ashurst Linklaters

Proposition d'engagements soumise par ENGIE dans le cadre du dossier 15/0095F

le 17 mars 2017

Le 13 octobre 2015 la société Direct Energie a saisi l'Autorité de la concurrence ("**l'Autorité**") concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'énergie et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires.

Le 2 mai 2016, l'Autorité de la concurrence a, par décision n° 16-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie (la "**Décision**"), déclaré la saisine recevable et prononcé des mesures conservatoires portant sur les offres individualisées d'ENGIE pour les clients non-résidentiels raccordés au réseau de distribution.

Suite à la Décision, l'Autorité a, en application des articles L. 464-2 I et R. 464-2 du code de commerce, exprimé des préoccupations de concurrence dans une note d'évaluation préliminaire en date du 13 mars 2017.

La présente proposition d'engagements d'ENGIE SA ("**ENGIE**") entend répondre à ces préoccupations de concurrence.

Il est précisé à titre liminaire que cette proposition d'engagements ne comporte et n'implique aucune reconnaissance par ENGIE (i) du bien-fondé de la plainte ou de la matérialité des faits allégués et (ii) de la violation d'une règle de droit de quelque nature que ce soit, ou d'une responsabilité de quelque nature que ce soit, en lien avec les faits allégués.

Il doit encore être précisé que le périmètre de la présente proposition est circonscrit aux marchés de la fourniture de gaz naturel des clients résidentiels et non résidentiels raccordés au réseau de distribution.

1. SUR LES PREOCCUPATIONS DE CONCURRENCE RELATIVES AUX PRATIQUES TARIFAIRES

Pour remédier aux préoccupations de concurrence relatives aux pratiques tarifaires identifiées par l'Autorité, ENGIE propose de prendre des engagements ayant pour objectifs principaux de renforcer la fiabilité des analyses de profitabilité de ses offres de marché et d'instaurer des mécanismes de suivi du processus d'élaboration du prix de ses offres. Plus précisément, ces engagements se déclinent autour de quatre séries de mesures présentées ci-dessous.

1.1 Premier engagement : renforcement de la fiabilité des analyses de profitabilité des offres de marché d'ENGIE

ENGIE s'engage à construire des analyses de profitabilité (ci-après "**PnL**") *ex ante* et *ex post* permettant de suivre, sur les marchés de la fourniture de gaz à la clientèle résidentielle et non-résidentielle raccordée au réseau de distribution, la profitabilité de ses offres de marché, et de documenter leur processus d'élaboration.

Ces PnL seront construits sur la base des principes présentés ci-dessous et permettront d'identifier le positionnement prix des offres d'ENGIE visées par les présents engagements par rapport aux Coûts marginaux moyens de long terme ("**CMMLT**") et aux Coûts évitables moyens ("**CEM**") calculés aux différents périmètres décrits ci-dessous. Dans le cadre de l'établissement de ces PnL, ENGIE s'engage à déterminer ses coûts de manière raisonnable tel que le ferait un opérateur placé dans une situation équivalente et ce, en tenant à disposition de l'Autorité les éléments relatifs à la méthodologie retenue à cette fin.

Dans les développements qui suivent seront successivement présentés les concepts de coûts pertinents (a), le périmètre des PnL *ex ante* et *ex post* à constituer (b), et, enfin, l'horizon temporel, les volumes et les recettes pris en compte dans les PnL à constituer (c).

(a) Présentation des concepts de coûts pertinents

Dans la communication de la Commission portant orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission définit les notions de CEM et CMMLT.

Le CEM y est ainsi défini comme "*la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité (supplémentaire), en l'occurrence celle qui aurait fait l'objet d'un comportement abusif*". Le CMMLT y est défini comme "*la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé*".

Ainsi, pour calculer le CEM relatif à chacune des briques de coûts, ENGIE s'interrogera sur le point de savoir quels seraient les coûts qu'elle pourrait éviter en cas d'arrêt de toute ou partie de son activité, dans un horizon temporel prédéfini (cf. ci-dessous). S'agissant du calcul du CMMLT, ENGIE s'interrogera sur le point de savoir quels seraient les coûts engendrés par le lancement d'une offre ou d'un ensemble d'offres (voire d'une activité).

Cette analyse ne doit pas s'opérer *in abstracto*, mais en tenant compte des coûts propres de l'opérateur observé (ici ENGIE) et du contexte économique et juridique dans lequel son comportement s'inscrit.

Dans ce contexte, il est important de relever d'emblée qu'ENGIE est sur le marché dans une situation singulière qui le distingue des autres offreurs. En effet, ENGIE est un ancien monopole historique qui avait la responsabilité, depuis la fin de seconde guerre mondiale jusqu'au début des années 2000, de l'approvisionnement en gaz de l'ensemble du territoire national. ENGIE était donc dimensionnée, jusqu'à une période relativement récente, pour servir 100% du marché. Or certains coûts nés à l'époque du monopole n'ont pu être redimensionnés lors de la libéralisation.

Ces coûts hérités de la période de monopole, sont, comme l'a envisagé la Commission de régulation de l'énergie ("**CRE**") dans l'un de ses avis, de véritables coûts échoués. On observera au surplus que, même depuis la libéralisation ENGIE supporte toujours des obligations spécifiques en matière d'approvisionnement notamment pour la fourniture des clients au TRV.

Par ailleurs, pour son activité de fournisseur de gaz naturel au TRV, ENGIE fait l'objet d'une régulation sectorielle spécifique. Dès lors, pour déterminer la part des coûts affectés aux offres de marché de gaz naturel ENGIE tiendra compte notamment des données résultant de l'application des règles sectorielles validées et auditées par la CRE.

En dernier lieu, il importe de relever qu'ENGIE est une entreprise multi-produits (active notamment en gaz naturel, électricité et fourniture de services) intervenant

sur de nombreux territoires. Un certain nombre de ses coûts s'analysent donc comme des coûts fixes communs à ces différentes activités.

(b) Périmètre des PnL à constituer

(i) *Analyses de profitabilité pour les clients résidentiels et non résidentiels raccordés au réseau de distribution et bénéficiant d'offres "catalogues"*

Pour chaque trimestre, ENGIE s'engage à préparer et à tenir à disposition de l'Autorité les PnL *ex ante* suivants :

- Un PnL *ex ante* intégrant l'ensemble des offres "catalogues" destinées aux clients résidentiels et un PnL *ex ante* intégrant l'ensemble des offres catalogues destinées aux clients non résidentiels.

- Pour les clients résidentiels bénéficiant de prix ou d'offres dits "catalogues" : un PnL *ex ante* par trimestre et par offre en distinguant selon leur durée et selon leur niveau de consommation (à savoir à ce jour les tranches 0-6 MWh, 6-30 MWh et 30-300 MWh), cette dernière segmentation ne s'appliquera que pour autant que la part variable des offres concernées varie en fonction des différentes tranches ; ces PnL correspondront donc à des cohortes pour chaque offre "catalogue". Par exception, les offres dont la part dans le stock est inférieure à 1% du portefeuille et dont le taux de souscription par trimestre considéré est inférieur à 10% ne donneront pas lieu à l'établissement d'un PnL. Il est précisé que le taux de souscription sera calculé en tenant compte des souscriptions effectuées par des nouveaux clients ainsi que des souscriptions effectuées par les clients qui reconduisent leur contrat avec ENGIE.

  Le même engagement est pris pour les clients non résidentiels bénéficiant d'offres "catalogues".

Par ailleurs, ENGIE s'engage à préparer et à tenir à disposition de l'Autorité les PnL *ex post* suivants qui ont fait l'objet d'un PnL *ex ante* visé ci-dessus :

- Un PnL pour l'ensemble des offres "catalogues" arrivées à échéance au cours d'un trimestre et destinées aux clients résidentiels raccordés au réseau de distribution.

- Un PnL pour l'ensemble des offres "catalogues" arrivées à échéance au cours d'un trimestre et destinées aux clients non résidentiels raccordés au réseau de distribution.

- un PnL pour chaque offre "catalogue" arrivant à échéance au cours d'un trimestre donné (que ce soit pour les clients résidentiels ou non résidentiels).

(ii) *Analyses de profitabilité pour les clients non résidentiels raccordés au réseau de distribution et bénéficiant d'offres individualisées*

Pour chaque trimestre, ENGIE s'engage à préparer et à tenir à disposition de l'Autorité les PnL *ex ante* suivants :

- Un PnL *ex ante* intégrant l'ensemble des offres individualisées souscrites au cours du trimestre concerné (la cohorte d'offres individualisées).

- Un PnL *ex ante* pour chacune des dix plus importantes offres individualisées souscrites en volume total au cours du trimestre

concerné (ces dix offres étant par ailleurs intégrées dans le PnL de la cohorte d'offres individualisées).

Par ailleurs, ENGIE s'engage à préparer et à tenir à disposition de l'Autorité les PnL *ex post* suivants :

- Pour chacune des 10 plus importantes offres individualisées souscrites par trimestre (soit 40 par an), une fois l'offre arrivée à échéance.

- Pour chaque groupe d'offres arrivant à échéance un trimestre donné et qui figurait dans des cohortes trimestrielles d'offres individualisées pour lesquelles un PnL ex ante avait été préparé.

(c) Contenu des PnL

Ces PnL présenteront les volumes et les recettes des offres considérées pour chacun des périmètres identifiés ci-dessus sur toute leur durée de livraison dans les conditions précisées ci-dessous.

S'agissant des coûts : les PnL *ex ante* et *ex post* identifieront l'ensemble des briques de coûts prises en compte dans la détermination du prix des offres considérées et, pour chaque brique, il sera indiqué la valeur du CMMLT et du CEM.

Les briques de coûts qui seront prises en compte et analysées ci-dessous sont les suivantes : sourcing (molécule), transport amont, transport aval, distribution, modulation, prévision d'évolution des postes de coûts, coûts commerciaux, C3S et CEE.

Un modèle de PnL est présenté ci-dessous :

PnL ex *ante - [périmètre concerné] [CEM / CMMLT]*		***CEM***	***CMMLT***
Volumes prévisionnels	*MWh*		
- Coûts sourcing	*€/MWh*		
- Couts distribution	*€/MWh*		
- Coûts transport amont	*€/MWh*		
- Coûts transport aval	*€/MWh*		
- Coûts de modulation	*€/MWh*		
- Brique de prévision d'évolution	*€/MWh*		
Coûts commerciaux hors C3S et CEE	*€/MWh*		
C3S	*€/MWh*		
CEE	*€/MWh*		
Total CEM	*€/MWh*		
Total CMMLT	*€/MWh*		
Recettes sur quantités prévisionnelles	*€/MWh*		

(d) Définition de l'horizon temporel, des volumes et des recettes pris en compte

(i) *Horizon temporel*

(A) Pour l'établissement des analyses de profitabilité des offres "catalogues" destinées aux clients résidentiels et non résidentiels raccordés au réseau de distribution

Le niveau d'évitabilité de chacune des briques de coûts prise en compte sera calculé sur la base d'un horizon temporel correspondant à la moyenne des durées des contrats en offres de marché ("catalogues") souscrits, d'une part, par la clientèle résidentielle et, d'autre part pour la clientèle non-résidentielle.

Cette durée sera retenue pour l'ensemble des PnL à produire, quelle que soit le périmètre qu'ils couvrent.

(B) Pour l'établissement des analyses de profitabilité des offres individualisées pour les clients non résidentiels raccordés au réseau de distribution

S'agissant du PnL *ex ante* intégrant l'ensemble des offres individualisées souscrites au cours du trimestre concerné (la cohorte) et du PnL *ex ante* pour chacune des dix plus importantes offres individualisées en volume total au cours du trimestre concerné, le niveau d'évitabilité de chacune des briques de coûts prise en compte sera calculé sur la base d'un horizon temporel déterminé sur la base des paramètres suivants :

- la durée moyenne des contrats représentant une part majoritaire de la quantité à délivrer sur le stock des contrats en portefeuille ;
- la durée moyenne des contrats acquis au cours de la dernière année.

Le niveau d'évitabilité calculé sur l'horizon temporel retenu pourra éventuellement varier pour certaines briques de coûts selon le périmètre matériel concerné (une offre individualisée ou la cohorte), dans la mesure où certains coûts évitables aux bornes de la cohorte, pourraient ne pas l'être aux bornes d'une offre individualisée.

(ii) *Volumes*

(A) *Ex ante*

Les volumes (exprimés en MWh) correspondront aux quantités prévisionnelles des offres sur toute la durée de l'offre ou des offres du périmètre considéré.

Pour les offres "catalogues", ces quantités prévisionnelles seront fondées sur les meilleures estimations établies par d'ENGIE sur la base des ventes réalisées lors des dernières campagnes et des objectifs commerciaux.

Pour les offres individualisées, les quantités prévisionnelles seront estimées d'après la quantité déclarée par le client lors de la souscription.

(B) *Ex post*

Dans les PnL *ex post*, les volumes seront fondés, pour les offres arrivées à échéance, sur le volume de consommation du/des client(s) pris en compte dans un périmètre considéré (marché pertinent, cohortes d'offres "catalogues", cohortes d'offres individualisées, offres individualisées).

(iii) *Recettes*

(A) *Ex ante*

Dans chaque PnL portant sur une offre dite catalogue, la ligne recette indiquera les recettes anticipées, exprimées en euros par MWh, pour un consommateur moyen pour l'offre du périmètre considéré.

Les recettes correspondront donc au prix offert multiplié par les quantités prévisionnelles.

Pour les PnL portant sur des offres individualisées, la ligne recette indiquera les recettes anticipées, exprimées en euros par MWh. Ces recettes anticipés seront calculées sur la base des prix offerts aux différents clients et, dans le cas de cohortes, pondérés par les volumes prévisionnels des offres considérées.

(B) *Ex post*

Les recettes seront fondées sur les volumes consommés.

1.2 **Deuxième engagement : le positionnement prix des offres d'ENGIE**

ENGIE s'engage à ce que le prix de ses offres de marché couvre leur CEM tel qu'il ressortira des PnL *ex ante* présentés ci-dessus.

1.3 **Troisième engagement : renforcement du suivi de la politique de prix d'ENGIE**

- ENGIE mettra en place un processus de contrôle interne, fondé sur les analyses de profitabilité visées ci-dessus, permettant pour chacune de ces analyses de profitabilité *ex ante* : (i) d'identifier le positionnement du prix par rapport au CMMLT et par rapport au CEM ; (ii) de déterminer la marge envisagée par rapport à ces niveaux de coûts ; (iii) et, si le prix proposé devait se situer sous le niveau du CMMLT pertinent, d'obtenir une validation par une personne d'encadrement dûment habilitée à cet effet.

- Symétriquement, les PnL *ex post* qu'ENGIE mettra en place permettront pour chacune des analyses de profitabilité observées d'identifier, à l'échéance des offres, le positionnement du prix par rapport au CMMLT et par rapport au CEM.

- Ces PnL ex *post* contribueront en outre au suivi de la profitabilité des offres d'ENGIE.

  Ainsi, dans le cas où un PnL *ex post* ferait apparaître des recettes sous le niveau de CMMLT (alors que le PnL *ex ante* plaçait les recettes prévisionnelles au-dessus de ce niveau) ou sous le niveau de CEM (alors que le PnL *ex ante* plaçait les recettes prévisionnelles au-dessus de ce niveau), ENGIE s'engage à être en mesure de justifier cette évolution sur demande de l'Autorité.

  Pour ce faire, ENGIE conservera les documents ou informations permettant de justifier les hypothèses prises en compte dans les PnL *ex ante* et conservera les

documents ou informations permettant de justifier les raisons pour lesquelles les coûts constatés *ex post* se sont écartés de ces hypothèses.

Au-delà de la conservation des éléments permettant de justifier les raisons des écarts entre les hypothèses retenues et les coûts constatés, dans l'hypothèse où les recettes d'un PnL *ex post* seraient inférieures au niveau de CEM, ENGIE s'engage à exposer dans un document le contexte et les raisons justifiant l'importance de l'écart entre les hypothèses retenues et les coûts constatés. Ce document sera tenu à disposition de l'Autorité.

Enfin, ENGIE s'engage à prendre en considération dans ses futurs PnL *ex ante* les enseignements résultant de l'analyse des PnL *ex post*.

- ENGIE conservera et rendra accessibles à l'Autorité les documents d'analyse de profitabilité (*ex ante* et *ex post*) aussi longtemps que les présents engagements demeureront en vigueur conformément à la section 4 ci-dessous.

1.4 Quatrième engagement : renforcement de la sensibilisation aux règles de concurrence des personnels d'ENGIE

- ENGIE s'engage à mettre en place des actions de conformité (ou à renforcer celles existantes) à destination des personnels directement concernés et impliqués dans la politique tarifaire sur les marchés concernés.

- A cette fin, ENGIE mettra en place les actions suivantes :

  - ENGIE préparera un guide à destination des commerciaux et des personnes en charge de la politique de prix ; ce guide contiendra une partie générale rappelant les principes du droit de la concurrence, une partie spécifique sur les pratiques tarifaires susceptibles de constituer des pratiques abusives et, enfin, une partie dédiée à la présentation des présents engagements ;

  - ENGIE mettra en place des actions de formation à destination de ce même public ;

  - ENGIE demandera aux personnes en charge de la politique de prix de signer un engagement individuel portant sur le respect des règles applicables en matière de politique de prix.

1.5 Sur le délai de mise en œuvre des engagements

ENGIE mettra en œuvre l'engagement de renforcement de la fiabilité des analyses de profitabilité de ses offres (section 1.1 *supra*), l'engagement relatif au positionnement prix de ses offres (section 1.2 *supra*) et l'engagement de renforcement du suivi de la politique de prix (section 1.3 *supra*), dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires. ENGIE réalisera l'engagement sur le renforcement de la sensibilisation aux règles de concurrence de ses personnels (section 1.4 *supra*), dans un délai maximum de 3 mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires pour le personnel d'encadrement qui sera dûment habilité à valider un prix se situant sous le niveau du CMMLT pertinent. Les autres personnes concernées bénéficieront des actions de formation dans une délai maximum de 6 mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires.

2. SUR LES PREOCCUPATIONS DE CONCURRENCE RELATIVES AUX CONTRATS PROPOSES AUX COPROPRIETES

Afin de remédier aux préoccupations de concurrence relatives aux contrats proposés aux copropriétés (FideloConso), ENGIE s'engage à :

- Informer chaque client FideloConso de ce que la résiliation du contrat ne donnera pas lieu au paiement d'indemnités de résiliation couvrant les investissements non amortis des équipements.

- Informer également chaque client FideloConso de ce qu'il pourra mettre un terme au contrat à l'issue d'une période de 5 ans tant pour la partie fourniture de gaz naturel que pour la partie fourniture de services. Pour les clients FideloConso dont le contrat a été conclu il y a plus de 5 ans, ce droit de résiliation pourra être exercé immédiatement.

- Ne plus proposer à l'avenir aux copropriétés de contrat comportant certaines caractéristiques du contrat FideloConso, à savoir un contrat associant des prestations de service de comptage et des prestations de fourniture de gaz naturel pour une durée de 10 ans, et dont la résiliation anticipée impose le paiement d'indemnités de résiliation couvrant les investissements non amortis des équipements.

ENGIE s'engage à mettre en œuvre l'engagement visé dans la présente section dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires.

3. SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE DES ENGAGEMENTS

Le suivi et la vérification du respect par ENGIE des présents engagements seront confiés à un mandataire indépendant, qui fera rapport à l'Autorité.

3.1 Modalités de désignation du mandataire indépendant

Le mandataire sera désigné par ENGIE selon les modalités qui suivent.

Dans un délai d'un mois suivant la notification de la décision, ENGIE proposera à l'Autorité le nom d'un candidat pour la fonction de mandataire, ainsi qu'un projet de contrat de mandat. L'Autorité accordera ou refusera l'agrément du candidat par décision écrite.

En cas de refus d'agrément, ENGIE proposera à l'Autorité un nouveau candidat dans un délai d'un mois suivant la notification écrite à ENGIE du refus d'agrément. En cas de refus d'agrément du second candidat proposé par ENGIE, l'Autorité choisira elle-même le mandataire dans les meilleurs délais, après consultation de ENGIE.

L'Autorité pourra également demander des modifications au projet de contrat de mandat soumis par ENGIE.

Après l'agrément du mandataire par l'Autorité, ENGIE conclura, dans les 15 jours ouvrables suivant la notification écrite à ENGIE de la décision d'agrément, le contrat de mandat avec le mandataire, intégrant, le cas échéant, les modifications sollicitées par l'Autorité. Une copie du contrat de mandat signé sera communiquée par ENGIE à l'Autorité. Aucune modification ne pourra être apportée au contrat de mandat sans l'accord de l'Autorité.

Le mandataire pourra demander à l'Autorité une modification des termes du contrat de mandat s'il s'avère que celui-ci ne lui permet pas, ou ne lui permet plus, d'exécuter pleinement les missions qui lui ont été confiées.

Le mandataire sera rémunéré par ENGIE selon des modalités ne portant pas atteinte à la bonne exécution de sa mission ni à son indépendance.

3.2 Rôle du mandataire indépendant

Le mandataire aura pour mission de s'assurer de la mise en œuvre et du respect par ENGIE des présents engagements.

A cet effet, le mandataire présentera à l'Autorité un mois après la signature du contrat de mandat un premier rapport contenant un plan de travail précisant les modalités selon lesquelles il entend accomplir sa mission. Une copie de ce rapport sera transmise à ENGIE.

Le mandataire établira et communiquera ensuite à l'Autorité des rapports annuels sur l'avancement de sa mission. Une version non confidentielle de ces rapports sera communiquée à ENGIE.

4. DUREE DES ENGAGEMENTS

ENGIE mettra en œuvre les engagements présentés ci-dessus pendant les durées suivantes :

- Les engagements relatifs aux offres de marché proposées aux clients résidentiels pendant un délai de 5 ans à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires ou à la date de suppression des tarifs réglementés de vente de gaz naturel si celle-ci devait intervenir avant l'expiration du délai de 5 ans.

- Les engagements relatifs aux offres de marché proposées aux clients non résidentiels raccordés au réseau de distribution pendant un délai de 3 ans à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires.

- L'engagement relatif aux futurs contrats proposés aux copropriétés pendant un délai de 3 ans à compter de la notification de la décision de l'Autorité rendant lesdits engagements obligatoires (étant noté que les actions d'information des clients visées à la section 2 seront réputées réalisées dès qu'ENGIE aura procédé à ladite information des clients).

Les présents engagements sont sans préjudice de la faculté dont dispose ENGIE de saisir l'Autorité d'une demande de révision ou de suppression des engagements, en particulier si l'un des faits sur lesquels repose la décision subit un changement important, conformément au point 46 du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

Pour ENGIE, ses conseils,

Christophe Lemaire
Avocat à la Cour
Ashurst LLP

Pierre Zelenko
Avocat à la Cour
Linklaters LLP