

Autorité
de la concurrence



Décision n° 21-D-03 du 18 février 2021 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Plüm Énergie dans le secteur de la fourniture d'électricité en France

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu les lettres enregistrées le 14 septembre 2020 sous les numéros 20/0088 F et 20/0089 M par lesquelles les sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Électricité de France, et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code de l'énergie ;

Vu l'avis du 29 octobre 2020 de la Commission de régulation de l'énergie rendu sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 20-DSA-474 du 25 septembre 2020, n° 20-DSA-501 du 15 octobre 2020, n° 20-DSA-537 du 29 octobre 2020, n° 20-DSA-539 du 30 octobre 2020, n° 20-DSA-542 du 3 novembre 2020, n° 20-DSA-545 du 6 novembre 2020, n° 20-DSA-559 du 12 novembre 2020, n° 20-DSA-562 du 13 novembre 2020, n° 20-DSA-564 du 16 novembre 2020, n° 20-DSA-582 du 19 novembre 2020, n° 20-DSA-589 du 20 novembre 2020, n° 20-DSA-594 du 23 novembre 2020, n° 20-DSA-603 du 24 novembre 2020, n° 20-DSA-650 du 9 novembre 2020 ; n° 20-DEC-567 du 16 novembre 2020, n° 20-DEC-651 du 11 décembre 2020 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités et Électricité de France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités et Électricité de France entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 14 décembre 2020 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Les sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités ont saisi l'Autorité en faisant valoir qu'Électricité de France pratiquerait des prix prédateurs sur le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits clients non résidentiels.

Les saisissantes soutenaient que, dans le cadre de la fin des tarifs réglementés de vente au détail de l'électricité (TRV recouvrant les tarifs Bleus) au 31 décembre 2020 pour les sites de consommation non résidentiels (sites C5), EDF aurait proposé des prix ne couvrant pas la moyenne de ses coûts évitables lors de ses réponses aux appels d'offres lancés par les collectivités territoriales pour les sites concernés. Selon Plüm Énergie, les prix pratiqués par EDF devraient être qualifiés de prix prédateurs, en ce qu'ils entraîneraient un effet d'éviction vis-à-vis des fournisseurs alternatifs, dans une période particulièrement sensible et propice au développement de la concurrence.

La société Plüm Énergie a également déposé, en complément de sa saisine, une demande de mesures conservatoires visant à faire cesser immédiatement les comportements allégués.

Après analyse des éléments fournis par la saisissante au soutien de sa demande de mesures conservatoires, l'Autorité a estimé que les conditions du prononcé de mesures conservatoires n'étaient pas remplies, dès lors qu'aucune atteinte grave à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante n'était établie. Elle a notamment relevé que Plüm Énergie avait remporté des appels d'offres importants, face à EDF, que son taux de succès était resté stable et qu'il n'était pas démontré qu'elle se trouvait dans une situation critique, de nature à remettre en cause sa survie sur le marché. Le risque d'éviction du marché à court terme de la plaignante, et, a fortiori, des autres principaux concurrents d'EDF de taille plus importante, n'étant pas avéré en l'espèce, la demande de mesures conservatoires a été rejetée. L'autorité poursuit l'instruction de la saisine au fond.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

SOMMAIRE

I. Constatations	4
A. La saisine	4
B. Le secteur concerné	4
1. La fourniture d'électricité au détail	4
2. Le cadre juridique de la fourniture d'électricité au détail	4
C. Les entreprises concernées	7
1. Les sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités (« Plüm »)	7
2. La société Électricité de France (« EDF »)	8
D. Les pratiques dénoncées	8
E. La demande de mesures conservatoires	8
II. Discussion	9
A. L'applicabilité du droit de l'Union européenne	9
B. Le marché pertinent concerné par la saisine	10
1. La dimension matérielle des marchés	10
a) Distinction selon le type de consommateurs	11
b) Distinction selon le type d'offres (offres aux TRV et offres de marché)	12
2. La dimension géographique des marchés concernés	12
C. La position dominante d'EDF sur le marché en cause	13
D. La recevabilité de la saisine au fond	15
1. La position du saisissant	15
2. L'analyse de l'Autorité	15
a) Les principes applicables aux pratiques tarifaires de prédation et d'éviction	16
b) Application	17
E. Sur la demande de mesures conservatoires	18
1. Sur l'atteinte grave à l'entreprise plaignante	18
2. Sur l'atteinte grave à l'économie générale, au secteur concerné, et à l'intérêt des concurrents et des consommateurs	19
3. Conclusion	20
DÉCISION	21

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 14 septembre 2020 sous le numéro 20/0088 F, l’Autorité de la concurrence a été saisie d’une plainte des sociétés Plüm Énergie et Plüm Entreprises & Collectivités (ci-après « Plüm »), dirigée contre des pratiques prétendument mises en œuvre par la société Électricité de France (ci-après « EDF ») dans le secteur de la fourniture d’électricité en France².
2. Les pratiques dénoncées sont principalement des pratiques tarifaires de prédation concernant la fourniture d’électricité aux petits clients non résidentiels.
3. Accessoirement à la saisine au fond, par lettre enregistrée le 14 septembre 2020 sous le numéro 20/0089 M, Plüm a sollicité, sur le fondement de l’article L. 464-1 du code de commerce, le prononcé de mesures conservatoires³.
4. Consultée par application des dispositions de l’article R. 463-9 du code de commerce, la Commission de Régulation de l’Énergie (ci-après « CRE ») a rendu son avis le 29 octobre 2020⁴.

B. LE SECTEUR CONCERNE

1. LA FOURNITURE D’ELECTRICITE AU DETAIL

5. Le secteur de l’électricité est organisé autour de quatre grands pôles : la production, le transport, la distribution et la commercialisation d’électricité.
6. À ceux-ci s’ajoutent des activités purement financières, telles le courtage et le négoce sur le marché de gré à gré ou sur les marchés organisés.
7. Chacun de ces pôles correspond à une activité spécifique pour l’alimentation des clients finals en électricité.
8. Parmi les activités de commercialisation, l’activité de fourniture au détail d’électricité aux consommateurs finals consiste à leur vendre de l’électricité achetée en gros ou produite par le fournisseur.
9. La saisine et la demande de mesures conservatoires qui y est associée concernent cette activité.

2. LE CADRE JURIDIQUE DE LA FOURNITURE D’ELECTRICITE AU DETAIL

10. L’ouverture à la concurrence de l’activité de fourniture d’électricité au détail a été engagée avec l’adoption de la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles

² Cotes 2-50.

³ Cotes 52-59.

⁴ Cotes 1111-1126 VC.

communes pour le marché intérieur de l'électricité et s'est poursuivie de manière progressive⁵, d'abord pour les industriels, puis pour l'ensemble des consommateurs.

11. Le principe de libre choix du fournisseur d'électricité au détail a été instauré au profit des clients, par étapes successives :
 - 1^{er} février 1999 : clients consommant plus de 100 GWh/an ;
 - 1^{er} juin 2000 : clients consommant plus de 16 GWh/an ;
 - 1^{er} février 2003 : clients consommant plus de 7 GWh/an ;
 - 1^{er} juillet 2004 : tous les clients non résidentiels ;
 - 1^{er} juillet 2007 : tous les clients (résidentiels et non résidentiels).
12. En parallèle à cette ouverture à la concurrence, les pouvoirs publics français ont maintenu l'existence de tarifs réglementés de vente au détail (ci-après « TRV »). Ces tarifs sont établis en application des articles L. 337-4 et suivants du code de l'énergie, qui prévoient que les TRV sont arrêtés conjointement par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie, après avis de la CRE. L'article L. 337-5 du code de l'énergie précise également que : « *Les tarifs réglementés de vente d'électricité sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts mentionnés à l'article L. 337-6* ».
13. La fourniture d'électricité aux TRV relève des fournisseurs dits « *historiques* », c'est-à-dire présents avant l'ouverture des marchés de l'électricité : Électricité de France et les entreprises locales de distribution (ci-après « ELD »). Électricité de France est, en particulier, le seul fournisseur commercialisant les TRV sur la zone de desserte d'Enedis (le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité desservant 95 % des consommateurs français).
14. Sur la quasi-totalité du territoire français (zone de desserte d'Enedis⁶), les consommateurs pouvant bénéficier d'offres aux TRV ont donc actuellement le choix entre :
 - les offres aux TRV qui sont proposées exclusivement par Électricité de France ;
 - les offres dites « *de marché* » qui sont proposées à la fois par Électricité de France, mais également par les nouveaux fournisseurs d'électricité, dits « *fournisseurs alternatifs* ».
15. Afin de mettre un terme à la procédure d'infraction engagée contre la France par la Commission européenne le 12 décembre 2006 du fait du maintien des TRV pour les consommateurs non résidentiels⁷ et de se conformer aux engagements pris devant la

⁵ Voir : Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE ; Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE. Ces textes ont fait l'objet de transpositions en droit national par le biais de plusieurs lois : loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ; Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique ; Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie ; loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité ; loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁶ Enedis gère le réseau de distribution qui se compose des lignes Moyenne Tension (MT) et des lignes Basse Tension (BT).

⁷ Voir le communiqué de presse de la Commission disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1768_fr.htm?locale=en.

Commission par le gouvernement français⁸, la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 (dite « *loi NOME* »)⁹ a entériné la disparition des TRV pour les consommateurs finals domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères (correspondant donc aux TRV Jaune et Vert) à compter du 1^{er} janvier 2016. Le calendrier et les modalités de mise en œuvre de cette phase d’extinction desdits tarifs ont été précisés par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (dite « *loi Hamon* »)¹⁰.

16. La loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 (dite « *loi énergie-climat* »)¹¹ a réduit les catégories de consommateurs éligibles aux TRV. Elle prévoit ainsi la disparition de ces tarifs pour les consommateurs non domestiques¹² qui emploient 10 personnes ou plus, ou qui emploient moins de 10 personnes et ont un chiffre d’affaires, des recettes et un total de bilan annuel strictement supérieurs à 2 millions d’euros. Ces clients sont tenus de souscrire un contrat en offre de marché avant le 1^{er} janvier 2021 chez le fournisseur de leur choix. Depuis le 1^{er} janvier 2020, les tarifs réglementés ne peuvent plus être commercialisés auprès des consommateurs ne répondant pas aux conditions d’éligibilité décrites ci-dessus.
17. La loi Énergie-Climat prévoit que les fournisseurs historiques (EDF et ELD) doivent, après avoir identifié leurs clients qui ne sont plus éligibles au regard des nouvelles conditions décrites ci-dessus, les informer de la fin de leur éligibilité, de l’existence d’offres de marché disponibles et du comparateur d’offres du médiateur national de l’énergie¹³, de manière neutre, compréhensible et visible (cette information pouvant être réalisée par le moyen de factures, site internet et espace client, courriers, conversations téléphoniques).
18. La loi Énergie-Climat introduit également une obligation, à la charge des fournisseurs historiques (EDF et ELD), d’accorder, gratuitement et à tout fournisseur alternatif en faisant la demande, l’accès aux données de contact et de consommation de leurs clients n’étant plus éligibles aux TRV. Pour ce faire, les opérateurs historiques sont tenus de s’assurer préalablement de l’absence d’opposition de leurs clients à la transmission de leurs données.
19. Le graphique ci-dessous présente synthétiquement les différentes étapes de la libéralisation du marché de la fourniture d’électricité qui ont été décrites plus haut.

⁸ Décision de la Commission européenne du 12 juin 2012 concernant l’aide d’état n° SA.21918 mise à exécution par la France concernant les tarifs réglementés de l’électricité en France, point 7.

⁹ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l’électricité, article 14.

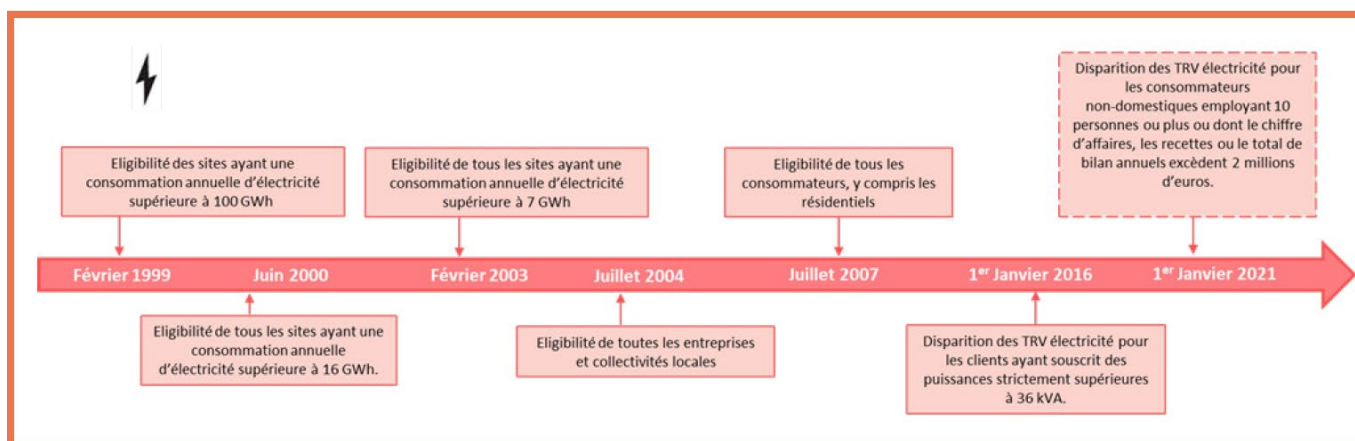
¹⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹¹ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l’énergie et au climat.

¹² À savoir, des entreprises, collectivités, associations ou administrations.

¹³ Le comparateur d’offres du médiateur national de l’énergie est le comparateur d’offres officiel des pouvoirs publics pour l’électricité et le gaz naturel. Il est indépendant des fournisseurs.

Graphique 1- Calendrier de l'ouverture de l'activité de fourniture d'électricité au détail et de disparition des TRV en France



Source : Observatoire de la CRE, « Les marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel », 2^{ème} trimestre 2020, page 6.

C. LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. LES SOCIETES PLÜM ÉNERGIE ET PLÜM ENTREPRISES & COLLECTIVITES (« PLÜM »)

20. La société Plüm Énergie SAS (anciennement dénommée Xélan SAS) est spécialisée dans le secteur de l'énergie et exerce l'activité de fournisseur d'électricité depuis 2016. Plüm a d'abord développé son activité de fourniture en proposant des offres vertes à destination des clients résidentiels, accompagnées, notamment, de conseils d'optimisation de la consommation énergétique et récompensant la baisse de consommation par l'octroi de « bonus-éco »¹⁴.
21. Depuis 2017, Plüm a décidé de diversifier son activité de fourniture en proposant des offres aux collectivités territoriales pour leurs sites ayant une puissance de raccordement inférieure à 36 kilovoltampères (ci-après « kVA »), qui correspondent à des sites dits « C5 »¹⁵. À cet égard, Plüm délègue progressivement l'activité de vente aux entreprises et aux collectivités à sa filiale Plüm Entreprises et Collectivités (que Plüm contrôle à 100 %).
22. Entre 2017 et 2019, Plüm a remporté plusieurs appels d'offres publics importants représentant environ 35 000 sites tous confondus¹⁶. Durant cette période, Plüm a connu une forte croissance de son chiffre d'affaires annuel, qui est passé de 2 millions d'euros en 2017 à 35 millions d'euros en 2019¹⁷. En 2020, Plüm a remporté quatre nouveaux appels d'offres, portant sur des volumes livrables à partir de 2021 (pour un volume total d'environ 18 000 sites)¹⁸.

¹⁴ <https://plum.fr/offre-electricite-verte/>

¹⁵ Enedis distingue différents types d'utilisateurs réseaux (sites C1 à C5) en fonction du type et de la puissance de raccordement. Dans le cadre de cette segmentation, les sites C5 correspondent à des points de connexion raccordés en basse tension, avec une puissance de raccordement inférieure ou égale à 36 kVA et auxquels est associé un contrat unique.

¹⁶ Cotes 1372 VC, 1388 VNC.

¹⁷ Cote 10.

¹⁸ Cotes 1372 VC, 1388 VNC.

2. LA SOCIÉTÉ ÉLECTRICITÉ DE FRANCE (« EDF »)

23. La société EDF est l'opérateur historique de l'électricité en France, présent sur l'ensemble des métiers de l'électricité : la production, le transport, la distribution et la fourniture d'électricité.
24. EDF a été créée en 1946 sous la forme d'un EPIC, avant d'être transformée en société anonyme par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité, du gaz et aux entreprises électriques et gazières. Le 21 novembre 2005, l'entreprise a ouvert son capital par voie d'introduction en bourse.
25. EDF commercialise depuis 1946 des offres de fourniture d'électricité sur environ 95 % du territoire métropolitain continental (zone Enedis et zone RTE¹⁹), ainsi que sur le territoire de certaines entreprises locales de distribution (« ELD »). Conformément à la loi, EDF est également à ce jour le seul fournisseur d'offres d'électricité en Corse et dans les territoires ultramarins, selon une organisation dédiée indépendante de celle de la Direction Commerce d'EDF, appelée EDF Systèmes Énergétiques Insulaires (EDF SEI).
26. En 2019, le groupe EDF a réalisé un chiffre d'affaires mondial de 71,3 milliards d'euros²⁰.

D. LES PRATIQUES DENONCÉES

27. Selon la plaignante, la société EDF aurait mis en œuvre des pratiques tarifaires de prédation sur le marché de la fourniture d'électricité au détail aux petits clients non résidentiels, en proposant des tarifs inférieurs à ses coûts évitables moyens, notamment en réponse à des appels d'offres émis par des collectivités territoriales et des syndicats départementaux d'énergie pour des lots de sites C5 (sites dont l'éligibilité aux TRV s'éteint au 31 décembre 2020).
28. Selon Plüm, en mettant en œuvre ces pratiques, la société EDF aurait abusé de sa position dominante sur les marchés de la fourniture de l'électricité aux consommateurs français, pratique prohibée par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

E. LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

29. Accessoirement à sa saisine au fond, Plüm a déposé une demande de mesures conservatoires, pour que soit enjoint à EDF de :
 - couvrir ses coûts évitables tels qu'énumérés dans la saisine au fond, ainsi qu'une partie minimale de ses autres coûts, dans ses réponses aux appels d'offres sur le marché français de la fourniture d'électricité au détail aux petits clients non résidentiels, étant entendu que les coûts évitables relatifs aux achats sur des marchés de gros (énergie, capacité, CEE²¹, GO²²) devront être fixés à un niveau égal aux prix

¹⁹ RTE gère le réseau de transport qui se compose des lignes Très Haute Tension (THT) et Haute Tension (HT).

²⁰ <https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiqués-de-presse/resultats-annuels-2019>

²¹ Certificats d'économie d'énergie.

²² Garantie d'origine (ou garantie d'origine renouvelable).

observés sur ces marchés intermédiaires à la date de l'offre (y compris les coûts de transaction sur ces marchés) ;

- désigner un mandataire indépendant responsable du contrôle préalable de la conformité des offres, ou à défaut, un auditeur indépendant (qui pourra être un des commissaires aux comptes d'EDF), approuvé par l'Autorité, et transmettre à ses clients C5 non résidentiels, lors de toute réponse à un appel d'offres public ou privé, sous peine de nullité de celle-ci, un document de l'auditeur attestant sa conformité au droit de la concurrence (avec copie à l'Autorité et à la CRE dans un délai ne pouvant excéder cinq jours ouvrés à compter du jour de l'offre) ;
- rédiger mensuellement un rapport à l'Autorité et à la CRE portant sur sa politique commerciale et tarifaire sur le marché français de la fourniture d'électricité au détail aux petits clients non résidentiels et sur la conformité de ses pratiques aux règles du droit de la concurrence, ce rapport devant faire l'objet d'une appréciation écrite du mandataire ou, le cas, échéant, de l'auditeur.

II. Discussion

30. Après avoir examiné l'applicabilité du droit de l'Union européenne (**A**), défini le marché pertinent concerné par la saisine (**B**), et examiné la position qu'EDF est susceptible d'avoir sur le marché en cause (**C**), il conviendra de se prononcer sur la recevabilité de la saisine au fond (**D**), puis sur la demande de mesures conservatoires (**E**).

A. L'APPLICABILITE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

31. L'article 102 TFUE interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Se fondant sur la jurisprudence constante des juges européens, et à la lumière de la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 du TFUE), l'Autorité de la concurrence considère que trois éléments doivent être réunis pour que des pratiques soient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres : l'existence d'échanges, à tout le moins potentiels, entre États membres portant sur les services en cause (i), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (ii) et le caractère sensible de cette possible affectation (iii).
32. Dans le cas d'espèce, des fournisseurs dont les sièges sociaux sont établis dans d'autres États membres (ex : ENI, Vattenfall, Iberdrola, etc.) commercialisent des offres de fourniture d'électricité sur le territoire français. Ainsi, si les pratiques dénoncées par la plaignante étaient avérées, ces fournisseurs seraient susceptibles d'être dissuadés d'exercer une activité sur les marchés français de la fourniture d'électricité. Ces pratiques peuvent donc rendre plus difficile l'entrée de concurrents d'EDF sur le marché français et sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

33. En outre, en permettant à la société EDF de s'assurer un volume important de fourniture d'électricité au détail sur les marchés français, les pratiques dénoncées, si elles étaient constituées, seraient susceptibles d'altérer également la position concurrentielle de la société EDF et de ses concurrents actifs dans les autres États membres.
34. Enfin, les pratiques dénoncées couvrent l'ensemble du territoire national, la société EDF commercialisant ses offres de marché relatives à l'électricité sur la totalité de celui-ci. Par ailleurs, elle commercialise les offres aux TRV d'électricité sur la zone de desserte d'Enedis qui recouvre 95 % des consommateurs d'électricité. Les pratiques dénoncées seraient par conséquent susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres.
35. À ce stade de l'instruction, et sous réserve d'un examen au fond, il convient donc de considérer que les pratiques alléguées sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres et d'être qualifiées au regard de l'article 102 du TFUE.

B. LE MARCHÉ PERTINENT CONCERNE PAR LA SAISINE

36. L'analyse des comportements en cause au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE suppose tout d'abord de définir les marchés pertinents. En effet, en matière d'abus de position dominante, « *la définition adéquate du marché pertinent est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité* »²³. Au-delà de l'appréciation de la position dominante elle-même, la définition des marchés en cause est également nécessaire à l'analyse des effets d'une pratique d'éviction, qu'ils soient réels ou potentiels²⁴.

1. LA DIMENSION MATÉRIELLE DES MARCHÉS

37. La pratique décisionnelle des autorités de concurrence distingue le secteur de l'électricité des autres secteurs énergétiques, et notamment du gaz naturel, en raison de l'absence de substituabilité entre ces deux produits²⁵.
38. Au sein de la chaîne de valeur du secteur de l'électricité, la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence ont identifié un certain nombre d'activités distinctes, de l'amont à l'aval²⁶ (décrites aux paragraphes 5 à 8 ci-dessus).
39. En l'espèce, la saisine de Plüm porte sur l'activité de fourniture au détail d'électricité.

²³ Arrêt du Tribunal de l'Union du 6 juillet 2000, aff. T-62/98, Volkswagen AG / Com., paragraphe 230.

²⁴ Voir, par exemple, rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2001, étude thématique sur le marché pertinent, p. 3-4.

²⁵ Voir, notamment, décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg, paragraphe 6 et la pratique décisionnelle citée ; n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Énergie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, paragraphe 42.

²⁶ Voir, notamment, décision n° 12-DCC-20 précitée, paragraphe 7 et la pratique décisionnelle citée.

40. Au sein de l'activité de fourniture d'électricité, l'Autorité de la concurrence opère une distinction en fonction des deux critères suivants : (i) le type de consommateur et (ii) le type d'offre commercialisée²⁷.

a) Distinction selon le type de consommateurs

41. La Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause précise qu'au sein d'un marché de produit, « *l'existence de plusieurs groupes de clients peut inciter à définir le marché de produit de manière plus étroite* »²⁸.
42. À titre liminaire, il convient de présenter la segmentation retenue par le régulateur français de l'énergie (la CRE) qui identifie quatre segments de clientèle, en fonction de la puissance souscrite (exprimée en kilowatts) : les grands sites non résidentiels, les sites moyens non résidentiels, les petits sites non résidentiels et les sites résidentiels.
43. Au niveau européen, la Commission distingue les grands clients industriels dont la consommation annuelle est supérieure à 7 GWh/an, les petits clients industriels et commerciaux dont la consommation annuelle est inférieure à 7 GWh/an mais ayant une puissance de raccordement supérieure à 36 kVA, et les petits clients professionnels ayant une puissance de raccordement inférieure ou égale à 36 kVA²⁹.
44. Sur le plan national, l'Autorité de la concurrence distingue les clients selon qu'ils sont raccordés au réseau de transport ou au réseau de distribution³⁰ :
- les gros clients industriels et commerciaux, raccordés au réseau de transport ;
 - les petits clients industriels, commerciaux et résidentiels raccordés au réseau de distribution.
45. Enfin, l'Autorité de la concurrence a également envisagé³¹ la possibilité d'utiliser la classification employée par la CRE, tout en laissant cette question ouverte, en l'absence de conséquence sur les conclusions de l'analyse concurrentielle dont elle était saisie.
46. Compte tenu des différentes approches retenues jusqu'ici par la pratique décisionnelle européenne et française, de la segmentation définie par la CRE, et de l'objet de la saisine, il est ici possible de retenir comme marché pertinent le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits clients non résidentiels. Ces clients correspondent à des sites de type C5 selon la segmentation Enedis (voir note de bas de page 15), éligibles au Tarif Bleu³², et

²⁷ Voir, notamment, décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-142 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Poweo par la société Direct Énergie, n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 précitée, n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

²⁸ Communication de la Commission européenne du 9 décembre 1997 sur la « *définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence* », paragraphe 43.

²⁹ Décision de la Commission européenne du 25 juin 2014, n° COMP/M.7137 - EDF / DALKIA EN France, paragraphe 70.

³⁰ Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 précitée, paragraphe 8 ; n° 17-DCC-155 du 22 septembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Quadran par la société Direct Énergie, paragraphe 24 ; n° 17-DCC-67 du 26 mai 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société La Compagnie du Vent par Engie, paragraphe 24.

³¹ Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 17-DCC-16 du 8 février 2017 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Eole Moulin Tizon, Eole Brocéliande, Eoliennes de l'Ourcq et du Clignon par les sociétés Predica Prévoyance, Omnes Capital et Quadran, paragraphes 16 et 17 ; n° 16-DCC-153 du 20 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Enel France par la société Énergies Libres, paragraphes 10 et 11.

³² Certains jusqu'au 31 décembre 2020, et d'autres conservant leur éligibilité après cette date.

reliés au réseau de distribution avec une puissance de raccordement inférieure ou égale à 36 kVA.

47. Sur ce marché, il est d'ores et déjà possible de constater que la demande n'est pas tout à fait homogène, selon le caractère monosite ou multisite des installations des clients raccordés, qui impacte les modes d'achat, le type d'offres commercialisées ainsi que la démarche commerciale sous-jacente pour fournir ces types de clients.
48. En effet, les clients détenant de nombreux sites (collectivités territoriales, grandes entreprises), et ce qui plus est lorsqu'ils ont recours à des groupements d'achat, vont le plus souvent lancer des appels d'offres qui mettent en jeu des volumes de consommation très importants et peuvent inclure plusieurs milliers de sites, avec parfois des puissances de raccordement différentes³³. Ainsi, les fournisseurs doivent développer des capacités à répondre à ces appels d'offres complexes par des « offres individualisées ».
49. Au contraire, les petits clients monosites ou faiblement multisites (coiffeurs, boulangers, petits artisans) ont des profils de consommation plus semblables à ceux des clients résidentiels. Ils souscrivent une offre standardisée (« offre catalogue ») et font généralement l'objet d'un démarchage de masse.
50. Néanmoins, il n'est pas nécessaire, à ce stade de l'instruction et pour les besoins de la présente analyse, de se prononcer sur la question de la définition exacte de ces marchés, dans la mesure où, quelle que soit la délimitation retenue, les conclusions demeurent inchangées.

b) Distinction selon le type d'offres (offres aux TRV et offres de marché)

51. Il a été envisagé de délimiter, au sein de chaque segment de clientèle, des marchés plus restreints couvrant le type d'offre commercialisée (offres aux TRV, d'une part, et offres de marché, d'autre part).
52. Toutefois, la fourniture d'électricité en offre de marché est substituable à une offre au TRV, s'agissant d'un même produit répondant au même besoin. Le prix proposé dans les offres de marché est d'ailleurs souvent construit par rapport au niveau du TRV (sur un modèle TRV – X %), de sorte que les offres de marché exercent une pression concurrentielle sur les offres au TRV.
53. De plus, la dynamique des marchés, qui va dans le sens d'une conversion des clients aux TRV aux offres de marché, corrobore cette substituabilité.
54. À ce stade de l'instruction, il convient donc de retenir un marché de produits unique composé d'un segment offres aux TRV et d'un segment offres de marché.

2. LA DIMENSION GEOGRAPHIQUE DES MARCHES CONCERNES

55. Les marchés de la fourniture d'électricité au détail ont été considérés tant par la Commission européenne³⁴ que par l'Autorité de la concurrence³⁵ comme étant de dimension nationale.

³³ Les appels d'offres peuvent en effet porter simultanément sur des sites de consommation C1 à C5, de manière dissociable (i.e. dans le cadre de lots distincts pour chaque type de sites) ou indissociable.

³⁴ Voir, par exemple, décisions de la Commission européenne M.3440 EDP/ENI/GDP ; M.4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône ; M.7137 - EDF / DALKIA précitée.

³⁵ Voir, par exemple, décisions n° 17-DCC-16 du 8 février 2017 précitée ; n° 16-DCC-153 du 20 octobre précitée.

56. Le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits clients non résidentiels sera donc considéré, à ce stade, comme de dimension nationale.

C. LA POSITION DOMINANTE D'EDF SUR LE MARCHÉ EN CAUSE

57. L'analyse du pouvoir de marché détenu par EDF sur les marchés en cause est un préalable indispensable à l'examen des comportements dénoncés par Plüm dans sa plainte et sa demande de mesures conservatoires. C'est en effet parce que l'entreprise en position dominante est investie d'une responsabilité particulière que certains de ses comportements peuvent être considérés comme anticoncurrentiels sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE³⁶.
58. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, la position dominante visée par l'article 102 du TFUE concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement des consommateurs³⁷. Dans son rapport d'activité pour l'année 2010, l'Autorité de la concurrence a rappelé que « *la jurisprudence tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents* »³⁸.
59. L'appréciation de la position dominante d'une entreprise s'effectue donc à partir d'un faisceau d'indices qui prend en compte des données d'ordre structurel, comme les parts de marché de l'entreprise et celles de ses principaux concurrents, mais aussi des éléments qui sont de nature à donner un avantage concurrentiel à l'entreprise concernée, comme l'appartenance à un groupe puissant, la détention d'une image de marque ou d'un réseau de distribution couvrant le territoire national.
60. En ce qui concerne plus particulièrement les parts de marché, la Cour de Justice considère qu'une part de marché significative permet de présumer l'existence d'une position dominante : « *S'agissant des parts de marché, la Cour a jugé (arrêt du 13 février 1979, Hoffmann La Roche, point 41, 85/76, Rec. p. 461) que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. Tel est le cas d'une part de marché de 50 % comme celle constatée en l'espèce* »³⁹. Cette présomption, qui a été retenue à plusieurs reprises par l'Autorité de concurrence⁴⁰, s'explique par le fait que « *la possession d'une part de marché extrêmement*

³⁶ Voir, par exemple, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C045, 24 février 2009, paragraphe 9.

³⁷ Arrêt de la Cour de Justice de l'Union du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG/Com., aff. 85/76, paragraphe 38. Voir encore, arrêt de la Cour de Justice de l'Union du 6 décembre 2012, AstraZeneca e.a./Com., C-457/10 P, paragraphe 175.

³⁸ Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2010, page 239.

³⁹ Arrêt de la Cour de Justice de l'Union du 3 juillet 1991, Akzo Chemie BV / Com., C-62/86, paragraphe 60. Voir également, par exemple, arrêt du Tribunal de l'Union du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB e.a./Com., T-321/05, paragraphe 288.

⁴⁰ Voir, par exemple, décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-02 du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, paragraphe 58, et n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante, paragraphes 265-266.

importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente - sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable -, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »⁴¹.

61. Par ailleurs, la baisse des parts de marché au cours de la période concernée par les pratiques n'exclut pas l'existence d'une position dominante, la réduction de parts de marché encore très importantes ne pouvant constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante⁴². L'Autorité de la concurrence a également retenu que des parts de marché qui diminueraient mais resteraient significatives peuvent constituer un élément pertinent pour qualifier une position dominante⁴³.
62. En l'espèce, sur le marché pertinent défini plus haut, EDF détenait, à la fin juin 2020, des parts de marché de [60-70] % en volume de consommation et de [65-75] % en nombre de sites⁴⁴.
63. Il convient ainsi de constater que, bien qu'en recul depuis 2015, les parts de marché d'EDF restent très significatives, et ce, plus de 16 ans après l'ouverture du secteur à la concurrence.
64. La jurisprudence retient également, au titre des autres éléments d'appréciation d'une position dominante, l'écart entre la part de marché de l'opérateur historique et celle de ses plus proches concurrents. Or, sur le marché en cause, la CRE indique qu'en juin 2020, les TRV étaient encore prépondérants et représentaient 63,3 % des sites concernés, qui étaient donc intégralement dans le portefeuille d'EDF. Il apparaît ainsi qu'en juin 2020, 36 fournisseurs alternatifs (auxquels s'ajoute EDF, qui commercialise aussi des offres de marché) se partageaient une part de marché cumulée de 36,7 %, de sorte que leur part de marché individuelle était *a priori* minime par rapport à celle détenue par l'opérateur historique.
65. À titre d'exemple, au 31 décembre 2019, Total Direct Énergie, deuxième plus grand fournisseur sur ce marché derrière EDF, disposait d'une part de marché environ cinq fois inférieure à celle d'EDF, tandis qu'Engie, autre acteur économique important du marché et opérateur historique sur les marchés du gaz, occupait quant à elle une part de marché environ six fois inférieure à celle d'EDF⁴⁵. Le marché en cause est donc particulièrement concentré au bénéfice d'EDF. En effet, le HHI⁴⁶ est estimé par la CRE au 2^{ème} trimestre 2020 à plus de 5 400 en termes de sites et à 4 900 en termes de volume de consommation⁴⁷, ce qui correspond à une très forte concentration.
66. Enfin, en tant qu'opérateur historique sur le marché de l'électricité, EDF détient des avantages concurrentiels importants, tels son image de marque et sa notoriété, mais aussi l'ensemble de ses équipes commerciales - financées par les TRV des années durant - présentes sur tout le territoire national, et lui conférant un maillage territorial et une expérience uniques.

⁴¹ Arrêt Hoffmann-La Roche, précité, paragraphe 41.

⁴² Arrêt du Tribunal de l'Union du 30 janvier 2007, France Télécom SA/Com., T-340/03, paragraphe 104. Voir également, arrêt du Tribunal AstraZeneca AB e.a./Com., précité, paragraphe 288.

⁴³ Voir en particulier, la décision n° 10-D-32 précitée, paragraphes 274-275.

⁴⁴ Données fournies par EDF, cotes 358 VC, 559 VNC.

⁴⁵ Estimations réalisées sur la base des données publiées dans le rapport 2018-2019 de la CRE, « *Le fonctionnement des marchés de détail français de l'électricité et du gaz naturel* », pages 69, 73 et 76.

⁴⁶ Indice de Herfindahl-Hirschmann.

⁴⁷ Observatoire de la CRE du 2^{ème} trimestre 2020 sur les marchés de détail de l'électricité et du gaz.

67. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'EDF peut être considérée comme étant en position dominante sur le marché de la fourniture au détail d'électricité aux petits sites non résidentiels (sites C5 non résidentiels).

D. LA RECEVABILITE DE LA SAISINE AU FOND

68. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « *des mesures conservatoires peuvent être décidées dès lors que les faits dénoncés apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce, à l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du code de commerce ; (...) la caractérisation d'une telle pratique n'est pas requise à ce stade de la procédure* » (arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2016 Orange, n° 15-14158).

1. LA POSITION DU SAISSANT

69. Au soutien de ses allégations selon lesquelles les offres d'EDF ne couvriraient pas ses coûts évitables moyens (voir paragraphe 27 ci-dessus), Plüm explique que, alors même qu'elle faisait des propositions de prix équivalentes à celles lui ayant permis d'emporter des appels d'offres en 2018 et 2019, elle a perdu face à EDF six appels d'offres pour sept lots en 2020⁴⁸.
70. La plaignante cite à cet égard cinq exemples de lots relatifs à quatre appels d'offres pour lesquels elle a calculé, sur la base d'éléments sur les prix pratiqués par EDF dont elle disposait et d'estimations des coûts d'EDF associés à ces lots, que les prix d'EDF étaient inférieurs à la moyenne de ses coûts évitables. Par ailleurs, Plüm estime que des prix prédateurs pourraient avoir été pratiqués par EDF concernant quatre autres lots relatifs à trois appels d'offres, pour lesquels elle ne dispose toutefois pas d'éléments.
71. Plüm prétend que ces exemples révèlent une stratégie de prédation mise en œuvre par EDF sur l'ensemble de ses réponses aux appels d'offres émis par des clients non résidentiels pour des sites C5.

2. L'ANALYSE DE L'AUTORITE

72. Pour appliquer le test de coûts défini par la jurisprudence (voir ci-dessous au paragraphe 81), Plüm s'est fondée sur les données de coûts publiées par la CRE et certes, utilisées pour la construction des TRV. La CRE indique à cet égard que « *les hypothèses retenues dans la construction des TRVE [tarifs réglementés de vente d'électricité] non résidentiels relèvent de l'application d'un cadre réglementaire et de choix méthodologiques qui ne s'imposent pas nécessairement aux fournisseurs qui sont libres de construire leurs offres de marché selon leur propre méthodologie, dans le respect des règles concurrentielles* »⁴⁹. Mais dans la présente affaire, l'entreprise saisissante ne pouvait que procéder à des estimations sur la base de ces informations publiques, les données de coûts relatives aux offres de marché d'un de ses principaux concurrents ne lui étant pas accessibles.

⁴⁸ Cote 7.

⁴⁹ Cote 1121.

73. L'analyse de Plüm comporte, par construction, certaines limites, puisqu'elle ne tient compte que des hypothèses sous-jacentes à l'élaboration des TRV et doit donc faire l'objet de corrections. Toutefois, la CRE indique dans son avis que ces corrections sont susceptibles d'expliquer une petite partie seulement de l'écart mis en évidence par Plüm entre le prix proposé par EDF et le seuil de prédation⁵⁰. Elle en conclut que « *compte-tenu des écarts mis en évidence par Plüm supérieurs à cet ordre de grandeur, il apparaît indispensable de mener une analyse approfondie et détaillée de chacun des cas dans le cadre de l'examen au fond de la saisine de l'Autorité* »⁵¹.
74. En l'espèce, certains des faits dénoncés par la saisissante pourraient donc être susceptibles de constituer une pratique d'abus de position dominante contraire à l'article L. 420-2 du code de commerce et à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
75. Aux termes de l'article 102 TFUE : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci (...)* ».
76. L'article L. 420-2 du code de commerce prévoit qu' « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci (...)* ».

a) Les principes applicables aux pratiques tarifaires de prédation et d'éviction

77. Une pratique de prix bas mise en œuvre par une entreprise en position dominante peut être qualifiée de pratique de prix prédateurs lorsque les prix ne permettent pas à l'entreprise dominante de couvrir certains coûts.
78. Le fait de pratiquer des prix prédateurs ne saurait cependant pas être considéré comme l'unique comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur une pratique de prix bas qui serait interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Cela peut aussi être le cas, notamment, de pratiques fondées sur des prix qui, à la différence de prix prédateurs, ne s'inscrivent pas dans une logique de sacrifice à court terme, mais tendent néanmoins à restreindre la concurrence par un effet d'éviction.
79. Ces pratiques peuvent notamment prendre la forme de prix d'éviction tendant à entraver de manière artificielle l'accès au marché des concurrents et ainsi à maintenir ou renforcer la position dominante de l'entreprise qui les met en œuvre.
80. Comme l'a souligné la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 6 novembre 2014, « *la Cour de justice a, dans [l'arrêt Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet, aff. C-23/14, point 27] estimé que cette grille de lecture n'est pas seulement pertinente pour apprécier la licéité de pratiques de prix prédateurs, en se fondant sur une comparaison des prix concernés et de certains des coûts encourus par l'entreprise dominante ainsi que sur la stratégie objectivement menée par celle-ci, mais aussi, plus largement, pour apprécier la légalité de toute pratique de prix bas mise en œuvre par une entreprise occupant une position dominante au regard de la prohibition des abus de position dominante* »⁵².

⁵⁰ Cotes 1123 VC, 1148 VNC.

⁵¹ Cotes 1123 VC, 1148 VNC.

⁵² Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 2014, p. 47.

81. En pratique, en droit français comme en droit européen⁵³, la mise en œuvre du test de coûts, qu'il s'agisse d'apprécier l'existence d'une pratique de prix prédateurs ou de prix d'éviction, mobilise un double standard de coûts et s'articule ainsi :
- zone blanche : lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont supérieurs aux coûts totaux moyens (CTM) dans l'hypothèse d'une entreprise mono-produit ou aux coûts incrémentaux moyens de long terme (CMMLT, à savoir la moyenne de tous les coûts variables et fixes spécifiquement supportés pour fabriquer un produit déterminé) dans l'hypothèse d'une entreprise multi-produits, la pratique peut être présumée licite au regard des règles de concurrence ;
 - zone noire : lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs au standard de coûts à court terme, à savoir la moyenne des coûts variables (CVM) dans l'hypothèse d'une entreprise mono-produit ou des coûts évitables (CEM)⁵⁴ dans l'hypothèse d'une entreprise multi-produits, en principe⁵⁵, la pratique peut être présumée abusive, indépendamment de la preuve d'une intention d'éviction ;
 - zone grise : lorsque les prix sont inférieurs au standard de coût à long terme (CTM ou CMMLT) mais supérieurs au standard de coûts à court terme (CVM ou CEM), la pratique doit être considérée comme abusive s'il peut être prouvé que les prix sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour objet d'éliminer un ou des concurrents, ou que les prix sont de nature à provoquer des effets, potentiels ou réels, d'éviction.

b) Application

82. Afin d'effectuer le test de coûts issu de la jurisprudence, il convient préalablement de définir le périmètre d'activité pertinent à l'aune duquel la couverture des coûts par les prix peut être appréciée. Ce périmètre d'activité est déterminé en fonction du marché sur lequel les pratiques se produisent, de l'horizon matériel et temporel (court, moyen ou long terme) pertinent, ainsi que de la structure et de la stratégie de l'entreprise en cause.
83. A ce stade, différents périmètres d'activités ont été envisagés par les services d'instruction sur lesquels et sous certaines hypothèses, il n'est pas exclu qu'EDF ne couvre pas ses coûts. Dans le cadre de l'instruction au fond, il reviendra aux services d'instruction d'approfondir les analyses menées sur les différents périmètres d'activité envisagés, afin de pouvoir évaluer la couverture par EDF, d'une part, de ses coûts évitables moyens et, d'autre part, de ses coûts incrémentaux de long terme.

⁵³ Voir, notamment, arrêt de la Cour de Justice de l'Union du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet*, aff. C-209/10, paragraphe 27. Voir également, par exemple, décision de l'Autorité de la concurrence n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie, paragraphe 54 ; Étude de l'Autorité de la concurrence, « *Les remises fidélisantes* », novembre 2018, page 66.

⁵⁴ Voir Commission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, décembre 2005, paragraphe 107 et Orientations de la Commission, paragraphe 64 note de bas de page 3. Voir également, décision de la Commission européenne du 13 mai 2009, *Intel*, aff. COMP/C-3/37.990, paragraphes 1036 et s.

⁵⁵ La pratique décisionnelle prévoit en effet que, dans les hypothèses où les coûts fixes sont importants, il peut être nécessaire d'adapter ce standard. Voir par exemple la décision *Intel*, précitée, paragraphe 1036. Voir également Commission, DG Competition discussion paper, paragraphe 126 ; décision de la Commission européenne du 4 juillet 2007, *Wanadoo España/Telefónica*, aff. COMP/38.784, paragraphes 316 et s.

E. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

84. L'article L. 464-1 du code de commerce dispose que « *l'Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».
85. Pour déterminer si les pratiques décrites précédemment permettent de prononcer des mesures conservatoires, il convient d'apprécier le caractère grave et immédiat de l'atteinte portée à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, les conditions de gravité et d'immédiateté étant cumulatives.
86. La gravité et l'immédiateté de l'atteinte portée au moins à un des intérêts protégés (entreprise plaignante, secteur intéressé, économie générale et consommateurs) justifie le prononcé d'une mesure conservatoire, s'il existe un lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte grave et immédiate constatée.

1. SUR L'ATTEINTE GRAVE A L'ENTREPRISE PLAIGNANTE

87. L'atteinte alléguée aux intérêts de l'entreprise saisissante doit être la conséquence directe et certaine des pratiques en cause⁵⁶.
88. L'atteinte grave peut notamment résulter de cas dans lesquels « *une ou plusieurs entreprises pourraient être exclues du marché, disparaître avant le terme de la procédure au fond ou voir ses chances de développement sérieusement compromises* »⁵⁷. Des mesures conservatoires peuvent également être justifiées dans les cas où l'entreprise plaignante subit une baisse massive de son chiffre d'affaires, circonstance qui met en cause de façon significative son activité⁵⁸. En revanche, la constatation « *d'un simple manque à gagner est insuffisante à elle seule pour caractériser l'atteinte grave et immédiate requise pour l'octroi de mesures conservatoires* »⁵⁹.
89. Au cas d'espèce, Plüm estime subir directement un préjudice du fait de ces pratiques, et indique à ce titre que ces dernières « *handicaperont irrémédiablement [s]es perspectives économiques [...] et ses chances de devenir un véritable compétiteur sur le marché* »⁶⁰. La

⁵⁶ Voir, notamment, décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits bruns, en particulier des téléviseurs, paragraphe 211.

⁵⁷ Voir, notamment, décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes, paragraphe 178.

⁵⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus.

⁵⁹ Voir, notamment, décision de l'Autorité de la concurrence n° 18-D-12 du 18 juillet 2018 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société AGN Avocats Développement dans le secteur des prestations juridiques, paragraphe 62.

⁶⁰ Cote 58.

plaignante explique ainsi que les pratiques dénoncées permettent à EDF de gagner un nombre important de clients, qui seront au surplus difficiles à reconquérir dans un délai raisonnable du fait de la durée de conclusion des contrats (que Plüm estime être d'environ trois ans). Plüm soutient qu'elle se voit de ce fait privée de sa capacité à atteindre la taille critique nécessaire pour rester un opérateur susceptible d'animer le marché de la fourniture d'électricité aux clients non résidentiels et d'autres marchés connexes.

90. En particulier, Plüm considère que les pratiques tarifaires d'EDF l'ont poussée à sacrifier ses marges au maximum et prendre des risques financiers importants qui pourraient compromettre sa viabilité financière à terme et sa présence sur le marché⁶¹.
91. Mais les éléments versés au dossier ne permettent pas, à ce stade, d'établir que la perte, par Plüm, de certains appels d'offres serait la conséquence directe et certaine des prix pratiqués par EDF. Il convient en effet de souligner que, pour certains des appels d'offres mentionnés dans sa saisine⁶², l'offre de Plüm n'a pas été classée en deuxième position des candidats, derrière EDF, de sorte qu'elle n'aurait pas été sélectionnée, même si EDF n'avait pas soumissionné. L'instruction n'a donc pas établi de lien de causalité suffisant entre la pratique alléguée et l'atteinte à l'entreprise plaignante.
92. En outre, l'entreprise plaignante n'a pas apporté de preuves concrètes démontrant que la réduction de ses marges mettrait en cause sa viabilité à court terme. Il convient, au contraire, de relever qu'en 2020, Plüm a continué à remporter des appels d'offres face à EDF, représentant des gros volumes et, ce, même depuis l'introduction de sa saisine, et que son taux de succès par rapport à 2019 est resté stable, voire en légère augmentation⁶³.
93. Dès lors, les éléments au dossier ne démontrent pas que Plüm serait actuellement dans une situation critique remettant en cause sa survie sur le marché. Ils révèlent simplement que Plüm pourrait subir un manque à gagner du fait de la réduction de ses marges ou si elle venait à supporter de nouveaux coûts, notamment relatifs aux certificats d'économie d'énergie en cas de franchissement du seuil d'exemption « CEE » (aujourd'hui établi à 400 GWh contractualisés)⁶⁴. Un risque d'éviction à court terme, qui serait constitutive d'une atteinte grave à ses intérêts, n'est donc pas démontré.

2. SUR L'ATTEINTE GRAVE A L'ECONOMIE GENERALE, AU SECTEUR CONCERNE, ET A L'INTERET DES CONCURRENTS ET DES CONSOMMATEURS

94. Selon Plüm, « *les pratiques prédatrices d'EDF, qui interviennent juste avant la suppression des tarifs aux clients non résidentiels au 1er janvier 2021, créent un puissant effet d'éviction pour les fournisseurs alternatifs dans une période particulièrement sensible pendant laquelle le marché risque de se structurer durablement dans sa configuration actuelle, causant une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur et par conséquent aux intérêts des consommateurs d'électricité* »⁶⁵.

⁶¹ Cotes 25 et 57.

⁶² Cotes 25-27.

⁶³ Cotes 25, 1372 VC, 1379-1380 VC, 1388 VNC, 1395-1396 VNC.

⁶⁴ La loi n° 2005-785 du 13 juillet 2005 (dite loi POPE) impose aux fournisseurs d'énergie, qui fournissent plus de 400 GWh à des clients particuliers ou professionnels (dits fournisseurs « obligés »), une obligation triennale de réalisation d'économies d'énergie exprimées en CEE (calculés en KWh cumulés et actualisés (« *KWh Cumac* »)). En dessous de ce seuil de 400 GWh contractualisés, les fournisseurs ne sont pas « obligés » au titre du dispositif CEE. À la date de la séance, Plüm bénéficiait de cette franchise CEE et ne supportait donc pas de coûts relatifs aux CEE.

⁶⁵ Cote 56.

95. La plaignante souligne que, par contraste avec les sites C5 des clients individuels qui sont par nature difficiles à identifier et conquérir, les appels d'offres émis par les collectivités territoriales pour leurs sites C5 représentent une opportunité unique pour les fournisseurs alternatifs d'entrer rapidement sur le marché en atteignant la masse critique⁶⁶.
96. Sur un plan plus général, Plüm fait également valoir que les pratiques dénoncées permettent à EDF de « *se forger une réputation d'agressivité, pour prévenir l'entrée de concurrents sur des marchés futurs ou connexes sur lesquels elle pourrait être attaquée* »⁶⁷.
97. Mais il a été démontré ci-dessus que le risque d'éviction à court terme d'un petit opérateur comme Plüm n'était pas avéré. Ce risque n'est pas davantage établi pour de plus gros opérateurs sur le marché, tels qu'Engie et Total Direct Énergie. Ces fournisseurs sont les principaux concurrents d'EDF sur le marché pertinent en cause et bénéficient d'une masse critique importante leur permettant donc de s'aligner ponctuellement sur des prix bas et ainsi de ne pas être évincés à court terme.
98. De plus, les contrats concernés sont conclus pour une durée de deux à trois ans et environ un tiers des volumes sont ainsi remis en jeu chaque année et ce, sur la base d'une concurrence s'exerçant quasi exclusivement par les prix, pour ce qui concerne les appels d'offres publics principalement.
99. Il découle de ce qui précède qu'il n'existe, à ce stade, pas d'éléments permettant de démontrer que des concurrents seraient susceptibles d'être évincés à court terme du marché pertinent pris dans son ensemble. Aucune atteinte grave à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs n'est donc, en l'état, établie.

3. CONCLUSION

100. Il ressort de ce qui précède que la condition relative à la gravité de l'atteinte n'est pas remplie en l'espèce. En conséquence, sans qu'il y ait lieu de vérifier si la condition relative à l'immédiateté de l'atteinte est remplie, il convient de rejeter la demande de mesures conservatoires présentée par Plüm.

⁶⁶ Cote 55.

⁶⁷ Cote 56.

DÉCISION

Article 1 : Il y a lieu de poursuivre l'instruction au fond de la saisine enregistrée sous le numéro 20/0088 F.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 20/0089 M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Juliette Ogez, rapporteure et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par Mme Irène Luc, vice-présidente, présidente de séance, Mme Catherine Prieto, M. Savinien Grignon-Dumoulin et M. Jérôme Pouyet, membres.

La secrétaire de séance,

La présidente de séance,

Armelle Hillion

Irène Luc

© Autorité de la concurrence