la chute du fioul domestique, lequel est redevenu également compétitif du fait de l'amélioration qualitative des matériels, moins consommateurs d'énergie, les statistiques traduisent l'érosion continue de cette énergie dans le chauffage, puisqu'en 1996, selon le CEREN, la part du fioul dans les consommations du secteur résidentiel s'élevait à 14,3 % alors qu'elle était encore de 15,2 % en 1993 ; qu'à l'exception de la concurrence exercée par les réseaux de chaleur, pour lesquels les opérateurs principaux sont des entreprises de dimension nationale, voire internationale, mais qui ne concernent que certaines zones géographiques et au total représentaient moins de 4 % du marché du chauffage domestique en France, la concurrence exercée par les autres opérateurs, compte tenu notamment du caractère local de la distribution d'énergie, provient souvent de petites entreprises qui n'ont pas l'image et la puissance dont GDF bénéficie ; que, dans ces conditions, GDF dispose, à défaut d'une position dominante, d'une position prééminente sur le marché de l'énergie destinée au chauffage, immédiatement connexe ; qu'il convient de souligner, sur ce point, que dans l'arrêt C333/94 de la CJCE précité, la "*position prééminente*" d'un opérateur sur un marché "*étroitement connexe*" de celui sur lequel il détenait une position quasi monopolistique a conduit la Cour à confirmer l'applicabilité de l'article 86 du traité ; que GDF conteste cette analyse en faisant valoir que la compétition émanant des professionnels de la distribution du fioul est intensive et que ceux-ci sont organisés, ce qui leur confère une influence sur le marché ; que toutefois le Conseil a déjà, dans l'avis précité, constaté l'existence d'un avantage immatériel propre à GDF, résultant de son image en relevant que "*cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité, ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité*" et a relevé que "*EDF comme GDF, sont perçus tant par les particuliers que par les entreprises comme des interlocuteurs de référence pour les utilisations après compteur de l'énergie, ce qui leur confère un rôle de conseil, de "certificateur", voire de "prescripteur" de fait*" ;

4. En ce qui concerne la violation du contradictoire et des droits de la défense dont se prévaut GDF en raison de l'insuffisante délimitation, tant au stade de la notification des griefs que du rapport, du marché pertinent ;

Considérant que les marchés ont été définis par la notification des griefs en page 7 comme étant constitués "*par l'activité de fourniture de l'énergie utilisée à des fins thermiques*" et qu'ont été distingués "*un marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer le chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer la climatisation des bâtiments*" ; que la notification des griefs soutenait, en page 14, que "*GDF disposait, d'un monopole légal qui lui confère une position dominante sur le marché de la production et de la distribution de gaz*" ; que, répondant aux observations de GDF critiquant la

détermination du marché et la position dominante de GDF qui lui était imputée, le rapport a confirmé cette définition et, s'agissant du lien entre la position dominante et le monopole dont GDF dispose, a examiné et répondu aux objections de GDF quant au contour juridique du monopole allégué et aux conséquences qui en découlaient sur l'existence ou non d'une position dominante, pour estimer en page 28 que "*GDF dispose d'une position dominante sur le marché de la fourniture de gaz combustible en France* " ; que GDF, qui est en droit de porter une appréciation divergente sur les définitions retenues par le rapporteur, ne peut valablement soutenir que ses droits ont été méconnus, faute de délimitation des marchés pertinents au stade de la notification des griefs et du rapport ;

C. - Sur le contexte concurrentiel présidant au fonctionnement des marchés considérés au moment des faits

Considérant qu'EDF soutient que la notification de griefs et le rapport reposent sur un a priori non justifié selon lequel elle chercherait à évincer ses concurrents et sur la méconnaissance de la situation des marchés concernés ;

Considérant qu'il ressort tant des écrits d'EDF que des déclarations du directeur du centre EDF-GDF-Services Paris Rive Gauche que le développement de la société Climespace était perçu comme une menace pour EDF ; qu'en premier lieu, une lettre du 1^{er} juillet 1992 a été adressée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Rive-Gauche à la SEMAPA, établissement public chargé de l'aménagement de la zone "Paris-Rive-Gauche", à l'occasion de négociations portant sur les conditions financières et techniques d'alimentation en énergie de cette ZAC (en annexe III, cotes 444 à 450) ; que cette lettre indique que : "*L'installation aujourd'hui certaine d'un réseau de distribution de froid sur l'ensemble de la ZAC constitue une menace sérieuse pour le développement des ventes d'électricité utilisée en climatisation et donc un manque à gagner certain*" ; que ce "manque à gagner", par ailleurs évalué, en annexe 3 de cette même lettre, entre 9 et 13 millions de francs en marge brute et sur trente ans entre 270 et 390 millions de francs en francs courants, est l'un des arguments dont EDF se sert pour solliciter de la SEMAPA la prise en charge financière, par celle-ci, du coût des infrastructures de distribution d'électricité ; qu'il est invoqué également a contrario pour tenter d'obtenir, sans succès, une exclusivité en faveur de l'électricité et du gaz sur la zone considérée, en contrepartie de la prise en charge par EDF des frais d'alimentation de la zone d'aménagement ; qu'en deuxième lieu, M. Charbault, directeur du centre EDF-GDF- Services Paris-Rive-Gauche a déclaré : "*A Paris, EDF est en concurrence avec Climespace, dont les centrales de production fonctionnent à l'électricité mais pourraient se connecter sur le chauffage urbain*" et a ajouté que : "*La présence au capital de Climespace de la Compagnie Parisienne de Chauffage Urbain pouvait faire penser à EDF en 1990 que le froid produit par Climespace pourrait un jour se faire à partir de la production de chaleur*" ; qu'il en résulte que la possibilité technique, pour les centrales de production alimentant un réseau tel que celui de Climespace, d'utiliser une énergie concurrente de l'électricité, était bien envisagée par EDF ; que cette possibilité aurait pour effet de restreindre les débouchés d'EDF en tant que producteur d'électricité et viendrait ainsi intensifier la pression concurrentielle qu'en toute hypothèse le réseau de Climespace exerce à Paris envers EDF ; que, par ailleurs, EDF n'a pas démenti les affirmations de la société Climespace selon lesquelles, d'une part, le volume d'électricité consommée pour l'alimentation d'un réseau serait moins important que celui consommé par plusieurs centrales de production autonomes, en raison d'un rendement énergétique moindre des installations frigorifiques individuelles, et, d'autre part, le droit de tirage, qui correspond à la puissance souscrite auprès d'EDF et qui conditionne le coût de l'abonnement auprès d'EDF, serait moins élevé, avec une différence d'environ 35 %, lorsqu'il est souscrit par un opérateur de réseau, que

la somme des droits de tirage souscrits par des "exploitants" individuels, en raison de l'effet dit de "foisonnement" ; qu'en effet, les pointes de consommation d'électricité, qui rendent nécessaire la souscription d'une puissance supérieure à celle qui serait normalement requise par la consommation habituelle, sont moins fortes dans le cadre du fonctionnement d'un réseau ;

Considérant ainsi que les éléments du dossier démontrent à tout le moins que la société EDF était particulièrement soucieuse de la pression concurrentielle que l'arrivée et le développement de Climespace créaient sur ce marché ; que ces éléments, qui ne sauraient dispenser le Conseil de l'analyse des pratiques, contribuent à la connaissance du contexte concurrentiel de l'époque ;

Considérant, par ailleurs, en ce qui concerne l'état des marchés concernés, qu'EDF conteste le "*postulat de départ de marchés fermés*" et relève que le marché de la fourniture du froid est un marché en pleine expansion, sur lequel de nouvelles techniques, utilisatrices notamment de gaz, vont apparaître ; qu'elle reproche au rapport de ne pas tirer les conséquences de ses propres constatations, selon lesquelles il existe de fortes perspectives de débouchés sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation, et qui contrediraient l'analyse relative aux barrières à l'entrée existant sur ce marché ; qu'elle se prévaut à cet égard de l'expansion très rapide de la société Climespace sur ce marché ;

Mais considérant que la potentialité de développement d'un marché n'est pas incompatible avec l'existence de barrières à l'entrée sur ce même marché ; que celles-ci peuvent être structurelles, en raison de l'ampleur des investissements à consentir ou de la durée de vie des équipements limitant la fréquence de leur renouvellement ; que telle est la nature des barrières existant sur le marché considéré, dont EDF relève d'ailleurs qu'il compte peu d'opérateurs, lesquels sont de taille importante, diversifiés et intégrés ; qu'il peut également exister des barrières à l'entrée artificielles résultant de l'anticipation, par un opérateur en position dominante, du développement de techniques alternatives susceptibles de restreindre ses propres débouchés, anticipation qui peut le conduire à retarder le moment où il entrera vraiment en compétition avec d'autres producteurs ; que les clauses d'exclusivité de fourniture peuvent être l'instrument de cette stratégie destinée à reporter dans le temps l'exercice de la concurrence ; qu'il appartient au Conseil de dire, ce contexte concurrentiel étant rappelé, si les pratiques reprochées à EDF sont constitutives de barrières à l'entrée artificielles susceptibles d'être qualifiées au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 86 du traité de Rome ;

D. - SUR LES PRATIQUES

1.En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de l'aménagement de la Bibliothèque nationale de France, octroyé des aides diverses destinées à la construction d'une centrale de production frigorifique (grief n°1)

Considérant qu'EDF fait valoir que le choix de la BNF s'est porté sur EDF d'abord pour des raisons techniques, et notamment en raison de la fiabilité des solutions qu'elle proposait par rapport à celles offertes par Climespace ; qu'EDF admet toutefois que le choix s'expliquait également par des raisons économiques ;

Considérant qu'EDF conteste ensuite le montant des aides accordées consistant dans une remise sur les frais de raccordement, une subvention à la mise en oeuvre d'équipements frigorifiques, la prise en charge des frais de maintenance et de renouvellement des matériels et un engagement de stabilité tarifaire alloués à la BNF ; qu'elle chiffre l'ensemble de ces aides à treize millions de francs et non vingt-deux comme retenus dans la notification des griefs ; que la différence porte, d'une part, sur la non-facturation de la redevance annuelle d'exploitation et d'entretien de la seconde alimentation, dont EDF affirme qu'elle n'aurait porté que sur six ans et non sur vingt-cinq ans, le rapport SERTIC étant selon elle erroné sur ce point, et, d'autre part, sur les frais de maintenance et de renouvellement des matériels frigorifiques dont EDF dément la prise en charge ; qu'EDF conteste enfin l'objet et l'effet anticoncurrentiel allégués des aides accordées à la BNF ; qu'elle fait valoir que ces primes étaient transparentes et entraient dans le champ de celles prévues par le contrat de plan existant entre EDF et l'Etat, en étant même inférieures au montant qui aurait pu être accordé (un peu plus de 14 millions de francs), et que leur montant était proportionné au projet en cause et à l'innovation technologique mise en oeuvre à cette occasion ; que, de même, l'engagement de stabilité tarifaire était conforme aux obligations résultant pour EDF du contrat de plan ; qu'EDF soutient, enfin, que les différentes analyses comparatives et les expertises techniques effectuées par le maître de l'ouvrage font apparaître que son offre *" est toujours restée la plus intéressante tant au point de vue technique que financier, et ce, sans jamais tenir compte du montant des aides "* ;

Considérant que le montant des aides a été évalué à 22,145 millions de francs sur le fondement des trois conventions annexées au rapport, ainsi que du rapport SERTIC du 24 juillet 1993, lequel chiffre dans ses conclusions les avantages consentis par EDF (subvention et prise en charge d'une certaine partie de la maintenance) à une somme d'environ 22 000 KF pour vingt-cinq années d'exploitation ; que les termes de ce rapport sont contestés par EDF ; qu'interrogé sur la différence entre le montant des aides prévues par les conventions et celles mentionnées dans le rapport SERTIC, le 18 janvier 1986, M. Charbault, directeur du centre EDF-GDF-Services Paris-Rive-Gauche avait déclaré sur ce point : *" Toutes les aides accordées à la BNF pour ce projet sont reprises dans les trois conventions du 3 décembre 1993. Vous nous faites remarquer que ce total ne correspond pas aux chiffres avancés dans le rapport commandé par le maître de l'ouvrage au cabinet SERTIC dans lequel l'aide d'EDF apparaît plus importante. La différence provient vraisemblablement de l'extrapolation dans le rapport SERTIC de la gratuité des redevances d'exploitation sur 20 ans et non sur 6 ans seulement, tel qu'il est d'usage constant sur Paris "* ; que le rapport du rapporteur ne s'est pas explicitement prononcé sur le montant des aides qu'il convenait de considérer comme établi, indiquant seulement qu'il y aurait lieu d'écarter, au regard du caractère exceptionnel du chantier de la BNF dont se prévaut EDF elle-même, l'argument de *" l'usage constant "* mis en oeuvre pour les opérations courantes, qui conduirait à fixer à six ans la durée de prise en charge des redevances d'exploitation ; que, toutefois le grief maintenu dans le rapport vise le montant retenu par la notification des griefs, soit la somme de plus de 20 millions de francs ; qu'il convient d'observer que la convention n° 9300095 du 7 décembre 1993 pour l'alimentation en électricité de la bibliothèque de France (cotes 305, 306 et 307) ne prévoit aucune limitation de durée pour la prise en charge par EDF des redevances annuelles d'exploitation, d'entretien, et de renouvellement de la seconde alimentation, lesquelles, selon les termes de la convention, *" seront prises en charge en totalité par EDF-GDF-Services Paris Rive Gauche "* ; que l'imprécision de cette convention contredit le caractère prétendument transparent des aides en cause allégué par EDF ; qu'il est, dans ces conditions, impossible de déterminer avec certitude le montant exact des aides accordées par EDF dans cette opération ; que cette circonstance est de nature à relativiser la portée et la pertinence des évaluations comparatives réalisées entre les différents projets concluant à la supériorité économique et technique de la solution proposée par EDF et dont elle se prévaut ;

Considérant qu'en tout état de cause, il y a donc lieu de retenir le montant des aides résultant des conventions conclues entre EDF et la BNF ; que, même réduit au montant reconnu par EDF, soit 13 millions de francs, il convient de rechercher si ces aides n'ont pas eu un objet ou un effet anticoncurrentiel ;

Considérant qu'EDF invoque à son profit les termes de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 19 mai 1998 sur recours contre la décision n° 97-D-53 du Conseil du 1^{er} juillet 1997 relative à des pratiques mises en oeuvre par France-Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données, selon lesquels il ne peut être reproché à un opérateur historique de faire des propositions " sur mesure " ; qu'EDF relève que Climespace a également proposé une aide pour compenser le " handicap " de sa propre solution ; qu'enfin, EDF fait valoir que les aides qu'elles a accordées n'ont en rien modifié les conditions de concurrence entre les deux systèmes puisqu'en toute hypothèse ses propositions étaient les plus intéressantes financièrement ;

Considérant que les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante à ses clients peuvent défavoriser ses concurrents ; que cependant ces aides, à supposer qu'elles ne soient pas prohibées en tant qu'aides d'Etat par le droit communautaire, ne sont pas en elles-mêmes anticoncurrentielles ; qu'elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique ; que, pour qu'une telle pratique soit constitutive d'un abus de position dominante, il faut démontrer soit que les prix, une fois déduites les aides accordées des barèmes de prix officiels, sont prédateurs, soit que les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont discriminatoires, soit, plus généralement, que leurs conditions d'octroi ou leur montant sont d'une nature telle qu'ils en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel ;

Considérant que, dans le cas présent, aucun grief de prédation n'a été allégué ; que la preuve d'une discrimination dans l'allocation des aides n'a pas été rapportée, comme cela a été reconnu par Climespace au cours de la séance ; que les éléments du dossier n'établissent pas que le montant de ces aides était supérieur au montant susceptible d'être accordé par EDF en application de son contrat de plan ; qu'enfin, il apparaît que des considérations techniques indépendantes des aides ont contribué au choix de la BNF ; qu'ainsi, il n'est pas établi que cette pratique puisse être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

2. En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité à l'engagement, par le client (Établissement public de la Bibliothèque de France), de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins vingt ans et sous peine de pénalités financières (grief n° 2)

Considérant qu'EDF fait valoir que la clause d'exclusivité visée par le grief est licite et qu'elle répond aux critères définis par le Conseil dans sa décision n° 98-D-52, en date du 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, en ce que sa durée n'est pas excessive par rapport au montant des investissements consentis et à la durée de vie des équipements, qui n'est pas inférieure à vingt ans ; qu'elle rappelle que les contrats d'abonnement proposés par Climespace sont eux-mêmes d'une durée de dix ans,

renouvelables par tacite reconduction pour cinq ans ; qu'EDF se prévaut des dispositions de l'article 47 du projet de loi n° 1253 du 9 décembre 1998 relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, selon lequel les entreprises éligibles pourront résilier de plein droit et sans indemnités leur contrat d'approvisionnement en électricité, pour contester la portée anticoncurrentielle de la clause de pénalité ; qu'elle fait valoir qu'au plan technique et juridique, la clause d'exclusivité se trouve dénuée de toute portée et n'a donc ni objet, ni potentialité d'effet anticoncurrentiel, dès lors qu'une fois construite, la centrale de production frigorifique de la BNF ne peut utiliser que l'électricité pendant la durée de vie des équipements évaluée à trente/trente-cinq ans, et qu'au moment des négociations commerciales entre la BNF et ses fournisseurs potentiels de froid, la fourniture d'électricité sur Paris était juridiquement de la compétence exclusive d'EDF ;

Considérant que la clause litigieuse consiste dans l'obligation mise à la charge de la BNF de conserver les équipements en cause et de les utiliser en couvrant au moins 92 % des besoins énergétiques (fourniture de froid et de chaud) par l'énergie électrique, en contrepartie des aides accordées ; que cette pratique a pour objet de maintenir pendant vingt ans, la position acquise par EDF dans le système de climatisation et de chauffage de la BNF, en permettant à EDF, d'une part, d'empêcher l'accès de concurrents potentiels à ce système pendant la durée d'exclusivité consentie, sous la seule réserve, en ce qui concerne le chauffage, d'un appoint assuré par raccordement au réseau de la CPCU, et, d'autre part, de lui permettre d'amortir le montant des aides accordées pour subventionner les équipements en cause ; que, s'il n'est pas contestable que les conditions qui régissent l'activité de la société Climespace (durée de la concession et des polices d'abonnement) prennent en compte la logique de retour sur investissement dont se prévaut EDF, la situation d'EDF est particulière s'agissant d'un opérateur en position dominante sur le marché national en cause ; que la décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain dont se prévaut EDF n'exclut pas le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité ; qu'en effet, de telles clauses peuvent être prohibées par le titre III de l'ordonnance si elles ont pour objet ou pour effet d'ériger des barrières entravant artificiellement le fonctionnement de la concurrence sur un marché ; que la clause considérée a bien eu cet objet pour la période concernée, ce que révèle la " structure " des pénalités encourues par la BNF en cas de non respect de ses engagements, lesquelles ne sont pas dégressives en fonction de la durée de conservation des équipements ; qu'en effet, si cette clause avait pour seul objet le maintien des équipements, rien n'empêchait d'introduire un mécanisme " prorata temporis " pour le calcul de pénalités ; qu'en ce qui concerne la clause de pénalité, EDF ne peut se prévaloir d'une disposition qui, résultant d'un projet de loi adopté après les pratiques litigieuses, a justement pour objet de faire échec aux clauses d'exclusivité telles que celles mises en oeuvre dans la présente affaire et qui sont de nature à rendre sans portée l'ouverture à la concurrence du marché intérieur de l'électricité ; qu'enfin, l'argument d'EDF selon lequel cette clause n'aurait eu aucune portée, dès lors que les équipements de la BNF ne pouvaient fonctionner qu'à l'électricité et avaient une durée de vie de vingt à trente ans, et que la fourniture de celle-ci relevait du monopole d'EDF, est contradictoire avec la thèse, également avancée par EDF au stade des observations sur la notification des griefs, selon laquelle cette clause serait la contrepartie nécessaire des aides financières accordées ; que le raisonnement d'EDF, quant à l'absence de portée de la clause, s'inscrit dans le cadre de l'intangibilité du monopole d'EDF en matière de fourniture de l'électricité ; qu'EDF ne pouvait ignorer que cette intangibilité n'était pas forcément définitive, compte tenu des perspectives résultant de la création du marché intérieur de l'électricité qu'elle invoque par ailleurs ; qu'en dehors même de cette hypothèse, qui n'était pas purement théorique, le raisonnement d'EDF, qui repose sur le caractère perpétuel de son statut juridique, ne peut être accepté ; qu'ainsi, la clause d'exclusivité litigieuse pouvait à tout moment, en fonction d'une évolution juridique affectant les conditions de la fourniture de l'électricité en

France, avoir une portée ; que cette portée consiste dans la fermeture du marché à d'autres opérateurs pendant la durée d'exclusivité consentie ; qu'il convient de rappeler que le déroulement des négociations entre la BNF et EDF, rappelé en page 30 et 31 de la notification des griefs (annexe III, cotes 30 à 31), fait apparaître qu'EDF entendait réduire à 5 % des besoins le recours au réseau de chaleur urbain, la BNF ayant obtenu finalement que ce seuil soit porté à 8 % ; qu'à supposer même qu'EDF ait pu penser à l'époque de la signature du contrat que son monopole de l'électricité resterait intangible, cette clause aurait contribué à dissuader la BNF de changer d'énergie pour les usages où cela était possible ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique constitue un abus de position dominante et est prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

3. En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné le maintien d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité à l'exploitation des équipements subventionnés par le seul maître d'ouvrage, ceux-ci devant par ailleurs être réservés à son approvisionnement exclusif (grief n° 3)

Considérant qu'EDF a fait valoir dans ses observations sur la notification des griefs que le courrier, en date du 19 juillet 1993, par lequel la BNF a été informée des conséquences tarifaires désavantageuses qu'aurait entraînées une reprise, par Climespace, de la centrale de production frigorifique, constitue l'application non discriminatoire des règles tarifaires d'EDF résultant de dispositions réglementaires ; qu'EDF explique que l'exploitation directe, par la BNF, de la centrale de production frigorifique, ajoutée à ses besoins classiques en électricité, lui permettait de bénéficier du tarif vert B+ ; que, dans l'hypothèse d'exploitation de la centrale par Climespace, la BNF ne pouvait plus rester le seul client d'EDF, faute de pouvoir rétrocéder de l'électricité à des tiers, rétrocession interdite, sauf cas particuliers inapplicables en l'espèce ; que la réduction de la puissance souscrite aurait entraîné le passage à un tarif moins avantageux ; qu'EDF fait également valoir que Climespace, qui se prétend évincée du marché, n'a jamais donné suite aux offres de vente de frigories qui lui ont été faites par la BNF et n'a pas davantage participé à l'appel d'offres relatif à la gestion des équipements de production de la BNF ; qu'en réponse au rapport selon lequel, dans le schéma envisagé entre Climespace et la BNF, cette dernière n'aurait pas rétrocédé de l'électricité mais de l'énergie frigorifique à Climespace et aurait donc pu rester le seul client d'EDF, achetant le même volume d'électricité utilisée, dans sa centrale, pour produire de l'énergie frigorifique, dédiée pour partie à ses besoins propres et pour partie à l'alimentation du réseau Climespace, et continuant ainsi à bénéficier des mêmes conditions tarifaires, EDF fait valoir que cette hypothèse n'est pas celle qui motive le courrier du 19 juillet 1993, par lequel EDF informe la BNF des nouvelles conditions qui lui seraient faites et qui vise la rétrocession d'électricité par la BNF ; qu'EDF soutient en outre que l'objection financière du rapport SERTIC du 24 juillet 1993, selon lequel les propositions de Climespace étaient défavorables à la BNF en raison des avantages concédés par EDF dans le cadre d'une convention dont la signature exclut le recours à un tiers pour l'exploitation de la centrale de production frigorifique, était juridiquement non fondée ; que la BNF a proposé à Climespace le 22 septembre 1993 de lui vendre ses frigories excédentaires, sachant qu'elle pourrait conserver les conditions de vente proposées par EDF ; qu'EDF soutient que, dès lors que le rachat de frigories par Climespace aurait permis à cette société de desservir des clients potentiels du quartier Seine/Rive gauche pendant une durée de quatre à cinq ans, aucune entrave au développement du réseau de Climespace et à l'accès au marché de cette société ne peut lui être imputée ; que Climespace a laissé sans

suite ces propositions ;

Considérant que l'argumentation d'EDF, en ce qui concerne la modification tarifaire envisagée, se fonde sur une analyse quantitative selon laquelle un volume de consommation moindre entraîne un tarif plus élevé, qu'EDF fait valoir que la BNF aurait réduit sa consommation électrique puisqu'elle n'aurait pu rester le seul client d'EDF, faute de pouvoir juridiquement rétrocéder de l'électricité à Climespace ; que la puissance souscrite par la BNF diminuant, la tarification était moins avantageuse ; que Climespace conteste cette analyse, faisant valoir que la rétrocession d'électricité peut être autorisée par EDF ;

Considérant qu'il résulte effectivement du cahier des charges de la concession d'EDF figurant en cotes 669 et suivantes du rapport qu'EDF peut, en application de l'article 1^{er}, autoriser la rétrocession d'énergie ; que, se prévalant de la prohibition de principe, édictée par ce même article, de la rétrocession d'énergie, EDF n'a pas justifié de ce que les dérogations seraient, comme elle l'indique, limitées à des hypothèses dans lesquelles n'entraîne pas la rétrocession d'électricité par la BNF à Climespace ; qu'à supposer que tel soit juridiquement le cas, les explications d'EDF, admissibles en ce qui concerne la nature du tarif applicable, ne permettent pas en revanche, en ce qui concerne les aides visées au grief n° 1 (aide à l'investissement, réduction sur le coût d'une infrastructure supplémentaire, prise en charge de frais de maintenance et de renouvellement), de justifier de la suppression de ces aides, suppression dont le principe a été admis par M. Charbault en ces termes *" de notre point de vue, la simple reprise de la centrale par Climespace pour la seule alimentation de la BNF ne posait pas de problème. En revanche, à partir du moment où Climespace aurait profité de la centrale, et des aides à l'investissement consenties pour alimenter son propre réseau concurrençant l'électricité, cela entraînait forcément la renégociation des contrats prévus avec la BNF comme nous l'avons fait connaître à la BNF "* ; qu'EDF soutient aujourd'hui que les conclusions du rapport SERTIC sont encore erronées et que ces aides auraient été maintenues dans l'hypothèse de la revente de frigos par la BNF à Climespace, venant ainsi contredire a posteriori les déclarations de M. Charbault précitées ; que ces dénégations, à ce stade de la procédure, n'emportent pas la conviction ; qu'EDF ne peut se prévaloir utilement de l'absence de participation de Climespace à l'appel d'offres concernant la gestion des équipements de production de la BNF, qui s'adressent, selon Climespace, à des sociétés d'exploitation et ne concernent pas son activité d'opérateur de réseau ; qu'en ce qui concerne le rachat des frigos, il apparaît que les négociations ont été poursuivies y compris après la saisine du Conseil ; que la société Climespace, interrogée sur ce point au cours de l'instruction, avait fait valoir, par lettre du 3 octobre 1995, (côte 357 du dossier) que ses obligations de concessionnaire, notamment au regard des caractéristiques du produit qu'il lui incombe de distribuer, se sont avérées incompatibles avec le rachat de frigos tel qu'il était proposé ; qu'en tout état de cause, il convient de rechercher quels pouvaient être l'objet et l'effet des pratiques reprochées à EDF au stade de la proposition de reprise par Climespace de la centrale de production frigorifique de la BNF, visées par le grief ;

Considérant qu'en subordonnant les conditions tarifaires de vente de l'électricité et les aides qu'elle s'était engagée à accorder pour la mise en place d'installations consommatrices d'électricité à l'exploitation, par la seule BNF et pour ses seuls besoins, de la centrale de production frigorifique que cet établissement avait choisi de construire, EDF s'est immiscée, en pratique, dans les conditions d'exploitation de ladite centrale ; que cette immixtion avait pour effet de maîtriser les conditions d'utilisation de l'électricité fournie à la BNF et d'éviter l'utilisation de l'électricité ainsi distribuée pour l'alimentation d'un réseau concurrent ; que ce comportement revêt un caractère abusif dans la mesure où la BNF, qui avait déjà fait le choix de principe de

recourir à un système de production autonome, compte tenu notamment des conditions offertes par EDF, ne pouvait recourir à un autre fournisseur, en raison du monopole d'EDF ; que, par ailleurs, s'agissant des aides, lesquelles sont, à la différence des tarifs, négociées, EDF est en mesure de les allouer ou de les supprimer de façon discrétionnaire ; que les conventions entre EDF et la BNF fixant les modalités des aides n'étaient pas encore signées au moment des négociations entre la BNF et Climespace sur la reprise par celle-ci de la centrale de production frigorifique, ce qui rendait possible une éventuelle remise en cause de celles-ci ; que cette remise en cause était expressément liée à l'éventualité d'une alimentation du réseau Climespace par la centrale de production de la BNF, ainsi qu'il résulte des déclarations précitées de M. Charbault ; que le comportement d'EDF avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par suite, prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

4. En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir accompagné la proposition de services à rendre par sa filiale GFF d'une subvention d'un montant d'au moins 6 000 KF, d'une aide consistant en une bonification des emprunts susceptibles d'être contractés par la BNF pour la construction d'une centrale de production frigorifique et d'une garantie des prix de l'électricité(grief n° 4)

Considérant qu'EDF fait observer que cette proposition ne s'était accompagnée ni d'une subvention de 6 000 KF, ni d'une garantie des prix de l'électricité, mais d'une simple bonification d'intérêts, considérée par elle comme un avantage non significatif, permettant au client de financer des investissements en équipement de climatisation réversible ; qu'elle maintient que l'aide de 6 000 KF était totalement indépendante du recours ou non aux services complets proposés par sa filiale ; qu'elle fait également valoir que la seule proposition des services de sa filiale n'entraîne ni dans les prévisions de la jurisprudence communautaire relative à l'abus de position dominante, ni dans les cas envisagés par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 sur la diversification EDF/GDF, relevant qu'*"il n'y a eu ni agissements déloyaux, comme un dénigrement des produits d'un concurrent, ni pressions exercées par le demandeur"* ; qu'elle soutient enfin que, s'agissant d'une simple proposition qui n'a pas été étudiée par la BNF, aucune atteinte sensible, avérée ou potentielle au jeu de la concurrence ne peut être démontrée ;

Considérant, en effet, qu'il n'est pas contesté que l'offre faite par EDF d'assortir le recours aux services de sa filiale GFF d'une aide financière, ou à tout le moins d'une facilité de financement, n'a constitué qu'une proposition qui n'a pas été retenue ni même été étudiée par la BNF ; qu'elle n'a donc pas été mise en œuvre ; que, dans ces conditions, il n'est possible d'établir ni son objet ni ses effets anticoncurrentiels ; qu'il n'y a donc pas lieu de retenir le grief correspondant ;

5. En ce qui concerne la pratique consistant à avoir, dans le cadre d'une opération immobilière réalisée à Paris par le promoteur Kaufman and Broad et dénommée Washington Plaza, subordonné l'octroi d'aides financières à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et la mise en place d'installations de télécomptage, à l'engagement, par le client final, de s'approvisionner exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins six ans et sous peine de pénalités financières (grief n° 5)

Considérant qu'EDF fait valoir que les avantages du télécomptage avaient été mal analysés et que l'installation d'un dispositif de télécomptage n'a d'intérêt que pour la gestion de consommations

importantes, ce qui suppose que le client ait opté pour le tout-électrique ; qu'EDF indique que le télécomptage se révèle performant seulement au-delà d'une certaine quantité consommée, d'où il résulte que si ce système n'est valable qu'à partir d'un certain volume de consommation, il n'est pas nécessairement lié à un approvisionnement exclusif en électricité ; qu'EDF prétend, dans le cas d'espèce, qu'en choisissant le raccordement au réseau de chaleur, le client Kaufmann and Broad n'avait plus une consommation électrique suffisante pour justifier la mise en place d'une installation de télécomptage ; que, selon EDF, ce serait donc à tort que le rapport affirme que l'installation du télécomptage est subordonnée à un engagement exclusif d'approvisionnement auprès d'EDF, la convention conclue avec Kaufmann and Broad ne contenant aucune clause d'exclusivité ; qu'EDF soutient encore que l'octroi d'une participation commerciale de trois millions de francs résulte du caractère exceptionnel de l'opération, la faisant entrer dans le cadre des aides à l'innovation et aux économies d'énergie et que la nécessaire contrepartie de ce type d'aide consiste dans l'engagement d'utilisation des équipements qu'EDF doit mettre en place pour alimenter le client en électricité ; que cet engagement ne saurait être qualifié d'abus, dans la mesure où il était en l'espèce assorti d'une compensation financière, d'une part, et d'une durée limitée à six ans, d'autre part ;

Considérant que le principe de l'octroi d'une aide de trois millions de francs n'est pas l'objet du grief n° 5, celui-ci visant la subordination de cette participation et de l'installation de télécomptage à un engagement de fourniture exclusive ; qu'EDF, après avoir, dans les observations à la notification des griefs, contesté la matérialité de ce lien de subordination entre télécomptage et engagement de fourniture exclusive, soutient désormais qu'il n'existe pas d'engagement de fourniture exclusive ;

Mais considérant que les termes de la clause litigieuse, cités dans la partie " constatations " de la présente décision, font apparaître que l'engagement pris par le client consiste exactement dans la mise en service et l'utilisation pour une durée minimale de six ans d'un équipement électrique destiné à la climatisation et au chauffage de chaque bureau d'un ensemble immobilier de 46 000 M2 ; que, dans ces conditions, elle est assimilable à une clause d'approvisionnement exclusif ; qu'ainsi, EDF ne peut valablement soutenir qu'aucun engagement exclusif de fourniture d'électricité envers elle n'a été pris par la société Kaufmann and Broad ; qu'en ce qui concerne le lien entre cette clause et la mise en place de l'installation de télécomptage, celui-ci est suffisamment établi, d'une part, par les termes de la déclaration du maître de l'ouvrage selon lesquels " *Si l'offre de CPCU avait été acceptée, nous n'aurions sans doute pas eu de télécomptage* " et, d'autre part, par la lettre du chef du service des relations commerciales du centre EDF-GDF-Services de Paris-Tour-Eiffel, en date du 24 janvier 1991, citée au I de la présente décision, selon laquelle l'exclusivité d'approvisionnement en électricité est qualifiée de " *contrepartie* " à l'octroi d'une participation commerciale et à la mise en place d'installations de télécomptage ; qu'enfin, cette lettre indique in fine que les usages thermiques visés par la clause d'exclusivité sont le chaud et le froid ;

Considérant que les marchés concernés sont les marchés de l'électricité, le client étant tenu de se raccorder au réseau électrique compte tenu des usages incontournables de l'électricité, de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments et de la fourniture d'énergie destinée au chauffage ; qu'EDF occupe une position dominante sur chacun de ces marchés ;

Considérant qu'EDF conteste le caractère abusif de la pratique en cause et l'existence d'objet ou d'effet anticoncurrentiels ; que la pratique consiste, pour EDF, à exiger de ses clients, en contrepartie d'une aide commerciale et de prestations particulières, un engagement d'utilisation et de conservation d'équipements

fonctionnant à l'électricité pour assurer les fonctions de chauffage et de climatisation ; que cette pratique, qui subordonne l'octroi d'aides commerciales et d'une prestation complémentaire qu'EDF et seule EDF, compte tenu de ce que cette prestation entre dans le cadre de ses activités sous monopole, peut discrétionnairement accorder ou refuser, au recours exclusif à l'électricité pour la satisfaction des besoins thermiques d'un immeuble, a pour objet de faire obstacle à l'utilisation d'une énergie concurrente ; que si les efforts commerciaux font partie des outils normaux utilisés dans la compétition existant entre opérateurs, ceux mis en oeuvre dans l'opération considérée revêtent un caractère abusif parce qu'ils sont le fait d'un opérateur en position dominante ; que, dans le cas d'espèce, l'utilisation faite de ces moyens a pour objet et a eu pour effet de faire obstacle à la concurrence sur les marchés concernés ; que l'objectif dont se prévaut EDF d'aider les projets innovants susceptibles de réduire la consommation d'énergie ne suffit pas à justifier l'obligation d'exclusivité qui a pour objet de " fermer " l'accès au client pendant la durée de l'engagement, ôtant ainsi la possibilité, pour les clients d'EDF, de revoir leurs modes d'approvisionnement en énergie, en fonction des évolutions du marché susceptibles de modifier, au désavantage d'EDF, les conditions économiques de cet approvisionnement ; que ceci résulte également de la nature de l'aide accordée par EDF qui consiste, en l'espèce, à couvrir 60 % du coût des travaux complémentaires rendus nécessaires par le choix du tout-électrique au lieu du raccordement au réseau CPCU ; que la progression des parts de marché de la CPCU qu'invoque EDF, pour nier la possibilité d'un effet anticoncurrentiel de la clause litigieuse, n'est pas de nature à infléchir cette analyse, dès lors, d'une part, que la clause litigieuse ne concerne pas le seul marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage sur lequel intervient la CPCU mais aussi celui de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation et que, d'autre part, il n'est pas possible d'affirmer que le marché s'est développé dans des conditions identiques à celles qui auraient pu prévaloir si EDF n'avait pas recouru aux pratiques litigieuses ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que ces pratiques entrent dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et sont prohibées par celui-ci ;

Considérant qu'EDF se prévaut des dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 aux termes desquels : *" Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : 1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; 2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès "* ; qu'EDF indiquait que l'aide consentie dans le cadre de l'opération Washington Plaza entrait dans les prévisions des contrats de plan signés avec l'Etat, invoquant à cet égard le contrat signé pour la période 1997-2000, lequel prévoit un montant de 2,8 milliards de francs consacrés à l'innovation ;

Mais considérant qu'en toute hypothèse, et à supposer qu'il ait existé pour la période concernée par l'opération Washington Plaza antérieure à 1997 un contrat contenant des dispositions analogues à celles figurant dans le contrat de plan produit par EDF en annexe de ses observations et que certaines des clauses de ce contrat puissent être regardées comme ayant le caractère d'un règlement pris pour l'application d'un texte législatif, l'exonération dont se prévaut EDF ne pourrait néanmoins lui être accordée, dans la mesure où le contrat de plan invoqué indique lui-même, dans la partie consacrée aux moyens commerciaux susceptibles

d'être employés par EDF et concernant notamment les aides commerciales, que " *l'ensemble de ces opérations sera mené dans le respect des règles de la concurrence* " ; que, en ce qui concerne le bénéfice du 2 de l'article 10, l'engagement d'exclusivité n'est en rien indispensable à l'objectif de progrès poursuivi par EDF ; que, dans ces conditions, EDF ne peut bénéficier des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

6. En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre d'une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris dans le VIII^{ème} arrondissement, subordonné l'octroi d'une prestation spécifique à l'engagement, pour le client final, de s'approvisionner exclusivement en électricité pour répondre à ses besoins thermiques (grief n° 6)

Considérant qu'EDF conteste, à propos de cette opération, la matérialité du lien existant entre obligation de fourniture exclusive et télécomptage, tout en formulant, par ailleurs, les mêmes observations que pour la pratique précédente auxquelles il doit être répondu de la même manière ;

Considérant qu'EDF considère encore que le fax du 12 mars 1991, dont le contenu est cité au I de la présente décision, " *s'explique par de simples raisons techniques, en particulier par l'importance de la consommation* " ;

Mais considérant que ce document lie explicitement installation de télécomptage et adoption par le maître d'ouvrage d'un système tout-électrique pour la production de chaud et de froid ; qu'en effet, le choix proposé au maître de l'ouvrage consiste soit à retenir la solution tout-électrique, et dans ce cas EDF propose de réaliser une installation de télécomptage, soit à adopter une autre solution, et EDF indique alors qu'elle réalisera l'alimentation électrique de l'immeuble sans télécomptage ; qu'il en résulte donc bien qu'EDF a subordonné l'installation d'une prestation spécifique souhaitée par son client à un engagement d'approvisionnement exclusif en électricité ; que cela est corroboré par les déclarations de M. Benda, responsable des travaux d'investissement à la direction immobilière d'AXA, telles qu'elles sont consignées à la page 7 du rapport d'enquête administratif, aux termes desquelles : " si la solution tout-électrique était retenue ", le télécomptage serait installé sans restriction ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique, qui est le fait d'une entreprise en position dominante et qui avait pour objet et a eu pour effet de faire obstacle à l'exercice de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer le chauffage ou la climatisation, est contraire à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

7. En ce qui concerne la pratique consistant, pour GDF, à avoir, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, accordé à la société Zeus une garantie du prix du gaz, indexée sur le prix de la vapeur (grief n° 7)

Considérant qu'en réponse à la notification des griefs, GDF a fait valoir que la clause litigieuse n'est en rien une " clause d'indexation de prix " ; que le rapport a précisé que l'objet du grief porte sur l'équilibre économique favorable au gaz par rapport à la vapeur, qui a déterminé le choix initial du client, équilibre que GDF garantit dans cette clause ; que GDF conteste que cette clause ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ;

que GDF expose sur ce point que le choix d'un système de chauffage représente un coût d'investissement élevé, a des effets durables et est faiblement réversible et que, dans ces conditions, ce sont les clients qui exigent une telle clause ; que GDF fait valoir que si cette clause avait eu pour objet d'écarter la concurrence, la garantie aurait dû jouer aussi face aux autres combustibles concurrents du gaz, tel le fioul ; qu'en ce qui concerne l'effet de la pratique litigieuse, GDF indique que l'argument de l'obstacle au raccordement à un réseau de vapeur est inopérant puisque le réseau n'existe pas dans le site en cause ; qu'ainsi la clause ne peut donc pas avoir eu pour effet l'élimination de CPCU en tant que concurrent, même potentiel, de GDF ; que GDF invoque le caractère purement hypothétique du raisonnement du rapport selon lequel sur un terme de dix ans, durée prévue de la garantie, rien n'autorise à affirmer que des innovations technologiques ne pourraient pas modifier les choix offerts au consommateur, tant au plan des caractéristiques techniques des systèmes de chauffage que de leurs conditions économiques ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'objet de la clause, le fait que la garantie ne soit accordée que par référence au coût d'un seul " produit " concurrent, à savoir la vapeur, n'exclut pas l'existence d'un objet anticoncurrentiel ; qu'en effet, le caractère anticoncurrentiel d'une pratique n'est pas subordonné au fait que tous les opérateurs d'un même marché soient potentiellement visés par la pratique en cause ; qu'il en est particulièrement ainsi lorsque l'opérateur visé occupe une place minoritaire et que la pratique peut avoir un effet non seulement sur la décision d'un client précis, mais, au-delà, sur le développement de l'offre de cet opérateur ; que, précisément, dans le cas d'un réseau, la décision de clients importants peut exercer une influence sur l'évolution future de l'offre ;

Considérant qu'ainsi que cela a déjà été exposé, et en raison de la faible réversibilité d'un système de chauffage, la concurrence s'exerce principalement au moment du choix de l'équipement ; que les garanties contractuelles qui peuvent être négociées à l'occasion de ce choix sont donc particulièrement importantes pour le libre jeu de la concurrence ; que le fait qu'une garantie telle que celle offerte par GDF soit éventuellement sollicitée par les clients est sans influence sur les caractéristiques qu'elle présente au regard du fonctionnement du marché ; que, si la clause litigieuse assure au client le maintien des conditions économiques prévalant au moment de la conclusion du contrat de fourniture, elle offre également à GDF, dans le même temps, un débouché certain pendant la durée de la convention ; qu'il en résulte qu'en garantissant à ses clients que le recours au gaz sera toujours, pendant la durée de la garantie, économiquement favorable à cette énergie, GDF restreint le jeu de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage ; qu'une telle clause, sous couvert de sauvegarder l'intérêt du client, a pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix de vente de la part des concurrents producteurs de vapeur, aucun d'entre eux ne pouvant, à terme, espérer augmenter significativement sa part de marché s'il diminue ses prix ; qu'elle contribue donc à figer les positions acquises sur le marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique entre dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et est prohibée par l'article 8 de ce texte ;

8. En ce qui concerne la pratique, reprochée à EDF et GDF, consistant à avoir subordonné, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et/ou de gaz, à l'engagement, par le client final, de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF ou de GDF pendant une durée d'au moins dix ans et sous peine de pénalités financières (grief

n° 8)

Considérant qu'EDF soutient que les clauses d'exclusivité sont justifiées par l'ampleur des investissements consentis ; qu'elle fait valoir qu'il est normal que l'opérateur se prémunisse contre le risque de voir les programmes d'aménagement non tenus et contre celui de voir l'utilisateur final changer d'énergie avant l'entier amortissement des investissements ; qu'elle soutient qu'au regard de la jurisprudence du Conseil sur les clauses d'exclusivité, telle qu'elle s'exprime dans sa décision n°98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, la durée de dix ans prévue par la clause litigieuse n'est pas excessive, dès lors que ses investissements se sont élevés à dix millions de francs auxquels il convient d'ajouter les coûts de raccordement et de branchement, soit au total une somme de 12,3 millions de francs ; qu'elle expose, d'ailleurs, qu'en cinq ans, elle n'a amorti que 15,5 % de son investissement ;

Considérant que GDF justifie de la même manière qu'EDF la clause d'exclusivité qui lui a été consentie dans le cadre de l'aménagement de la ZAC de Bercy, à savoir le nécessaire amortissement des investissements réalisés pour la desserte en gaz de la zone considérée ; que GDF ajoute qu'il n'avait aucune obligation de desservir en gaz la ZAC de Bercy ; qu'il lui appartenait donc de garantir l'amortissement et un retour normal sur investissement ; que GDF se prévaut, lui aussi, de la décision précitée du 7 juillet 1998 ; qu'il fait enfin valoir que l'appréciation du caractère abusif ou non de la clause doit s'apprécier eu égard aux circonstances économiques qui prévalaient à l'époque du contrat, et non au vu des données et informations acquises par la suite ; qu'il rappelle, à ce sujet, que le projet en cause a été envisagé au moment de la guerre du Golfe et pendant la crise immobilière sévissant à Paris ; qu'il s'agissait donc d'une opération particulièrement risquée ; qu'enfin, la clause ne pouvait avoir pour effet d'empêcher un concurrent d'accéder au marché dès lors que le choix initial d'un système de chauffage est faiblement réversible et que, si les promoteurs de la ZAC souhaitaient pour tel bâtiment une autre énergie, ils ne s'exposaient qu'à la perte des aides commerciales selon une proportion stipulée au contrat ; que cette entreprise soutient également que la clause d'exclusivité critiquée ne joue pas sur le marché dominé et ne peut donc être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'une entreprise en position dominante sur un marché peut abuser de cette position sur un autre marché, connexe ou aval ; que l'argumentation de GDF, selon laquelle le fait que la clause, objet du grief, ne joue pas sur un marché dominé, est inopérante, dès lors que GDF dispose bien d'une position dominante sur un marché connexe à celui sur lequel la clause litigieuse produisait ses effets ; que, de même, l'argument selon lequel la faible réversibilité du choix d'un système de chauffage exclut toute potentialité d'effet de la clause doit être écartée, dès lors que la clause d'exclusivité n'avait aucune portée si, comme le soutient GDF, le client ne pouvait plus recourir à une énergie concurrente une fois son système de chauffage choisi ; que, par ailleurs, les explications de GDF sur la nécessité d'amortir ses investissements seraient dénuées de pertinence si ce risque de voir l'utilisateur changer d'énergie n'existait pas ;

Considérant que les aides accordées par EDF et GDF viennent en déduction de leurs barèmes de prix officiels ; qu'elles ont une contrepartie en termes de vente d'électricité ou de gaz de manière indirecte, par l'effet d'une convention conclue pour une longue période et du choix d'un équipement spécifique, conduisant automatiquement à l'apparition d'une demande durable d'électricité ou de gaz du fait de la réversibilité limitée des systèmes de chauffage ; que cette demande est nécessairement adressée à EDF ou GDF du fait de leur monopole ; que l'irréversibilité des choix n'étant pas totale, les clients conserveraient en

principe, au prix de nouveaux investissements, la possibilité de recourir à une autre source d'énergie mais qu'une telle possibilité, déjà difficile à mettre en œuvre, est rendue plus inaccessible encore par les clauses d'exclusivité ; que celles-ci, dès lors, confortent la pérennité de la demande adressée à EDF et à GDF ; que la décision n° 98-D-52 n'exclut d'ailleurs pas le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité si elles empêchent toute possibilité d'accès des entreprises concurrentes aux marchés concernés ; qu'il suit de là que les clauses litigieuses, imposées par des entreprises qui disposent d'une position dominante sur un ou plusieurs marchés, pouvaient avoir un caractère anticoncurrentiel ;

Considérant, toutefois, que, d'une part, la durée d'exclusivité n'apparaît pas excessive au regard de la nature et du montant des investissements consentis par EDF et GDF ; que, d'autre part, à la différence du mode de calcul des pénalités prévues dans le cadre des aides à la BNF, objet du grief n° 2, les conventions EDF-GDF comportaient une clause de " prorata temporis " pour le remboursement des aides versées ; que cette situation rendait moins onéreuse pour le client la décision de modifier son approvisionnement énergétique en cours de convention ; que la pratique contestée ne constituait donc pas, pour les fournisseurs d'énergie concurrents, et à la différence de ce qui a été constaté dans le grief n° 2, un obstacle à l'accès au marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique ne peut être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

9. En ce qui concerne la pratique, reprochée à EDF et GDF, consistant dans le fait d'avoir mis en oeuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d'approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d'électricité et de gaz, dans les propositions du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche à la Bibliothèque nationale de France, en accordant une aide financière à la solution "couplée" GAZ-ELECTRICITE, (grief n° 9) et, dans la convention signée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore avec la société Zeus, par la clause d'exclusivité de fourniture en faveur d'EDF et de GDF (grief n° 10)

Considérant qu'EDF fait valoir que l'existence des centres EDF-GDF-Services était critiquée en elle-même par la notification des griefs, alors que la mise en place d'une entité commune n'est pas en soi restrictive de concurrence et alors surtout que ces centres ont une base légale et conventionnelle ;

Mais considérant que les griefs ne visent pas l'existence de la structure commune EDF-GDF-Services en tant que telle, mais des pratiques relevées à l'occasion de deux opérations immobilières particulières et trouvant leur source dans des conventions dont les centres EDF-GDF-Services concernés sont les supports et assurent la mise en oeuvre ; qu'ainsi, l'invocation des textes sur lesquels repose l'existence des centres EDF-GDF-Services est inopérante ;

Sur la pratique relevée à l'occasion de la construction de la BNF :

Considérant qu'EDF se prévaut de ce que le montant de l'abattement proposé sur le coût de raccordement de l'alimentation de secours de la BNF, à la charge de cette dernière, a été calculé par rapport à la consommation d'électricité et n'a pas varié par la suite, bien que la solution mixte électricité/avec appoint gaz n'ait pas été retenue et que le client ait choisi une solution EDF/avec appoint CPCU ; qu'elle indique, en réponse au rapport, que les faits d'entente ne se présument pas et que la seule omission, dans l'offre, de

l'indication selon laquelle l'abattement pour la seconde alimentation pouvait être consenti quelle que soit l'énergie complémentaire utilisée, ne peut suffire à prouver l'entente reprochée ;

Considérant que GDF se prévaut des mêmes explications techniques qu'EDF et soutient, en outre, que l'abattement, qui ne résulte pas de l'effet de la structure commune EDF-GDF-Services, n'avait ni pour objet ni pour effet de fausser la concurrence ; que GDF fonde également son argumentation sur le fait qu'EDF avait maintenu cet avantage commercial alors que l'appoint de chaleur avait finalement été attribué à la CPCU et non au gaz ; qu'en réponse au rapport, GDF fait valoir que les faits visent une proposition unilatérale d'EDF ; qu'aucun grief ne saurait être retenu à son encontre dès lors que son adhésion à une éventuelle entente n'est pas démontrée ; que le fait que l'offre émane d'un centre EDF-GDF-Services ne suffit pas à l'impliquer ; que la BNF, qui a reçu trois offres commerciales distinctes dont celle de GDF seul, n'a pu se méprendre sur l'auteur des différentes propositions ;

Considérant qu'il est constant que le choix, par la BNF, de la CPCU, et non de GDF, pour la fournir en énergie complémentaire, ne s'est pas accompagné du retrait de l'abattement en cause ; qu'il en résulte que la pratique consistant à offrir un abattement sur le coût d'une prestation EDF, sous réserve du choix de l'électricité ou d'une fourniture couplée électricité-gaz, n'a pu avoir d'effet anticoncurrentiel ; que cette pratique présentait néanmoins un objet anticoncurrentiel consistant à écarter toute énergie autre que l'électricité ou le gaz sur le site donné, dès lors que l'abattement n'était pas proposé par EDF dès le début des négociations et quelle que soit l'énergie utilisée ; que le fait que le coût du raccordement supplémentaire était identique pour EDF, quelle que soit l'énergie complémentaire utilisée, rend équivoque la présentation faite dans l'offre selon laquelle la meilleure rentabilisation des équipements avec une solution électricité-gaz permettait l'octroi d'un abattement sur le coût de la seconde alimentation ; que le caractère marginal de la fourniture complémentaire devant être assurée par le gaz ou par la vapeur ne supprime pas l'existence d'un objet anticoncurrentiel ;

Mais considérant que n'est établie à l'encontre d'EDF qu'une omission consistant à ne pas avoir informé son client des conditions exactes de l'offre qui lui était proposée ; que, par ailleurs, le fait que l'offre litigieuse ait été présentée au seul nom d'EDF ne permet pas de retenir qu'elle avait été concertée avec GDF ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'entente n'est pas établie et, qu'ainsi, les faits visés au grief n° 9 ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996 ;

Sur la pratique relevée à propos de la ZAC de Bercy :

Considérant qu'en réponse au rapport, EDF et GDF font valoir que ce grief est identique à celui résultant du grief n° 8, ce qui est contraire au principe " non bis in idem " ;

Mais considérant que le principe invoqué par EDF et GDF n'empêche pas la qualification d'une même pratique au regard des articles 7, d'une part, et 8, d'autre part, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'une seule sanction est prononcée au titre de cette pratique par le Conseil ;

Considérant qu'EDF conteste l'effet sur les prix de la fourniture d'électricité ou de gaz qu'aurait pu avoir la clause d'exclusivité contestée et nie que la pratique critiquée ait pu constituer une barrière à l'entrée sur le

marché de la fourniture de l'énergie ; que GDF renvoie à ses observations concernant la clause d'exclusivité consentie à la société Zeus et conteste la répartition de marché incriminée par le grief ;

Considérant que ce sont, en effet, les aides accordées par le centre EDF-GDF-Services concerné, et non la clause d'exclusivité, qui sont susceptibles de faire baisser artificiellement le coût du recours à l'électricité ou au gaz, mais que c'est la combinaison de ces aides, aboutissant à une baisse de prix, et de la clause d'exclusivité qui fait que les autres concurrents sont exclus de façon durable de l'approvisionnement en énergie de la zone considérée ; que, si cette pratique a été visée, sous la qualification d'abus de position dominante, par le grief n° 8, le grief n° 10 reproche spécifiquement à cette clause de constituer une entente entre EDF et GDF ; que cette clause, en effet, limite la fourniture d'énergie sur le site considéré, durant la période d'exclusivité, à une compétition entre EDF et GDF ; qu'en invoquant la faculté laissée au client de passer alternativement du gaz à l'électricité, GDF ne fait que décrire la pratique précisément contestée, qui consiste en ce que EDF et GDF se sont entendus afin de limiter la compétition à leurs seules énergies ; qu'ainsi, la clause litigieuse implique que les aides commerciales accordées pour l'opération immobilière concernée sont subordonnées à une fourniture couplée gaz-électricité, c'est-à-dire qu'elles ne seraient pas accordées si le client avait recours soit à l'électricité associée à une autre énergie, soit au gaz associé à une autre énergie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique susdécrite est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aucun texte n'est susceptible de justifier la pratique visée au grief n° 10, les textes invoqués par EDF étant relatifs à l'existence des centres EDF-GDF, services qui ne sont pas mis en cause en tant que tels ; qu'en ce qui concerne l'article 10-2 de la même ordonnance, rien n'établit que la clause d'exclusivité de fourniture consentie au bénéfice d'EDF et GDF ait été indispensable pour obtenir l'efficacité économique dont EDF se prévaut ; qu'en tout état de cause, l'article 10-2 exclut l'exemption des pratiques donnant aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause alors que tels étaient bien l'objet et l'effet de la pratique incriminée ;

10. En ce qui concerne la qualification des pratiques au regard des articles 85 et 86 du traité de Rome

Considérant qu'il n'est pas établi au regard du dossier que les pratiques en cause aient affecté le commerce intra-communautaire ;

Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} 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 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 % 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 10 millions de francs. Le Conseil peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne (...) ; Les frais sont supportés par la personne intéressée " ;

Considérant qu'EDF, détenteur d'une position dominante sur les marchés de l'électricité, de l'énergie destinée au chauffage des bâtiments et de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments, a abusé de cette position sur le deuxième et le troisième de ces marchés ; que GDF, détenteur d'une position dominante sur le marché du gaz combustible, a abusé de cette position sur le marché connexe de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments ; que, pour apprécier le degré de gravité des pratiques, il y a lieu de relever qu'elles ont été commises par des opérateurs publics et qu'elles résultent des moyens tant matériels qu'immatériels dont les opérateurs concernés disposent en cette qualité ; que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de relever que ces pratiques avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet d'entraver spécialement le développement des énergies concurrentes distribuées par réseau et donc de fermer l'accès à un marché naissant ; qu'en ce qui concerne les pratiques établies à l'encontre d'EDF, il convient de souligner, pour la BNF et la ZAC de Bercy, qu'elles ont été commises, dans le premier cas à l'occasion d'un chantier exceptionnel constitué par la construction de la BNF, et ont produit leur effet, dans les deux cas, sur une zone d'aménagement urbain considérée comme essentielle au rééquilibrage de l'agglomération parisienne ; que, s'agissant de la BNF, la solution retenue pouvait exercer une influence certaine sur la possibilité ou non de la mise en place d'un réseau d'eau glacée dans cette importante zone d'aménagement ;

Considérant qu'EDF a réalisé en France, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors-taxes de 185 milliards de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 30 millions de francs ;

Considérant que GDF a réalisé en France, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors-taxes de 58,706 milliards de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 millions de francs ;

Considérant que, compte tenu de l'importance de l'image de ces opérateurs et de leur réputation de prescripteurs techniques, il convient d'informer leurs consommateurs potentiels de ce que, dans certaines circonstances, ces avantages liés à leurs positions dominantes ont pu être utilisés de façon abusive ; qu'il y a lieu, dès lors, de prescrire la publication de la présente décision dans le quotidien Le Monde,

Décide :

Article 1^{er}- Il est établi que les sociétés EDF et GDF ont enfreint les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2.- Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 30 000 000 F à EDF ;

- 2 000 000 F à GDF.

Article 3.- Dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, EDF et GDF feront publier, à frais communs et au prorata des sanctions prononcées, la partie II de la présente décision dans une édition du quotidien Le Monde. Cette publication sera précédée de la mention " *Décision du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relatives à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie* ".

Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, MM. Ripotot, Robin, Rocca et Sloan, membres.

Le secrétaire de séance,

La présidente,

Sylvie Grando

Marie-Dominique Hagelsteen