



**Avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994.  
relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification  
des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence**

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 24 février 1994 sous le numéro A 137 par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur les effets actuels et potentiels de la diversification d'E.D.F. et de G.D.F., au regard du fonctionnement de la concurrence;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence modifiée, et notamment son article 5, ensemble le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application;

Les représentants du ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur et du ministère des entreprises et du développement économique, chargé des petites et moyennes entreprises et du commerce et de l'artisanat ayant été invités à présenter leurs observations lors de la séance;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,

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

Le ministre de l'économie a saisi, le 23 février 1994, le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 sur le bien-fondé au regard des règles de la concurrence, de la diversification engagée par Electricité de France (E.D.F.) et Gaz de France (G.D.F.).

Par diversification, il faut entendre les actions visant à développer les activités autres que celles expressément confiées par la loi du 8 avril 1946, sous forme de monopoles nationaux à E.D.F. et G.D.F., c'est-à-dire toutes les activités en dehors de l'importation, l'exportation, la production, le transport et la distribution d'électricité (E.D.F.) ou de gaz combustible (G.D.F.). Par ailleurs, les activités d'E.D.F. et de G.D.F. à l'étranger sont, en général, considérées comme des activités de diversification.

Depuis une dizaine d'années, plusieurs réflexions ont été menées sur les problèmes posés par la diversification d'E.D.F. et de G.D.F. La première difficulté est apparue en 1983, lorsque la division Innovation et transfert de technologie d'E.D.F., érigée en filiale, a effectué des travaux d' 'enssembler' pour l'installation de production énergétique, notamment aux Etats-Unis. En 1986, un rapport interne à l'établissement dénonçait le nombre trop élevé et la mauvaise identification des filiales.

En janvier 1988, la politique de diversification a été officialisée au cours d'une réunion du conseil d'administration d'E.D.F. Au cours de la même année, un rapport de l'inspection générale des finances et du conseil général des mines suggérait de soumettre les opérations de diversification à cinq conditions : des prises de participation minoritaires avec des partenaires privés ; une rentabilité actualisée supérieure au coût des capitaux empruntés ; des ressources nécessaires obtenues soit par cessions, soit par 'capitaux à risques, levés pour la circonstance', et non par dotations en provenance d'E.D.F. ou de G.D.F. ; une structure de gestion autonome des filiales en matière de diversification, par création d'un holding spécialisé et l'établissement d'un bilan au bout de cinq ans.

En 1993, à la demande du ministre de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur, un groupe de travail, conduit par M. Mandil, directeur général de l'énergie et des matières premières, remettait ses conclusions sur la réforme de l'organisation électrique et gazière française en avançant notamment les propositions suivantes dont certaines avaient trait soit à la concurrence, soit à la diversification:

1. Maintien d'une gestion centralisée par le service public des réseaux de transport;
2. Suppression du monopole de production d'E.D.F. avec, à court terme, le maintien d'un gestionnaire unique du réseau ayant la maîtrise de la répartition entre les centrales en fonction de leurs coûts variables et avec, à long terme, la maîtrise confiée à ce même gestionnaire du réseau, de la programmation et de la configuration optimale du parc de production;
3. Suppression des monopoles d'importation et d'exportation;
4. Développement d'E.D.F. et de G.D.F. sur les marchés étrangers;
5. Création d'une autorité spécialisée pour assurer la sécurité de l'exploitation et l'encadrement du système, notamment sur le plan de la concurrence.

Au mois de mars 1994, une table ronde, réunissant les professionnels concernés (1), débouchait sur la rédaction d'un livre blanc, cosigné par les représentants de toutes les organisations intéressées, aux termes duquel la diversification des deux établissements devait être immédiatement arrêtée. A l'issue de cette table ronde, le ministre chargé de l'industrie annonçait son intention de suspendre le développement des activités de diversification d'E.D.F. et de G.D.F. dans l'attente d'une décision définitive qui devrait être prise au mois de juin 1994.

(1) Cf. liste en annexe.

A ce jour, la diversification a fait l'objet de trois instances contentieuses:

- la chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie (Syntec) a engagé deux procédures contre E.D.F., l'une devant les instances communautaires, l'autre devant le tribunal administratif de Paris. L'objet du recours devant la juridiction administrative est d'obtenir l'annulation de l'arrêté autorisant E.D.F. à participer au capital de Charth (l'un des quatre holdings créés par E.D.F. pour se diversifier). La direction générale de la concurrence de la Commission des communautés européennes a, pour sa part, adressé des demandes d'information à la direction générale de l'énergie et des matières premières du ministère de l'industrie et à la filiale regroupant les activités d'ingénierie d'E.D.F. (Efisys);

- la Compagnie générale des eaux, partenaire minoritaire d'E.D.F., dans une filiale commune (Tiru) exerçant son activité dans le secteur des déchets, a porté devant le tribunal de commerce de Paris une contestation relative à l'acquisition d'une société autrichienne (A.S.A.) pour non-respect des droits de la minorité. Cette procédure suit son cours;

- une plainte a été déposée devant le Conseil de la concurrence par la Chambre syndicale de l'équipement électrique (C.S.E.E.) contre la société S.D.F. (filiale d'E.D.F.) dans le secteur de la télésurveillance pour pratiques anticoncurrentielles. Cette saisine a été déclarée irrecevable par le conseil et la cour d'appel de Paris.

Ces différents contentieux ont comme commun dénominateur une double interrogation sur les règles applicables aux activités de diversification : en droit administratif, d'une part, à travers la délimitation du principe de spécialité appliqué à E.D.F. et G.D.F. qu'il revient éventuellement au Conseil d'Etat de préciser ; en droit de la concurrence, d'autre part, par l'examen des conséquences induites par la diversification, à la fois en termes de pratiques et de structures, au regard des règles de la concurrence, c'est-à-dire des textes (ordonnance du 1er décembre 1986 et articles du traité de Rome relatifs à la concurrence) et de la jurisprudence dégagée par les diverses autorités de concurrence françaises et communautaires.

Les évolutions envisageables dans les règles communautaires en matière énergétique ne sont à prendre en compte que dans la mesure où elles tendraient à remettre en cause les principes actuels de concurrence au sein de l'Union européenne.

Après avoir présenté un état des activités de diversification engagées par E.D.F. et G.D.F. (I), le présent avis s'attachera à recenser les différentes difficultés qui en résultent sur le plan de la concurrence (II), pour suggérer des conditions à mettre en oeuvre pour garantir le respect du droit de la concurrence par les deux établissements (III).

## I. - LES ACTIVITES D'E.D.F. ET DE G.D.F.

### 1. L'activité Initiale d'E.D.F. et de G.D.F.

#### 1.1. Le cadre juridique

Aux termes des articles 2 et 3 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les pouvoirs publics ont nationalisé les entreprises d'électricité et de gaz existantes à quelques exceptions près et en ont confié la gestion à deux établissements publics nationaux de caractère industriel et commercial dénommés respectivement Electricité de France, service national (E.D.F.) et Gaz de France, service national (G.D.F.).

Par les dispositions de la même loi, sous réserve de quelques aménagements et dérogations, ont ainsi été confiés:

- à E.D.F., la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité;

- à G.D.F., la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation de gaz combustible.

Chaque établissement public est administré par un conseil d'administration tripartite composé de représentants de l'Etat (6), de consommateurs (6) et du personnel (6).

Un certain nombre de fonctions est exercé par des services communs aux deux établissements : la direction E.D.F.-G.D.F. Services, la direction des affaires générales et la direction du personnel et des relations sociales.

Le décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique et social est applicable aux deux établissements E.D.F. et G.D.F. Doivent ainsi être préalablement approuvés par l'Etat : les budgets, les états de prévisions ou d'exportation de premier établissement ; les bilans, les comptes de résultats, les affectations de bénéfices : les prises ou extensions de participations financières.

A l'origine, les décisions concernant les prises de participations financières devaient être approuvées par décret pris sur rapport du ministre de l'économie et du ministre intéressé. Toutefois, conformément au point 2 du protocole d'accord signé le 25 janvier 1990 entre l'Etat et E.D.F., les cessions et prises de participation d'E.D.F. sont décidées par simple arrêté interministériel. Depuis cette date, E.D.F. est autorisé, dans la limite de 50 millions de francs par entreprise, à accroître sa participation, à prendre des participations nouvelles ou à céder des participations dans des sociétés dont l'objet est directement lié à son activité par simple notification au commissaire du Gouvernement et au chef de la mission de contrôle, qui disposent d'un délai d'un mois pour y faire opposition. Les décisions relatives aux bilans, aux comptes de résultats et à l'affectation de bénéfices doivent être approuvées par arrêté. Dans les autres cas, une décision des mêmes ministres est nécessaire.

Comme tout établissement public, les deux entreprises sont soumises, dans le développement de leurs activités, au respect du principe de spécialité.

L'article 46 de la loi du 8 avril 1946 précitée, modifié par la loi du 2 août 1949, dispose qu'un décret fixera les conditions dans lesquelles les services de distribution devront cesser toutes activités industrielle et commerciale relatives à la réparation, à l'entretien des installations intérieures, à la vente et à la location des appareils ménagers et, d'une façon générale, toutes les activités autres que celles définies à l'article 1er (production, transport, distribution, importation et exportation d'électricité et de gaz combustible). Or, ce texte n'a jamais vu le jour.

## 1.2. L'activité économique d'E.D.F. et de G.D.F.

### E.D.F.

En 1993, le chiffre d'affaires d'E.D.F. s'est élevé à 183 milliards de francs pour un résultat comptable après rémunération de l'Etat de 2,1 milliards de francs. La capacité d'autofinancement de l'établissement était de 59 milliards de francs, et le montant total de ses investissements de 32,9 milliards de francs. Le montant des fonds propres s'établissait à 142 milliards de francs dont l'essentiel (120 milliards de francs) était constitué par la contre-valeur des biens en nature mis en concessions. Le montant du capital figurant au bilan d'E.D.F. sans changement depuis 1982, s'élevait à 2 589 milliards de francs (1 p. 100 de la valeur totale des fonds propres) auxquels s'ajoutait une dotation de 36,615 milliards de francs, représentant le total des dotations consenties par l'Etat à l'établissement. Cette dotation est rémunérée chaque année à la hauteur de 5 p. 100 avec une participation supplémentaire en fonction des résultats de l'exercice. Le solde des dettes financières s'établissait à 192 milliards de francs. E.D.F.

comptait 27 millions de clients. Au 31 décembre 1993, l'effectif total des agents travaillant à E.D.F. s'élevait à 118 767 personnes (2).

(2) Certains personnels étant communs à E.D.F. et G.D.F., la ventilation des effectifs entre les deux établissements est réalisée à partir de clefs de répartition.

G.D.F.

En 1993, le chiffre d'affaires de G.D.F. s'est élevé à 49,1 milliards de francs pour un résultat comptable après rémunération de l'Etat de 1 milliard de francs. Au cours du même exercice, la capacité d'autofinancement de l'établissement a représenté 9,6 milliards de francs et le montant total des investissements, 6,2 milliards de francs. Le montant des fonds propres s'établissait à 34,4 milliards de francs dont plus de la moitié (20,7 milliards de francs) était constituée par la contre-valeur des biens en nature mis dans la concession. Le montant du capital figurant au bilan est égal depuis 1982 à 137 millions de francs (3 pour 1 000 du total des fonds propres). La dotation cumulée de l'Etat, rémunérée à 5 p. 100, a atteint 5,7 milliards de francs. Le solde des dettes à moyen et long terme, était de 13,2 milliards de francs. 9,2 millions d'abonnés ont consommé 329 milliards de kWh de gaz combustible fournis par G.D.F. Au 31 décembre 1993, l'effectif total des agents travaillant à G.D.F. s'élevait à 25 801 personnes (3).

(3) Certains personnels étant communs à E.D.F. et G.D.F., la ventilation des effectifs entre les deux établissements est réalisée à partir de clefs de répartition.

## 2. Une diversification récente

Si les secteurs concernés par la diversification sont très variés, les motivations sont différentes selon les entreprises.

### 2.1. Des motivations différentes selon les établissements

Alors qu'E.D.F. met plutôt en avant des arguments de substitution, G.D.F. motive par la complémentarité l'engagement dans la diversification de ses activités.

En 1988, la direction d'E.D.F. annonça, pour la première fois, une stratégie de diversification. Depuis cette date, cinq types de motivations ont pu être avancés : le ralentissement de la croissance de la consommation d'électricité en France rend nécessaire le redéploiement du personnel de l'entreprise ; l'excès de capacité de production pousse l'établissement à valoriser ses surplus ; la demande de la clientèle pour des services plus élaborés oblige E.D.F. à adapter son offre ; le partenariat imposé avec les collectivités locales ouvre des marchés voisins de l'activité principale ; l'éventuelle ouverture à d'autres opérateurs des marchés captifs d'E.D.F. incite à développer, dès aujourd'hui, un esprit de concurrence au sein de l'établissement public.

Les responsables d'E.D.F. examinent, en particulier, les perspectives tracées par les projets de directive européenne relatifs à l'achèvement du marché intérieur de l'électricité et du gaz. Différents scénarios sont ainsi explorés qui vont du maintien du monopole actuel quasi exclusif d'E.D.F. jusqu'à l'ouverture à la concurrence des activités de transport et de distribution.

Dans tous les cas, une évolution qui conduirait E.D.F. à être soumis à la concurrence en matière de production ou de distribution ou à accorder un droit d'accès des tiers au réseau devrait, selon l'établissement, avoir pour contrepartie de permettre à E.D.F. de se diversifier.

Pour G.D.F., la diversification répond à l'idée de développer des activités complémentaires du service de base. L'objectif énoncé reste de développer les ventes de gaz par une adaptation du service public à des métiers complémentaires.

## 2.2. Etat de la diversification : les marchés concernés

### a) E.D.F. : une diversification multisectorielle

#### 1. Les réseaux câblés de vidéocommunication:

Au 30 novembre 1993, les principaux opérateurs, choisis librement par les communes sur le marché des réseaux câblés, comprenaient pour les réseaux soumis à autorisation distribuant au moins quinze programmes:

- la Compagnie générale des eaux, qui, par l'intermédiaire de ses filiales (Compagnie générale de vidéocommunication et Région câble), assurait 32 p. 100 du nombre des prises raccordables et 28 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base (service comprenant au moins quinze programmes de télévision);
- la Lyonnaise des eaux-Dumez, qui, par l'intermédiaire de sa filiale Lyonnaise-Communications, représentait 25 p. 100 du nombre des prises raccordables et 23 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base;
- le groupe de la Caisse des dépôts et consignations, qui, par une filiale Communication-Développement, avait installé 20 p. 100 du nombre des prises raccordables et 19 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base;
- la société France Télécom Câble, qui représentait 10 p. 100 du nombre des prises raccordables et 7 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base;
- E.D.F., qui était présent à côté d'autres intervenants représentant chacun quelques points de pourcentages, à travers trois opérateurs:
  - Vidéopole (23 000 abonnés, 1 p. 100 du nombre des prises raccordables et 1 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base);
  - Est Communication (19 000 abonnés, moins de 1 p. 100 du nombre des prises raccordables et 1 p. 100 du nombre d'abonnés au service de base);
  - Cité Câble (8 000 abonnés, moins de 1 p. 100 du nombre des prises raccordables et du nombre d'abonnés au service de base).

Sur un chiffre d'affaires annuel du marché du câble de vidéo-communication estimé à 1,8 milliard de francs, E.D.F. évalue le total de ses activités à 60 millions de francs. Les comptes de la société Vidéopole font apparaître pour l'exercice 1992 un résultat négatif de 10,1 millions de francs.

#### 2. L'ingénierie:

E.D.F. cherche à valoriser son savoir-faire dans tous les domaines de l'ingénierie, de l'expertise et des services. Les métiers concernés par cet axe de diversification sont, entre autres, l'architecture industrielle, l'environnement, la gestion de l'eau, les télécommunications, l'exploitation d'ouvrages complexes, les réseaux.

Les actions des sociétés du pôle ingénierie sont détenues par le holding S.A. Cofiva, détenu indirectement par E.D.F. à 100 p. 100 : Sofinel (Cofiva 55 p. 100 - Framatome 45 p. 100), Sofratome (Cofiva 90 p. 100 - C.E.A. 10 p. 100), Efisys Ingénierie (Cofiva 100 p. 100), Transenerg (Cofiva 14 p. 100).

Prévue dans le protocole d'accord entre l'Etat et E.D.F. du 25 janvier 1990, c'est la filiale Efisys Ingénierie, créée en 1991, qui conduit l'essentiel des actions de diversification en matière d'ingénierie en France et à l'étranger : études de réalisation d'ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité. Ces activités concernent aussi bien des travaux neufs que des adaptations ou des démantèlements. Ingénierie générale et ingénierie de l'environnement font partie de son objet social.

Le chiffre d'affaires de la société Efisys s'est élevé en 1992 à 6,65 millions de francs avec un résultat négatif de 0,42 million de francs. Pour 1993, son chiffre d'affaires est estimé à 100 millions de francs.

### 3. Le traitement des déchets par incinération:

En application de la loi du 15 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets, il existe un marché potentiel pour les dix prochaines années d'une dizaine de millions de tonnes de déchets par an pour lesquels il est nécessaire de mettre en place les équipements permettant un traitement industriel.

Ce marché est actuellement dominé par de grands groupes privés français et étrangers : la Compagnie générale des eaux et la Lyonnaise des eaux-Dumez (respectivement en 1990, 27 p. 100 et 20 p. 100 de ce marché), Waste Management et Browning Fenis Industries (Etats-Unis).

E.D.F. a renforcé récemment sa présence sur ce marché en prenant le contrôle majoritaire (51 p. 100) d'une filiale des groupes Lyonnaise des eaux et Générale des eaux, la société Tiru. Cette société représente à elle seule, avec ses trois usines de la région parisienne et avec un chiffre d'affaires total de 585 millions de francs, un cinquième du marché. Elle a dégagé en 1992 un résultat net positif de 9,1 millions de francs.

### 4. L'éclairage public:

Sur ces marchés en relation directe avec les collectivités locales, E.D.F., par l'intermédiaire, entre autres, de sa filiale Citelum, créée fin 1992, entre en concurrence avec des entreprises de tailles très variables. Sont présentes sur ce marché à la fois des entreprises de taille nationale, la Compagnie générale des eaux, la Lyonnaise des eaux-Dumez, la C.G.E.E. -Alstom, l'Entreprise industrielle, la Compagnie générale des travaux et d'installations électriques et des entreprises locales, la Société des travaux électriques Petrault ou la Société auxerroise Bornhauser et Molinari, par exemple. La demande concerne une grande variété d'opérations : la signalisation tricolore, l'éclairage des rues, les numéros d'immeubles, les horloges publiques, les illuminations, l'éclairage des souterrains et des espaces verts... Le chiffre d'affaires de Citelum pour 1993 est évalué par E.D.F. à une centaine de millions de francs. La part du marché estimé, détenue directement et indirectement par E.D.F., est d'environ 8 p. 100.

## 5. Autres activités nationales:

E.D.F. participe, au travers d'une filiale Charth qu'il détient à 100 p. 100, à des activités d'aquaculture.

Elle exerce également des activités de diversification dans la domotique. Le chiffre d'affaires réalisé dans ce secteur a été de 7,2 millions de francs en 1992 et s'est traduit par un résultat négatif de 0,5 million de francs.

## 6. La diversification internationale:

De nombreux pays étrangers ont des besoins importants aussi bien dans le domaine de spécialité d'E.D.F. que dans des secteurs connexes faisant appel à des techniques nouvelles.

Dans le cadre des activités relevant du principe de spécialité, notamment en matière nucléaire, E.D.F. dispose de compétences et d'un savoir-faire incontestables en matière de technologies du combustible, de maîtrise des accidents, de calculs de fatigue d'équipements, d'optimisation des performances techniques des échangeurs, condenseurs, sources froides et circuits eau-vapeur. Sa compétence est également reconnue en matière d'ingénierie, d'ingénierie des équipements hydrauliques et de génie civil, par exemple.

E.D.F. met en oeuvre de nombreuses techniques récentes aussi diverses que celles du transport en courant continu (notamment par câble sous-marin), du soutirage, des chaudières à lit fluidisé mais a également acquis la maîtrise de techniques qui peuvent être appliquées à d'autres secteurs que l'énergie, telles la planification économique, la tarification ou l'informatique. Ces activités sont, en général, exercées conjointement avec de grands groupes industriels comme Alstom, C.G.E.E.-Alstom ou Framatome, ainsi qu'avec des sociétés d'études ou d'ingénierie comme Sogelerg, S.G.T.E. Coyne et Bellier...

Dans les marchés passés avec les clients étrangers, l'ingénierie constitue la partie la plus importante. Le chiffre d'affaires réalisé par E.D.F. en 1993 au plan international s'élevait à 700 millions de francs.

La diversification géographique, même si elle utilise des techniques en dehors de la spécialité d'E.D.F., n'affecte pas directement la concurrence sur le marché national.

b) E.D.F. et G.D.F. : des diversifications communes

## 7. La télésurveillance:

E.D.F. et G.D.F. sont présents dans le domaine de la télésurveillance par l'intermédiaire d'une filiale commune S.D.F.-Sécurité créée en mai 1988 et dont le capital est détenu majoritairement par une filiale de la Caisse des dépôts et consignations (Communication Développement à hauteur de 52 p. 100) et minoritairement par E.D.F (holding S.D.S. 28 p. 100) et C.D.F. (Cogac 12 p. 100).

L'activité du secteur de la télésurveillance est surtout mise en oeuvre par les fournisseurs d'installations. Ce secteur est en voie de concentration. A titre d'exemple, A.D.S., une des principales entreprises de ce marché (pôle gardiennage de la Compagnie générale des eaux), a



acquis en 1993 la Société Lyonnaise de gardiennage. En 1990, ce secteur représentait un chiffre d'affaires de 1,5 milliard de francs. D'après l'annuaire économique des entreprises de sécurité, avec 4 000 prises installées, S.D.F.-Sécurité occupait, en 1991, le onzième rang. En 1992, le nombre des abonnés aux services de S.D.F.-Sécurité a atteint 9 200 et le montant du chiffre d'affaires s'est élevé à 31,5 millions de francs avec une perte de 0,7 million de francs.

#### 8. La cartographie informatisée:

Pour l'essentiel, la cartographie est une prestation offerte aux collectivités locales sous forme d'information géographique ou d'aide à la décision.

Le marché de la cartographie informatisée fait l'objet d'une très vive concurrence entre de nombreux intervenants. En raison de la rapidité des progrès des techniques informatiques, les derniers entrants peuvent offrir les services de matériels et de logiciels moins chers et plus performants.

E.D.F. et G.D.F. sont présents sur ce marché par l'intermédiaire de leur filiale commune Cerene Services, détenue à parité (50 p. 100) par les deux établissements. Le chiffre d'affaires de l'année 1992 a atteint 13 millions de francs contre 17,2 millions de francs en 1991, pour un résultat proche de l'équilibre.

c) G.D.F. : une diversification complémentaire

#### 9. L'exploitation thermique et climatique:

En complément des prestations de vente de chaleur, le secteur de l'exploitation thermique comprend toutes les activités relatives à l'amélioration du confort, la maintenance, l'exploitation de chauffage, la climatisation. Le chiffre d'affaires de la profession est estimé à 30 milliards de francs, toutes activités confondues.

Interviennent sur les marchés de l'exploitation du chauffage en France:

- la Compagnie générale des eaux avec environ 54 p. 100 des parts de marché. Elle gère actuellement une centaine de réseaux de chaleur (C.G.C., Esys-Montenay...);
- la Lyonnaise des eaux-Dumez détient environ 23 p. 100 du marché. Elle gère plus de soixante réseaux de chaleur avec une domination en région parisienne (Cofreth, I.N.E.S., C.P.C.U., etc.);
- une dizaine de sociétés de taille significative se partagent le reste du marché.

Les deux groupes sous-traitent presque la totalité de leurs activités aux adhérents de la FG3E (Fédération nationale de la gestion des équipements, de l'énergie et de l'environnement) qui sont ainsi présents sur près de 77 p. 100 de ce marché.

La diversification de G.D.F. dans ce secteur s'effectue exclusivement par croissance externe par le rachat d'entreprises existantes. Les principales sociétés détenues par G.D.F. dans ce secteur sont:

- Genese qui est détenue depuis 1992 par C.O.G.A.C. (filiale à 100 p. 100 de G.D.F.) à hauteur de 51 p. 100 et emploie 180 personnes pour un chiffre d'affaires de 120 millions de francs environ;
- le groupe Danto Rogeat, détenue à 94 p. 100 par C.O.G.A.C. en dont le chiffre d'affaires consolidé en 1992 était de 860 millions de francs pour un effectif de 970 salariés;

- Cinerg (filiale de Danto Rogeat) gère la maintenance et la gestion des installations techniques des bâtiments tertiaires et industriels avec un chiffre d'affaires en 1992 qui s'est élevé à 357 millions de francs pour un effectif de 480 personnes;

- deux filiales du groupe Shell, les sociétés Sochan et Someth, acquises par G.D.F. en novembre 1993, avec un chiffre d'affaires en 1992 de 610 millions de francs pour un effectif de 740 personnes et un résultat net de près de 13 millions de francs, soit environ 2 p. 100 du marché français des services thermiques.

La part de G.D.F. dans le secteur de l'exploitation thermique a ainsi doublé avec ces acquisitions pour atteindre 4,5 p. 100 du marché national, ce qui la place en troisième position. L'objectif affiché de G.D.F. est d'atteindre 10 p. 100.

Ce recensement des activités de diversification des deux entreprises publiques ne prétend pas être exhaustif mais, au total, la diversification, y compris les interventions internationales (700 millions), représente un chiffre d'affaires évalué par E.D.F. à 2,2 milliards de francs, soit pour 1993 un peu plus de 1 p. 100 du chiffre d'affaires total de l'établissement. Les activités de diversification de G.D.F., y compris les actions internationales, représentent un chiffre d'affaires évalué par l'établissement à 1,6 milliard de francs, soit, pour 1993, 3 p. 100 du chiffre d'affaires total de G.D.F.

Ce constat général met en évidence des situations contrastées. La diversification peut donc soulever des difficultés d'ampleur variable selon la taille des entreprises présentes et l'intensité concurrentielle des marchés concernés. Certains marchés sont caractérisés par de fortes barrières à l'entrée ou à la sortie (connaissances technologiques spécifiques, coûts fixes irréversibles) ou par d'importants 'effets d'expérience' (connaissance des processus de négociation avec les collectivités locales) alors que d'autres apparaissent facilement 'contestables' (faible intensité capitalistique, savoir-faire limité). Par ailleurs, E.D.F. ou G.D.F. pourraient vouloir développer des activités dans des domaines où l'initiative privée est inexistante. Ce n'est donc qu'une analyse économique et juridique de chaque marché, au cas par cas, qui permettrait au Conseil de la concurrence d'apporter des réponses à chaque problème posé.

En tout état de cause et de façon générale, cette diversification, d'ores et déjà engagée, soulève un certain nombre de difficultés au regard de la concurrence.

## II. - LES PROBLEMES DE CONCURRENCE SOULEVES PAR LA DIVERSIFICATION D'E.D.F. ET DE G.D.F.

Les marchés 'captifs' qui résultent du statut de ces établissements publics, caractérisés par des monopoles légaux et l'exercice de missions de service public, leur permettent de dégager des moyens hors du commun pour développer d'autres activités. Notamment, leur situation particulière pour obtenir de manière privilégiée des moyens de financement, l'accès au consommateur final favorisé par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire national ou l'image d'intérêt général du service public apparaissent comme des avantages facilitant l'implantation sur des marchés ne relevant pas du monopole légal.

En outre, les prestations fournies par les établissements publics à ses filiales peuvent se traduire par une sous-tarifcation, ce qui reviendrait à faire payer, directement ou indirectement, par le contribuable, le consommateur d'électricité ou de gaz, le coût de la diversification par l'intermédiaire d'une subvention croisée entre activités. Ainsi est-il

envisageable que des filiales de ces établissements publics soient présentes durablement sur les marchés de diversification en pratiquant des prix inférieurs à ceux des concurrents du secteur privé.

Les conséquences de cette situation doivent cependant être appréciées en fonction de la nature des marchés concernés et, notamment, en fonction de la taille et du nombre des concurrents. Lorsque E.D.F. ou G.D.F. s'implantent sur des marchés où sont déjà présentes des entreprises de dimension importante, leur entrée peut, dans certains cas, accroître la concurrence. Sur certains secteurs d'ailleurs, des concurrents comme la Lyonnaise des eaux-Dumez ou la Compagnie générale des eaux disposent de moyens qui reposent sur des monopoles avec mission de service public. En revanche, la problématique de la diversification se présente de façon très différente, en particulier sur les marchés locaux où les offreurs sont des entreprises de petite, voire de très petite taille.

A terme, un tel processus mis en oeuvre par les établissements publics détenant un monopole peut conduire à évincer les acteurs modestes initialement présents sur ces marchés. Par conséquent, cette logique entre en contradiction avec certaines conditions requises pour garantir le fonctionnement concurrentiel d'un marché et plus particulièrement la multiplicité des offreurs et la 'contestabilité' du marché.

La diversification des activités d'E.D.F. et G.D.F. peut révéler ainsi des pratiques éventuellement sanctionnables au regard des règles de la concurrence mais qui peuvent aussi refléter une inadaptation des structures aux contraintes d'une économie de concurrence.

## 1. Les difficultés liées aux structures économiques

### 1.1. Une logique d'entreprise publique

A côté des risques de distorsion de concurrence liés à l'organisation interne de l'entreprise, certaines caractéristiques propres aux entreprises publiques peuvent apparaître comme des contreparties des contraintes liées à leur mission de service public mais aussi être perçues comme des éléments susceptibles de fausser la concurrence.

L'Etat actionnaire:

L'absence d'actionnaires privés peut conduire à assouplir les contraintes de rentabilité et de rémunération des fonds propres ou, du moins, à avoir une exigence plus globale de rentabilité. Ainsi, la rémunération de l'Etat actionnaire, dans les priorités fixées à E.D.F. par le contrat de plan 1993-1996, n'est-elle inscrite qu'après le désendettement, la qualité et les tarifs, au même rang que le développement hors mission de base. Par ailleurs, elle est calculée à partir des comptes consolidés. En raison du faible poids des activités de diversification (de l'ordre de 1 p. 100 du chiffre d'affaires total pour E.D.F. et de 3 p. 100 pour G.D.F.) et du fait qu'elles sont mises en oeuvre sur des marchés concurrentiels (ce qui suppose l'autonomie des acteurs), la tutelle ne s'exerce pas et ne peut s'exercer avec la même rigueur sur les activités de diversification que sur celles relevant du métier de base. Au surplus, certaines contraintes imposées à E.D.F. ou G.D.F. relèvent de décisions ministérielles qui peuvent être, le cas échéant, tout à fait étrangères à la logique d'entreprise.

Ainsi ne peut-il être exclu un schéma selon lequel un éventuel déficit structurel des activités de diversification serait indéfiniment compensé par les résultats positifs tirés de l'activité du monopole. Un tel cas de figure conduirait au maintien sur le marché d'une offre artificiellement compétitive qui sinon disparaîtrait ; la permanence de cette offre rétroagirait, en outre, sur le fonctionnement concurrentiel du marché.

Les facilités de financement:

De même, la possibilité offerte aux filiales des grands groupes du secteur public d'avoir accès à moindre coût au financement (taux d'intérêt plus faibles, primes d'assurance réduites) peut également être un facteur contribuant à fausser les conditions de la concurrence au détriment des entreprises privées.

En effet, bien que soumises à la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté dans les mêmes conditions que toute entreprise privée, les filiales rattachées au secteur public font rarement l'objet d'une procédure collective. Ainsi, leurs activités paraissent-elles peu risquées pour des partenaires financiers potentiels.

La force de l'image:

Enfin peuvent être soulignés, parmi d'autres, deux avantages potentiels tirés de la mission de service public détenue de longue date ; il s'agit, d'une part, de la taille (effet de réseau), d'autre part, de l'image. En effet, la taille du réseau constitué par l'établissement public (E.D.F. est présent dans la quasi-totalité des communes françaises, G.D.F., dans 5 500) facilite l'accès au consommateur final et permet plus aisément d'adapter l'offre à la demande ; mais elle peut aussi être perçue, par le client, comme un élément rassurant. De plus, il est plus commode pour les collectivités locales d'avoir un interlocuteur unique pour traiter les différents contrats de leur ressort.

De son côté, l'image des deux établissements publics est, en l'espèce, un avantage immatériel important pour les filiales qui leur sont rattachées puisque souvent cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité.

Au surplus, E.D.F. comme G.D.F. 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.

Il ressort donc que toute filiale d'E.D.F. ou de G.D.F., dès lors qu'elle utilise son appartenance au groupe public comme argument technique, financier ou commercial, bénéficie d'atouts de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché où elle exerce son activité.

## 1.2. Une absence de transparence

A la fin des années quatre-vingt, suite à la réorganisation du portefeuille de participations d'E.D.F., douze domaines d'activités ont été recensés ; quatre holdings regroupant l'ensemble de ces domaines ont ensuite été créés (H4, E.D.F. -International, S.D.S., Charth).

Ainsi, dans les actifs des deux holdings Charth et S.D.S., sont indifféremment présentes les participations de filiales relevant de la diversification ou de l'activité électrique principale. Cette classification ambiguë entraîne de fait une absence de séparation claire entre les activités relatives au métier initial d'E.D.F. et celles liées à la diversification.

Cela peut se traduire par des subventions croisées, non identifiées en tant que telles : des ressources tirées du métier traditionnel seraient utilisées pour développer les activités de diversification. Elles contribueraient à masquer la réalité financière de ces opérations et à faire supporter au consommateur d'électricité le coût de la diversification, mais également à fausser le jeu de la concurrence en allégeant artificiellement les coûts puis les prix. Par exemple, E.D.F. laisserait son matériel (voiture-échelle...) à la disposition des services en charge des contrats d'éclairage public.

Cette séparation imparfaite peut conduire à ne pas imputer aux activités de diversification des coûts engendrés par celles-ci et, finalement, à les faire supporter par l'activité principale ; ce genre de défaillance comptable est d'autant moins improbable que ne sont pas définis systématiquement et clairement les prix de cession interne.

Enfin, le recours à des 'structures vides', ayant une existence juridique mais ne disposant pas de moyens propres (équipement, personnel), peut être une incitation supplémentaire pour ne pas distinguer les prestations relevant de l'activité électrique de celles ayant trait à la diversification. A titre d'exemple, Efisys, filiale d'ingénierie externe détenue à 100 p. 100 par E.D.F., ne supporterait aucune charge de structure, notamment de personnel, aucun risque et ne servirait qu'à établir des contrats.

Au total, cette confusion latente semble de nature à accroître les risques de subventions déguisées des deux établissements vers leurs filiales de diversification.

### 1.3. Des risques de subventions croisées

La complexité de l'organisation et des procédures d'E.D.F. et de G.D.F. rend particulièrement difficile un contrôle efficace des activités de diversification. De surcroît, le contrôle de gestion mis en place récemment dans S.D.S. (le holding qui regroupe les activités en matière de transports et télécommunications, d'action commerciale, de nouveaux services, de développement économique local, de partenariat technologique, de propriété et de distribution d'électricité) n'apparaît pas avoir été pensé pour permettre un véritable pilotage et un suivi de l'activité puisqu'il ne fournit pas d'indicateurs de rentabilité et de rendement. L'analyse des seuls comptes des holdings ne suffit pas, par ailleurs, pour apprécier la rentabilité des opérations de diversification.

Les moyens utilisés pour pallier la lourdeur de l'organisation consistent à accorder une large autonomie de décision à l'échelon local. Ainsi, les initiatives commerciales relèvent-elles souvent des agences locales ; lorsqu'elles sont le fait des centres E.D.F.-G.D.F. Services et concernent des activités de diversification, il peut y avoir alors utilisation sans contrepartie de la puissance commerciale et de la notoriété d'E.D.F. ou de G.D.F. au profit d'activités réalisées dans le secteur concurrentiel. En effet, les agences E.D.F.-G.D.F. Services, conçues initialement comme structures commerciales communes aux deux établissements pour la vente d'électricité ou de gaz au consommateur final, auraient permis le lancement des activités de diversification et serviraient toujours à la promotion de certaines d'entre elles.

Les différentes insuffisances mentionnées précédemment peuvent accentuer le manque de transparence de certaines transactions entre E.D.F. ou G.D.F. et les filiales. Ainsi les filiales peuvent-elles actuellement avoir accès, par exemple, aux infrastructures du réseau commercial E.D.F.-G.D.F. Services, au matériel utilisé dans le cadre des activités électriques et gazières, à des informations privilégiées concernant les marchés connexes à ceux détenus en monopole (fichiers...) ou à des compétences techniques (brevets, recherche...). Dans le même ordre d'idées, certains personnels rémunérés par E.D.F. ou G.D.F. seraient mis à disposition des activités de diversification, de façon permanente ou ponctuelle, pour les développer.

Dès lors que ces facilités ne font pas l'objet de contreparties financières reflétant la réalité des coûts, elles peuvent être interprétées comme des subventions de l'établissement public vers les activités en dehors du métier de base. Ces risques de subventions croisées semblent d'autant plus élevés que le mécanisme est déjà présent dans la péréquation tarifaire inhérente aux obligations de service public.

D'un point de vue collectif, de tels mécanismes sont, dans le cadre de la diversification, économiquement inefficaces puisqu'ils conduisent à faire payer par le contribuable ou le consommateur d'électricité ou de gaz des services ou des produits qu'il n'est pas nécessairement prêt à payer. De plus, ils constituent des facteurs de distorsions de concurrence parce qu'en subventionnant des activités de diversification, ils reviennent à consentir aux filiales des avantages appréciables par rapport aux concurrents. A long terme, de telles pratiques risquent d'éliminer du marché tous les acteurs économiques ne bénéficiant pas de conditions analogues.

## 2. Les difficultés au regard des règles de la concurrence

Le droit de la concurrence, à partir des textes et des jurisprudences nationales et communautaires, a posé un certain nombre de principes applicables en la matière. Certains comportements liés à la diversification d'E.D.F. et de G.D.F. peuvent ainsi être étudiés au regard de ces règles.

Aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le droit de la concurrence s'applique aux activités de production, de distribution et de services qui sont le fait de personnes publiques comme de personnes privées. Le statut public des entreprises E.D.F. et G.D.F. ne les fait donc pas échapper aux prescriptions du droit de la concurrence.

Aucune disposition législative ou réglementaire et aucune jurisprudence nationale ou communautaire ne prohibent en soi le développement d'activités nouvelles, quand bien même l'entreprise qui cherche à se diversifier serait en position dominante sur un marché. A cet égard, les droits européen et français de la concurrence n'interdisent pas la position dominante mais sanctionnent exclusivement son abus. De plus, le libre accès de nouvelles entreprises au marché est un des facteurs déterminants du fonctionnement effectif de la concurrence.

## 2.1. L'ordonnance du 1er décembre 1986

### a) La prohibition des ententes

Les opérations de diversification d'E.D.F. et de G.D.F. peuvent comporter, au regard de la prohibition des ententes, abstraction faite de l'identification juridique des structures, des risques non négligeables:

- Les accords avec les concurrents:

Dans l'hypothèse où pour entrer sur un nouveau marché constitué en duopole E.D.F., plutôt que d'entrer en compétition avec les entreprises présentes sur le marché, créerait une filiale commune avec les deux partenaires déjà présents sur le marché, cette filiale commune pourrait être considérée soit comme une entente, soit comme une concentration. Si elle est analysée comme une entente, elle pourrait avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment en tendant à limiter ou à contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ou à pratiquer des prix supérieurs aux prix qui résulteraient du jeu effectif de la concurrence. Il pourrait exister aussi un risque de répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement.

De même, tout code de bonne conduite, même s'il vise à réguler les relations entre professionnels sur ces marchés de diversification, peut être de nature à rentrer en contradiction avec l'article 7 de l'ordonnance.

- Les accords de préconisation:

Ces accords portent sur l'agrément des professionnels et sur le contrôle de la qualité des produits. Ils concernent principalement G.D.F.

S'agissant des professionnels, G.D.F. a signé en 1988 avec les organisations professionnelles d'installateurs (C.A.P.E.B., U.N.C.P. et U.C.F.) une convention visant à favoriser la création et le développement des installateurs 'Professionnels gaz naturel'. Cette appellation est délivrée aux installateurs par les représentations départementales des trois organisations professionnelles signataires.

S'agissant des produits, par exemple, dans le domaine des cuisines (ventes à emporter), E.D.F. a créé une marque collective ordinaire 'Gaz de France conseillé' répondant à un niveau élevé d'exigences en matière de qualité, de fiabilité et de sécurité. Cette marque n'est délivrée gracieusement à la demande des fabricants qu'aux appareils possédant déjà la marque 'NF Gaz Sélection' qui garantit la certification par tierce partie des performances des matériels.

Dans la mesure où G.D.F., en tant que titulaire d'une mission de service public, ne fabrique pas et n'installe pas de matériels, il ne semble pas exister de difficultés au regard des règles de la concurrence. Mais, dès lors que G.D.F. serait amené à se diversifier dans des métiers d'installateur ou de fabricant de matériels, il y aurait confusion entre l'auteur de la norme, le prescripteur, l'installateur ou le fabricant avec des risques importants d'exclusion de certains professionnels (voir, par exemple, Conseil de la concurrence, décision n° 92-D-62 du 18 novembre 1992).

- La durée des contrats:

En matière d'affermage ou de concession avec les collectivités locales, la durée des contrats peut varier selon les secteurs et les intervenants en fonction de l'importance des investissements initiaux et de la durée de l'amortissement. En moyenne, les contrats de concession ont une durée de trente ans, les affermages, privés une durée de douze ans et les affermages mixtes (comprenant quelques investissements complémentaires d'ouvrage) ont une durée moyenne comprise entre quinze et vingt ans.

Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'une clause restrictive de concurrence pouvait être admise à condition que l'interdiction de concurrence soit limitée dans l'espace et dans le temps. Plus précisément, ces clauses peuvent tomber sous le coup de la prohibition édictée par l'article 7 de l'ordonnance de 1986 lorsqu'elles ont une portée manifestement disproportionnée avec l'objectif poursuivi, notamment en ce qui concerne leur durée (voir, par exemple, Commission de la concurrence, avis du 23 février 1978 et Conseil de la concurrence, avis du 29 mai 1986). Autant il est possible d'admettre des concessions relativement longues (une vingtaine d'années) dès lors que le concessionnaire a l'obligation de réaliser des investissements lourds, autant il est légitime de s'interroger sur la compatibilité avec les règles de l'article 7 de l'ordonnance de contrats d'entretien professionnels avec les collectivités locales d'une durée de dix ans.

- Les conventions multiservices:

Il convient également de s'interroger sur le bien-fondé, au regard des règles de la concurrence, du développement des contrats multiservices proposés aux collectivités locales aux termes desquels E.D.F. prend en charge, pour des durées assez longues, toutes les prestations d'entretien des communes, avec notamment l'éclairage public, l'illumination festive (périodique ou monumentale), l'entretien, la maintenance, la télésurveillance, la télégestion ou la cartographie. Cette pratique peut conduire à réduire le nombre d'appels d'offres et, par voie de conséquence, à restreindre la mise en concurrence dans les procédures de dévolution des marchés publics.

b) La prohibition des abus de domination

- Les abus de position dominante:

Selon une jurisprudence désormais bien fixée, tant européenne que nationale, l'abus de position dominante est sanctionnable quand bien même l'abus serait commis sur un autre marché que celui où l'entreprise est en position dominante (voir, par exemple, Conseil de la concurrence, décision n° 87-D-08 du 28 avril 1987 et arrêt C.J.C.E., affaire C-18/88 du 13 décembre 1991).

E.D.F. et G.D.F. gérant des monopoles légaux, ils disposent incontestablement d'une position dominante. A ce titre, il convient donc de mesurer tous les risques qui peuvent en découler. En effet, il ne peut être exclu que certaines pratiques mises en oeuvre dans le cadre de la diversification puissent être éventuellement qualifiables d'abus, notamment:



#### Conditions de vente discriminatoires:

E.D.F. et G.D.F. peuvent être tentés d'accorder des conditions tarifaires plus favorables pour des clients finaux (notamment les copropriétés, les collectivités publiques) qu'aux sociétés de service assurant la gestion d'installations de ces mêmes clients. Dans la mesure où E.D.F. et G.D.F. assurent dans certaines zones 80 p. 100 de la fourniture d'énergie, cette domination peut être de nature à entraîner des conditions de vente désavantageuses pour les clients captifs en fonction de la zone géographique ou du type d'équipement énergétique adopté (pas de détermination de seuils de dégressivité, pas d'exemption de pénalités, pas d'aides commerciales au branchement, au raccordement ou à l'installation).

#### Vente à des prix prédateurs:

Compte tenu de leur puissance financière (la capacité d'autofinancement d'E.D.F. s'élevait à 59 milliards de francs et celle de G.D.F. à 9,6 milliards de francs en 1993), E.D.F. et G.D.F. sont en état de supporter des pertes élevées dans leurs activités de diversification pendant un temps suffisamment long et, par conséquent, de proposer des prestations à des prix anormalement bas ne permettant pas à la concurrence de s'aligner durablement. Le risque varie selon la structure des marchés concernés, mais les conséquences de telles pratiques seraient d'autant plus importantes que les concurrents sont vulnérables, par exemple en raison de leur taille.

A cet égard, la Commission de la concurrence a condamné les pratiques des entreprises sidérurgiques pour avoir cherché à éliminer la concurrence par une politique de prix anormalement bas, alors que, filiales de sociétés nationalisées, elles pouvaient, à la différence de leurs concurrents, compenser leurs pertes par des subventions de leurs sociétés mères (voir, par exemple, Commission de la concurrence, avis du 20 juin 1985, 'Marché des treillis soudés', et Commission de la concurrence, avis du 29 mai 1986, 'Situation de la concurrence dans le secteur de la presse gratuite en région Provence-Alpes-Côte d'Azur').

#### Vente liée ou refus de vente:

E.D.F. en tant que seul fournisseur d'électricité peut être tenté de procéder à des ventes liées, par exemple en offrant à une collectivité locale des prestations en matière d'environnement (enterrement de lignes électriques ou de postes de moyenne tension) pour le réseau de distribution électrique traditionnel, à condition qu'elle souscrive un contrat dans une nouvelle activité d'éclairage public. Ces ventes liées peuvent aussi consister en conditions tarifaires exceptionnelles (aides commerciales au branchement, exemption de pénalités) pour les équipements publics en contrepartie de la signature de contrats multiservices.

Par ailleurs, un refus de vente sur les marchés diversifiés de la part d'E.D.F. ou de G.D.F. pourrait être directement visé par les dispositions de l'article 8, alinéa 2, de l'ordonnance.

#### Vente à prime:

E.D.F. ès qualités, ou par l'intermédiaire d'une filiale, peut également vendre de nouveaux services aux collectivités ou offrir des primes accessoires à la prestation principale. Peuvent entrer dans cette catégorie : les avantages en nature et les prestations gratuites ou à des prix sans rapport avec le marché (éclairage d'un monument, petites infrastructures sportives,

facilités de financement, conditions de facturation personnalisées, pose gratuite d'un réverbère, mise à disposition d'une voiture-échelle, etc.).

Les abus contractuels:

Les relations contractuelles d'E.D.F. et de G.D.F. avec leurs clients ou leurs fournisseurs peuvent être source de difficultés sous l'angle de l'abus de position dominante, soit au travers de clauses de nature anticoncurrentielles soit pour inexécution des obligations. Au titre des clauses susceptibles d'être critiquables au regard de l'article 8-2 de l'ordonnance, il est possible de citer la durée excessive de clauses de non-concurrence (voir Commission de la concurrence, avis du 18 octobre 1979), les accords d'exclusivité d'approvisionnement (sources d'énergie), l'attribution de remise de fidélité ayant pour effet de procurer un avantage financier substantiel aux clients qui s'engagent à ne pas commercialiser des produits de substitution (voir Conseil de la concurrence, décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990). Le problème peut se poser dans une relation contractuelle avec un chauffagiste qui propose des installations pour toutes les sources d'énergie.

Au titre de la non-exécution des obligations contractuelles, dans la mesure où l'atteinte à la concurrence est démontrée, les réponses à des commandes avec des délais anormalement longs ou le non-respect des engagements de livraison peuvent entrer dans le champ de l'article 8-1 (voir, par exemple, Conseil de la concurrence, décision n° 92-D-26 du 31 mai 1992).

Les agissements déloyaux:

Les autorités de concurrence et les tribunaux ont fixé une jurisprudence relativement abondante et précise sur les actes de concurrence déloyale. A titre d'illustration, peuvent faire difficulté au regard de ces jurisprudences les activités de conseil, par exemple en matière thermique, qu'assurent les centres E.D.F.-G.D.F. Services. Ont ainsi été stigmatisés comme relevant de comportements déloyaux, le dénigrement des produits d'un concurrent (voir Commission de la concurrence, avis du 11 janvier 1979, 'Marché des explosifs industriels', et Conseil de la concurrence, décision n° 92-D-62 du 18 novembre 1987) ou les pressions exercées par une société en position dominante sur le marché de la distribution de la presse sur des candidats à l'agrément pour qu'ils se dotent des mobiliers proposés par une filiale (voir Conseil de la concurrence, décision n° 87-D-08 du 28 avril 1987).

- Les abus de dépendance:

Dans les mêmes conditions de démonstration du caractère abusif du comportement, l'abus de dépendance économique peut être applicable à certaines situations, dans la mesure où un certain nombre d'activités de diversification sont réalisées avec des sous-traitants (l'éclairage public, par exemple). L'application de l'article 8-2 de l'ordonnance suppose la réunion de trois conditions : l'existence d'une relation de dépendance, la démonstration d'un abus et une affectation ou une potentialité d'affectation de la concurrence sur un marché.

Or l'hypothèse d'entreprises travaillant en aval d'E.D.F. ou de G.D.F. qui seraient dans une relation de dépendance à leur égard est assez facilement concevable dans la mesure où ces entreprises réalisent une part prépondérante de leur chiffre d'affaires avec E.D.F. ou G.D.F., où leur fournisseur dispose d'une notoriété particulièrement forte, où E.D.F. et G.D.F. bénéficient sur le marché où interviennent ces entreprises de parts de marché importantes (E.D.F., par l'intermédiaire entre autres de Citelum, représente d'ores et déjà 8 p. 100 du

marché national de l'éclairage public et, localement, ce chiffre peut être bien supérieur) et où le sous-traitant peut se trouver dans l'impossibilité de trouver des solutions équivalentes (voir, par exemple, Conseil de la concurrence, décision n° 89-D-16 du 2 mai 1989 et cour d'appel de Paris, 1re chambre, section Concurrence, arrêt du 12 juillet 1990).

### c) Le contrôle des concentrations

En application des dispositions combinées des articles 38 et 40 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, tout projet de développement d'activités de diversification par voie de croissance externe, c'est-à-dire par acquisition d'entreprises existantes ne remontant pas à plus de trois mois peut être notifié au ministre chargé de l'économie par une entreprise concernée. Tout projet de concentration, dans la mesure où il est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante, peut être soumis, par le ministre de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence.

Dans le cas de la diversification d'E.D.F. et de G.D.F., ce mécanisme peut souffrir de deux limites : d'une part, le contrôle n'est que facultatif dans la double mesure où il est laissé, pour ce qui touche à la notification de l'opération, à l'initiative des entreprises concernées et où le ministre chargé de l'économie apprécie au cas par cas s'il y a lieu de saisir le Conseil de la concurrence et, d'autre part, l'opération de concentration n'est contrôlable que lorsque les entreprises, parties à l'acte ou qui en sont l'objet, entrent dans les seuils fixés par l'ordonnance. Compte tenu de la prépondérance des petites et moyennes entreprises sur certains marchés concernés par la diversification, peu d'opérations réalisées par E.D.F. ou G.D.F. apparaissent susceptibles d'entrer dans les seuils fixés par l'article 38.

De ce fait, il ressort que les opérations de diversification par croissance externe n'ont, pour l'instant, pas fait l'objet d'une analyse quant à leurs conséquences en matière de concurrence.

## 2.2. Le traité de Rome

### a) Les articles 85 et 86

Sont prohibées par le traité de Rome, dans des conditions similaires à celles définies par les règles nationales, les pratiques concertées et l'exploitation abusive d'une position dominante dans la mesure où elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et d'avoir des effets sur le marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci. La diversification ne semble pas soulever de difficultés spécifiques, à cet égard. Les activités de diversification internationale d'E.D.F., dans la mesure où elles généreraient des comportements critiquables au regard de ces dispositions, pourraient faire l'objet d'un examen par la Commission des communautés européennes sous le contrôle de la Cour de justice.

### b) Le contrôle communautaire des concentrations

Au regard du règlement n° 4064-89 du 21 décembre 1989 en matière de concentration, la diversification ne soulève pas de difficultés particulières au plan communautaire, si ce n'est que les seuils sont encore plus élevés qu'au plan national.

### c) L'interdiction des subventions

L'article 92 du traité de Rome et l'article 3 du règlement n° 2423-88 posent un principe général d'interdiction des aides publiques susceptibles de fausser la concurrence dans le marché commun. La notion d'aide publique a été interprétée de façon large par la Cour de justice comme visant les décisions des Etats membres par lesquelles ces derniers, en vue de la poursuite d'objectifs économiques qui leur sont propres, mettent, par des dispositions unilatérales et autonomes, des ressources à la disposition des entreprises, en leur procurant des avantages destinés à favoriser la réalisation des objectifs économiques ou sociaux recherchés (voir C.J.C.E., arrêt 61-79 du 27 mars 1980 'Denkavit'). La diversification ne semble pas créer en soi un problème particulier au regard de ces exigences, mais il est certain que le principe d'interdiction s'applique aux filiales des entreprises publiques au travers des aides multiformes qu'elles peuvent recevoir directement ou indirectement de l'Etat (dotations périodiques en capital, subventions et garanties ou assurances pour les activités d'exportation par exemple).

Si le droit de la concurrence révèle ainsi un certain nombre de difficultés engendrées par des structures économiques mal adaptées à une économie de concurrence, il ne figure cependant ni dans les textes ni dans la jurisprudence une quelconque interdiction de principe quant à la diversification d'un monopole, fût-il public. En outre, il existe des cas où l'intervention d'E.D.F. ou de G.D.F., hors de leur domaine réservé, peut être considérée comme bénéfique pour la collectivité. En effet, dans le cadre de l'activité de production, transport et distribution d'électricité par exemple, E.D.F. a développé des compétences et un savoir-faire (gestion de grands projets, calcul de risque...) dont les débouchés sur le territoire national s'amenuisent en raison du ralentissement du rythme de construction des infrastructures de production d'électricité en France. Cependant, ces compétences sont susceptibles d'être valorisées en France comme à l'étranger. Au nom d'arguments de rentabilité et de progrès économique, l'interdiction ou la limitation de la diversification pourrait avoir des effets négatifs sur le progrès économique et conduire à des pertes d'"efficacité" pour la collectivité.

Néanmoins, l'inadaptation des structures et bon nombre de comportements sont susceptibles de fausser le fonctionnement concurrentiel des marchés. Ces observations suggèrent donc qu'il est nécessaire d'assortir de conditions la diversification afin qu'elle puisse s'opérer dans le respect des règles de concurrence.

### III. - LES CONDITIONS DE LA DIVERSIFICATION

Les règles actuelles du droit de la concurrence et les procédures applicables apportent des réponses satisfaisantes aux problèmes de structure et de comportement. Or les dispositions du traité de Rome et de l'ordonnance de 1986 visent à réguler la concurrence entre des acteurs économiques soumis au même type et de contraintes. Aussi, afin de permettre aux autorités chargées de veiller au respect des règles de concurrence d'appliquer de manière plus efficace les textes existants, il apparaît nécessaire de rétablir d'abord et de garantir ensuite des conditions homogènes de mise en oeuvre des activités, entre les filiales de diversification d'E.D.F. et de G.D.F. et les entreprises privées.

La logique qui préside aux modalités de mise en oeuvre de la diversification exposées ici repose sur l'idée que, pour ne pas fausser le fonctionnement concurrentiel des marchés, les filiales d'E.D.F. et de G.D.F. doivent exercer leur activité dans des conditions comparables à celles des entreprises privées du même secteur. Doivent donc être définies, dans un premier

temps, les conditions préalables à la diversification puis, dans un second temps, celles permettant de garantir le respect des règles de concurrence dans une perspective dynamique.

## 1. Séparer les activités

Comme il a été souligné, le facteur majeur de distorsion de concurrence réside dans le fait que les activités de diversification peuvent éventuellement bénéficier des conditions propres à l'exercice de la mission de service public définie dans le cadre du monopole. Afin de minimiser ce genre de risque, une séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification semble s'imposer.

### 1.1. Regrouper dans un holding unique les activités de diversification

#### a) Préciser l'étendue du principe de spécialité

Le décret devant fixer l'étendue du champ de la diversification, prévu par la loi de nationalisation de 1948, n'a jamais fait l'objet d'une publication. Tout préalable au développement d'activités de diversification devrait passer par une délimitation stricte du principe de spécialité applicable à E.D.F. et G.D.F. par voie législative ou réglementaire.

#### b) Créer un holding unique de diversification

Le schéma retenu, s'appliquant tout aussi bien à E.D.F. qu'à G.D.F., consisterait à créer un holding détenu en partie par l'établissement public et regroupant l'intégralité des activités de diversification. Ce holding serait autonome et détiendrait dans son portefeuille les actuelles participations dans les activités de diversification.

Le capital de ce holding, lors de sa création, devrait être ouvert à des actionnaires privés. Au moment de sa constitution, il pourrait être envisagé d'assurer la diffusion d'une partie significative de ce capital dans le grand public (particuliers, institutionnels, O.P.C.V.M., Sicav, salariés de l'entreprise...).

#### c) Filialiser

L'intégralité des activités de diversification serait donc regroupée dans des filiales existant déjà ou à créer et détenues en tout ou partie par le holding. Les participations actuelles d'E.D.F. ou de G.D.F. dans les filiales seraient transférées au holding et, ultérieurement, toute nouvelle prise de participation dans des activités concurrentielles ne pourrait se faire que par l'intermédiaire de celui-ci.

En revanche, les activités relevant des compétences de l'établissement public, mais développées sur des marchés étrangers, et qui sont considérées comme de la diversification au sens géographique du terme resteraient regroupées dans le holding E.D.F.-International créé en 1992 et rattaché à l'établissement. Cette séparation, moins nette, des activités réalisées hors de France est motivée par les arguments suivants : d'une part, il s'agit généralement de contrats liés à la production ou à la distribution d'électricité qui permettent à E.D.F. de valoriser ses compétences et, d'autre part, sur de tels contrats, E.D.F. est le plus souvent associé, à l'étranger, à des partenaires privés, ce qui garantit des exigences de rentabilité.

## 1.2. Séparer les filiales du monopole

### a) Au plan juridique

Du holding dépendraient donc des filiales portant toutes les activités de diversification, hormis celles liées au métier de base et développées au plan international. Ces filiales, personnes morales distinctes, exerceraient leurs activités indépendamment de l'établissement public. Cela implique également qu'en cas de difficultés financières les mesures appliquées aux filiales ne différeraient pas de celles du secteur privé et que les procédures de redressement judiciaire pourraient leur être appliquées en fait et non seulement en droit.

En d'autres termes, cela signifie, à côté d'une séparation juridique, une totale séparation matérielle, comptable, financière et commerciale entre les filiales et E.D.F. ou G.D.F.

### b) Au plan matériel

Les filiales devraient disposer de leurs propres immobilisations corporelles et incorporelles et structures commerciale et ainsi ne pas recourir dans des conditions discriminatoires aux infrastructures du réseau. Il faut notamment veiller à l'absence de services communs entre E.D.F.-G.D.F., d'une part, et les filiales, d'autre part. En particulier, les centres E.D.F.-G.D.F. Services ne doivent plus être utilisés comme support commercial pour certains produits ou services issus de la diversification. De même, il apparaît nécessaire que l'établissement public détenant un monopole et les filiales de diversification disposent d'enseignes et de marques distinctes pour que les filiales ne puissent assoir leur notoriété sur l'image de l'établissement public.

La séparation totale des activités de diversification suppose également que les filiales aient leur personnel propre, de préférence recruté à l'extérieur d'E.D.F. ou sinon détaché (i. e. rémunéré par la filiale). Toute mise à disposition (i. e. gratuite) devant être exclue.

### c) Au plan comptable

Cette séparation stricte des activités implique que lorsque E.D.F. ou G.D.F. fournit des prestations à une filiale, ces prestations soient tarifées à un prix reflétant la réalité des coûts. De plus, afin d'homogénéiser les conditions d'activité des filiales et des entreprises privées concurrentes, il conviendrait que ces entreprises privées aient accès, dans les mêmes conditions que les filiales d'E.D.F. ou de G.D.F., à ces prestations ou que soient justifiés par des éléments objectifs les prix de cession, par comparaison aux prix du marché. Au-delà des règles du droit commun applicable aux sociétés, l'activité des filiales serait donc retracée dans une comptabilité complète et distincte de celle de l'établissement public, reprenant l'intégralité de leurs ressources et de leurs emplois spécifiques.

### d) Interdire le cumul entre le producteur et certificateur ou prescripteur

Enfin, afin de prévenir toute tentative d'instauration de barrières à l'entrée sur certains marchés, il serait souhaitable d'interdire soit aux filiales d'être producteurs de matériels ou de services susceptibles d'être prescrits ou certifiés par E.D.F. ou G.D.F., soit à E.D.F. ou G.D.F. de certifier ou de prescrire du matériel ou des services produits par ses filiales.

Une fois établie la séparation stricte entre les activités de diversification et celles liées au monopole, il convient de préciser les conditions devant permettre de rendre durable cette séparation.

## 2. Garantir la séparation

Les principes de séparation juridique, matérielle et comptable étant posés, il convient de s'assurer de leur pérennité en imposant certaines contraintes relatives à l'évolution de l'activité ou à d'éventuelles modifications de la structure des filiales.

### 2.1. Exiger le financement aux conditions du marché

Les contraintes mentionnées ci-dessus visent à inscrire le mode de financement du holding et des filiales dans un cadre juridique et financier le plus proche possible de celui des filiales de groupes privés.

#### a) Le holding

Compte tenu des exigences de séparation mentionnées ci-dessus, les conditions de financement du holding, tant par autofinancement que par endettement, devraient être analogues à celles qui prévalent pour les entreprises privées (une filiale pourrait, à l'intérieur du holding, bénéficier d'un prêt en provenance d'une autre filiale et l'endettement, eu égard à la réapparition du risque lié à la séparation entre les activités de diversification et celles du monopole, se ferait au prix du marché).

Les deux autres modes de financement du holding, appel au marché des capitaux et dotation en capital en provenance directe de l'Etat ou de l'établissement public devraient faire l'objet d'une vigilance particulière. Il serait, à cet égard, souhaitable que les actions du holding soient le plus rapidement possible cotées à la Bourse de Paris afin d'assurer la transparence et la publicité des transactions (notamment en cas de franchissement de seuils) et de soumettre les opérations du holding au contrôle de la Commission des opérations de bourse. Les augmentations de capital devraient faire l'objet d'un contrôle très strict de la part de la tutelle, de manière à garantir un équilibre entre les différentes catégories d'actionnaires, en particulier pour que les capitaux nouveaux apportés par le monopole ne diluent pas significativement les participations des autres associés.

La mission de contrôle d'E.D.F. et de G.D.F., service du contrôle d'Etat, pourrait voir ses attributions étendues afin de veiller à l'absence de tout flux financier d'E.D.F. ou de G.D.F. vers le holding, en dehors du marché des capitaux, en exerçant son contrôle tant sur l'établissement public que sur le holding.

Enfin, une dotation en capital en provenance directe de l'Etat ou de l'établissement public ne saurait être utilisée que dans des circonstances exceptionnelles (l'hypothèse que l'Etat trouve dans les entreprises publiques des capitaux pour investir dans des activités risquées ne peut être exclue) et sur décision conjointe et motivée des ministres intéressés, et ce quel que soit son montant.

## b) Financer les filiales aux conditions de marché

Hormis l'autofinancement propre à la filiale et le financement via le holding, tel qu'il a été exposé précédemment, les modes de financement extérieur devraient être l'accès au marché des capitaux, en interdisant au monopole de souscrire (compétence de la mission de contrôle) et, par ailleurs, l'endettement, qui, compte tenu des structures adoptées, devrait avoir un coût identique à celui supporté par le secteur privé. Là encore, ces mécanismes devraient renforcer la présence dans le capital de partenaires privés ayant des exigences affirmées de rentabilité.

Ces contraintes imposées, tant au holding qu'à ses filiales, devraient garantir des conditions d'activité, quant au mode de financement, relativement similaires à celles dont disposent les groupes et entreprises privés et éviter que l'établissement public n'intervienne dans l'activité des filiales en faussant le fonctionnement concurrentiel du marché.

Outre ces contraintes, relatives au mode de financement des activités de diversification et ayant pour but de maintenir de façon durable la séparation avec l'établissement public, il paraît nécessaire de porter une attention particulière à toute acquisition d'actifs relatifs à la diversification.

### 2.2. Surveiller les acquisitions d'actifs

Une surveillance particulièrement étroite des marchés concernant la diversification semble devoir être mise en oeuvre afin de prévenir tout mouvement éventuel de concentration. En effet, face au processus de diversification, deux risques peuvent se présenter, l'un étant d'interdire à tort et l'autre d'autoriser à tort une extension de l'activité vers de nouveaux métiers. Les conséquences, même si elles sont difficiles à estimer, sont certainement d'ampleurs différentes. En particulier, il semble moins grave d'interdire à l'établissement public d'entrer sur un marché sur lequel d'autres entreprises pourraient s'implanter que de l'autoriser à s'établir dans un secteur dont il pourrait progressivement éliminer tous les acteurs. Par ailleurs, l'analyse des marchés concurrentiels sur lesquels E.D.F. et G.D.F. se sont implantés suggère que, selon les situations, les risques de restriction de l'intensité concurrentielle sont différents. A ce titre, une vigilance particulière devrait être portée aux marchés atomisés, faiblement capitalistiques.

C'est pourquoi, tout projet d'acquisition d'actifs ou toute prise de participation, qu'il vienne de l'établissement public, du holding ou d'une filiale, devrait s'accompagner d'une notification obligatoire au ministre chargé de l'économie. Lorsque les seuils fixés à l'article 38 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont atteints, le ministre chargé de l'économie apprécierait l'opportunité de saisir le Conseil de la concurrence selon la procédure prévue au titre V de ladite ordonnance. Lorsque les seuils fixés à l'article 38 ne sont pas atteints, le Conseil de la concurrence pourrait être saisi pour avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance. Conformément à cette disposition, l'initiative de la saisine est ouverte, non seulement au Gouvernement, mais aussi aux organisations professionnelles, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

Ces mécanismes auraient l'intérêt de faciliter et de systématiser le suivi, par les autorités en charge du respect des règles de concurrence, des mouvements de concentration mis en oeuvre par les établissements publics, les holdings ou les filiales.



### 2.3. Renforcer les contrôles existants

De façon générale, il conviendrait que le commissaire du Gouvernement ou la mission de contrôle, conformément à ses attributions, exerce un suivi vigilant des filiales dont E.D.F. ou G.D.F. détient le contrôle, que celles-ci soient de premier rang, deuxième rang ou plus.

Par ailleurs, il serait souhaitable qu'un rapport détaillé des activités de diversification, comportant notamment un constat de périmètre et une analyse des marchés concernés soit établi chaque année par les deux établissements et annexé à leur rapport annuel et que les comptes du holding et de ses filiales fassent l'objet régulièrement d'un contrôle approfondi.

En tout état de cause, les évolutions communautaires prévisibles ne devraient pas modifier les données et donc les conditions de la diversification sur le plan du respect des règles de la concurrence ; en effet, l'existence d'E.D.F. ou de G.D.F. comme entreprise publique titulaire d'au moins un monopole légal n'apparaît pas devoir être remise en cause (voir C.J.C.E., arrêt C 392/92 du 27 avril 1994).

Formulé sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le présent avis ne préjuge pas l'appréciation que le conseil pourrait être ultérieurement conduit à porter au regard des dispositions de la même ordonnance.

Délibéré sur le rapport de Mlle Valérie Champagne et de M. François Vaissette par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, MM. Blaise, Bon, Mme Hagelsteen, MM. Marleix, Pichon, Robin, Rocca, Sloan, Thiolon et Urbain, membres.

Le rapporteur général,  
Marc Sadaoui

Le président,  
Charles Barbeau

---

© Conseil de la concurrence

## ANNEXE

Liste des organisations professionnelles concernées par la diversification des activités d'E.D.F. et de G.D.F.:

Fedelec (1) : Fédération nationale des professionnels indépendants de l'électricité et de l'électronique;

F.N.E.E. (1) : Fédération nationale de l'équipement électrique;

S.E.R.C.E. (1) : Syndicat des entrepreneurs de réseaux et de construction électrique;

Una 3E C.A.P.E.B. (1) : Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment ;  
Union équipement électrique et électronique;

F.N.B. (1) : Fédération nationale du bâtiment;

F.G. 3E : Fédération nationale de la gestion des équipements, de l'énergie et de l'environnement;

F.N.A.D.E. : Fédération nationale des activités du déchet et de l'environnement;

F.N.T.P. : Fédération nationale des travaux publics;

Synial : Syndicat national des installateurs et télésurveilleurs d'alarme et de surveillance;

Syntec-Ingénierie : Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie;

U.C.F. : Union climatique de France;

Una C.P.C.C.A.P.E.B. : Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment,  
Union couverture-plomberie-chauffage.

(1) Fedelec, F.N.E.E., S.E.R.C.E., Una 3E C.A.P.E.B. et le F.N.B. interviennent en commun dans le cadre du C.N.E.E. (Conseil national de l'équipement électrique).