



Décision 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

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la lettre, enregistrée le 19 mai 2008 sous les numéros 08/0052 F et 08/0053 M, par laquelle la société Solaire Direct a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Électricité de France et certaines de ses filiales sur le marché de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu la décision n°09-S-02 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF sur le marché des offres de services destinées à la production d'électricité photovoltaïque, renvoyant l'examen de l'affaire à une nouvelle séance ;

Vu la décision n° [09-MC-01](#) du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Solaire Direct ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les avis du 31 octobre 2008 et du 2 mars 2011 de la Commission de régulation de l'énergie rendus sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 08-DSA-160 et n° 08-DSA-161 du 6 octobre 2008, n° 08-DSA-162 du 7 octobre 2008, n° 08-DSA-164 du 8 octobre 2008, n° 08-DSA-169 et n° 08-DSA-170 du 17 octobre 2008, n° 08-DSA-176 du 28 octobre 2008, n° 08-DSA-182 du 3 novembre 2008, n° 08-DSA-188 et n° 08-DSA-189 du 17 novembre 2008, n° 08-DSA-190 du 18 novembre 2008, n° 08-DSA-191 du 24 novembre 2008, n° 10-DSA-116 du 31 décembre 2009, n° 10-DSA-19 du 19 janvier 2001, n° 10-DSA-148 et n° 10-DSA-149 du 3 août 2010, n° 11-DSA-102 et n° 11-DSA-116 du 21 avril 2011, n° 11-DSA-176 et n° 11-DSA-177 du 23 mai 2011, n° 11-DSA-179 du 24 mai 2011, n° 11-DSA-187 du 25 mai 2011, n° 11-DSA-189 du 27 mai 2011, n° 11-DSA-195, n° 11-DSA-196 et n° 11-DSA-197 du 6 juin 2011, n° 11-DSA-199 du 8 juin 2011, n° 12-DSA-42 du 25 janvier 2012, n° 12-DSA-155 du 12 avril 2012, n° 12-DSA-159 du 16 avril 2012, n° 12-DSA-279 du 27 août 2012, n° 12-DSA-347 du 15 octobre 2012, n° 12-DSA-352 du 16 octobre 2012, n° 12-DSA-366 du 29 octobre 2012, n° 12-DSA-412 du 11 décembre 2012, n° 13-DSA-143 du 17 mai 2013, et 13-DSA-144 du 2 mai 2013 ;

Vu les décisions de déclasserement n° 12-DECR-09 et n° 12-DECR-10 du 23 avril 2012, n° 12-DEC-25 du 24 avril 2012, n° 12-DEC-21 du 25 avril 2012, n° 12-DEC-26 du 10 mai 2012, n° 12-DECR-11 du 14 mai 2012, n° 13-DEC-07 du 10 janvier 2013 et n° 13-DEC-09 du 21 janvier 2013 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés EDF SA, Solaire Direct, et par le commissaire du gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés EDF SA et Solaire Direct, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 11 juin 2013 ;

I. Constatations	7
A. LE RAPPEL DE LA PROCÉDURE	7
1. LA SAISINE DE SOLAIRE DIRECT	7
2. LA DÉCISION DE MESURES CONSERVATOIRES N° 09-MC-01 DU 8 AVRIL 2009	7
B. LE SECTEUR DE L'ENERGIE SOLAIRE PHOTOVOLTAÏQUE	8
1. DÉFINITION	8
2. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE	9
a) L'obligation d'achat de l'électricité solaire photovoltaïque	9
<i>Le dispositif</i>	9
<i>L'évolution du cadre réglementaire et des tarifs d'achat</i>	10
b) Le raccordement au réseau	12
3. LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ	12
a) L'évolution des demandes de raccordement	12
b) L'évolution de la structure de l'offre	14
C. LES ENTREPRISES CONCERNÉES	15
1. LA SOCIÉTÉ SOLAIRE DIRECT	15
2. LE GROUPE ELECTRICITÉ DE FRANCE (EDF)	16
a) EDF SA	16
b) EDF Energies Nouvelles Réparties (EDF ENR)	17
c) EDF ENR Solaire	17
3. LES AUTRES CONCURRENTS	18
D. LES PRATIQUES RELEVÉES	18
1. LES PRATIQUES RELEVÉES AU TITRE DE LA MISE À DISPOSITION DE MOYENS PERMETTANT AUX FILIALES D'EDF D'UTILISER L'IMAGE DE MARQUE ET LA NOTORIÉTÉ DE L'OPÉRATEUR HISTORIQUE POUR COMMERCIALISER LEURS OFFRES DE SERVICES PHOTOVOLTAÏQUES	19
a) La communication commerciale du groupe EDF dans la filière photovoltaïque	19
<i>La similitude des noms, marques et logos des sociétés du groupe</i>	19
<i>La référence à l'appartenance au groupe EDF</i>	20
b) La prospection et la commercialisation des offres d'EDF ENR par le biais des services d'EDF SA entre novembre 2007 et avril 2009	20
<i>La commercialisation des offres par EDF SA</i>	21
<i>La commercialisation des offres par Photon Power Technologies et Photon Technologies</i>	23
c) Le rôle du Conseil Energie Solaire prodigué par le personnel d'EDF SA au 3929 dans la prospection de nouveaux clients	24

<i>Les caractéristiques du Conseil Energie Solaire jusqu'en avril 2009</i>	24
<i>Les prospects obtenus par le biais du Conseil Energie Solaire</i>	26
<i>Le Conseil Energie Solaire depuis avril 2009</i>	26
d) La prospection et la promotion des offres d'EDF ENR sous les marques « Bleu Ciel d'EDF » et « EDF ENR »	27
<i>Les principaux supports et moyens de prospection et de promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR utilisant la marque « Bleu ciel d'EDF »</i>	27
<i>Les autres supports et outils de promotion utilisant la marque « Bleu Ciel d'EDF »</i>	30
e) Les conditions financières avantageuses de la mise à disposition de ces moyens	33
<i>Les moyens de communication et de promotion mis à la disposition d'EDF ENR</i>	33
<i>Les moyens immatériels mis à la disposition d'EDF ENR</i>	34
<i>Les moyens matériels et humains mis à la disposition d'EDF ENR</i>	35
2. LES PRATIQUES RELEVÉES AU TITRE DE L'UTILISATION DES DONNÉES CLIENTS DE L'OPÉRATEUR HISTORIQUE POUR COMMERCIALISER LES OFFRES DE SERVICES PHOTOVOLTAÏQUES D'EDF ENR	36
a) L'utilisation des données clients pour envoyer des courriers assurant la promotion des offres photovoltaïques	37
b) L'utilisation des données clients pour faciliter la « pré-qualification » des prospects	37
E. LES GRIEFS NOTIFIÉS	38
II. Discussion	39
A. SUR LA PROCÉDURE	39
1. SUR LA PRÉTENDUE ABSENCE DE CLARTÉ DE LA DESCRIPTION DU MARCHÉ PERTINENT DES SERVICES AUX PARTICULIERS PRODUCTEURS D'ÉLECTRICITÉ PHOTOVOLTAÏQUE ...	39
a) Arguments d'EDF	39
b) Appréciation de l'Autorité	39
2. SUR LES PRÉTENDUES CONTRADICTIONS INTERNES AU PREMIER GRIEF	41
a) Arguments d'EDF	41
b) Appréciation de l'Autorité	41
3. SUR LA PRÉTENDUE ABSENCE D'AUTONOMIE DU SECOND GRIEF	41
a) Arguments d'EDF	41
b) Appréciation de l'Autorité	42
B. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION	43
1. LES PRINCIPES APPLICABLES	43
2. APPRÉCIATION DE L'AUTORITÉ	43
C. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS	44

1. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION D'EDF ET DE EDF ENR SUR CES MARCHÉS	44
a) Sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et la position d'EDF sur ce marché	45
<i>Sur la définition du marché</i>	<i>45</i>
<i>Sur la position d'EDF sur ce marché</i>	<i>46</i>
b) Sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque	47
<i>Sur la distinction entre les services proposés aux professionnels et ceux proposés aux particuliers.....</i>	<i>47</i>
<i>Sur l'existence d'un marché des offres globales de services aux particuliers .</i>	<i>48</i>
<i>Sur la dimension géographique du marché.....</i>	<i>49</i>
<i>Sur la position d'EDF ENR sur ce marché.....</i>	<i>49</i>
c) Sur le lien de connexité entre le marché de la fourniture au détail d'électricité aux clients résidentiels et le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.....	52
2. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS	53
a) Les principes généraux d'appréciation des pratiques d'abus de position dominante.....	53
b) La question de la diversification des opérateurs historiques titulaires d'anciens monopoles.....	54
<i>L'exploitation de la notoriété des opérateurs historiques pour promouvoir les activités concurrentielles</i>	<i>55</i>
<i>L'utilisation croisée de base de clientèle.....</i>	<i>57</i>
c) Sur le premier grief tiré de la mise à disposition de moyens permettant aux filiales d'EDF d'utiliser l'image de marque et la notoriété de l'opérateur historique pour commercialiser leurs offres de services photovoltaïques.....	58
<i>Sur la première branche tirée de la mise à disposition de moyens matériels et immatériels de novembre 2007 à avril 2009</i>	<i>58</i>
<i>Sur la seconde branche tirée de la mise à disposition du logo et de la marque « EDF ENR » de 2009 à nos jours.....</i>	<i>73</i>
d) Sur le second grief tiré de l'utilisation des données clients d'EDF pour commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR.....	80
<i>Sur les principes applicables à l'utilisation croisée des bases de données.....</i>	<i>80</i>
<i>Sur le caractère stratégique et reproductible des données utilisées pour envoyer les Lettres Bleu Ciel et les factures d'électricité</i>	<i>81</i>
<i>Sur l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de l'envoi des Lettres Bleu Ciel d'EDF</i>	<i>83</i>
<i>Sur la pré-qualification des prospects.....</i>	<i>84</i>
<i>Conclusion sur le second grief.....</i>	<i>85</i>

e)	Sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques.....	85
	<i>Sur les principes applicables</i>	85
	<i>Sur les effets anticoncurrentiels des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief</i>	86
	<i>Sur les effets anticoncurrentiels de la seconde branche du premier grief</i>	94
D.	SUR L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES	96
E.	SUR LES SANCTIONS.....	97
1.	SUR LA SANCTION IMPOSÉE AU TITRE DE LA PREMIÈRE BRANCHE DU PREMIER GRIEF ET DU SECOND GRIEF.....	98
a)	Sur la valeur des ventes	98
b)	Sur la détermination du montant de base.....	99
	<i>Sur la proportion de la valeur des ventes</i>	100
	<i>Sur la durée des pratiques</i>	104
	<i>Conclusion sur la détermination du montant de base</i>	104
c)	Sur la prise en compte des circonstances propres à EDF	105
	<i>Sur la puissance économique d'EDF et du groupe auquel elle appartient...</i>	105
	<i>Sur la réitération</i>	106
	<i>Sur la vérification du maximum applicable</i>	108
d)	Sur le montant final des sanctions imposées au titre de la première branche du premier grief et du second grief.....	108
2.	SUR LA SANCTION IMPOSÉE AU TITRE DE LA SECONDE BRANCHE DU PREMIER GRIEF	108
a)	Sur la valeur des ventes	108
b)	La détermination du montant de base	109
	<i>Sur la proportion de la valeur des ventes</i>	109
	<i>Sur la durée de participation</i>	110
	<i>Conclusion sur la détermination du montant de base</i>	110
c)	Sur la prise en compte des circonstances propres à EDF	110
	<i>Sur la puissance économique d'EDF et du groupe auquel elle appartient...</i>	110
	<i>Sur la réitération</i>	110
	<i>Sur la vérification du maximum applicable</i>	110
d)	Sur le montant final des sanctions imposées au titre de la seconde branche du premier grief.....	111
e)	Sur l'obligation de publication.....	111

I. Constatations

1. Seront successivement présentés ci-après :
 - le rappel de la procédure ;
 - le secteur concerné ;
 - les pratiques dénoncées ;
 - les griefs notifiés.

A. LE RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. LA SAISINE DE SOLAIRE DIRECT

2. Par lettre du 19 mai 2008, la société Solaire Direct, active sur le marché des services rendus aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Electricité de France SA (ci-après « EDF » ou « EDF SA ») ainsi que ses filiales EDF Energies Nouvelles (ci-après « EDF EN ») et EDF Energies Nouvelles Réparties (ci-après « EDF ENR »).
3. Dans sa saisine, Solaire Direct estimait qu'EDF abusait « *des avantages structurels et commerciaux dont elle bénéficie de par sa position dominante sur les marchés de l'électricité* » pour pénétrer le nouveau marché du photovoltaïque et l'évincer de celui-ci. Selon elle, ces avantages permettaient à EDF d'introduire une confusion en ce qui concerne son rôle et celui de ses filiales dans la filière photovoltaïque. Ils donnaient également la possibilité à EDF ENR d'utiliser la base de données clients d'EDF et de bénéficier d'avantages matériels accordés par la société mère. Enfin, Solaire Direct exposait qu'EDF verrouillait le marché amont des équipements photovoltaïques.
4. Accessoirement à sa saisine au fond, Solaire Direct a sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, le prononcé de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées.

2. LA DÉCISION DE MESURES CONSERVATOIRES N° 09-MC-01 DU 8 AVRIL 2009

5. Par sa décision n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 (ci-après, la « décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009 »), l'Autorité de la concurrence (ci-après l' « Autorité ») a décidé de poursuivre au fond l'instruction de la saisine de Solaire Direct.
6. En effet, l'Autorité a considéré qu'en l'état du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, l'essentiel des pratiques dénoncées étaient susceptibles d'être anticoncurrentielles. Ces pratiques sont :
 - la confusion induite dans l'esprit des consommateurs concernant les activités des entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque ;
 - l'exploitation de la base de données de l'opérateur historique ;

- la mise à disposition des moyens matériels et humains des sociétés EDF et EDF ENR sans compensation financière justifiée.
7. A l'inverse, l'Autorité a écarté les pratiques relatives au verrouillage du marché de l'approvisionnement en équipements photovoltaïques.
 8. Après avoir considéré que les pratiques en cause portaient une atteinte grave et immédiate à la concurrence dans un secteur en plein développement, l'Autorité a décidé « *d'enjoindre à EDF de mettre fin aux pratiques qui introduisent, vis-à-vis des consommateurs, une confusion entre les activités d'EDF, fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés, et les activités concurrentielles de sa filiale EDF-ENR. Il y a également lieu d'enjoindre à EDF de ne plus mettre à disposition de sa filiale des moyens qui ne peuvent être reproduits par ses concurrents sur le marché de l'offre de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'énergie photovoltaïque* » (point 179).
 9. Ainsi, l'Autorité a enjoint à EDF, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :
 - « - *de supprimer, dans tous les supports de communication portant la marque Bleu Ciel d'EDF, toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière solaire photovoltaïque. Ces supports sont constitués, de façon non limitative, de la Lettre Bleu Ciel, de la facture de fourniture d'électricité EDF, des publicités par les médias sur l'offre Bleu Ciel, de la plateforme téléphonique du 3929, mais aussi de toute autre plateforme téléphonique conduisant au serveur vocal Bleu Ciel d'EDF, ainsi que du site Internet Bleu Ciel.*
 - de faire cesser toute référence, par les agents répondant au 3929, aux services offerts par EDF-ENR.*
 - de mettre fin à toute communication à EDF-ENR d'informations recueillies par le 3929. Cette injonction vise la prise de rendez-vous mais aussi la transmission de renseignements sur les personnes intéressées par la production d'énergie photovoltaïque*
 - de ne plus mettre à la disposition d'EDF-ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur de services d'électricité aux tarifs réglementés. »*

B. LE SECTEUR DE L'ENERGIE SOLAIRE PHOTOVOLTAÏQUE

1. DÉFINITION

10. L'énergie solaire photovoltaïque provient de la conversion de la lumière du soleil en électricité au sein de matériaux semi-conducteurs, comme le silicium, ou recouverts d'une mince couche métallique. L'électricité produite par les installations d'une puissance type de 3kW (correspondant à 25 m² de panneaux solaires) est disponible sous forme d'électricité directe ou stockée en batteries (énergie électrique décentralisée) ou encore en électricité injectée dans le réseau à partir d'un deuxième point de raccordement du foyer, créé spécifiquement à cette fin.
11. Les performances d'une installation photovoltaïque dépendent de l'orientation des panneaux solaires et des zones d'ensoleillement dans lesquelles se trouve l'unité de production.

2. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE

a) L'obligation d'achat de l'électricité solaire photovoltaïque

Le dispositif

12. Depuis 2000, la loi impose à EDF une obligation d'achat de l'électricité issue des énergies renouvelables, et en particulier de l'énergie solaire photovoltaïque.
13. L'obligation d'achat d'électricité issue des énergies renouvelables, désormais codifiée aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, a été mise en place par la loi n° 2000-108¹ qui prévoit notamment que *«dès lors que les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent, [EDF et] les distributeurs non nationalisés (...) sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par : (...) 2°) Les installations qui utilisent des énergies renouvelables (...)»*.
14. A ce titre, EDF et les distributeurs d'électricité non nationalisés (ou «DNN») sont donc tenus de conclure, si les producteurs en font la demande, un contrat d'une durée de vingt ans pour l'achat de l'électricité produite par les projets utilisant des sources d'énergie photovoltaïque qui répondent aux conditions prévues par le décret n° 2001-410 du 10 mai 2001². L'article 8 du décret n° 2001-410 précise que : *«Des arrêtés des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pris après avis du Conseil supérieur de l'énergie et après avis de la Commission de régulation de l'énergie, fixent les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat prévue par l'article 10 de la loi du 10 février 2000 susvisée. Ces conditions d'achat précisent notamment : 1° En tant que de besoin, les conditions relatives à la fourniture de l'électricité par le producteur ; 2° Les tarifs d'achat de l'électricité ; 3° La durée du contrat»*.
15. L'électricité couverte par l'obligation d'achat est achetée par EDF à un prix supérieur à celui du marché, afin notamment de tenir compte d'un investissement initial dans les installations de production à base d'énergies renouvelables supérieur à celui des autres installations. Les surcoûts supportés par EDF, qui correspondent à la différence entre le tarif d'achat fixé par arrêté et le prix auquel cette énergie serait achetée sur le marché, sont compensés par le biais d'une taxe, appelée la « CSPE », instituée par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003. Cette dernière contribution figure sur la facture de tous les consommateurs d'électricité. Pour 2013, 41 % des ressources collectées par la « CSPE », soit près de 2,1 milliards d'euros, compensaient les surcoûts de l'électricité produite par la filière photovoltaïque.

¹ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

² Décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par les producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat.

L'évolution du cadre réglementaire et des tarifs d'achat

Les mesures incitatives prises entre 2006 et 2009

16. Dans le cadre du « *paquet Climat-Energie* » présenté par la Commission européenne le 23 janvier 2008, une proposition de directive fixait des objectifs contraignants aux Etats membres, et notamment en ce qui concerne la part des énergies renouvelables dans la production d'électricité nationale (23 % d'énergies renouvelables pour la France), en leur imposant de présenter des plans d'actions nationaux pour les atteindre (et notamment dans le secteur électrique). Cette proposition a donné lieu à l'adoption de la directive 2009/28/CE³ du 23 avril 2009.
17. Au plan national, les discussions menées dans le cadre du Grenelle de l'Environnement en 2007 ont conduit à l'annonce d'un « *programme national des énergies renouvelables* », dont l'électricité photovoltaïque. Dans ce cadre, l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité a fixé les objectifs suivants concernant le développement de la production d'électricité à partir de l'énergie solaire pour la France : 1 100 MW au 31 décembre 2012 et 5 400 MW au 31 décembre 2020 (soit environ une augmentation de 500 MW par an jusqu'en 2020).
18. Simultanément, les pouvoirs publics ont mis en place des mécanismes visant à inciter les particuliers et les professionnels à devenir producteurs d'électricité solaire photovoltaïque.
19. En 2006, les tarifs d'achat de l'énergie photovoltaïque ont été significativement revus à la hausse (+ 260 %)⁴, l'objectif politique étant de favoriser le développement de la filière. Ces tarifs d'achat étaient en effet attractifs puisque les prix ont été fixés à cette époque à un montant équivalent à dix fois le prix de marché de gros de l'électricité. L'existence de tarifs d'achat élevés a notamment permis des taux de rentabilité importants pour les particuliers investissant dans l'achat de panneaux solaires, ce qui a entraîné une augmentation très significative de la demande.
20. A ces conditions d'achat particulièrement attractives se sont ajoutées des mesures fiscales, comme le taux réduit de TVA de 5,5 % pour les équipements et travaux d'installations de production d'énergie renouvelable, et, pour les installations d'une puissance maximale de 3 kWc, un crédit d'impôt sur le revenu de 50 % du prix d'achat hors coût de la main d'œuvre
21. Dans son rapport annuel de 2010⁵, la Commission de Régulation de l'Energie (ci-après la « CRE ») a dénoncé l'effet d'aubaine en mentionnant que les tarifs définis en 2006 se « *sont révélés exagérément incitatifs à partir de 2009 en raison de la baisse importante des coûts de production, ce qui a entraîné une explosion des demandes de contrats d'achat au second semestre 2009* ».

³ Directive 2009/28/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité.

⁴ Arrêté du 10 juillet 2006.

⁵ Rapport d'activité de la CRE 2010, page 32.

La réduction des tarifs d'achat en 2010

22. Par un arrêté du 12 janvier 2010, le gouvernement a revu à la baisse les tarifs d'achat de l'électricité produite à partir de l'électricité photovoltaïque.
23. Cette première diminution des tarifs d'achat s'est toutefois révélée insuffisante pour neutraliser les effets d'aubaine. La « mission Charpin » relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France a été constituée pour proposer des remèdes à la « *flambée des demandes de rachat pour le photovoltaïque [en novembre et décembre 2009], dont l'engagement financier sur les vingt prochaines années pourrait atteindre plusieurs dizaines de milliards d'euros qui seront répercutés sur le prix de l'électricité facturé aux consommateurs* »⁶. Le rapport final de la mission Charpin mentionne la nécessité de mettre en place un objectif de développement de 500 MW par an et d'imposer des procédures d'appels d'offres pour les installations au sol.
24. Le 31 août 2010, un nouvel arrêté a mis en place un barème tarifaire mettant en œuvre une baisse d'environ 12 % des tarifs d'achat.
25. Si les tarifs de rachat ont considérablement diminué durant l'année 2010, les installations résidentielles d'une puissance inférieure à 3kWc les mieux intégrées au bâti ont échappé à la réduction de ces tarifs. Toutefois, pour ces dernières installations, la loi de finances pour 2011, n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 a diminué le taux de crédit d'impôt sur le revenu dont bénéficiaient les particuliers pour l'acquisition des équipements et les travaux d'installation, de 50 à 22 % pour les investissements intervenant à compter du 29 septembre 2010.

Le moratoire photovoltaïque du mois de décembre 2010

26. Ces mesures se révélant toujours insuffisantes, et « *face au développement incontrôlé de la filière photovoltaïque en 2010* »⁷, dénoncée par la CRE, l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations photovoltaïques a été suspendue pour une durée de trois mois par le décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010⁸. Ce décret interdit aussi le dépôt de toute nouvelle demande pendant cette année.
27. Cette suspension, dénommée « moratoire », ne s'appliquait pas aux installations d'une puissance inférieure à 3kWc.

⁶ « Mission relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France » Jean-Michel Charpin, Alexandre Siné, Philippe Helleisen, Cecile Tlili (participants de l'Inspection générale des finances), Claude Trinck, Christian Stoffaes (participants du ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat).

⁷ Délibération de la CRE du 3 mars 2011.

⁸ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

Le nouveau cadre réglementaire « post-moratoire »

28. A l'issue de la période du moratoire, un nouveau cadre réglementaire et tarifaire a été mis en place avec l'adoption des deux arrêtés du 4 mars 2011⁹.
29. Le nouveau dispositif fixe une cible annuelle de création de nouvelles capacités photovoltaïques à 500 MW pour le développement de nouveaux projets. Une cible de 100 MW est prévue pour les petites toitures résidentielles jusqu'à 10 kwc et une autre de 100 MW pour les projets non-résidentiels.
30. Conformément au décret du 9 décembre 2010 précité, les installations d'une puissance inférieure à 3kWc les mieux intégrées au bâti ne sont pas concernées par ces nouvelles mesures et sont susceptibles de bénéficier des tarifs d'achat pré-moratoire beaucoup plus avantageux que les tarifs post-moratoire.

b) Le raccordement au réseau

31. Toute nouvelle installation de production doit être raccordée au réseau public de transport ou au réseau de distribution d'électricité.
32. Le producteur d'énergie dépose sa demande de raccordement auprès d'un gestionnaire de réseau public, le plus souvent ERDF.
33. Le gestionnaire du réseau instruit cette demande et émet, à la suite d'une étude sur le schéma de raccordement, une proposition technique et financière sur les modalités et les coûts de raccordement au réseau public, laquelle donne lieu à la signature d'une convention de raccordement.
34. Le délai prévisionnel des travaux est précisé dans la convention/proposition de raccordement. Pour les installations dont la puissance est inférieure ou égale à 3 kVA, l'article L. 342-3 du Code de l'énergie impose un délai maximum de deux mois à compter de l'acceptation par le producteur de la convention de raccordement.
35. La mise en service de l'installation intervient à l'issue des travaux de raccordement.
36. EDF souligne qu'il peut exister un décalage de 8 à 10 mois entre la mise en service effective de l'installation par ERDF et la signature d'un contrat d'achat avec le département « AOA » de la direction des services partagés d'EDF¹⁰.

3. LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ

a) L'évolution des demandes de raccordement

37. Comme l'a indiqué Solaire Direct lors de l'instruction, « *la mise en place d'un tarif d'achat de l'électricité photovoltaïque très attractif par l'arrêté du 10 juillet 2006 et le*

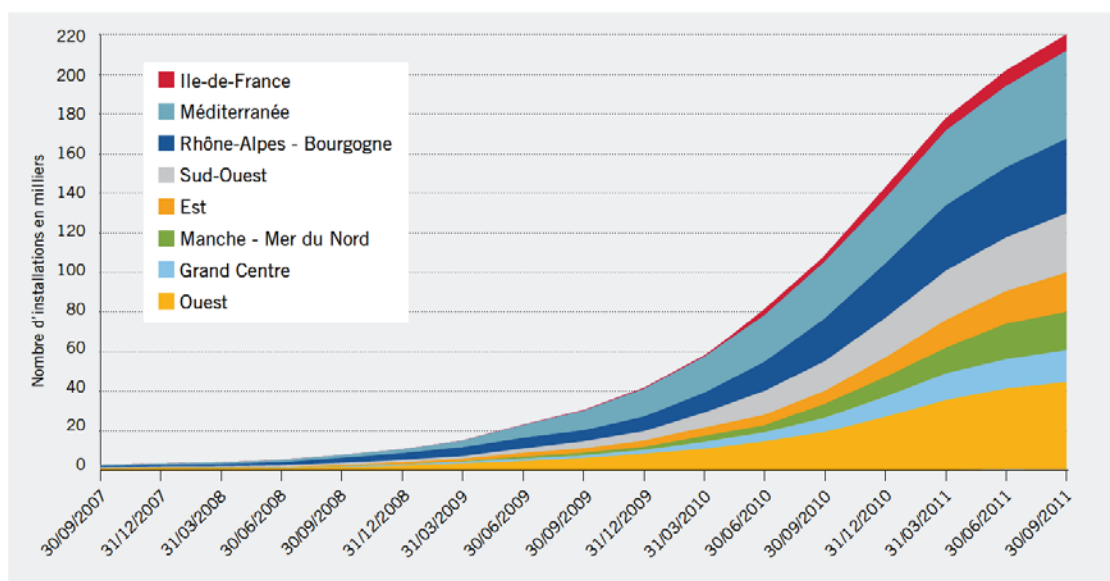
⁹ Arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil ; Arrêté du 4 mars 2011 portant abrogation de l'arrêté du 31 août 2010.

¹⁰ Cote 6742.

programme national de développement des énergies renouvelables issu du Grenelle de l'environnement ont ouvert une voie au développement de l'énergie solaire »¹¹.

38. Ainsi, pour les installations d'une puissance inférieure à 36 kVA, le nombre de raccordements réalisés est passé de 1536 contrats au 1^{er} janvier 2007, à 10 400 fin 2008, 41 469 fin 2009 et 138 399 fin 2010 (auxquels il convenait d'ajouter 58 743 dossiers en attente)¹².
39. L'incertitude réglementaire qui a résulté de l'annonce par le gouvernement, au mois de septembre 2009, de l'adoption rapide d'un nouvel arrêté tarifaire a conduit à un dépôt massif de demandes de raccordement entre novembre et décembre 2009¹³.

Evolution du parc cumulé raccordé au réseau en nombre d'installations (France métropolitaine)



40. Les nouvelles mesures réglementaires mises en place en 2010 et en 2011 ont cependant freiné le développement du marché en France.
41. A cet égard, d'après le rapport Charpin II, la période de moratoire décidée par les pouvoirs publics a « *mis un coup d'arrêt au financement du photovoltaïque* ». Ainsi les participants à la concertation ont-ils souligné « *que l'image de la filière a été dégradée lors des derniers mois par les changements réglementaires successifs, l'explosion des demandes de raccordement et la période de suspension. (...) Cette image dégradée a des conséquences négatives sur les clients potentiels et sur la recherche d'investissements. Concernant les clients potentiels, en particulier résidentiels, la décision d'investissement nécessite à la fois d'avoir confiance en la pérennité des tarifs, mais aussi dans le bien-fondé de la*

¹¹ Cote 1880.

¹² Cotes 1337 et 1338.

¹³ Site internet du syndicat des énergies renouvelables : « *Etat des lieux du parc photovoltaïque français au 30 septembre 2011.* »

démarche. Les changements de réglementation successifs et l'image dégradée de la filière semblent impliquer actuellement que certains clients potentiels se détournent de la filière ». En 2011, ERDF a indiqué que la tendance des demandes de raccordement était à la baisse pour les installations de moins de 3kWc¹⁴.

b) L'évolution de la structure de l'offre

42. Les offres des entreprises aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque recouvrent un ensemble de prestations comprenant :
 - la fourniture et l'installation des équipements photovoltaïques¹⁵,
 - le suivi, la maintenance et l'exploitation des équipements,
 - la prise en charge des démarches administratives,
 - et une solution de financement.
43. Selon leurs besoins, les particuliers peuvent soit se tourner vers un ou plusieurs opérateurs proposant des solutions isolées, soit avoir recours à un prestataire de services dits « globaux » ou « clé en main » proposant un ensemble complet de prestations.
44. Le rapport sur la filière photovoltaïque établi par le cabinet Pricewaterhouse Coopers en 2010 indique qu'entre 2008 et 2009, le marché se caractérise par la présence de trois grands types d'acteurs :
 - les opérateurs du "Top 4", constitué de Photon Power Technologies (devenue après son rachat par EDF, « EDF ENR Solaire »), Evasol, Solaire Direct et Sunnco, qui fabriquent leur propre équipement, commercialisent des offres clé en main, ont des démarches commerciales très actives et une « organisation flexible » (sous-traitance de l'installation en fonction de la disponibilité de leurs ressources propres) ;
 - les installateurs « organisés », qui ne fabriquent pas tous leur équipement, proposent des offres « all inclusive » et font des démarches commerciales actives ;
 - et enfin, les artisans qui achètent directement des kits, ne proposent pas des offres globales complètes et n'engagent pas de démarches commerciales¹⁶.
45. Selon cette étude, en 2008, les quatre premiers installateurs se partageaient entre 30 et 40 % du marché, suivis par les « installateurs organisés », plus nombreux et réalisant entre 40 et 50 % des parts de marché¹⁷. Les artisans représentaient, quant à eux, moins de 20 % du marché.

¹⁴ Lettre d'information ERDF n° 39 mai 2011, cote 2007.

¹⁵ Pour bénéficier du crédit d'impôt, le particulier doit recourir à une seule et même entreprise pour la fourniture et l'installation de l'équipement.

¹⁶ Cote 2230.

¹⁷ Cotes 2229 et 2230.

46. D'après les éléments du dossier, le nombre d'artisans capables de proposer des offres globales a beaucoup augmenté à partir de 2009. Un tableau communiqué par EDF fait ainsi état de l'arrivée sur le marché de ces nouveaux acteurs, dont 227 lors du premier semestre 2010.
47. Plusieurs facteurs semblent avoir contribué à cette évolution. Le contexte réglementaire, qui faisait craindre une baisse de l'effet d'aubaine des prix de rachat a créé une explosion de la demande des consommateurs à cette même période. Par ailleurs, ceux-ci, mieux informés, ont été plus enclins à faire confiance à des acteurs locaux, désormais censés maîtriser ces technologies nouvelles. Parallèlement, les opérateurs de dimension nationale, comme Solaire Direct, se sont beaucoup affaiblis en raison de la hausse des coûts d'acquisition de la clientèle.
48. Solaire Direct a ainsi expliqué : *« Dès le premier semestre 2010, on constate (...) une rupture de confiance des particuliers dans le marché photovoltaïque en raison des incertitudes réglementaires. Le marché est capté par de petits acteurs locaux qui bénéficient de leur proximité avec les clients. (...) Sur le marché des particuliers, la barrière essentielle éprouvée par Solaire Direct sur le secteur de la vente direct est le coût d'acquisition du client, qui l'a conduit à restructurer son activité résidentiel. De 2009 à 2010, elle a observé une réduction de 30 % du volume de prospects et une augmentation simultanée très significative du coût d'acquisition d'un client, qui est passé de 700 € en 2008, à 1 000 € en 2009 puis 1500 € en 2010, avec un coût record sur la fin d'année établi à plus de 2000 €. (...) Cette augmentation majeure du prix d'acquisition du client est directement liée à l'instabilité réglementaire qui a caractérisé l'année 2010 et à la dépréciation de l'image du secteur photovoltaïque auprès du grand public ».*
49. Solaire Direct a ajouté qu'en 2011, les petits installateurs locaux *« gagnent en compétitivité par rapport aux réseaux directs et représentent les deux tiers du marché ».*
50. Tenesol, un autre acteur du marché, a également expliqué : *« A partir de 2010, les tarifs d'achat et les incitations fiscales ont baissé et les acteurs se sont multipliés avec une forte concurrence sur les prix de modules. (...) 50 % des clients vont préférer passer par un installateur qu'ils connaissent et en qui ils ont confiance (électricien...) (...) ».*

C. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

1. LA SOCIÉTÉ SOLAIRE DIRECT

51. La société Solaire Direct, saisissante, a été créée en octobre 2006. Elle est détenue en majorité par trois fonds d'investissement, à savoir Techfund, Demeter et Schneider Electric Ventures.
52. Solaire Direct se positionne comme un énergéticien intégré proposant des solutions clés en main comprenant le développement commercial, le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance des systèmes photovoltaïques installés au sol, comme en toiture.

53. A l'époque des faits, Solaire Direct proposait des offres à des clients résidentiels et professionnels souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque à partir de leur lieu de consommation. Elle a ainsi lancé ses premiers projets en mai 2007 dans la région PACA sur le marché résidentiel, pour des installations en toiture de 2 à 3 kWc¹⁸.
54. En 2011, Solaire Direct a mis fin à son activité photovoltaïque de vente directe aux particuliers pour se concentrer sur les secteurs professionnels et les parcs solaires.
55. Le chiffre d'affaires total de Solaire Direct s'est élevé à 25,8 millions d'euros en 2008, à 70,6 millions d'euros en 2009, à plus de 156 millions d'euros en 2010, et à 203 millions d'euros en 2011.
56. La société employait 69 collaborateurs et consultants au 1^{er} avril 2008, et 216 en février 2011 (dont 84 sur le segment résidentiel)¹⁹. En avril 2011, Solaire Direct a lancé un plan de réduction de ses effectifs (concernant 56 postes). Au 31 décembre de la même année, la société employait 181 salariés.

2. LE GROUPE ELECTRICITÉ DE FRANCE (EDF)

57. EDF est l'opérateur historique français du secteur de l'électricité. Le groupe est présent sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'électricité : production, transport, distribution et fourniture.
58. L'activité de production d'électricité et de fourniture relève de la société mère, EDF SA. Le groupe est présent dans le secteur de l'électricité photovoltaïque, par ses filiales, EDF ENR et EDF ENR Solaire.
59. Le groupe EDF a réalisé un chiffre d'affaires consolidé de 72,7 milliards d'euros en 2012, dont plus de la moitié en France.

a) EDF SA

60. Au 31 décembre 2012, EDF disposait d'une puissance installée totale de 97,9 GW en France continentale. En 2012, la production du parc installé d'EDF en France continentale a atteint 454,3 TWh.
61. Sur le marché de l'électricité, les ventes d'EDF se sont élevées en 2012 à 377,9 TWh, ce qui représente une part de marché de 80 %. A la fin décembre 2012, EDF comptait près de 25 millions de clients particuliers en électricité.
62. Comme indiqué plus haut, depuis 2000, la loi impose à EDF une obligation d'achat de l'électricité issue des énergies renouvelables, dont l'énergie solaire photovoltaïque. Au sein d'EDF SA, le département AOA de la Direction des Services Partagés (DSP) est chargée de la maîtrise d'œuvre, c'est-à-dire essentiellement la gestion des contrats relevant de l'obligation d'achat, et en particulier ceux relatifs à la filière photovoltaïque.

¹⁸ Cote 18.

¹⁹ Cote 1994.

b) EDF Energies Nouvelles Réparties (EDF ENR)

63. La société EDF ENR a débuté son activité en octobre 2007. Elle est spécialisée dans la production d'énergie (électricité, chaleur et froid) à partir d'énergies renouvelables réparties, c'est-à-dire produites sur le lieu de consommation des clients qui peuvent être des entreprises, des collectivités ou des particuliers.
64. Sur le segment de la clientèle résidentielle, EDF ENR propose des offres de services basées sur un modèle de vente « *clés en main* » permettant la production d'électricité photovoltaïque sur le lieu de consommation des clients particuliers. Les services comprennent, selon le choix du client, outre l'ensemble des démarches et services pour la production d'électricité solaire, la prise en charge des installations au quotidien, et/ou une solution de financement personnalisée.
65. Le 1^{er} juillet 2010, EDF ENR a cédé à EDF ENR Solaire (anciennement Photon Technologies) son activité destinée aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.
66. Entre 2008 et 2012, EDF ENR a été détenue à 50 % par EDF (à travers sa filiale EDF Développement Environnement SA - EDEV) et à 50 % par EDF EN (elle-même filiale à 100 % d'EDF depuis le 16 août 2011 - via la holding EDEV). Depuis le 29 juin 2012, EDF ENR est détenue à 100 % par EDF EN.
67. Le chiffre d'affaires d'EDF ENR s'est élevé à 74,2 millions d'euros en 2009, 63,6 millions en 2010 et 26,3 millions en 2011.
68. La société emploie un faible effectif. Ainsi en 2009, elle comptait 15 salariés propres et 42 personnes mises à disposition par le groupe EDF ou ses filiales ; en 2010, 22 salariés et 13 mis à disposition et au 31 décembre 2011, 23 salariés et 8 mis à disposition.

c) EDF ENR Solaire

69. Créée en 2006, la société Photon Technologies, filiale à 100 % de la holding Photo Power Technologies, était détenue, depuis juillet 2008, par EDF ENR à hauteur de 20 %, puis de 51 % à partir de janvier 2009²⁰. Depuis le 10 mai 2010, la société Photon Technologies renommée le 1^{er} juillet 2010 « EDF ENR Solaire », est une filiale à 100 % d'EDF ENR.
70. Jusqu'au 1^{er} juillet 2010, la société Photon Technologies commercialisait les offres d'EDF ENR en son nom et pour son compte : elle réalisait les installations et assurait les prestations de services aux particuliers dans le solaire photovoltaïque, initialement sous la marque Bleu Ciel d'EDF puis, après la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, sous la marque EDF ENR. Elle assurait aussi un rôle de prospection pour le compte d'EDF ENR²¹.
71. Le 1^{er} juillet 2010, EDF ENR a cédé à la société Photon Technologies, devenue alors EDF ENR Solaire, le fonds de commerce comprenant son activité de services aux particuliers

²⁰ Cote 2639.

²¹ Cote 2663.

souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque. Les offres de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque proposées aux particuliers sont depuis cette date des offres composées par EDF ENR Solaire, ex-Photon Technologies et commercialisées par elle sous la marque EDF ENR.

72. Le chiffre d'affaires d'EDF ENR Solaire s'est élevé à 88,5 millions d'euros en 2009, 127,9 millions d'euros en 2010 et 100,1 millions d'euros en 2011.
73. Au 31 mars 2011, pour l'activité solaire photovoltaïque d'EDF ENR, 443 personnes étaient employés, dont l'essentiel par EDF ENR Solaire²².

3. LES AUTRES CONCURRENTS

74. A l'époque de l'arrivée sur le marché d'EDF ENR, étaient déjà présentes les sociétés Evasol, Sunnco et S comme Solaire, qui proposaient aux particuliers, depuis 2006, des offres « clé en main ».
75. Evasol, dont le chiffre d'affaires se montait à 39 millions d'euros sur l'exercice de 2008/2009 et à 71 millions d'euros sur celui de 2009/2010, a été placée en liquidation judiciaire en 2012²³, tout comme avant elle, Sunnco et S comme Solaire, en 2011.

D. LES PRATIQUES RELEVÉES

76. La société EDF ENR qui se lance fin 2007 sur le marché déjà existant des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, où les marques concurrentes ont déjà commencé à s'implanter, ne compte que quatre salariés en propre et 35 mis à disposition par EDF et EDEV en 2008²⁴. Elle est essentiellement chargée du développement des offres marketing et de la stratégie commerciale (conception des outils de commercialisation, etc.). Pour la recherche de prospects et la commercialisation des offres, il est prévu qu'elle s'appuie sur les moyens mis à disposition par le groupe EDF.
77. Il résulte en effet des pièces du dossier qu'EDF a mis à la disposition de ses filiales actives dans le secteur du photovoltaïque (EDF ENR puis EDF ENR Solaire) un ensemble de moyens humains, matériels et immatériels (marques, logos, supports de communication, moyens de référencement et de commercialisation) pour commercialiser leurs offres de services photovoltaïques, et dans certains cas, à des conditions financières avantageuses.
78. Les pièces du dossier révèlent également qu'EDF a utilisé les données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur historique d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres d'EDF ENR.

²² Cote 3012.

²³ Cote 4324.

²⁴ Cote 2456.

79. La mise à disposition de ces moyens a duré de novembre 2007 à mai 2009, date à laquelle EDF a mis en œuvre les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité dans sa décision du 8 avril 2009.
80. En revanche, l'utilisation de la marque et du logo "EDF ENR" est toujours en cours au jour de la présente décision.

1. LES PRATIQUES RELEVÉES AU TITRE DE LA MISE À DISPOSITION DE MOYENS PERMETTANT AUX FILIALES D'EDF D'UTILISER L'IMAGE DE MARQUE ET LA NOTORIÉTÉ DE L'OPÉRATEUR HISTORIQUE POUR COMMERCIALISER LEURS OFFRES DE SERVICES PHOTOVOLTAÏQUES

81. EDF SA a mis son image de marque et sa notoriété à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque :
- en mettant en œuvre à partir de novembre 2007 une communication commerciale dans la filière photovoltaïque autour de logos, noms et marques similaires à ceux de l'opérateur historique,
 - en choisissant jusqu'en avril 2009 de commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR et d'assurer la prospection des clients principalement par l'intermédiaire des agents commerciaux d'EDF SA,
 - en développant la communication et la promotion des offres d'EDF ENR autour de la marque « *Bleu Ciel d'EDF* », puis, à partir de mai 2009 jusqu'à ce jour, autour de la marque « *EDF ENR* »,
 - dans des conditions de mise à disposition financières parfois avantageuses.

a) La communication commerciale du groupe EDF dans la filière photovoltaïque

82. La communication commerciale du groupe EDF dans la filière photovoltaïque s'appuie d'une part sur la similitude des noms, marques et logos des sociétés du groupe actives dans la filière, et d'autre part sur la référence par ces sociétés à leur appartenance au groupe.

La similitude des noms, marques et logos des sociétés du groupe

83. Le groupe EDF a choisi une stratégie de communication commerciale dans laquelle les noms et logos de l'opérateur historique et des filiales actives dans la filière photovoltaïque présentent des similitudes importantes, autour du logotype et de la marque EDF : EDF ENR et EDF ENR Solaire, telle que l'illustrent les images suivantes :



Ces similitudes ont été renforcées par la décision prise par le groupe EDF de modifier en juillet 2010 la dénomination sociale de la filiale Photon Technologies, désormais désignée EDF ENR Solaire, chargée depuis cette date de commercialiser en son nom et pour son

compte les offres de services photovoltaïques aux particuliers sous la marque EDF ENR (voir paragraphes 69 à 71 ci-dessus).

La référence à l'appartenance au groupe EDF

84. EDF ENR a par ailleurs utilisé son appartenance au groupe EDF comme un argument commercial auprès de la clientèle, sur plusieurs supports commerciaux.
85. En particulier sur le site Internet d'EDF ENR (www.edfenr.com), et sur les documents qui y sont présentés, la référence à l'appartenance d'EDF ENR au groupe EDF, à l'expérience du groupe EDF dans le domaine énergétique, et à son image de sérieux et de fiabilité dans ce secteur est distinctement mise en évidence.
86. Ainsi, en juin 2011 et en janvier 2012, la plaquette « *EDF ENR, le leader du solaire photovoltaïque en toitures* »²⁵, librement téléchargeable sur le site, non seulement rappelle, de manière constante, la dénomination EDF ENR et le logo commun aux entités du groupe, mais mentionne dès sa première page qu'EDF ENR « *bénéficie de l'expertise historique de ses deux actionnaires : EDF, expert dans la production d'énergie, EDF EN, producteur d'énergie verte* ».
87. Par ailleurs, le site Internet présente des témoignages de clients satisfaits par les services d'EDF ENR. Ainsi, M. X... indique avoir choisi les services d'EDF ENR du fait « *de la notoriété d'EDF ENR Solaire et (du fait) que ce soit une filiale d'EDF* »²⁶. M. et Mme Y... expliquent quant à eux : « *EDF ENR est tout de même une branche d'EDF. Nous pensons avoir plus de garanties avec ce grand groupe qu'avec une petite entreprise* »²⁷. Un troisième client a exposé : « *J'ai toujours pensé qu'il fallait traiter avec une entreprise qui a une certaine notoriété et du vécu* »²⁸. Enfin, un autre témoignage indique : « *Le fait que ce soit EDF ENR nous a convaincu, c'est certain. Pour nous il s'agit d'un gage de sécurité. Nous savons qu'ils seront toujours là dans 20 ans* »²⁹.

b) La prospection et la commercialisation des offres d'EDF ENR par le biais des services d'EDF SA entre novembre 2007 et avril 2009

88. Comme l'a indiqué EDF, « *à l'occasion du lancement de son offre photovoltaïque en novembre 2007, EDF ENR, ne disposant pas de force commerciale propre, a logiquement été confrontée au choix de son canal de commercialisation* »³⁰. EDF ENR a ainsi mis en place deux canaux, (i) l'un passe par les services d'EDF SA, (ii) l'autre passe par la société Photon Power Technologies, avec lesquelles EDF ENR a conclu des contrats commerciaux.

²⁵ Cotes 3010 à 3017. Voir aussi cote 3020. Cela est rappelé dans le dossier de presse EDF ENR (octobre 2011) lui aussi disponible sur le site.

²⁶ Cotes 3018 à 3019.

²⁷ Cote 3018 et 3019.

²⁸ Cote 3019.

²⁹ Cote 3036.

³⁰ Cote 890 (08/0053 M).

89. Jusqu'en avril 2009, la prospection de nouveaux clients et la commercialisation des offres photovoltaïques d'EDF ENR ont principalement emprunté le canal d'EDF SA au travers de deux de ses divisions commerciales, respectivement chargées de la prospection et de la commercialisation, le second canal - Photon Power Technologies - n'assurant qu'une fonction accessoire.

La commercialisation des offres par EDF SA

90. EDF ENR et EDF SA ont conclu un contrat de commercialisation des « offres photovoltaïques Bleu Ciel d'EDF »³¹ par lequel EDF ENR « confie la commercialisation de ses offres à EDF DS3E (Division Services d'Eco-Efficacité Énergétique). EDF Division Particuliers et Professionnels (EDF DP&P) fait la promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR et détecte les prospects. EDF ENR achète ces prospects à EDF DP & P »³². Il était prévu que « le contrat prend effet rétroactivement le 5 novembre 2007 et expire le 31 décembre 2008. Il est reconductible par tacite reconduction, par périodes d'un (1) an sauf dénonciation par l'une des parties (...) »³³.
91. Le contrat prévoit donc l'intervention de deux divisions d'EDF SA pour la réalisation de deux missions distinctes : la DP&P pour la prospection et la DS3E pour la commercialisation proprement dite.

Le rôle de la Division Particuliers et Professionnels (DP&P)

92. La DP&P est une division commerciale d'EDF SA, qui a notamment pour mission de « positionner EDF comme fournisseur d'énergies nouvelles réparties dans les bâtiments, les transports, les services et les collectivités »³⁴.
93. Il s'agit de « l'entité en charge de commercialiser auprès des clients particuliers et professionnels et via différents canaux (téléphone, vente terrain, boutiques ...) les offres d'électricité et de gaz, de leur apporter des conseils et de leur proposer des offres et services en matière d'efficacité énergétique. Elle assure la facturation, le recouvrement et la gestion des comptes et des contrats correspondants pour la totalité du portefeuille de clients particuliers et professionnels et répond aux demandes de ses clients, via les différents canaux mis à leur disposition »³⁵.
94. Dans le cadre du contrat de commercialisation, EDF DP&P assure la promotion des offres sous la marque Bleu Ciel d'EDF (via des campagnes de publicité et des actions de communication hors média), assure la réception et le traitement des contacts prospects obtenus (notamment par le biais du Conseil Energie Solaire évoqué plus loin), qualifie les prospects, et fixe les rendez-vous téléphoniques avec les prospects. La DP&P d'EDF SA.

³¹ Cotes 698 à 737 (08/0053 M). Version finale du 18/07/2008, signature du 21/08/2008 et du 23/07/2008.

³² Cote 699 (08/0053 M).

³³ Cote 708 (08/0053 M).

³⁴ Cote 2702.

³⁵ Paragraphe 34 de la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009 ; Cote 2647.

vend alors les prospectus ayant accepté un rendez-vous téléphonique avec DS3E à EDF ENR et transmet leurs coordonnées à EDF ENR et à la DS3E³⁶.

95. En 2008, la DP&P comptait 8650 employés³⁷.

Le rôle de la Division Services d'Eco-Efficacité Energétique (DS3E)

96. EDF DS3E, chargée de commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF sur le marché des particuliers, est la division d'EDF Commerce qui « porte les activités liées aux services d'Eco-Efficacité Energétique »³⁸. EDF a expliqué que le choix de la DS3E par EDF ENR pour la commercialisation de ces offres « présentait un intérêt tant pour la DS3E que pour EDF ENR : (1) elle permet à la DS3E d'acquérir une compétence dans le photovoltaïque, ce qui lui est indispensable dans la mesure où elle commercialise des offres « multi-lots » susceptibles de contenir un lot photovoltaïque ; (2) elle permet à EDF ENR de disposer d'un canal de commercialisation déjà établi et donc rapidement actionnable ; (...) »³⁹.
97. La DS3E propose des offres « multi-lots » comprenant l'audit thermique et énergétique à l'installation, la maintenance et l'exploitation d'équipements permettant la réalisation d'économies d'énergie ainsi que l'isolation. EDF présente cette division comme un intégrateur de services.
98. La DS3E s'engage, au titre du mandat dont elle est investie dans le cadre du contrat de commercialisation conclu entre EDF, sa maison mère, et la filiale EDF ENR, à présenter et promouvoir, auprès des prospectus qui lui sont transmis par EDF ENR via la DP&P ou auprès de ses propres prospectus pour des offres « multi-lots », les offres photovoltaïques d'EDF ENR. En pratique, la DS3E est amenée à prendre des rendez-vous avec les clients afin de leur présenter les aspects techniques et commerciaux des offres, les règles relatives aux crédits d'impôt, des solutions de financement disponibles. Elle établit et signe les contrats avec les clients au nom et pour le compte d'EDF ENR⁴⁰.
99. Cependant, ce n'est qu'à la fin du processus de vente que les clients sont informés du fait qu'ils contractent avec EDF ENR et non avec EDF. En effet, dans le document intitulé « La démarche de vente des offres photovoltaïques EDF ENR » datant du 31 octobre 2007, destiné aux commerciaux de la DS3E, il est indiqué que lors de la phase finale, il convient d'« Ecrire au client pour lui préciser que dorénavant EDF ENR est son interlocuteur »⁴¹.
100. Fin avril 2009, EDF a pris la décision, pour respecter les injonctions de l'Autorité portant sur l'utilisation de la marque Bleu Ciel et le recours au Conseil Energie Solaire, de

³⁶ Cote701 (08/0053 M).

³⁷ Cotes 2702-2703.

³⁸ Cote 889.

³⁹ Cote 890.

⁴⁰ Cote 704 et 705, 891 (08/0053 M).

⁴¹ Cote 768 (08/0053 M).

supprimer tout transfert de prospect par EDF SA à EDF ENR⁴², en adressant notamment des consignes le 29 avril 2009⁴³ à tous les conseillers des directions commerciales.

101. Comme l'a indiqué EDF, « *il n'y a plus depuis le 30 avril 2009 aucune transmission par EDF S.A. à EDF ENR d'informations sur des particuliers intéressés par une offre photovoltaïque* »⁴⁴, et depuis cette date la plateforme téléphonique développée spécifiquement par EDF ENR recherche des prospects pour le compte d'EDF ENR.

La commercialisation des offres par Photon Power Technologies et Photon Technologies

102. Durant l'année 2008, parallèlement au premier canal de commercialisation via EDF SA, EDF ENR a développé un second canal de commercialisation avec la société Photon Power Technologies (PPT). EDF ENR et PPT ont en effet conclu un contrat de commercialisation prenant effet au 1^{er} janvier 2008 et expirant le 31 décembre 2008⁴⁵. Ce contrat conférait à PPT une partie de la commercialisation des offres d'EDF ENR destinées aux particuliers pour le marché des logements existants⁴⁶. PPT commercialisait alors les offres EDF ENR au nom et pour le compte de EDF ENR.
103. Dans le cadre de ce premier contrat, EDF ENR s'engage à « *transmettre à PPT les coordonnées des prospects détectés et qualifiés par EDF Division Particuliers et Professionnels et répondant aux conditions suivantes : ces prospects sont situés dans la zone de chalandise de PPT et DS3E n'est pas en mesure d'assurer le rendez-vous à domicile et la vente de l'offre pour ces prospects* »⁴⁷. En effet, EDF a clairement confirmé que « *lorsqu'il n'y a pas de disponibilité immédiate d'un conseiller spécialisé [EDF], les coordonnées du client sont transmises par mail à EDF ENR (...) qui transmet alors ce prospect à son second canal de commercialisation* »⁴⁸.
104. PPT bénéficie donc uniquement d'un mandat de commercialisation à titre subsidiaire par rapport à DSE3. Néanmoins, le contrat prévoit que PPT peut avoir ses propres prospects⁴⁹.
105. Pendant l'exécution de ce contrat, PPT s'est vu concéder une sous-licence de la marque Bleu Ciel d'EDF qui lui permet à la fois l'utilisation de la dénomination « *Partenaire Bleu ciel d'EDF* » et « *Bleu ciel d'EDF* » (dans ce dernier cas, exclusivement pour commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR)⁵⁰.

⁴² Cote 650.

⁴³ Cotes 677-678.

⁴⁴ Cote 1131.

⁴⁵ Cotes 813-845 (08/0053M).

⁴⁶ Cotes 892, et 815 (08/0053 M).

⁴⁷ Cote 816 (08/0053 M).

⁴⁸ Cote 1035 (08/0053 M).

⁴⁹ Cote 818 (08/0053 M). Aucune rémunération n'est prévue dans cette hypothèse.

⁵⁰ Cote 816 (08/0053M).

106. Les missions prévues contractuellement pour PPT consistent à vendre de manière exclusive les offres Bleu Ciel d'EDF aux prospects venus d'EDF ENR ou identifiés par PPT⁵¹. Dans le cadre de ce partenariat, PPT effectue les prestations d'ingénierie et d'étude technique, fournit à tous les clients d'EDF ENR l'équipement aux fins de l'installation photovoltaïque, fait l'étude de rentabilité financière, élabore les solutions de financement adéquat, prend en charge les démarches administratives et procède à la pose et à la maintenance de l'installation photovoltaïque de la clientèle d'EDF ENR.
107. EDF ENR se charge de son côté du développement des offres photovoltaïques et des démarches commerciales (conception des outils de commercialisation, etc.)⁵².
108. EDF ENR a indiqué que la licence « *Bleu Ciel d'EDF* » ne lui pas été renouvelée depuis le 1^{er} janvier 2009, les offres étant donc désormais commercialisées sous la marque EDF ENR et non plus Bleu Ciel d'EDF⁵³. Depuis le 1^{er} juillet 2010, EDF ENR Solaire (ex-PT) exploite l'activité d'offres globales photovoltaïques pour les particuliers jusqu'à cette date exploitée par EDF ENR (cession de fonds de commerce).

c) Le rôle du Conseil Energie Solaire prodigué par le personnel d'EDF SA au 3929 dans la prospection de nouveaux clients

Les caractéristiques du Conseil Energie Solaire jusqu'en avril 2009

109. Jusqu'en avril 2009, la prospection de nouveaux clients pour les offres photovoltaïques d'EDF ENR se faisait principalement par l'intermédiaire du Conseil Energie Solaire prodigué par les conseillers d'EDF SA au numéro de téléphone 3929.
110. Le Conseil Energie Solaire est, selon EDF, « *un service d'information et de conseil aux particuliers désireux de devenir producteurs d'énergie photovoltaïque. Dans le cadre de ce conseil proposé par EDF, des conseillers EDF Bleu Ciel fournissent gratuitement, sur appel téléphonique entrant, toutes explications de nature technique, administrative et fiscale relatives à la production photovoltaïque répartie ; ils peuvent également, si ces clients le souhaitent, les mettre en relation avec un conseiller spécialisé* »⁵⁴.
111. Des supports diffusés par EDF SA tels que la Lettre Bleu Ciel d'EDF, les factures d'électricité adressées aux clients et le site internet Bleu ciel d'EDF, renvoient ainsi au « *conseiller travaux habitat* » et/ou plus spécifiquement au « *conseil énergie solaire* », accessible au 3929. En particulier, les factures mentionnent spécifiquement le 3929 (« *mon conseiller travaux habitat* »), mais aussi le 0800 123 333 (« *mon compte sur serveur vocal* »), le 0 810 010 333 (« *mon contrat, ma facture, mon déménagement* ») et le 0810 333 751 (« *dépannage électricité* »)⁵⁵.

⁵¹ Cotes 818-819 (08/0053 M).

⁵² Cote 3250.

⁵³ Cote 648 et 3249.

⁵⁴ Cote 780 (08/0053 M).

⁵⁵ Cote 3134 (08/0053 M).

112. Tous ces numéros renvoyaient en réalité au serveur vocal de l'offre Bleu Ciel d'EDF, et constituaient l'unique interface disponible pour les relations avec la clientèle des particuliers, concernant donc toutes les offres du groupe EDF dans le secteur régulé ou dans les secteurs concurrentiels (y compris donc les offres de EDF ENR⁵⁶). EDF indique ainsi que « *ce numéro 39 29 permet aux clients résidentiels d'EDF d'accéder à leur compte (gérer leurs factures, leur consommation, options, etc.), obtenir des conseils sur divers sujets (travaux, etc.) et profiter du Conseil Energie Solaire* »⁵⁷.
113. Concrètement, les appels entrants au 3929 sont réceptionnés par les services commerciaux de la DP&P d'EDF⁵⁸, dont les agents ont été « *formés par des experts techniques de vente à l'aide d'un script et de quelques supports visuels* »⁵⁹. Lorsque la clientèle souhaite une mise en relation avec un conseiller spécialisé, le conseiller énergie solaire de la DP & P prend un créneau de rendez-vous qu'il transmet à la DS3E d'EDF. Si aucun conseiller EDF n'est disponible immédiatement, les coordonnées du client (et les plages horaires de disponibilité pour le rappeler) sont alors transmises par mail à EDF ENR sur une boîte générique, et EDF ENR transmet alors le prospect au second canal de commercialisation par PPT.
114. Selon EDF, le Conseil Energie Solaire « *visé essentiellement la promotion de l'énergie solaire et n'est pas conçu pour obtenir, de manière prioritaire, des prospects pour EDF ENR* »⁶⁰, mais elle reconnaît qu'il est « *exact que le Conseil Energie Solaire peut in fine aboutir à mettre EDF ENR en contact avec un prospect* »⁶¹.
115. En effet les supports de formation des commerciaux d'EDF SA qui sont chargés de prodiguer le Conseil Energie Solaire le présentent comme « *un conseil gratuit ayant pour objectif de qualifier les prospects [et un] produit d'appel [...consistant] en un premier niveau d'information sur le fonctionnement, les démarches et les aides, puis une mise en relation avec un commercial d'EDF* »⁶². Dans cet esprit, le script des conseillers du 3929 daté du 28 juillet 2008 prévoyait la phrase d'accroche suivante : « *Si vous souhaitez devenir producteur d'énergie solaire, vous avez bien fait de nous appeler parce que Bleu Ciel d'EDF propose aujourd'hui des solutions photovoltaïques clés en main* », ce qui traduit bien le lien entre le Conseil Energie Solaire et les offres d'EDF ENR.

⁵⁶ Décision n° 09-MC-01, § 115

⁵⁷ Cote 2850 (08/0053M).

⁵⁸ Il existait, en 2008, 8 directions régionales et une à deux plateformes téléphoniques par direction – cote 1034 (08/0053 M).

⁵⁹ Cote 1034 (08/0053 M). Le script d'aide à la vente en ligne du service Conseil Energie Solaire du 28 juillet 2008 (cote 808 VC du dossier 08/0052F) prévoit distinctement la mention des « *solutions Bleu Ciel d'EDF* ». Ce script est légèrement différent du script d'aide à la vente annexé au contrat de commercialisation conclu entre EDF S.A. et EDF ENR (script du 4 décembre 2007 en cote 712 du dossier 08/0053 M).

⁶⁰ Cote 1735 (08/0053 M).

⁶¹ Cote 1734 (08/0053 M).

⁶² Cote 1224 (08/0053 M).

116. En moyenne, en 2008, 160 conseillers de la DP&P étaient affectés au 3929, 140 en 2009, 135 en 2010 et 115 en 2011⁶³. EDF a précisé que « *en dehors des conseillers du 39 29, en moyenne, 45 commerciaux de la DS3E ont participé à la promotion et à la commercialisation des offres d'EDF ENR. Il convient toutefois de préciser que ces derniers n'étaient affectés à cette mission qu'à temps partiel* »⁶⁴.

Les prospects obtenus par le biais du Conseil Energie Solaire

117. Il ressort des données produites sur l'apport de prospects à EDF ENR par l'intermédiaire de la plateforme téléphonique du 3929⁶⁵ qu'entre 1 200 et 1 600 ventes ont été réalisées par l'intermédiaire du Conseil Energie Solaire, de septembre 2007 à septembre 2008. EDF a confirmé, lors de la séance du 26 novembre 2008, que le chiffre de ventes réalisées (soit 1 200) par EDF ENR en septembre 2008 représentait 80 % de son objectif déclaré pour la fin de l'année 2008⁶⁶. Ainsi que l'Autorité l'a constaté dans sa décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, « *EDF ENR a donc obtenu la majorité de ses contrats via la plateforme téléphonique du 3929* ».
118. Selon EDF, le 3929 a reçu et transféré pour le compte d'EDF ENR 30 055 appels pour un Conseil Energie Solaire. 1 438 contrats ont été conclus à la suite à ces transferts pour une valeur totale de 30 millions d'euros et une puissance totale de 3,6 MWc.
119. A titre de comparaison, par le canal Photon Technologies, 331 contrats ont été effectivement conclus en 2008, 741 en 2009 et 520 en 2010⁶⁷.

Le Conseil Energie Solaire depuis avril 2009

120. Pour assurer le respect des injonctions précisées aux articles 2 et 3 de la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, EDF a pris des mesures visant à faire cesser le transfert par EDF SA à EDF ENR de prospects intéressés par une solution photovoltaïque, en adressant des consignes le 29 avril 2009⁶⁸ à tous les conseillers des directions commerciales particuliers d'EDF.
121. Ainsi, à partir du 29 avril 2009, le Conseil Energie Solaire est maintenu au 3929 mais « *se limite à la communication d'informations générales sur l'énergie photovoltaïque et ne permet plus d'apporter des prospects. Les éventuelles personnes intéressées par une offre photovoltaïque sont désormais invitées à consulter le site internet de l'association QualiPV où ils pourront trouver une liste d'installateurs photovoltaïques* »⁶⁹.

⁶³ Cote 2703.

⁶⁴ Cote 2259.

⁶⁵ Cotes 1219-1220 (08/0053 M) « *Offres photovoltaïques : données chiffrées sur l'apport de prospects à EDF ENR par l'intermédiaire de la plateforme téléphonique du 3929* ».

⁶⁶ Décision n° 09-MC-01 § 111.

⁶⁷ Cote 2662.

⁶⁸ Cotes 677-678.

⁶⁹ Cote 651.

122. Le 12 juillet 2010, EDF a indiqué à l'Autorité qu' « *EDF ENR a développé sa propre plate-forme téléphonique afin d'assurer la promotion de ses offres photovoltaïques* »⁷⁰. Aujourd'hui, les clients intéressés par la production d'électricité solaire photovoltaïque doivent donc s'adresser au « *conseil toiture solaire* » du 3913 pour être mis en relation avec des conseillers spécialisés d'EDF ENR. Ce numéro est indiqué sur l'ensemble des supports de communication d'EDF ENR (site internet, plaquettes, revues de presse).

d) La prospection et la promotion des offres d'EDF ENR sous les marques « *Bleu Ciel d'EDF* » et « *EDF ENR* »

123. La marque commerciale déposée « *Bleu Ciel d'EDF* » a été « *lancée à l'occasion de l'ouverture à la concurrence de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels en juillet 2007 et a vocation à couvrir l'ensemble des offres EDF à destination des particuliers* »⁷¹.
124. A travers l'exploitation de cette marque, déployée sur de nombreux supports publicitaires et sur des plateformes électroniques et téléphoniques, EDF offre à l'ensemble de sa clientèle de particuliers, y compris celle en tarifs réglementés, des services relevant de la prestation en tarifs régulés et des services offerts en concurrence.
125. A partir de novembre 2007, et jusqu'en mai 2009, EDF a utilisé exclusivement la marque « *Bleu Ciel d'EDF* », et non EDF ENR, pour commercialiser et promouvoir les offres photovoltaïques d'EDF ENR auprès de la clientèle résidentielle.
126. La marque Bleu Ciel d'EDF bénéficie d'une excellente notoriété auprès du public. Ainsi, une étude de notoriété⁷², datée du 26 août 2010, a été menée par TNS Sofres concernant une campagne de communication télévisuelle lancée en mai/juin 2010 par Solaire Direct.
127. Il ressort de cette étude que le souvenir publicitaire de cette campagne de Solaire Direct est assez faible, car « *le media est dominé par la pression publicitaire d'EDF/Bleu Ciel* »⁷³. 48,2 % des téléspectateurs ont identifié l'action publicitaire d'EDF Bleu Ciel contre 4,1 % pour Solaire Direct.

Les principaux supports et moyens de prospection et de promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR utilisant la marque « Bleu ciel d'EDF »

128. Les supports utilisant la marque « *Bleu Ciel d'EDF* » sont la Lettre Bleu Ciel, les factures d'électricité, des guides et dépliants, le site Internet Bleu Ciel et des campagnes publicitaires.

⁷⁰ Cote 1132.

⁷¹ Cotes 893-894 (08/0053 M).

⁷² Cotes 2262 à 2265 et 2271 à 2324.

⁷³ Cote 2287.

La Lettre Bleu Ciel

129. Depuis novembre 2007, EDF adresse de façon groupée à ses clients résidentiels, avec leur facture d'électricité, un courrier promotionnel portant la marque « *Bleu Ciel d'EDF* » (ci-après la « *Lettre Bleu Ciel* »).
130. EDF indique que « *la Lettre Bleu Ciel d'EDF est un support d'information sur l'actualité de la marque Bleu Ciel d'EDF et comporte des informations générales, une description succincte des offres d'EDF pouvant intéresser les clients résidentiels (offre de fourniture de gaz, suivi de consommation, etc.) ainsi que des conseils pour économiser l'énergie (les « éco gestes ») ou pour faciliter le quotidien des clients (des conseils sur la gestion de la facture électronique, par exemple)* »⁷⁴.
131. La Lettre est publiée deux fois par an⁷⁵, et adressée à tous les clients résidentiels, qu'ils soient bénéficiaires des tarifs réglementés ou des tarifs concurrentiels. Elle est diffusée avec la facture de consommation d'électricité, émise tous les 2 ou 6 mois selon le niveau de consommation des clients.
132. Comme le précise EDF⁷⁶, « *les offres proposées par EDF-ENR ne sont pas citées* » dans la Lettre Bleu Ciel. Il convient cependant de distinguer entre les deux premières Lettres Bleu Ciel et les suivantes. Les deux premiers exemplaires de la Lettre Bleu Ciel (lettre n° 1 novembre 2007 – mars 2008, et lettre n° 2 avril – septembre 2008) faisaient référence au numéro d'appel 3929, auquel un conseiller EDF Bleu Ciel pouvait être contacté pour obtenir des informations sur l'installation de panneaux photovoltaïques (« *Conseil Energie Solaire* »). Plus précisément, la Lettre Bleu Ciel n° 1 de novembre 2007 – mars 2008 encourage les clients à « *profiter d'une mise en relation avec des professionnels sélectionnés par EDF* »⁷⁷ et la Lettre Bleu Ciel n° 2 d'avril 2008 – septembre 2008 propose : « *pour installer votre système photovoltaïque, optez pour une solution clés en main avec Bleu Ciel d'EDF* »⁷⁸.
133. En revanche, pour les Lettres Bleu Ciel postérieures à septembre 2008, EDF souligne que « *la troisième lettre Bleu Ciel d'EDF adressée aux clients aux tarifs réglementés depuis janvier 2009 ne fait plus référence à EDF ENR, ni à ses offres photovoltaïques* », et que « *les précédentes lettres Bleu Ciel d'EDF ne sont plus accessibles sur l'espace client du site internet Bleu Ciel d'EDF* »⁷⁹.
134. La Lettre Bleu Ciel n°3 de janvier 2009 – juillet 2009⁸⁰ ne comporte effectivement plus ces mentions, ni la référence directe au 3929, mais « *renvoie au site Internet Bleu Ciel d'EDF*

⁷⁴ Cote 780 (08/0053 M).

⁷⁵ Cote 2259: « *aucune Lettre Bleu Ciel d'EDF n'a été diffusée entre juillet 2009 et septembre 2010, ni entre février et juin 2011. En janvier 2010, a été diffusée une note d'information sur l'évolution des conditions générales de vente du Tarif Bleu 2009* ».

⁷⁶ Cote 780 (08/0053 M).

⁷⁷ Cote 243 (08/0053 M).

⁷⁸ Cote 677 (08/0053 M).

⁷⁹ Cote 643.

⁸⁰ Cotes 657-658.

(www.edf-bleuciel.fr) qui, lui-même, constitue la plateforme en ligne des particuliers, sur le site d'EDF (www.edf.fr). Ce dernier site renvoie, sous la rubrique « j'améliore mon confort » à « des conseils pratiques » sur un certain nombre de sujets, y compris, sur « [les] énergies renouvelables », rubrique sous laquelle la clientèle d'EDF est notamment invitée à « découvrir comment produire de l'électricité avec les panneaux solaires ». C'est en cliquant sur ce lien que la clientèle de l'opérateur historique est renvoyée au numéro 3929 pour se voir prodiguer le Conseil Energie Solaire par les agents commerciaux d'EDF SA »⁸¹.

135. La lettre n° 3 Bleu Ciel d'EDF, sans mentionner directement les offres photovoltaïques d'EDF ENR, renvoie donc aux plateformes électroniques et téléphoniques d'EDF et au Conseil Energie Solaire, qui ont permis jusqu'en mai 2009 de prospector des nouveaux clients pour le compte d'EDF ENR.
136. En 2007, 22 030 000 Lettres Bleu Ciel ont été diffusées auprès de la clientèle, 21 700 000 en 2008 et 20 790 000 en 2009⁸².

Les factures d'électricité Bleu Ciel d'EDF

137. La facture régulièrement adressée à la clientèle résidentielle d'EDF ne comporte aucune indication spécifique relative aux offres d'EDF ENR et n'est pas accompagnée (sauf en ce qui concerne la lettre Bleu Ciel deux fois par an) de documents relatifs à ces offres⁸³.
138. Toutefois, comme l'indique EDF, « entre octobre 2007 et 2010, toutes les factures adressées à la clientèle résidentielle, mentionnaient la marque Bleu Ciel d'EDF et renvoyaient au 39 29 »⁸⁴. La facture mentionne en effet plusieurs numéros de téléphone : le numéro 3929 pour joindre un « conseiller travaux habitat », et les numéros « Mon compte sur serveur vocal : 0 810 123 333 », et « Mon contrat, ma facture, mon déménagement : 0 810 010 333 ». Ces deux derniers numéros renvoient tous, comme le 3929, au serveur vocal de l'offre de services Bleu Ciel d'EDF.
139. La facture a donc permis de diffuser les numéros des plateformes téléphoniques qui ont pu favoriser le cas échéant la recherche de prospects pour les offres d'EDF ENR jusqu'à l'intervention des mesures conservatoires. Selon les données communiquées par EDF, 19 768 000 factures ont été émises en 2007, 117 332 000 en 2008 et 113 576 000 en 2009⁸⁵.

⁸¹ Décision 09-MC-01 § 117.

⁸² Cote 2652.

⁸³ Cotes 780, 1733 et 1734 (08/0053 M).

⁸⁴ Cote 2653.

⁸⁵ Cote 2653.

Les autres supports et outils de promotion utilisant la marque « Bleu Ciel d'EDF »

Les guides et dépliants

140. EDF édite également des supports sous format papier, sous la forme de dépliants tels que le « *guide photovoltaïque* »⁸⁶ et le « *conseil énergie solaire* »⁸⁷ qui fournissent des informations générales pour les particuliers qui souhaitent devenir producteurs d'énergie solaire photovoltaïque. Ces supports utilisent le logo « *Bleu Ciel d'EDF* » et invitent la clientèle à contacter le conseiller EDF Bleu Ciel au 3929. Le dépliant « *conseil énergie solaire* » a pu également faire l'objet de mailings ciblés⁸⁸.
141. EDF a indiqué en juillet 2008 que ces documents n'étaient en aucun cas diffusés en accompagnement de la facture⁸⁹. Selon EDF, « *la communication consacrée aux trois offres photovoltaïques Bleu Ciel d'EDF proposées par EDF-ENR est réalisée au moyen de supports spécifiques sous forme de dépliants, et sont diffusés dans les salons auxquels participent EDF-ENR et dans les boutiques Bleu Ciel d'EDF* »⁹⁰. En juillet 2008, trois dépliants relatifs aux offres de EDF-ENR ont été communiqués par EDF, et rappellent le logo Bleu Ciel d'EDF : dépliant de l'offre Bleu Ciel d'EDF Energie Solaire Clé en Main⁹¹, dépliant de l'offre Bleu Ciel d'EDF Energie Solaire Production Garantie⁹², et dépliant de l'offre Bleu Ciel d'EDF Energie Solaire Financement adapté⁹³. Ces derniers renvoient également tous au conseiller EDF Bleu Ciel joignable par téléphone au 3929.

Les boutiques « Bleu Ciel d'EDF » et le personnel de terrain

142. Le personnel des boutiques Bleu Ciel d'EDF (416 salariés en 2007, 459 en 2008, 521 en 2009 et 527 en 2010) a pour fonction de traiter les demandes des clients, ce qui représente 90 % de leur activité selon EDF, et de commercialiser des offres et des services liés aux contrats d'énergie.
143. Lors de l'instruction, EDF a ainsi indiqué : « *Dans le domaine spécifique des énergies renouvelables, que ce soit avant ou après la mise en œuvre des injonctions, les conseillers en boutique Bleu Ciel d'EDF peuvent prodiguer des conseils sur ces énergies, notamment pompes à chaleur, chauffage bois ou chaleur thermique. S'agissant plus particulièrement du secteur du photovoltaïque, ils peuvent prodiguer un conseil énergie solaire. Dans les*

⁸⁶ Cotes 786 à 789 (08/0053 M).

⁸⁷ Cotes 791 et 792 (08/0053 M).

⁸⁸ Cote 780 (08/0053 M).

⁸⁹ Cote 780 (08/0053 M).

⁹⁰ Cotes 780 et 781 (08/0053 M).

⁹¹ Cotes 794 et 795 (08/0053 M).

⁹² Cotes 797 et 798 (08/0053 M).

⁹³ Cotes 800 et 801 (08/0053 M).

faits, très peu de Conseils Energie Solaire étaient prodigués dans les boutiques Bleu Ciel d'EDF »⁹⁴.

144. Enfin, les personnels dédiés à la vente de terrain ont pour mission de « commercialiser des services d'efficacité énergétique et des services énergie, en réalisant notamment le diagnostic thermique à domicile dans le cadre du service Objectif Travaux. Leur implication dans le domaine des énergies renouvelables est identique à celle des conseillers en boutique Bleu Ciel d'EDF »⁹⁵. Les effectifs de ce personnel sont les suivants : 311 en 2007, 298 en 2008, 273 en 2009 et 261 en 2010.

Les salons professionnels

145. Les dépliants mentionnant les offres d'EDF ENR sont également diffusés lors des salons professionnels. Dans ces salons, aucune distinction claire ne pouvait être faite, jusqu'aux injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence, entre les stands et les offres EDF et EDF ENR.
146. Lors du suivi des injonctions, EDF a précisé que des consignes avaient été données aux responsables commerciaux d'EDF pour que la réservation et le financement de la présence dans les salons soient faits de manière distincte par EDF et EDF ENR, et que celles-ci avaient été respectées. Sur les stands déjà réservés, les consignes suivantes avaient été données : séparation physique des stands EDF et EDF ENR, identification claire des personnels des deux entreprises, refacturation des réservations et locations des stands à EDF ENR⁹⁶.

Les campagnes de publicité

147. Lors de l'instruction, EDF a souligné que « *la seule campagne de promotion de la filière photovoltaïque établie par EDF est celle relative au Conseil Energie Solaire* »⁹⁷.
148. EDF a confirmé l'existence d'une campagne de publicité « *Conseil Energie Solaire* » et de créations associées en télévision, presse et internet en 2007 et 2008⁹⁸ en mentionnant : « *En 2008, deux campagnes radio de promotion de l'efficacité énergétique ont été mises en place (incluant notamment un spot propre au Conseil Energie Solaire) [...]. En 2009, aucune campagne publicitaire sur le Conseil Energie Solaire n'a été réalisée* »⁹⁹.
149. EDF a par exemple diffusé un spot de publicité sur France Inter dont les termes étaient les suivants : « *Les moments extraordinaires avec Pierre A... : « Les Z... sont une famille on ne peut plus classique, avec deux enfants, une jolie maison, un chien très discret. Qui pourrait alors se douter de ce qui se passe dans cette maison ? Personne, car la vérité, la*

⁹⁴ Cote2651. EDF a précisé que le personnel en boutique avait accès aux mêmes informations (« à la même base de données ») que les conseillers du 3929.

⁹⁵ Cote 2651.

⁹⁶ Cotes 646 et 647.

⁹⁷ Cote 2663.

⁹⁸ Cote 2653.

⁹⁹ Cote2653.

voici : ils produisent de l'énergie ! ». Vous aussi, avec Conseil Energie Solaire de Bleu Ciel d'EDF, devenez producteur d'énergie, chez vous. Plus d'infos sur edf.fr ou au 39 29, prix d'un appel local. Bleu Ciel d'EDF, l'avenir est un choix de tous les jours. L'énergie est notre avenir, économisons-la. »¹⁰⁰.

150. En presse écrite, EDF a par exemple publié en 2008 plusieurs annonces promotionnelles relatives au « Conseil Energie Solaire »¹⁰¹.

Le site internet Bleu Ciel

151. Le site internet Bleu ciel d'EDF (www.edf-bleuciel.fr) constitue la plateforme électronique en ligne des particuliers. Ce site permet aux particuliers d'avoir accès à distance à l'ensemble de leur compte, d'effectuer certaines opérations (relevé de compteur, mensualisation, etc.) et d'obtenir des informations sur les offres Bleu Ciel ou sur les travaux par exemple.
152. Au moment de l'instruction des mesures conservatoires, le site renvoyait, sous la rubrique « j'améliore mon confort » à « des conseils pratiques » sur un certain nombre de sujets, y compris, sur « [les] énergies renouvelables », rubrique sous laquelle la clientèle d'EDF est notamment invitée à « découvrir comment produire de l'électricité avec les panneaux solaires ». C'est en cliquant sur ce lien que la clientèle de l'opérateur historique était renvoyée au numéro 3929 pour se voir prodiguer le Conseil Energie Solaire par les agents commerciaux d'EDF SA¹⁰².
153. Si aucune offre photovoltaïque proposée par EDF ENR n'a été directement accessible sur le site Bleu Ciel, et si aucun lien n'a été prévu entre le site Bleu ciel et celui d'EDF ENR, en revanche, la plateforme en ligne Bleu Ciel d'EDF renvoyait, à l'instar des factures d'électricité, au « conseil énergie solaire » dispensé au 39 29.
154. A la suite de l'injonction faite à EDF de supprimer toute référence à l'activité d'EDF ENR dans le photovoltaïque dans les supports de communication portant la marque « Bleu ciel d'EDF », EDF a fait retirer du site internet Bleu Ciel d'EDF toutes références à l'activité photovoltaïque d'EDF ENR, et a fait retirer du site internet Photon Power Technologies toutes références à Bleu Ciel d'EDF.
155. EDF a précisé que le nombre de contrats conclus par EDF ENR sous la marque Bleu Ciel d'EDF a été de 1 171 par la DS3E et 798 par PT¹⁰³.

¹⁰⁰ Citée par EDF en cote 1745 (08/0053 M).

¹⁰¹ Cotes 2792 à 2794. Voir la page entière consacrée au Conseil EDF Bleu Ciel dans l'Express de la semaine du 4 au 10 septembre 2008, n° 2983, « Spécial Immobilier Paris », cote 3156 (08/0053 M). Les supports de formation des commerciaux du 3929 indiquaient en outre qu'une « campagne TV nationale » a eu lieu entre le 20 novembre et le 9 décembre 2007 et a été « relayée en PQR ».

¹⁰² Cote 3130 (08/0053 M).

¹⁰³ Cotes 2660-2661.

e) Les conditions financières avantageuses de la mise à disposition de ces moyens

156. Ainsi que ce cela a été décrit ci-dessus, EDF SA a mis à la disposition de ses filiales, EDF ENR et EDF ENR Solaire, des actifs matériels et humains, et des actifs immatériels pour assurer la prospection et la commercialisation de leurs offres de services photovoltaïques.

Les moyens de communication et de promotion mis à la disposition d'EDF ENR

157. EDF SA a mis à la disposition d'EDF ENR entre novembre 2007 et avril 2009 des moyens ayant permis la promotion de ses offres photovoltaïques sous la marque « *Bleu ciel d'EDF* », à travers les lettres Bleu Ciel d'EDF n° 1 et n° 2, les factures d'électricité et d'autres supports tels que les campagnes publicitaires par exemple.

Les fonds destinés à la Lettre Bleu Ciel

158. EDF reconnaît que la première Lettre Bleu Ciel a été adressée « à environ 20 millions d'exemplaires pour un semestre »¹⁰⁴. Le coût de revient des lettres pour les années 2007 à 2011¹⁰⁵ se situe entre 0,015 et 0,018 euro HT par lettre.
159. EDF ENR n'a effectué aucun paiement en contrepartie de la mise à disposition de ces moyens de promotion, ce qui représente une économie d'un montant minimum de 75 000 euros sur la période considérée (entre novembre 2007 et avril 2009)¹⁰⁶.

Les fonds pour les factures d'électricité

160. EDF adresse à sa clientèle résidentielle (aux tarifs réglementés ou non) des factures de consommation d'électricité, selon un échéancier de 2 ou 6 mois en fonction du niveau de consommation. Ces factures, jusqu'à l'exécution des mesures conservatoires, renvoient à des numéros d'accès au Conseil Energie Solaire.
161. EDF ENR n'a effectué aucun paiement en contrepartie de la mise à disposition de ces moyens de diffusion pour assurer la promotion des numéros d'accès au Conseil Energie Solaire.

Les fonds pour les campagnes de publicité et les supports de communication

162. EDF a déployé, à partir de la fin 2007, des campagnes publicitaires dans les médias (radio, presse écrite, etc.) autour de la marque Bleu Ciel d'EDF, dont certaines assuraient la promotion du Conseil Energie Solaire. Par ailleurs, de nombreux supports promotionnels mentionnant la marque Bleu Ciel d'EDF, voire les offres photovoltaïques, ont été diffusés

¹⁰⁴ Cote 2851 (08/0053 M).

¹⁰⁵ Cote 2652.

¹⁰⁶ Si on admet que l'espace consacré au Conseil Energie Solaire occupe le 1/3 des informations indiquées sur la première page de la Lettre Bleu Ciel n°1, soit 1/6 de la lettre, il est possible d'estimer le coût de la promotion du Conseil Energie Solaire à plus de 50 000 euros (329 500/6). Pour la Lettre Bleu Ciel n° 2, l'espace consacré aux offres clés en mains occupe 1/6 des informations indiquées sur la première page, soit 1/12^{ème} de la Lettre. Le coût de la promotion du Conseil Energie Solaire peut être évalué à plus de 25 000 euros (319 300/12).

par EDF, soit auprès des sociétés du groupe pour assurer leur promotion, soit auprès des partenaires Bleu Ciel.

163. EDF a ainsi mis en œuvre des campagnes de publicité (19 campagnes TV entre octobre 2007 et 2011, 17 campagnes de presse, 23 campagnes radio, 11 campagnes Internet et deux campagnes d'affichage), diffusé des courriers (environ 44,25 millions entre 2007 et 2011), des e-mailings (environ 123,7 millions entre 2007 et 2011) ou participé à des salons et des foires (environ 400 entre octobre 2007 et 2011).
164. Concernant le coût des campagnes de communication relatives au Conseil Energie Solaire, EDF a indiqué qu'il avait représenté en 2007 « environ 3,5 millions d'euros et en 2008 2,7 millions d'euros d'investissement, tout compris (création, production, achat d'espace) »¹⁰⁷.
165. Dans ce cas également, aucun paiement n'a été fait en contrepartie des dépenses engagées par la maison mère.

Les moyens immatériels mis à la disposition d'EDF ENR

166. Par le biais de contrats de licence, EDF a mis à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque, les logos et marques du groupe (« *Bleu Ciel d'EDF* », « *EDF ENR* » et « *EDF ENR Solaire* »), moyennant le paiement de redevances.

Les marques du groupe EDF

167. EDF a déposé le nom EDF à titre de marque verbale le 3 septembre 2001. Elle a déposé le logotype qui accompagne aujourd'hui son nom le 9 juin 2005, à titre de marque figurative et de marque semi-figurative¹⁰⁸. D'autres marques, constituant des déclinaisons de la marque EDF, telles que EDF EN, EDF ENR, EDF ENR Solaire, EDF ENR Chaleur, EDF ENR Photovoltaïque, ou encore Bleu Ciel EDF et Partenaire Bleu Ciel d'EDF (lancée en septembre 2007¹⁰⁹) accompagnées du logotype associé, sous différentes couleurs, ont été par ailleurs déposées par EDF.

Les accords de licence conclus par EDF avec EDF ENR et EDF ENR Solaire

168. Le 24 décembre 2009, EDF a consenti à EDF ENR un contrat de licence pour l'utilisation des marques EDF ENR, EDF ENR Solaire, EDF ENR Photovoltaïque et EDF ENR Chaleur. EDF ENR peut ainsi utiliser ces marques à titre de dénomination sociale ainsi que pour la commercialisation et la promotion de ses offres photovoltaïques. La licence est accordée pour une durée de deux ans, renouvelable par tacite reconduction par période d'un an. La licence a donné lieu au versement d'une redevance d'un montant annuel de 30 000 euros, soit 0,1 % du chiffre d'affaires d'EDF ENR en 2008 et 0,04 % de son chiffre d'affaires en 2009.

¹⁰⁷ Cote 2653.

¹⁰⁸ Cotes 2070 et 2083 à 2097.

¹⁰⁹ Cote 779 (08/0053 M).

169. EDF ENR a conclu le 29 juin 2010 un contrat de sous-licence avec sa filiale Photon Technologies pour l'utilisation de la marque EDF ENR Solaire à titre de dénomination sociale et de la marque EDF ENR à titre de marque commerciale. La sous-licence a été concédée pour un montant annuel de 15 000 euros, pour une durée expirant le 31 décembre 2011 et renouvelable par tacite reconduction pour des périodes d'un an¹¹⁰.
170. Concernant la marque « *Bleu Ciel d'EDF* », EDF ENR a conclu le 11 avril 2008, pour une période expirant le 31 décembre 2008, un contrat de licence de cette marque avec EDF¹¹¹ lui permettant de commercialiser les offres photovoltaïques sous la marque « *Bleu Ciel d'EDF* ». Le contrat prévoyait une redevance annuelle de 30 000 euros. Pour la période d'avril à décembre 2008, EDF ENR a versé une redevance de 22 500 euros.
171. Depuis le 1^{er} janvier 2009, EDF ENR ne dispose plus de la licence de marque Bleu Ciel d'EDF et n'est donc plus autorisée à faire usage de cette marque sur son site internet ou sur tout autre support¹¹².
172. EDF a indiqué avoir confié en 2010 à un cabinet spécialisé, Sorgem, une analyse de la valeur de la marque EDF et d'estimation du ou des taux de redevance applicables à la marque¹¹³. L'étude a été finalisée et remise à EDF en janvier 2012¹¹⁴. Cette étude a indiqué que les taux de redevances pratiqués étaient sous-évalués et qu'en conséquence, EDF ENR devait s'acquitter à titre rétroactif des montants qu'elle préconisait, à savoir un taux de redevance de 0,5 % du chiffre d'affaires pour EDF ENR, appliqué pour le futur et de manière rétroactive à EDF ENR.
173. Ainsi, le 10 décembre 2012, EDF a facturé de manière rétroactive à EDF ENR les redevances suivantes à payer au titre de la licence de marque pour les années 2008 à 2011 : 21 000 euros en 2008, 95 000 euros en 2009, 132 000 euros en 2010 et 437 000 en 2011¹¹⁵.

Les moyens matériels et humains mis à la disposition d'EDF ENR

174. EDF ENR et EDF SA ont conclu un contrat de commercialisation des « *offres photovoltaïques Bleu Ciel d'EDF* »¹¹⁶ par lequel EDF ENR « *confie la commercialisation de ses offres à EDF DS3E. EDF Division Particuliers et Professionnels fait la promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR et détecte les prospects. EDF ENR achète ces prospects à EDF DP & P* »¹¹⁷.
175. Dans le cadre de ce contrat de commercialisation, les services de la DP&P et de la DS3E assurent donc des prestations pour le compte d'EDF ENR.

¹¹⁰ Cote 2067.

¹¹¹ Cotes 3247 et 3256.

¹¹² Cotes 838 et 647.

¹¹³ Cote 2071.

¹¹⁴ Cotes 5741 à 5742 et 6765 à 6865.

¹¹⁵ Cote 7168.

¹¹⁶ Cotes 698 à 737 (08/0053 M).

¹¹⁷ Cotes 699 (08/0053 M).

176. EDF DP&P est rémunérée pour l'apport de prospects (contact client ayant accepté un rendez-vous téléphonique soit avec EDF DS3E, soit avec EDF ENR¹¹⁸): «*La rémunération d'EDF DP &P est de 300 HT par offre photovoltaïque vendue à un prospect (...). Ce montant forfaitaire est basé sur une rémunération de 60 euros par prospect, avec un taux de transformation en vente estimé à 20 %*»¹¹⁹.
177. EDF a précisé que le montant des prestations de la DP&P facturés à EDF ENR avait été nul en 2007. En revanche il s'est élevé à 325 790,40 euros TTC en 2008, et à 190 164 euros TTC en 2009, soit 300 euros H.T. par vente¹²⁰.
178. Selon EDF, la DP&P a été rémunérée pour chaque contrat effectivement conclu (soit pour la période de septembre 2007 à septembre 2008, [400 000 – 450 000] euros, correspondant à [1 200 – 1 600] contrats multipliés par 300 euros¹²¹).
179. La rémunération d'EDF DS3E se fait sur la base d'un forfait par offre vendue (dossier client complet comportant le dossier de transfert accompagné de tous les éléments nécessaires pour la mise en service de l'installation)¹²². Les tarifs de la rémunération de EDF DS3E prévus en annexe 4 du contrat (et valables jusqu'au 31 juillet 2008) indiquent des prix compris entre 900 et 1250 euros¹²³.
180. EDF précise que le montant des prestations de la DS3E de EDF SA facturés à EDF ENR s'est élevé à 1 507 000 €TCC pour 2007 et 2008, soit environ 1 136 €TTC par vente, et à 276 335, 80 €TTC en 2009, soit environ 1 382 €TTC par vente¹²⁴.
181. Par comparaison, les rémunérations versées par EDF ENR à PPT au titre de son contrat ont atteint 2 160 688 €en 2008, soit 2 064 €par installation, 16 443 000 €en 2009, soit 4 752 €par installation, et 15 082 281 €en 2010, soit 5 726 €par installation¹²⁵.

2. LES PRATIQUES RELEVÉES AU TITRE DE L'UTILISATION DES DONNÉES CLIENTS DE L'OPÉRATEUR HISTORIQUE POUR COMMERCIALISER LES OFFRES DE SERVICES PHOTOVOLTAÏQUES D'EDF ENR

182. En août 2008, à l'occasion de l'annonce d'un projet d'augmentation de capital de 500 millions d'euros destiné à financer l'accélération de la croissance de la filière photovoltaïque, un dossier de presse et une présentation d'EDF EN soulignaient qu'EDF ENR est «*positionné pour saisir les opportunités du marché des énergies réparties [et que l'un de ses] facteurs clés de succès [est] l'accès à une large base de clientèle à un coût*

¹¹⁸ Cote 703 (08/0053 M).

¹¹⁹ Cote 729 (08/0053 M).

¹²⁰ Cote 2646.

¹²¹ Cotes 7399 et 7400.

¹²² Cote 703 (08/0053M).

¹²³ Cote 729 (08/0053 M).

¹²⁴ Cotes 2646.

¹²⁵ Cotes 2662-2663.

compétitif [grâce au] positionnement d'EDF-ENR [qui lui permet d'avoir] accès au portefeuille de clients d'EDF à travers le réseau commercial d'EDF »¹²⁶.

183. De novembre 2007 à avril 2009, pour commercialiser les offres photovoltaïques de sa filiale EDF ENR, EDF a utilisé des informations privilégiées qu'elle détenait sur ses clients grâce à son ancien monopole historique :

- en utilisant le fichier clients pour envoyer des courriers assurant la promotion des offres photovoltaïques ;
- en mettant ce fichier à disposition des services commerciaux assurant le Conseil Energie Solaire pour pré-qualifier des prospects.

a) L'utilisation des données clients pour envoyer des courriers assurant la promotion des offres photovoltaïques

184. Afin de diffuser la Lettre Bleu Ciel d'EDF et la facture d'électricité à ses clients, EDF a utilisé leurs coordonnées (noms et adresse), qu'elle détient du fait de son activité de fournisseur d'électricité et de son ancien monopole légal.

185. Or, ainsi qu'il a été exposé plus haut, les deux premiers exemplaires de la Lettre Bleu Ciel d'EDF font référence au Conseil Energie Solaire prodigué par téléphone au 3929 ou aux offres clés en mains Bleu Ciel d'EDF¹²⁷. Les factures d'électricité renvoient également au 3929¹²⁸. Ces supports ont donc facilité la promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR.

b) L'utilisation des données clients pour faciliter la « pré-qualification » des prospects

186. Les agents commerciaux des services d'EDF, qui prodiguent le Conseil Energie Solaire sur la plateforme téléphonique du 3929, et assurent la promotion des offres d'EDF ENR dans le cadre du contrat de commercialisation conclu en 2008 avec EDF ENR ont également accès à des données dont seul dispose l'opérateur historique EDF en tant que fournisseur historique d'électricité. Ils ont en particulier accès à des informations susceptibles d'avoir une utilisation commerciale, qui comprennent la situation géographique exacte de l'habitation des appelants, qui peut permettre aux téléopérateurs de leur communiquer de l'information sur les subventions locales accordées aux producteurs d'électricité photovoltaïque, leurs habitudes de consommation d'électricité, la superficie de leur habitation, leur mode de chauffage, et le nombre d'appareils électriques installés dans l'habitation.

187. Solaire Direct a expliqué l'intérêt de ces informations « commerciales » (par opposition aux informations « techniques ») pour la commercialisation des offres de la manière suivante : « *Ces informations, mises à jour et fiables, permettent tout à la fois aux*

¹²⁶ Cotes 1065 (EDF EN) et 1125 (EDF ENR) (08/0053 M).

¹²⁷ Cotes 243 (08/0053 M) et 744.

¹²⁸ Cote 3134 (08/0053 M).

conseillers du 39 29 : d'adapter leur argumentaire commercial afin de cibler les offres commerciales faites aux prospects et les personnaliser (...); d'identifier très rapidement les prospects qui sont susceptibles de pouvoir monter un projet photovoltaïque »¹²⁹.

188. En revanche, des informations techniques telles que celles relatives à la surface, la forme, l'orientation et la pente de la toiture, ainsi que la présence ou non de fenêtre de toit de type « Velux », les éventuels masques (ombres portées par des cheminées, des arbres ou des constructions voisines) ne figurent pas, selon les déclarations d'EDF, dans la base de données des clients en tarifs réglementés d'EDF¹³⁰. Ces éléments ne peuvent être connus qu'après visite sur les lieux par les agents de DS3E.

E. LES GRIEFS NOTIFIÉS

189. Par lettre du 22 mai 2012, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié les griefs suivants :

« Il est fait grief à EDF S.A. d'avoir abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, en mettant à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque (EDF ENR et EDF ENR Solaire), d'une part, des moyens matériels et immatériels (marques, logos, supports de communication, moyens de référencement et de commercialisation), entre novembre 2007 et avril 2009, et d'autre part, la marque et le logo EDF ENR, de 2009 à ce jour, leur ayant ainsi permis de bénéficier et d'utiliser son image de marque et sa notoriété. Cette mise à disposition s'est faite dans des conditions commerciales telles qu'elle a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque en procurant à ces filiales un avantage concurrentiel qui ne pouvait être répliqué par ses concurrents, et, au surplus, à un prix ne reflétant pas la réalité des coûts. Cette pratique est contraire à l'article L.420-2 du code de commerce et à l'article 102 TFUE.

Il est fait grief à l'entreprise EDF S.A. d'avoir, de novembre 2007 à avril 2009, abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels en utilisant des données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque de sa filiale EDF ENR (promotion des offres et qualification des prospects). Cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque en procurant à cette filiale un avantage concurrentiel qui ne pouvait être répliqué. Elle est contraire à l'article L.420-2 du code de commerce et à l'article 102 TFUE ».

¹²⁹ Cotes 3112 à 3114 (08/0053 M).

¹³⁰ Cotes 1736 et 1737 (08/0053 M), voir aussi cote 3074 du même dossier.

II. Discussion

190. Seront successivement examinés ci-après :

- la procédure (A) ;
- l'applicabilité du droit de l'Union (B) ;
- le bien-fondé des griefs notifiés (C) ;
- l'imputabilité des pratiques (D) ;
- les sanctions (E) ;
- l'obligation de publication (F).

A. SUR LA PROCÉDURE

191. EDF soutient que les griefs notifiés souffrent d'imprécisions viciant irrémédiablement ses droits de la défense.

1. SUR LA PRÉTENDUE ABSENCE DE CLARTÉ DE LA DESCRIPTION DU MARCHÉ PERTINENT DES SERVICES AUX PARTICULIERS PRODUCTEURS D'ÉLECTRICITÉ PHOTOVOLTAÏQUE

a) Arguments d'EDF

192. EDF allègue que la notification des griefs et le rapport ne définissent pas clairement le marché affecté par les pratiques. En effet, dans la notification des griefs, un « *marché spécifique des offres globales* » a été identifié dont le périmètre semblait limité aux seuls opérateurs capables d'offrir une « *offre globale* » « *sophistiquée* » (point 394). De fait, seuls quatre opérateurs faisaient partie de ce marché, aussi étroitement défini.

193. Toutefois, les griefs ont été notifiés au regard du marché plus large des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, regroupant l'ensemble des opérateurs proposant à tout le moins la fourniture et l'installation des panneaux photovoltaïques. Le rapport retiendrait, quant à lui, le marché pertinent des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque intégrant l'ensemble des offres globales comprenant au moins les démarches administratives, la fourniture et l'installation des panneaux à l'exclusion des offres isolées, sans préciser toutefois les notions d' « *offre globale* » et d' « *offre isolée* ». EDF considère qu'une délimitation claire du marché en cause aurait été nécessaire car l'analyse concurrentielle s'en trouve grandement impactée.

b) Appréciation de l'Autorité

194. La jurisprudence retient avec constance « *qu'un grief [étant] un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise (...) il faut et il suffit que la formulation des griefs permette d'informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques qui*

leur sont reprochées » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011, société française de la radiotéléphonie e.a., n° 2010/08945, p. 8).

195. Dans un arrêt du 23 février 2010, Expedia Inc., la cour d'appel de Paris a rappelé que la notification des griefs doit « *contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés (...); le principe de la contradiction et les droits de la défense sont respectés lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans les notifications de griefs et ne retient que des faits sur lesquels ils ont eu l'occasion de s'expliquer* ».
196. Toujours selon la cour, la vérification de la précision d'une notification de griefs doit se faire « *au regard non seulement de la formule finale d'accusation, mais aussi du corps même de la notification de griefs* » (arrêt du 24 juin 2008, France Travaux).
197. Enfin, il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs (décision de l'Autorité n° [11-D-02](#) du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, point 354, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord).
198. Au cas présent, si le libellé des griefs retient que les pratiques en cause ont été commises sur le « *marché des services aux particuliers d'électricité photovoltaïque* », les motifs de la notification des griefs se réfèrent, quant à eux, au marché plus étroit des offres globales proposant cumulativement la fourniture et l'installation des équipements photovoltaïques, le suivi, la maintenance et l'exploitation des équipements, la prise en charge des démarches administratives et une solution de financement. Le corps de la notification des griefs (points 381 à 410) expose ainsi qu'au regard de l'analyse de l'offre et de la demande, il est possible de retenir un tel marché (points 381 à 410), tout en indiquant que « *dans l'hypothèse où l'évolution des caractéristiques du marché rendrait caduque une telle segmentation et que devrait dès lors être retenu un continuum de prestations et un marché unique, l'analyse concurrentielle resterait inchangée* » (point 402).
199. Par la suite, au stade du rapport du 13 février 2013, les services d'instruction ont fait évoluer leur analyse et indiqué que le marché affecté est celui intégrant « *l'ensemble des offres globales comprenant au moins les démarches administratives, la fourniture et l'installation des panneaux, à l'exclusion des offres isolées* », en affirmant à nouveau qu'en tout état de cause, la définition d'un marché plus large ne modifierait pas l'analyse concurrentielle des pratiques examinées. Comme le précise la jurisprudence mentionnée au paragraphe 197 ci-dessus, la position des services d'instruction énoncée dans le rapport n'a pas pu avoir pour effet de porter atteinte aux droits de la défense de la partie mise en cause.
200. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient EDF, les notions d'offres « *globales* » et « *isolées* » ne souffrent d'aucune imprécision dans le rapport. En effet, il est indiqué que les offres globales comprennent « *au minimum les démarches administratives, de fourniture et d'installation des panneaux* » (point 129), les démarches administratives étant la plupart du temps choisies par les clients, mais non obligatoires (points 104 à 108). Dès lors, il est clair que toute offre ne proposant pas de manière complète cet ensemble de prestations constitue une offre isolée. EDF a donc été en mesure de contester le marché des offres globales tel que défini par les services d'instruction et c'est d'ailleurs ce qu'elle a fait aux points 48 à 94 de ses observations en réponse au rapport.

201. Il résulte de ce qui précède qu'EDF a été mise en mesure de discuter la question de la définition du marché affecté, tant au stade de la notification des griefs que du rapport. Le moyen tiré d'une atteinte à l'exercice de ses droits de la défense doit donc être écarté.

2. SUR LES PRÉTENDUES CONTRADICTIONS INTERNES AU PREMIER GRIEF

a) Arguments d'EDF

202. EDF fait valoir qu'il ne ressort pas clairement de la notification des griefs s'il lui est reproché la mise à disposition de moyens matériels et immatériels sans contreparties financières reflétant la réalité des coûts (ce que EDF qualifie de « subventions croisées»), ou bien le seul fait pour EDF ENR d'utiliser la marque et le logo du groupe EDF et/ou d'avoir eu recours à EDF pour la prospection et la commercialisation de ses offres photovoltaïques et/ou d'avoir promu ses offres sous la marque « Bleu Ciel d'EDF », indépendamment de toute subvention croisée.

b) Appréciation de l'Autorité

203. Le libellé du premier grief précise que la « *mise à disposition* [des moyens matériels et immatériels] *s'est faite dans des conditions commerciales telles qu'elle a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence (...) en procurant à ces filiales un avantage qui ne pouvait être répliqué par ses concurrents, et, au surplus, à un prix ne reflétant pas la réalité des coûts* ». Dans le corps même de la notification des griefs, il est indiqué qu'« *il apparaît difficile d'identifier une quelconque subvention de la part d'EDF au profit de sa filiale EDF ENR* » (point 570). Cette position est réitérée au stade du rapport (points 210 et 217).

204. Aux termes de ce premier grief, les services d'instruction ont reproché à EDF la mise à disposition au bénéfice de ses filiales de moyens matériels et immatériels, qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque. Selon les services d'instruction, cette mise à disposition a été considérée comme anticoncurrentielle en tant que telle, indépendamment des conditions financières auxquelles elle s'est opérée. En effet, comme l'indique d'ailleurs très clairement le libellé même du grief, les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique en cause qu'« *au surplus* », en amplifiant l'avantage concurrentiel que procure déjà la simple mise à disposition des moyens matériels et immatériels en cause. Aucune pratique de subvention croisée n'a donc été reprochée à EDF.

3. SUR LA PRÉTENDUE ABSENCE D'AUTONOMIE DU SECOND GRIEF

a) Arguments d'EDF

205. EDF allègue que les services d'instruction appréhendent les faits visés par les premier et second griefs sous deux angles différents afin de notifier deux griefs distincts. Or, selon EDF, il s'agirait des mêmes faits. En effet, les moyens de référencement et de commercialisation des offres d'EDF ENR analysés dans le premier grief se réfèrent notamment au recours aux conseillers téléphoniques du 3929 pour prospecter les clients,

alors que le second grief reproche à EDF d'avoir permis à ces mêmes conseillers d'utiliser la base de données d'EDF sur sa clientèle résidentielle à des fins de prospection commerciale. De même, le premier grief vise l'envoi des Lettres "Bleu Ciel" et des factures d'électricité aux clients d'EDF, fournisseur d'électricité, alors que le second grief reproche à EDF l'utilisation de la base de données pour l'envoi des Lettres "Bleu Ciel" et des factures.

206. Selon EDF, l'individualisation des pratiques alléguées sous deux griefs distincts pourrait ainsi conduire à une violation du principe non bis in idem.

b) Appréciation de l'Autorité

207. En matière de concurrence, le principe non bis in idem s'oppose à ce qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours (arrêts de la Cour de justice du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, point 59 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission*, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, point 50).

208. Il résulte d'une jurisprudence constante, tant interne que de l'Union, que l'application de ce principe, en matière de concurrence, suppose la réunion de trois conditions cumulatives : l'identité des faits, l'identité du contrevenant, c'est-à-dire de la personne poursuivie ou sanctionnée, et l'unité de l'intérêt juridique protégé (arrêts de la Cour de justice du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 338, et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.*, C-17/10, non encore publié au recueil, point 97 ; voir également, en ce sens, arrêts de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2005, *Filmidis*, n° 2004/19930 et du 28 octobre 2010, *Maquet e.a.*, n° 2010/03405, p. 18).

209. En l'espèce, contrairement à ce que soutient EDF, si certains faits concernés par le premier grief peuvent se recouper avec ceux visant le second grief, il s'agit bien à chaque fois d'appréhender des pratiques distinctes.

210. En effet, aux termes du premier grief, il est reproché à EDF d'avoir mis en place le Conseil Energie Solaire dont la promotion a été assurée sur de nombreux supports par le biais de la marque Bleu Ciel, commune à tous les services d'EDF et qui avait pour objectif de capter et d'orienter la clientèle intéressée par la production d'électricité photovoltaïque vers les offres photovoltaïques d'EDF ENR. En revanche, le second grief vise quant à lui la pratique d'EDF ayant consisté à fournir à ses propres agents prodiguant le Conseil Energie Solaire au 3929, des informations sur cette clientèle afin de mieux qualifier le prospect.

211. De même, EDF est mise en cause au titre du premier grief pour avoir assuré la promotion des offres d'EDF ENR sur différents supports utilisant la marque commune Bleu Ciel, tels que la Lettre Bleu Ciel et les factures d'électricité qui sont adressées à l'ensemble de la clientèle résidentielle. Le second grief ne concerne pour sa part que l'utilisation par EDF de sa base de données pour adresser les Lettres Bleu Ciel ainsi que les factures d'électricité concernées à la clientèle résidentielle.

212. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient EDF, les pratiques visées par le premier et le second grief sont bien distinctes. Partant, il ne saurait y avoir violation du principe non bis in idem.

B. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION

213. Les deux griefs d'abus de position dominante ont été notifiés sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.

1. LES PRINCIPES APPLICABLES

214. L'article 102 TFUE dispose qu' « *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats 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* ».
215. Se fondant sur la jurisprudence constante de l'Union, et à la lumière de la communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité [devenus les articles 101 TFUE et 102 TFUE] (JO 2004, C 101, p. 81), l'Autorité 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 entre États membres portant sur les produits ou les services en cause, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.
216. La circonstance que des ententes ou des abus de position dominante soient commis sur le territoire d'un seul État membre ne fait pas obstacle à ce que les deux premières conditions soient remplies.
217. La Cour de cassation a précisé dans un arrêt France Télécom du 31 janvier 2012 que les termes « susceptibles d'affecter » énoncés par les articles 101 TFUE et 102 TFUE « *supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire* » (Cass. Com. 31 janvier 2010, n° 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, page 6).
218. S'agissant du troisième élément, à savoir le caractère sensible de l'affectation des échanges entre États membres, la Commission européenne a rappelé qu'il fallait « *tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce* » (point 96 des lignes directrices).

2. APPRÉCIATION DE L'AUTORITÉ

219. Dans le cas d'espèce, il convient de relever tout d'abord que les pratiques dénoncées ont été mises en œuvre sur l'ensemble du territoire national, qui représente une partie substantielle du marché de l'Union.
220. Par ailleurs sont en cause des pratiques d'éviction commises par EDF, susceptibles d'élever des barrières à l'entrée sur le marché français des services offerts aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque et de dissuader des nouveaux concurrents de

nationalité européenne de venir exercer cette activité en France. De telles pratiques peuvent en outre rendre plus difficile l'intervention sur le territoire national d'entreprises situées en amont de la filière présentes dans la fabrication des matériaux photovoltaïques et qui peuvent être implantées dans d'autres Etats de l'Union.

221. Enfin, les pratiques en litige ont été mises en œuvre par EDF, qui est l'opérateur historique de l'électricité en France, présent sur l'ensemble des métiers de l'électricité sur plusieurs Etats membres et dont les parts sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels étaient estimées à environ 90 % par la CRE, le 30 novembre 2010.
222. Les pratiques en cause sont donc susceptibles d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres. Elles seront par conséquent analysées au regard des règles de concurrence tant internes que de l'Union, ce qui n'est, du reste, pas contesté par EDF.

C. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

223. Il convient de rappeler à titre liminaire qu'une entreprise en position dominante sur un marché peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes (voir notamment les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 mars 1974 *Commercial Solvents/Commission*, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223, point 22 et du 3 octobre 1985, *CBEM*, 311/84, Rec. p. 3261, point 26, l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 février 2003 *British Airways/Commission*, T-219/99, Rec. p. II-5917, points 127, 130 et 132, et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 février 2005, *JC Decaux*, rendu sur le recours contre la décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-32, *BOCCRF 2005-06*).
224. En l'espèce, aux termes des deux griefs notifiés, il est reproché à EDF, jouissant d'une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, d'avoir abusé de cette position sur le marché connexe des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, en violation des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
225. Dans le cadre de l'analyse des pratiques dénoncées au regard des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce précités seront examinés la définition des marchés pertinents et la position d'EDF et EDF ENR sur ces marchés (1), le lien de connexité existant entre les marchés retenus (2) et enfin le bien-fondé des griefs en cause (3).

1. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION D'EDF ET DE EDF ENR SUR CES MARCHÉS

226. Dans son rapport annuel pour l'année 2011, l'Autorité rappelle que : « *le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts* » (page 107).
227. En l'espèce, il y a lieu d'examiner, d'une part, le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et, d'autre part, le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, ainsi que la position occupée

respectivement par EDF et EDF ENR sur ces marchés et enfin le lien de connexité existant entre ces deux marchés.

a) Sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et la position d'EDF sur ce marché

Sur la définition du marché

Le marché des produits et des services

228. Dans le domaine de l'électricité, les autorités de concurrence distinguent généralement les marchés suivants, de l'amont à l'aval : la production et la vente en gros, le négoce, le transport, la distribution et la fourniture au détail d'électricité (voir, notamment, la décision de la Commission européenne n° COMP/M.5978 GDF Suez/International Power du 26 janvier 2011 et la décision de l'Autorité n° 11-DCC-142 du 22 septembre 2011 relative à la prise de contrôle de la société Poweo par la société Direct Energie (paragraphe 8 à 19)).
229. Au sein du marché de la fourniture au détail d'électricité, les autorités de concurrence identifient la fourniture aux gros clients industriels et commerciaux, raccordés au réseau de transport, et celle aux petits clients industriels, commerciaux et résidentiels raccordés au réseau de distribution (voir, notamment, la décision de la Commission européenne n° COMP/M.5549 EDF/Segebel du 12 novembre 2009 et la décision du Conseil de la concurrence n° [07-D-43](#) relative à des pratiques mises en œuvre par Electricité de France, paragraphes 6 à 11). Les gros clients bénéficient, en effet, d'offres individualisées basées sur leur consommation réelle, tandis que les petits clients bénéficient de tarifs qui varient en fonction de leur profil type de consommation. Ces derniers clients sont dits les « profilés ».
230. Au sein des clients « profilés », les autorités de concurrence différencient encore les petits clients industriels et commerciaux, des clients résidentiels, en raison d'une part de leurs profils de consommation différents, et d'autre part de la réglementation spécifique résultant des obligations de service public qui ne s'appliquent pas aux clients professionnels.
231. Enfin, il a été envisagé « *de définir des marchés plus étroits de la fourniture d'électricité aux clients ayant souscrit un approvisionnement sur le marché libre, dans la mesure où coexistent en France des offres de marché dont les prix sont librement fixés et des offres aux tarifs réglementés, et que la souscription d'un approvisionnement sur le marché libre ne permettait pas de revenir à ces tarifs réglementés, notamment en ce qui concerne les gros clients industriels* » (voir, notamment, la décision de la Commission européenne n° COMP/M.4994 Electrabel/Compagnie du Rhône du 29 avril 2008 et la décision de l'Autorité n° 09-DCC-28 du 30 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société POWEO par la société Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft, paragraphe 23).
232. Depuis le 7 décembre 2010, la pertinence d'une distinction entre le marché libre et le marché aux tarifs réglementés est cependant remise en cause avec l'adoption de la loi n° 2010-1488 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite loi « NOME »), qui a modifié les règles d'éligibilité et de réversibilité en permettant notamment aux consommateurs (résidentiels, industriels ou commerciaux) en offre de marché souscrivant à une puissance inférieure à 36 kVA de revenir aux tarifs réglementés sans limitation de durée.

233. Au cas présent, le marché de la fourniture au détail d'électricité pertinent à retenir est celui qui concerne les consommateurs résidentiels ayant souscrit un contrat d'une puissance inférieure à 36 kVA, sans qu'il soit besoin de se prononcer plus avant sur l'existence d'une possible segmentation plus fine de ce marché en fonction du caractère réglementé ou non des tarifs appliqués. En effet, l'analyse de la position d'EDF sur l'un ou l'autre de ces marchés resterait quasiment inchangée dans les deux cas.

La dimension géographique du marché

234. Dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, la Commission européenne a précisé que « [l]e marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ».

235. Il résulte de la pratique décisionnelle nationale et européenne que le marché de la fourniture au détail d'électricité est de dimension nationale, notamment en raison du faible niveau d'interconnexion entre les Etats membres et de la diversité des systèmes réglementaires en vigueur (voir, notamment, la décision de la Commission européenne n° COMP/M.5978 GDF Suez/International Power du 26 janvier 2011, précitée, et la décision de l'Autorité n° 09-DCC-28 du 30 juillet 2009, précitée, paragraphe 12).

236. En l'espèce, il convient donc de considérer que le marché de la fourniture d'électricité à la clientèle résidentielle est de dimension nationale.

Sur la position d'EDF sur ce marché

Les principes applicables

237. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, la position dominante visée par l'article 102 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 consommateurs (arrêts du 13 février 1979, Hoffman-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 38, et du 6 décembre 2012, AstraZeneca e.a./Commission, C-457/10 P, non encore publié au Recueil, point 175).

238. Dans son rapport annuel 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. Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles. Une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique » (page 239).

239. L'appréciation de la position dominante d'une entreprise s'effectue donc à partir d'un faisceau de critères 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 notoriété ou la détention d'une avance technologique.

240. En ce qui concerne les facteurs structurels, l'Autorité a rappelé à plusieurs reprises que la détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit à établir la position dominante de son titulaire (voir, notamment, les décisions n° [10-D-14](#) du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 2010, Euro Power Technologies SAS et la décision n° [10-D-34](#) du 9 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles).

Application en l'espèce

241. Selon les données de la CRE, au 31 août 2008, 98 % des 34 millions de sites (résidentiels ou non) bénéficiaient des tarifs réglementés. A cette date, 1,2 million de clients résidentiels et non résidentiels avaient choisi l'éligibilité en devenant clients d'une offre de marché, parmi lesquels 454 000 sites résidentiels¹³¹.
242. Les offres aux tarifs réglementés étant proposées en quasi-monopole par EDF, les parts de marché détenues par EDF au 31 août 2008 étaient estimées selon la CRE, sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels à 95 % (95 % pour les sites à tarif réglementé et 0,01 % pour les sites en offre de marché)¹³² sur un total de 29,4 millions de sites. Au 30 novembre 2010, ces parts étaient comprises entre 90 et 95 %¹³³.
243. En l'espèce, EDF se trouve donc être en situation de position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, et de quasi-monopole sur le segment de la fourniture à la clientèle résidentielle aux tarifs réglementés.

b) Sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque

Sur la distinction entre les services proposés aux professionnels et ceux proposés aux particuliers

244. Dans la filière photovoltaïque, il convient de distinguer les services proposés aux professionnels (entreprises ou collectivités), de ceux visant les particuliers (clientèle résidentielle).
245. En effet, la clientèle résidentielle souhaite s'équiper de panneaux photovoltaïques pour des toitures de petite surface, contrairement aux professionnels qui disposent de surfaces de toiture beaucoup plus grandes (bâtiments agricoles par exemple). Par ailleurs, la réglementation prévoit des régimes distincts pour les professionnels et les particuliers, qui bénéficient aussi d'incitations fiscales différentes.

¹³¹ Cote 1655.

¹³² Cote 1656.

¹³³ Cote 3442.

246. Les caractéristiques de la demande de services pour devenir producteur d'électricité photovoltaïque diffèrent donc selon qu'elle émane de particuliers ou de professionnels, ce qu'EDF ne conteste pas en l'espèce.

Sur l'existence d'un marché des offres globales de services aux particuliers

Arguments d'EDF

247. EDF reproche aux services d'instruction de ne pas avoir procédé à une analyse précise et conclusive de la délimitation du marché prétendument affecté par les pratiques reprochées, en se contentant de considérer que, quelle que soit la définition du marché retenue, l'analyse concurrentielle resterait inchangée. EDF fait valoir que s'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une position dominante sur le marché connexe, celui-ci doit à tout le moins être délimité afin de pouvoir appréhender les effets des pratiques alléguées.
248. A cet égard, EDF estime que le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque doit comprendre l'ensemble des offres de services photovoltaïques dont le cœur de la prestation réside dans la fourniture et l'installation des panneaux photovoltaïques, auquel peut s'ajouter un continuum de prestations connexes, secondaires et optionnelles, telles que la prise en charge des démarches administratives, des solutions de financement ou encore l'entretien et la maintenance. Elle conteste en cela la définition retenue par les services d'instruction au stade du rapport qui est celle d'un marché des offres globales comprenant au moins la fourniture et l'installation des panneaux et les démarches administratives, à l'exclusion des offres isolées.

Appréciation de l'Autorité

249. Comme il a été indiqué aux paragraphes 198 à 201 ci-dessus, au stade de la notification des griefs, puis du rapport, les services d'instruction de l'Autorité ont successivement retenu l'existence d'un marché des offres globales proposant cumulativement la fourniture et l'installation des équipements photovoltaïques, le suivi, la maintenance et l'exploitation des équipements, la prise en charge des démarches administratives et une solution de financement, puis ont ensuite limité le marché à « l'ensemble des offres globales comprenant au moins les démarches administratives, la fourniture et l'installation des panneaux, à l'exclusion des offres isolées » en affirmant qu'en tout état de cause, la définition d'un marché plus large tel que le définit EDF ne modifierait pas l'analyse concurrentielle des pratiques examinées.
250. Pour conclure à l'existence d'un marché des offres globales, les services d'instruction se sont principalement fondés sur des déclarations recueillies auprès des principaux offreurs du marché selon lesquelles, à l'époque des pratiques, les particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque s'orientaient en priorité vers des opérateurs en mesure de leur assurer une prestation globale, incluant non seulement la fourniture et l'installation des panneaux photovoltaïques mais également au moins les démarches administratives, pour des raisons de confort et de simplicité.
251. Cependant, dans la mesure où les éléments du dossier ne permettent pas d'affirmer avec certitude l'existence d'un marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque qui serait limité aux offres globales tel que défini par les services d'instruction au stade du rapport, il convient de retenir la définition du marché affecté la plus favorable pour EDF, à savoir celui de l'ensemble des offres de services photovoltaïques dont le cœur de la prestation réside dans la fourniture et l'installation des panneaux photovoltaïques.

Sur la dimension géographique du marché

252. Les opérateurs proposant des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque sont installés sur le territoire national dans la mesure où la prospection des clients particuliers et la mise en œuvre des prestations (fourniture et installation des panneaux, démarches administratives et maintenance le cas échéant) imposent une présence commerciale et technique à proximité des installations mises en service.
253. Par ailleurs les spécificités réglementaires et notamment la fixation par arrêté du prix d'achat de l'électricité produite ainsi que les incitations fiscales destinées aux producteurs supposent que les prestataires soient présents en France. Le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque est donc de dimension nationale.

Conclusion

254. Compte tenu de ce qui précède, il convient de retenir que le marché sur lequel se sont déroulées les pratiques litigieuses est celui, de dimension nationale, et regroupant l'ensemble des offres de services photovoltaïques dont le cœur de la prestation réside dans la fourniture et l'installation des panneaux photovoltaïques.

Sur la position d'EDF ENR sur ce marché

255. Sur le marché connexe des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, toute situation dominante d'EDF ENR est exclue aussi bien par l'entreprise EDF que par l'Autorité. Il convient cependant d'approcher au plus près la présence sur ce marché d'EDF ENR, qui est débattue par la partie mise en cause.

Arguments d'EDF

256. En premier lieu, EDF soutient que la place d'EDF ENR doit être fortement relativisée dans la mesure où, sur le marché des offres de services photovoltaïques dont le cœur de la prestation réside dans la fourniture et l'installation des panneaux, EDF ENR détiendrait, une part de marché de moins de 5 %. Selon EDF, aux fins de calcul des parts de marché, l'information fondée sur le nombre de raccordements ERDF doit être retenue comme étant plus exacte que celle tirée des données EDF Obligation d'Achat compte tenu du décalage dans le temps entre la vente par EDF ENR, la mise en service des installations et l'établissement du contrat. De même, les parts de marché ne seraient qu'un indicateur peu fiable dans la mesure où il existerait un décalage d'environ un trimestre entre les travaux d'installation et de raccordement.
257. En second lieu, EDF indique que la position de leader est occupée par d'autres opérateurs qu'EDF ENR, en l'occurrence, Evasol pour les années 2007, 2008 et 2009, puis Next Generation, en 2011. En outre, en 2010, la position d'EDF ENR avec une part de marché de 3,88 % serait largement contestée par certains opérateurs, notamment Solerine.

Appréciation de l'Autorité

◆ Sur les parts de marché d'EDF ENR

258. Les parts de marché d'EDF ENR sont calculées, sur la période des pratiques, à partir du nombre de contrats signés par cette dernière rapporté au nombre total des raccordements effectués par ERDF.

259. Dans la mesure où, comme le soutient EDF, il existe un décalage pouvant être estimé à un trimestre entre la date de signature des contrats par EDF ENR et la date de mise en service des installations raccordées au réseau ERDF, il convient d'évaluer les parts de marché d'EDF ENR selon deux modes de calcul, dont l'un repose sur le ratio entre les ventes réalisées par EDF ENR au cours du 4^{ème} trimestre de l'année N-1 jusqu'au 3^{ème} trimestre de l'année N, et les données de raccordement de l'année N d'ERDF.
260. Le tableau réalisé ci-dessous expose donc les parts de marché d'EDF ENR entre 2007 et 2011, calculées selon deux modes de calcul, prenant en compte, pour le premier, uniquement le nombre de raccordements par ERDF et, pour le second, le décalage entre la date de signature des contrats et celle du raccordement par ERDF :

		Nombre de contrats signés par EDF ENR par trimestre ¹³⁴	Nombre de contrats signés par EDF ENR Total annuel (1)	Contrats EDF ENR T4 n-1 à T3 n (2)	Total raccordement ERDF (3) ¹³⁵	PDM (1/3)	PDM (2/3)
2007	T1	-	2	0	3 401	0.06 %	0 %
	T2	-					
	T3	-					
	T4	2					
2008	T1	-	1 046	226	6 999	14.94 %	3 %
	T2	31					
	T3	193					
	T4	822					
2009	T1	593	3 460	3 061	31 069	11.14 %	10 %
	T2	709					
	T3	937					
	T4	1221					
2010	T1	622	3 759	3 404	96 930	3.88 %	4 %
	T2	871					
	T3	690					
	T4	1576					
2011	T1	417	1 801	2 746	67 661	2.35 %	4 %
	T2	388					
	T3	365					
	T4	631					

◆ Sur les caractéristiques de l'offre

261. Si la part de marché d'EDF-ENR demeure limitée, il convient toutefois de la mettre en perspective avec les parts de marché nettement inférieures de la plupart de ses concurrents. En effet, dans leur grande majorité, ceux-ci n'ont réalisé que moins de 0,5% des installations déjà mises en service. Les données communiquées par ERDF indiquent en effet que 98 % des opérateurs sur le marché ont réalisé moins de 0,5 % du nombre total de

¹³⁴ Cotes 2660 et 2661, et 6740. Les données correspondent aux installations qui ont été effectivement réalisées en 2011.

¹³⁵ Cote 1725. Les données à fin décembre 2011 sont accessibles sur le site internet d'ERDF : au 31/12/2011, ERDF comptabilisait 206 057 installations d'une puissance inférieure ou égale à 3 kW raccordées à son réseau.

contrats de prestations, c'est-à-dire qu'ils ont conclu entre juillet 2009 et mars 2011 moins de 550 contrats¹³⁶.

c) Sur le lien de connexité entre le marché de la fourniture au détail d'électricité aux clients résidentiels et le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque

262. Ainsi que l'expose la Cour de justice de l'Union européenne, peuvent être qualifiés d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés et qui ont des effets soit sur ces derniers, soit sur les marchés non dominés eux-mêmes. En effet, si l'application de l'article 102 TFUE présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit des effets sur ce même marché, il n'en demeure pas moins que, s'agissant de marchés distincts, mais connexes, des circonstances particulières peuvent justifier une application de l'article 102 TFUE à un comportement constaté sur le marché connexe, non dominé, et produisant des effets sur ce même marché (arrêt du 17 février 2011, C-52/09, TeliaSonera Sverige AB/Commission, non encore publié au Recueil, points 84 à 86 ; voir également les arrêts du 3 octobre 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, point 26, et Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, points 24 à 27). La Cour de cassation a fait application de cette jurisprudence dans son arrêt Glaxosmithkline du 17 mars 2009 (E 08-14.503).
263. De même, la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 20 novembre 2001, Française des jeux, a relevé que : *« l'abus de position dominante commis sur un marché distinct du marché dominé peut être sanctionné dès lors qu'existent un lien de connexité suffisant entre les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre ; que les marchés peuvent être non seulement liés par nature mais aussi du fait même de l'entreprise dominante, lorsque celle-ci établit par son comportement un lien de connexité entre les deux marchés »*.
264. Conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus, la preuve de l'existence d'un abus de position dominante repose donc sur la démonstration de liens étroits entre les marchés en cause et de circonstances particulières justifiant l'application des articles 101 TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
265. Dans l'arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010, la cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse de l'Autorité sur le lien de connexité existant entre le marché de la fourniture et de l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz et celui de la production et de la fourniture d'électricité aux clients finals, petits professionnels et résidentiels, sur lesquels EDF était susceptible de détenir une position dominante (décision n° [10-D-14](#) du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz).
266. L'Autorité avait ainsi relevé que l'image de service public attachée au caractère de monopole public historique dont dispose EDF était de nature à favoriser le choix de sa filiale comme contractante par les producteurs de biogaz. De plus, EDF est acheteur de

¹³⁶ Cote 1725.

l'électricité produite à partir de la valorisation du biogaz et sa filiale, ERDF, effectue le raccordement au réseau électrique des installations de production d'électricité à partir du biogaz. Enfin, EDF, via sa filiale EDF EN, intervient dans la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables.

267. Dans la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, l'Autorité avait relevé que « *l'image de service public et la puissance, consubstantielle au caractère de monopole public historique sur la fourniture d'électricité, dont dispose EDF, sont de nature à favoriser le choix de sa filiale comme cocontractante par les producteurs potentiels d'électricité photovoltaïque* » (paragraphe 94).
268. En effet, EDF est fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés d'une part, acheteur de l'électricité photovoltaïque produite, d'autre part et, au surplus, sa filiale, ERDF, effectue le raccordement au réseau d'électricité des installations de production d'électricité photovoltaïque. L'association de toutes ces prestations au sein du groupe EDF crée un lien de connexité entre elles. Les clients d'EDF sur le marché de la fourniture sont aussi des clients potentiels sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque.

2. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

269. Comme il a été indiqué au paragraphe 189 ci-dessus, EDF s'est vu notifier deux griefs d'abus de position dominante sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque. Avant d'examiner le bien-fondé de ces griefs, il convient de rappeler les principes généraux d'appréciation des pratiques d'abus de position dominante et, dans ce cadre, la question plus spécifique de la diversification des opérateurs historiques, anciens titulaires de monopoles.

a) Les principes généraux d'appréciation des pratiques d'abus de position dominante

270. 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 (...)* ».
271. L'article L. 420-2 du code de commerce prévoit de même : « *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 (...)* ».
272. Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de justice que la notion d'« *exploitation abusive* » est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base de prestations des opérateurs économiques, au maintien d'une concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (arrêts Hoffman-La Roche, précité, point 91, et du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08, Rec. p. I-8237, point 69, et du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Rec. p. I-527, point 27).

273. Il s'ensuit que l'article 102 TFUE interdit à une entreprise en position dominante de renforcer sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites et lui impose au contraire une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 57, et du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, point 105).
274. La conquête de la clientèle est un élément essentiel du jeu normal de la concurrence, chaque concurrent devant s'efforcer de l'acquérir par ses propres mérites et sans recourir à une pratique anticoncurrentielle, que ce soit en s'entendant avec ses compétiteurs ou, lorsqu'il détient une position dominante, en abusant de celle-ci. Ainsi que l'a déjà rappelé l'Autorité, « *cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière* » (décisions du Conseil de la concurrence n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 77, et n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, paragraphe 207).

b) La question de la diversification des opérateurs historiques titulaires d'anciens monopoles

275. L'appartenance d'une entreprise au secteur public ne la met évidemment pas en dehors du champ d'application du droit commun de la concurrence. Comme le prévoit l'article L. 410-1 du code de commerce : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».
276. Les risques induits par l'intervention d'un opérateur historique dans le champ concurrentiel ont été traités à plusieurs reprises dans la pratique décisionnelle et consultative du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité.
277. S'agissant de la diversification des activités, il convient de souligner qu'elle peut avoir un impact bénéfique sur la concurrence et n'est pas interdite en elle-même. La diversification d'une entreprise en position dominante (ou en monopole) peut en effet dégager des synergies et stimuler la concurrence sur ces nouveaux marchés. A l'exception des établissements publics, soumis au principe de spécialité, aucune disposition législative ou réglementaire et aucune jurisprudence nationale ou communautaire ne prohibe en soi le développement d'activités nouvelles, quand bien même l'entreprise qui cherche à se diversifier serait en position dominante sur un marché.
278. Ainsi, dans son 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'EDF et de GDF au regard de la concurrence, le Conseil de la concurrence a indiqué que lorsqu'il s'agit de valoriser des compétences ou un savoir-faire acquis par l'entreprise et d'en faire profiter les consommateurs ou d'utiliser des surcapacités tout en répondant à une demande, la diversification apparaît comme bénéfique pour la collectivité (page 20).
279. Si le Conseil a reconnu l'intérêt d'une diversification des activités des opérateurs historiques, susceptible, dans certaines circonstances et selon certaines modalités, de

stimuler la concurrence sur les marchés, il a néanmoins et de manière constante, recommandé que soit effectué un suivi vigilant d'un tel processus et appelé à une appréciation concrète de ses conséquences en fonction de la structure des marchés concernés.

280. En effet, dans le cadre de la diversification de leurs activités, les opérateurs historiques peuvent être tentés de prendre appui sur les avantages dont ils disposent en raison de leur situation d'ancien monopole légal pour entrer sur des marchés concurrentiels dans des conditions plus avantageuses que celles pesant sur les autres opérateurs.
281. Dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994, précité, concernant la diversification des activités d'EDF et de GDF, le Conseil a relevé que « *la situation particulière de ces établissements publics leur permet d'obtenir de manière privilégiée des moyens de financement, que l'accès au consommateur final est facilité par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire national et qu'ils bénéficient de l'image d'intérêt général du service public, toutes caractéristiques qui constituent des avantages incontestables facilitant l'implantation sur des marchés ne relevant pas du monopole légal* ».
282. Dans leur pratique décisionnelle, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité ont donc souligné qu'il était licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché de ses concurrents en recourant à des moyens autres que la concurrence par les mérites (voir, en dernier lieu, la décision de l'Autorité n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, précitée, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 2010, Euro Power Technology SAS).
283. Le respect de la libre concurrence implique en effet que la diversification des opérateurs historiques dans des domaines concurrentiels s'opère à « armes égales » avec les acteurs économiques privés.
284. A cet égard, afin de prévenir toute distorsion de concurrence dans l'hypothèse de la diversification des activités d'un titulaire ou d'un ancien titulaire d'un monopole légal, le Conseil, puis l'Autorité ont régulièrement recommandé une séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification, une telle séparation devant être à la fois juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale.
285. Par ailleurs, dans un avis n° [11-A-02](#) du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, l'Autorité a identifié plusieurs risques concurrentiels qui pourraient naître de la coexistence du monopole (ou ancien monopole) des opérateurs historiques sur certaines activités et de l'activité de ces mêmes entreprises dans des domaines ouverts à la concurrence. Ces risques concernent notamment l'exploitation de la notoriété des opérateurs historiques pour promouvoir les activités concurrentielles et l'utilisation croisée de base de clientèle.

L'exploitation de la notoriété des opérateurs historiques pour promouvoir les activités concurrentielles

286. La cour d'appel de Paris a indiqué, suivant en cela l'analyse de l'Autorité, « *qu'il ne peut être contesté que l'appartenance d'une filiale à un groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé constitue pour elle un avantage concurrentiel intrinsèque ; que la référence à cette appartenance en tant qu'argument technique ou*

commercial ne peut, cependant, systématiquement, à lui seul, caractériser un abus alors que la libéralisation du marché de l'électricité est amorcée depuis plusieurs années, que le marché en cause s'est développé sur une technologie spécifique sur laquelle EDF ne dispose pas de compétences techniques et de savoir-faire particuliers, et que le marché en cause a vu apparaître, pendant la période considérée, des opérateurs entrants, ce qui constitue l'un des signes d'une concurrence effective » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 2010, Euro Power Technology SAS, précité).

287. Si l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais est inhérente à la possibilité laissée à ce dernier de développer ses activités dans des domaines ouverts à la concurrence, cette utilisation peut devenir anticoncurrentielle au regard des circonstances particulières de sa mise en œuvre, notamment lorsqu'elle conduit à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle (décision de l'Autorité n° 10-D-14 du 16 avril 2010, précitée).
288. Dans une décision relative au secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que la régie municipale de la ville de Lyon avait abusé de sa position dominante en entretenant la confusion des familles de personnes décédées dans les hôpitaux de la ville afin de s'attribuer, en tant qu'opérateur de pompes funèbres, un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs. Les familles n'étaient pas en mesure de distinguer clairement les activités de la chambre funéraire des autres activités de pompes funèbres et les services administratifs en raison de l'information mise en place par la régie, de l'accueil des familles et de l'organisation des locaux (décision n° [08-D-09](#) du 6 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mars 2009, Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Violet).
289. De même, dans une décision n° [09-D-14](#) du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, l'Autorité a considéré que la communication institutionnelle par laquelle Gaz Electricité de Grenoble (GEG) utilisait l'image du service public au soutien de ses intérêts de fournisseur d'électricité, alors que c'est uniquement en sa qualité de gestionnaire du réseau de transport qu'elle exerçait une mission de service public, ne relevait pas d'un comportement commercial légitime. L'Autorité a ajouté qu'il ne pouvait s'agir d'une concurrence par les mérites, mais de messages destinés à entraver la pénétration du marché par un nouveau concurrent (paragraphe 73 à 76).
290. Dans un autre domaine, aux termes d'une décision n° [09-D-06](#) du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil a jugé anticoncurrentiel le partenariat conclu par la SNCF avec une agence de voyages permettant à leur filiale commune d'être hébergée sur le site internet de la SNCF commercialisant les billets de train.
291. L'analyse suivie par le Conseil a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt Expedia du 23 février 2010, ainsi que par la Cour de cassation par un arrêt du 16 avril 2013, qui a jugé que : *« les accords étaient destinés à faire profiter la filiale commune, outre de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF, du passage de la clientèle en ligne de cette dernière, ce qui lui conférait un avantage déterminant sur le marché émergent des agences de voyages en ligne ; (...) qu'un tel accord, consistant à prendre appui sur un monopole légal pour développer une activité sur un marché concurrentiel connexe, a un objet anticoncurrentiel ».*
292. Dans l'avis [11-A-02](#) du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, l'Autorité a également considéré que si l'utilisation de la marque ne saurait

constituer un abus de position dominante en soi, le risque de distorsion de concurrence est plus élevé s'agissant de marchés récemment ouverts à la concurrence (paragraphe 191-192).

293. Il résulte de ce qui précède que les circonstances particulières qui peuvent conduire à retenir une utilisation abusive de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique visent, notamment, les cas dans lesquels cet opérateur entretient une confusion entre ses activités historiques et une activité concurrentielle, particulièrement dans le cadre d'un marché de création récente ou récemment ouvert à la concurrence, ou lorsqu'il utilise l'avantage concurrentiel du recours à la notoriété de l'opérateur historique dans des circonstances de marché qui, loin de le banaliser, vont amplifier cet avantage de façon non répliquable par les concurrents.

L'utilisation croisée de base de clientèle

294. Dans son avis n° [10-A-13](#) du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, l'Autorité a estimé que l'utilisation, par une entreprise disposant ou ayant disposé d'un monopole légal sur un marché, des informations obtenues sur ce marché pour développer son activité auprès de ses clients issus du monopole légal est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle.
295. Dans sa décision n° [07-D-33](#) du 15 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, le Conseil de la concurrence a ainsi sanctionné cette entreprise pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale téléphonique, « *en utilisant des données qu'elle seule détenait en sa qualité de propriétaire et d'exploitant de la boucle locale, dans le but de faciliter la commercialisation de services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo* ». Le Conseil a relevé qu'en analysant les factures des abonnés, les agents de France Télécom avaient pu mettre en place une campagne de commercialisation ciblée auprès des consommateurs les plus disposés à souscrire des offres d'accès à Internet, octroyant ainsi à Wanadoo un avantage exclusif qui a perturbé le jeu de la concurrence sur les marchés des fournisseurs d'accès à Internet (paragraphe 84 à 86).
296. Par ailleurs, dans sa décision n° [09-D-24](#) du 28 juillet 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité s'est prononcée sur des pratiques de reconquête (« *win back* ») de la clientèle ayant quitté l'opérateur historique au profit d'un opérateur alternatif au moyen d'une procédure de « présélection » du numéro de téléphone fixe. En effet, France Télécom avait utilisé, outre les informations obtenues sur le marché amont en sa qualité d'opérateur de gros, les informations figurant sur les factures de ses clients disposant d'un abonnement au service de téléphonie fixe : « *France Télécom a utilisé sa position dominante résultant notamment de son ancien monopole historique, pour s'octroyer, de manière déloyale, des avantages dans la concurrence dans les DOM, avantages dont des opérateurs alternatifs, aussi ou plus efficaces qu'elle, n'ont jamais pu bénéficier* ». Soulignant les lourdes conséquences de cette pratique, l'Autorité a indiqué que celle-ci « *verrouille ainsi une partie de la clientèle adressable par les opérateurs alternatifs (...) et ce, à une période sensible d'ouverture à la concurrence* » (paragraphe 207 et s.).

c) Sur le premier grief tiré de la mise à disposition de moyens permettant aux filiales d'EDF d'utiliser l'image de marque et la notoriété de l'opérateur historique pour commercialiser leurs offres de services photovoltaïques

297. Dans le cadre du premier grief, il est reproché à EDF d'avoir abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels en ayant mis à la disposition de ses filiales actives sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque (EDF ENR et EDF ENR Solaire), d'une part, des moyens matériels et immatériels (marques, logos, supports de communication, moyens de référencement et de commercialisation) de novembre 2007 à avril 2009, et d'autre part, la marque et le logo EDF ENR de 2009 à nos jours, permettant à ces filiales de bénéficier et d'utiliser l'image de marque et la notoriété d'EDF, et ce, à un prix ne reflétant pas les coûts.
298. Le premier grief est ainsi composé de deux branches distinctes qu'il convient d'examiner séparément.

Sur la première branche tirée de la mise à disposition de moyens matériels et immatériels de novembre 2007 à avril 2009

299. EDF conteste le bien-fondé du grief de deux points de vue :
- du point de vue de la méthode, tout d'abord, EDF soutient que le grief a recours à une théorie totalement novatrice consistant à prétendre qu'une combinaison d'actions, mélangeant à la fois (i) l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété et (ii) la mise à disposition de moyens matériels et immatériels, pourrait constituer un abus de domination prohibé par les articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, indépendamment des conditions financières dans lesquelles cette utilisation et cette mise à disposition seraient faites ;
 - sur le fond, EDF développe deux principaux arguments. En premier lieu, elle estime qu'il n'est pas démontré que l'appartenance au groupe EDF puisse constituer un avantage concurrentiel en termes d'image pour sa filiale et conteste que la marque EDF joue un rôle important dans le choix des consommateurs. En second lieu, elle soutient que la pratique de confusion dans l'esprit des consommateurs sur les rôles respectifs d'EDF et de ses filiales dans le secteur photovoltaïque, retenue à son encontre, n'est pas établie. En effet, les comportements en cause pris un par un seraient parfaitement licites, de telle sorte que la combinaison de l'ensemble ne saurait avoir généré de confusion.
300. Il sera successivement répondu aux arguments de méthode et de fond.

Sur la méthode

◆ Arguments d'EDF

301. EDF fait valoir que la pratique décisionnelle a toujours abordé les problématiques d'utilisation de l'image de marque et de la notoriété, d'une part, et de mise à disposition de moyens matériels et immatériels d'autre part, sous deux angles distincts, chacune faisant l'objet d'une appréciation différenciée et répondant à un standard de preuve qui lui est propre.

302. Ainsi, l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété est susceptible de caractériser un abus, notamment si cela conduit à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle, indépendamment de toute question de rémunération.
303. En revanche, s'agissant de la mise à disposition de moyens matériels, humains et immatériels, celle-ci est abusive si elle a lieu sans contrepartie financière reflétant la réalité des coûts et est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou entraîne une perturbation durable du marché (pratique de « subventions croisées »).
304. La notification de griefs aurait donc dû examiner les pratiques en distinguant, d'une part, l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété d'EDF et, d'autre part, la mise à disposition de moyens matériels et immatériels visant la promotion et la commercialisation des offres d'EDF ENR par les canaux des services de la DP&P et de la DS3E d'EDF, en appliquant des principes d'analyse différents. EDF souligne que c'est d'ailleurs ainsi que l'Autorité aurait procédé dans sa décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009.

◆ Appréciation de l'Autorité

305. Dans la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, l'Autorité a identifié, d'une part, des pratiques de confusion concernant les activités des entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque et, d'autre part, la mise à disposition des moyens matériels et humains des sociétés EDF SA et EDF ENR.
306. Au stade de la notification des griefs, il n'a cependant pas été identifié de pratique de subventions croisées au titre de la mise à disposition des moyens matériels et humains des sociétés EDF SA et EDF ENR (paragraphe 570). Le rapport a confirmé qu'une telle pratique n'était pas reprochée à EDF : « *les coûts incrémentaux des actifs et services mis à disposition d'EDF ENR à des conditions financières avantageuses n'étant pas étudiées* » (point 217).
307. En revanche, les services d'instruction ont retenu l'existence d'une pratique de confusion ayant consisté en la mise à disposition par EDF au bénéfice de sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser l'image de marque et la notoriété de l'opérateur historique pour commercialiser ses offres photovoltaïques. Les conditions financières de cette mise à disposition ne figurent cependant pas comme éléments constitutifs de l'infraction retenue mais viennent en amplifier les effets. Il ressort en effet clairement du rapport que « *les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique qu'au surplus, en amplifiant l'avantage concurrentiel que procure la mise à disposition des différents actifs* » (point 83).
308. Partant, il ne peut être reproché au grief de recourir à une « *théorie novatrice* » ne respectant pas la pratique décisionnelle et la jurisprudence puisque l'infraction notifiée ne combine pas les problématiques liées à l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété avec celles des subventions croisées. Elle ne concerne en effet qu'une pratique de confusion créée dans l'esprit des consommateurs en ce qui concerne le rôle des diverses entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque, dont le possible caractère anticoncurrentiel au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE sera apprécié sans se référer à la question de la rémunération de l'avantage ainsi procuré, comme il ressort de la jurisprudence exposée aux paragraphes 286 à 293 ci-dessus.
309. Dans ces conditions, contrairement à ce qu'allègue EDF, il n'est pas nécessaire de statuer sur la première branche du premier grief en distinguant les pratiques d'utilisation de l'image de marque et de la notoriété d'EDF d'une part, et celles tirées de la mise à disposition de moyens matériels et immatériels, d'autre part.

Sur le fond

Sur l'existence d'un avantage associé à l'utilisation des marques du groupe EDF par ses filiales

- L'appartenance au groupe EDF

◆ Arguments d'EDF

310. Selon EDF, il ne serait pas démontré que l'appartenance au groupe EDF constitue un avantage concurrentiel pour les filiales actives dans la filière photovoltaïque, et qu'EDF puisse en tirer un bénéfice en termes d'image. Au contraire, selon EDF, non seulement l'image du groupe EDF, associée selon elle à l'électricité nucléaire, peut se traduire par un désavantage pour EDF ENR dans une filière dite « verte », mais en outre, tout dysfonctionnement imputable à ERDF ou à EDF OA peut, dans l'esprit des consommateurs, être imputé à EDF ENR qui appartient au même groupe.

◆ Appréciation de l'Autorité

311. L'avantage concurrentiel tiré de l'appartenance au groupe EDF et de l'usage des marques et logos du groupe EDF ressort de la jurisprudence et de la pratique du Conseil de la concurrence en matière d'avis. Il est reconnu par EDF elle-même et confirmé par les études menées sur la valeur de la marque EDF. Il découle enfin des caractéristiques du marché en cause.

312. En premier lieu, il y a lieu de relever que la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 2 décembre 2010, Europower Technology, précité, a indiqué : « *il ne peut être contesté que l'appartenance d'une filiale à un groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé constitue pour elle un avantage concurrentiel intrinsèque* ».

313. Dans son 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'EDF et de GDF au regard de la concurrence, précité, le Conseil de la concurrence avait lui aussi souligné que « *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. (...) Toute filiale d'EDF ou de GDF, 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* ».

314. En deuxième lieu, l'affirmation d'EDF selon laquelle l'utilisation par EDF ENR de la marque EDF constituerait pour elle un désavantage du fait de la mauvaise image de marque d'EDF notamment en matière d'énergie verte est précisément contredite par la décision prise en juillet 2011 de changer la dénomination de sa filiale Photon Technologies pour la rebaptiser « EDF ENR Solaire ». Si l'image de la marque était à ce point négative, rien n'empêchait en effet EDF, comme il l'avait fait pour sa filiale de biogaz Verdesis, qui a gardé son nom après son rachat par EDF, de laisser subsister la marque Photon Technologies, dont le savoir-faire était reconnu, ou de créer une marque nouvelle qui ne soit pas négativement identifiée au producteur d'énergie nucléaire. Si elle ne l'a pas fait, c'est bien que l'utilisation de ses marques historiques représentait un évident avantage commercial.

315. La filiale exploite d'ailleurs cet avantage : sur son site Internet, EDF ENR revendique pour sa part qu'elle « *bénéficie de l'expertise historique de ses deux actionnaires : EDF, expert dans la production d'énergie, EDF EN, producteur d'énergie verte* ».

316. En troisième lieu, il faut souligner que le rapport Sorgem commandé par EDF pour apprécier la valeur de la marque souligne la crédibilité de la marque EDF et l'avantage que représente l'utilisation de cette marque pour les filiales. Parmi les atouts de la marque EDF figure sa capacité à assurer « *la crédibilité des filiales qui bénéficient de l'image de solidité financière du groupe* ». La marque EDF « *facilite l'accès à de nouveaux contrats pour les filiales utilisant la marque EDF et bénéficiant ainsi de l'image et de la crédibilité de l'expérience du groupe* »¹³⁷.
317. Ce même rapport relève que « *les marques EDF EN et EDF ENR bénéficient de la bonne image de marque d'EDF mais apportent à EDF en retour une image d'entreprise responsable et respectueuse de l'environnement* »¹³⁸. A cet égard, contrairement à ce que prétend EDF, le fait que l'image « verte » d'EDF ENR contribue à la notoriété d'EDF n'enlève rien à l'avantage concurrentiel que confère la marque EDF et ses dérivés aux filiales du groupe actives dans la filière photovoltaïque.
318. En quatrième lieu, l'avantage concurrentiel des marques et logos du groupe EDF est accru par les caractéristiques du marché en cause. En effet, le secteur de l'énergie photovoltaïque est essentiellement composé de petites et moyennes entreprises qui ne sont pas en mesure d'acquérir, dans un horizon temporel raisonnable, une notoriété susceptible de concurrencer celle du groupe EDF, lequel détient celle-ci non du fait des mérites de ses services sur la filière photovoltaïque mais du fait de sa position d'opérateur historique sur le marché de la fourniture d'électricité.
319. Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que, contrairement à ce que soutient EDF, l'appartenance au groupe EDF constitue sans conteste un avantage concurrentiel intrinsèque pour les filiales du groupe actives dans la filière photovoltaïque.
- Sur le rôle de la marque dans les choix des consommateurs
 - ◆ Arguments d'EDF
320. EDF soutient que le prix et la proximité de l'installateur constituent des critères plus déterminants pour le choix d'une installation photovoltaïque que l'image de marque, ce dont attesterait d'ailleurs la faible part de marché d'EDF ENR. Selon EDF, aucune des études citées dans le rapport (TNS Sofres ou PriceWaterhouseCoopers) ne confirmerait le rôle joué par la marque et la communication autour de cette marque dans le choix des consommateurs pour leur prestataire de services.
- ◆ Appréciation de l'Autorité
321. Il n'est pas contesté que le prix constitue un critère important pour le consommateur dans le choix d'une installation photovoltaïque comme le soutient EDF. Cependant, à l'époque des pratiques, l'image de marque du prestataire constituait un élément déterminant.

¹³⁷ Cote 6794.

¹³⁸ Cote 6749.

322. En effet, alors que selon ses propres déclarations, EDF ENR n'était pas la « *mieux placée* »¹³⁹ par rapport à ses concurrents en termes de prix, elle occupait tout de même en 2010 la première place en nombre de contrats conclus. L'image de marque et la notoriété du groupe EDF auquel appartient EDF ENR ont donc nécessairement été prises en considération par les clients pour choisir leur opérateur. A cet égard, le rapport Sorgem sur la valorisation de la marque EDF souligne que selon les responsables d'EDF ENR, les principaux « *facteurs clés de succès correspondant aux compétences à maîtriser pour être un acteur déterminant du marché* » sont « *l'expérience, la maîtrise du modèle industriel, le savoir-faire humain, la qualité et la prestation de service, le modèle d'installation* », le prix n'étant pas mentionné comme tel¹⁴⁰.
323. Contrairement à ce que soutient EDF, les études TNS Sofres et PriceWaterhouseCoopers citées dans le rapport démontrent également le rôle joué par la marque EDF sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque. En effet, ces études indiquent que, dans le secteur photovoltaïque, la marque EDF bénéficie d'une forte notoriété auprès des consommateurs et que l'impact des campagnes de publicité nationale d'EDF sur ces derniers est important.
324. Les éléments du dossier démontrent donc bien qu'à l'époque des pratiques, la marque EDF jouait un rôle déterminant dans le choix par un particulier de son prestataire de services photovoltaïques.

Sur l'existence d'une pratique de confusion

325. Les griefs notifiés relèvent qu' « *EDF S.A. a mis son image de marque et sa notoriété à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque (i) en mettant en œuvre à partir de novembre 2007 une communication commerciale dans la filière photovoltaïque autour de logos, noms et marques similaires à ceux de l'opérateur historique, (ii) en choisissant jusqu'en avril 2009 de commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR (et d'assurer la prospection des clients) principalement par l'intermédiaire d'EDF S.A., (iii) en développant la communication et la promotion des offres d'EDF ENR autour de la marque « Bleu Ciel d'EDF » (...) et (iv) en cédant des moyens matériels, humains et immatériels au profit de ses filiales à un prix ne reflétant pas leurs coûts* ». Selon eux, « *cette combinaison d'actions a eu le double effet d'amplifier l'avantage concurrentiel découlant de l'appartenance du groupe EDF et d'entretenir une confusion dans l'esprit des consommateurs quant au rôle de l'opérateur historique dans la filière (...)* ».

◆ Arguments d'EDF

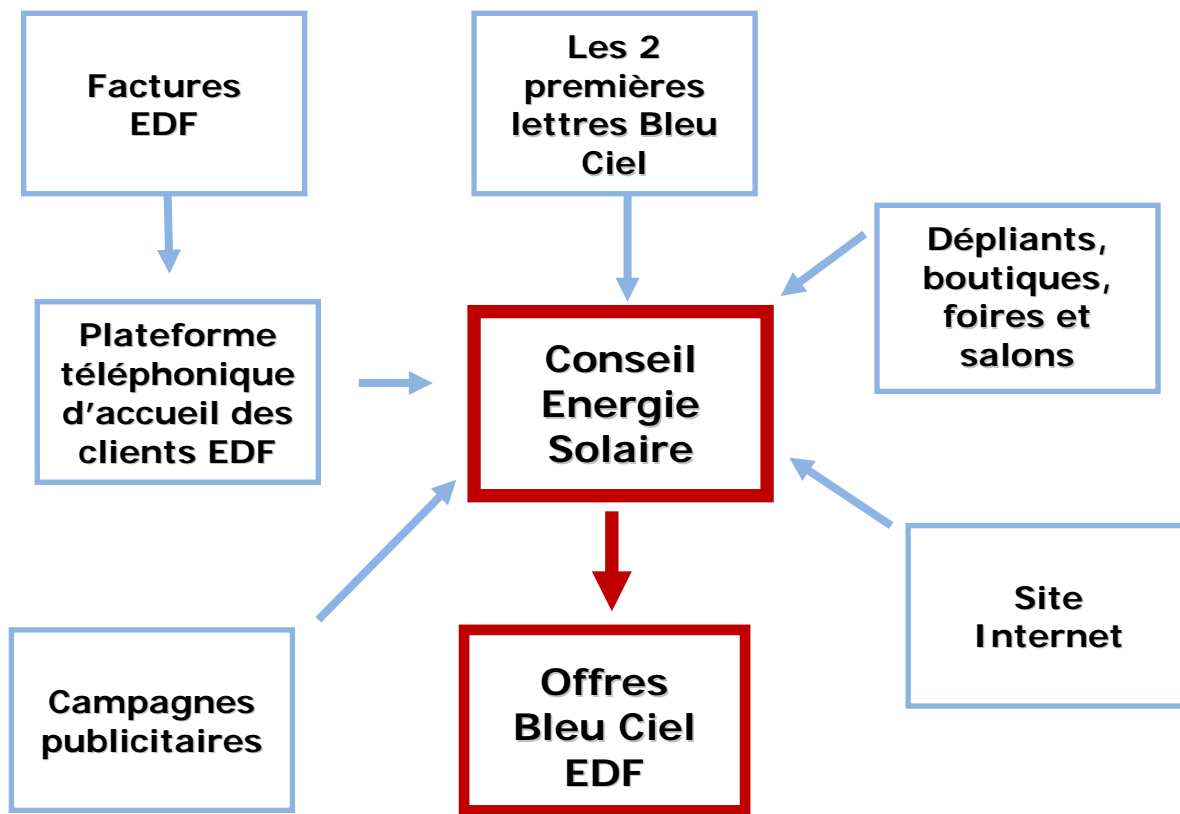
326. EDF nie toute confusion entre l'activité d'EDF ENR et celle d'EDF SA, les clients d'EDF ENR intéressés par le photovoltaïque étant parfaitement conscients du fait qu'ils avaient bien affaire à une filiale. Elle allègue que les moyens employés pour la commercialisation des offres d'EDF ENR, comme le Conseil Energie Solaire, la plate-forme d'accueil téléphonique du 3929 commune aux clients de l'offre de fourniture d'électricité et aux clients des offres photovoltaïques, ainsi que les offres Bleu Ciel, l'ont été dans des conditions rendant impossible toute confusion.

¹³⁹ Cote 4100.

¹⁴⁰ Cote 6789.

◆ Appréciation de l'Autorité

327. Les constatations exposées aux paragraphes 81 à 154 ci-dessus présentent un système de commercialisation des offres photovoltaïques dans lequel l'ensemble des moyens de communication à la disposition d'EDF (factures et mailings aux particuliers, campagnes de publicité, salons et foires, plate-forme téléphonique d'accueil des abonnés...) ont été mobilisés pour orienter les particuliers susceptibles d'être intéressés par le photovoltaïque vers le Conseil Energie Solaire. Celui-ci se présentait dans un premier temps en apparence comme une information générale et impartiale offerte à l'utilisateur, et dans un deuxième temps, si le prospect était intéressé, comme un service commercial qui orientait le client vers un service EDF agissant pour le compte de la filiale EDF ENR, mais vendant ses produits sous la marque EDF Bleu Ciel.
328. L'ensemble du processus peut être figuré comme suit :



329. Ces différentes étapes d'une démarche d'ensemble, dont il convient de garder à l'esprit le caractère intégré et cumulatif, l'effet de chaque étape étant renforcé par celui des autres, vont être ici successivement passées en revue, en examinant à chaque fois les observations d'EDF. Pour la clarté de l'exposé, les remarques relatives à l'utilisation de la marque EDF ENR seront cependant regroupées à l'occasion de l'examen de la seconde branche du premier grief.

330. Seront donc examinées successivement :

- l'activité de la filiale EDF ENR ;
- l'emploi des ressources humaines d'EDF ;
- le Conseil Energie Solaire ;
- et enfin l'usage de la marque Bleu Ciel.

(i) Sur l'activité de la filiale EDF ENR

331. EDF fait observer que les activités dans le secteur photovoltaïque en cause ont été confiées à une filiale autonome comme le recommandent les principes dégagés par les autorités de concurrence.

332. En effet, comme il a été rappelé ci-dessus, la pratique décisionnelle et consultative ainsi que la jurisprudence insistent sur l'importance de la séparation juridique, fonctionnelle et comptable, et donc de la création d'une filiale juridiquement séparée de l'opérateur historique pour mener des opérations de diversification. Ceci est requis afin d'éviter toute

confusion entre l'activité exercée en concurrence sur le marché, régie par le principe des mérites propres de chacune des entreprises présentes sur ce marché, et l'activité de l'opérateur historique qui bénéficie en raison de son ancien monopole de l'image de service public qui lui est attachée.

333. Sur la base de ce raisonnement, la simple création par un opérateur historique d'une filiale distincte pour entrer sur un marché de diversification est un moyen nécessaire mais non suffisant. Pour que cette mesure présente une utilité, il importe que le développement de l'activité de diversification soit véritablement et visiblement confié à cette filiale, ce qui implique de lui créer une identité, en engageant des dépenses de marketing, de personnel et de fonctionnement pour répondre à la demande des consommateurs et installer dans l'esprit du public cette nouvelle marque.
334. Dans le cadre de la présente affaire, EDF n'a pas procédé de la sorte. En effet, EDF n'a pas cherché, en tout cas jusqu'en 2009, à développer sa marque EDF ENR dans le domaine du photovoltaïque. Il n'est d'ailleurs pas contesté qu'aucune campagne publicitaire n'a été lancée pour faire connaître la marque EDF ENR.
335. S'agissant des offres photovoltaïques, EDF ENR n'a jamais exercé d'activité de prospection des clients ni de commercialisation, puisque ces tâches étaient principalement assurées par les propres services d'EDF, et à titre subsidiaire par ceux de la filiale PPT.
336. Par ailleurs, EDF ENR, qui comptait un effectif limité (15 personnes en 2009, plus 44 salariés du groupe EDF mis à disposition à temps partiel ou complet), ne se consacrait pas uniquement au développement des offres photovoltaïques, puisque sa mission était le développement de l'ensemble des énergies nouvelles réparties, au niveau des tâches d'état major. Dans le secteur du photovoltaïque, le seul rôle d'EDF ENR a été la conception marketing des offres.
337. La faiblesse des moyens consacrés au développement de la filiale EDF ENR, et notamment au développement de la notoriété de la marque, s'explique par l'absence de volonté d'EDF de créer au profit de cette filiale une identité propre et reconnue du public. En effet, EDF a mis en place une stratégie commerciale et marketing centrée sur la vente de ses propres marques, qui rendait la filiale quasiment invisible, ôtant ainsi toute utilité au recours à l'instrument de la filialisation.
338. EDF conteste l'existence d'une telle démarche et fait observer que la qualité de filiale d'EDF était indiquée dans les documents commerciaux, et qu'EDF ENR se présentait comme « *une entité distincte* » dont l'existence et le rôle étaient donc manifestes aux yeux des consommateurs.
339. Mais si, comme le relève EDF, les conseillers du 3929 indiquaient qu'« *EDF a développé avec ses filiales des offres tout compris où toutes les démarches sont prises en charge* », ce discours n'implique pas que l'offre émanait d'une entité distincte, au surplus dénommée EDF ENR.
340. Pour démontrer la neutralité d'EDF lorsqu'elle commercialise les offres d'EDF ENR, EDF évoque un compte-rendu d'un responsable de Solaire Direct venu tester l'offre Bleu Ciel lors d'un salon, en janvier 2008.
341. Mais les documents reçus par ce dernier ne plaident pas en ce sens :
 - la carte de visite laissée par le conseiller EDF porte le seul logo d'EDF ;

- le bon de souscription mentionne une offre « énergie solaire d'EDF DPP-Eco Logis » et précise simplement que le commercial agit pour le compte d'EDEV EnR Réparties ;
- sur l'invitation personnelle relative à l'offre photovoltaïque d'EDF Bleu Ciel figure le logo d'EDF et l'adresse d'EDF DPP-Eco-Eco-Logis ainsi que le conseil Energie Solaire et les « offres d'EDF ».

342. Comme le mentionne Solaire Direct, rien dans ces documents ne permet à un particulier de savoir que l'offre proposée est celle d'une filiale distincte d'EDF, à savoir EDF ENR, dont le nom n'apparaît nulle part.

343. Enfin, si comme le soulève EDF « *aucun tiers interrogé ne confond EDF ENR avec EDF, aucun tiers interrogé ne pense que ce serait EDF (et non EDF ENR) qui assurerait les prestations photovoltaïques* », c'est tout simplement parce que les tiers en question sont des opérateurs concurrents d'EDF ENR et non des particuliers à la recherche d'un prestataire.

(ii) *Sur la mise à disposition des moyens de l'opérateur historique*

344. EDF souligne que les autorités de concurrence ont systématiquement admis le droit pour une entreprise en position dominante de soutenir techniquement, commercialement ou financièrement l'une de ses filiales sans porter atteinte au droit de la concurrence, sauf si cette aide est fournie sans contrepartie financière reflétant la réalité des coûts et conduit soit à une pratique de prix prédateurs, soit à une perturbation durable du marché (pratiques de subventions croisées).

345. L'Autorité ne conteste pas le droit pour une entreprise en position dominante de soutenir techniquement, commercialement ou financièrement l'une de ses filiales dès lors que cette aide est fournie à des conditions financières reflétant les coûts. Mais en l'espèce, il n'est pas opposé à EDF une pratique de subventions croisées. En revanche, il lui est reproché une pratique tendant à entretenir la confusion dans l'esprit des consommateurs sur l'entité en charge de l'activité photovoltaïque au sein du groupe.

346. EDF a en effet systématiquement privilégié les véhicules d'information et de communication les plus liés à l'opérateur historique dans son ancienne activité de service public de fourniture d'électricité, en particulier la plate-forme téléphonique du 3929, chargée de répondre aux questions des abonnés, grâce à l'emploi de son propre personnel.

347. Comme il a été relevé plus haut, dans la période ayant précédé l'intervention des mesures conservatoires, la prospection des clients et la commercialisation de l'équipement photovoltaïque ont été majoritairement confiées aux équipes internes d'EDF qui intervenaient certes pour le compte d'EDF ENR, mais sous la dénomination « Conseil Energie Solaire » sans utilisation de la marque EDF ENR. Au stade de la commercialisation, les offres étaient présentées sous la marque Bleu Ciel d'EDF, par EDF DSE3, pour tous les contrats, largement majoritaires, qui n'étaient pas confiés à la filiale issue du rachat de Photon Power Technologies.

348. Selon EDF, la plateforme téléphonique du 3929 et ses téléopérateurs n'étaient pas les mêmes que ceux permettant aux clients d'EDF d'accéder à l'ensemble des services relatifs à leur compte. Dès lors, il aurait été impossible à ces agents de favoriser une quelconque confusion, et aux clients d'être induits en erreur, quand ils appelaient la plate-forme 3929.

349. Cependant, il existait bien une même interface téléphonique pour les clients résidentiels comprenant à la fois les services du 3929 et ceux des autres numéros spéciaux. Comme EDF l'a admis dans ses observations « *ce numéro 3929 permet aux clients résidentiels*

d'accéder à leur compte (gérer leurs factures, leur consommation, options, etc.), obtenir des conseils sur divers sujets (travaux, etc.) et profiter du Conseil Energie Solaire »¹⁴¹.

350. Si ce numéro renvoyait à des services et des téléopérateurs différents, les clients souhaitant obtenir le Conseil Energie Solaire n'étant pas orientés vers le centre de relation clients des particuliers, en revanche, lors de l'appel au 3929, EDF confirme dans ses observations que le client accédait à un portail unique. Ce n'est qu'après avoir choisi, en appuyant sur une touche de son téléphone, le service qui l'intéressait, qu'il était le cas échéant mis en relation avec les conseillers du 3929 (c'est-à-dire de la DP&P). Le point d'entrée du client était un serveur téléphonique commun aux entités d'EDF, et c'est par ce biais qu'il était le cas échéant conduit à conclure un contrat avec EDF ENR. A cet égard, il apparaît inopérant de relever que les téléopérateurs n'auraient jamais tenté de créer une confusion auprès des prospects ou des clients : quoi que fassent les téléopérateurs, l'appelant au 3929 ne pouvait qu'être induit en erreur quant à la distinction des entités du groupe, et ce d'autant plus lorsqu'il lui était ensuite proposé par le conseiller du 3929 d'être mis en relation avec un conseiller spécialisé dans le secteur du solaire photovoltaïque.
351. Lors de son premier contact téléphonique, le client n'avait donc aucun moyen de savoir qu'il s'adressait à des agents agissant pour des sociétés distinctes du groupe, et cette ignorance était confortée par les propos des conseillers du 3929 comme en témoigne le script daté du 28 juillet 2008 des conseillers du 3929 qui prévoyait la phrase d'accroche suivante : « *Si vous souhaitez devenir producteur d'énergie solaire, vous avez bien fait de nous appeler parce que Bleu Ciel d'EDF propose aujourd'hui des solutions photovoltaïques clés en main* »¹⁴² ou encore : « *EDF a développé avec ses filiales des offres tout compris où toutes les démarches sont en prises en charge* »¹⁴³.
352. Le prospect identifié était en effet ensuite transmis (sauf en cas de surcharge des équipes, auquel cas le prospect était transmis vers PPT), au conseiller commercial de la DS3E, qui, toujours sous son étiquette de service EDF, commercialisait l'offre mise au point par EDF ENR, sans que celle-ci apparaisse en tant que telle du moins dans la première période.
353. Comme en témoigne le document intitulé « *La démarche de vente des offres photovoltaïques EDF ENR* » datant du 31 octobre 2007, destiné aux commerciaux de la DS3E, ce n'est qu'à la fin de la vente, lors de la signature du contrat, que les clients étaient informés du fait qu'ils contractaient avec EDF ENR et non avec EDF. En effet, dans le document en question, il est indiqué que lors de la phase finale, il convient d'« *Ecrire au client pour lui préciser que dorénavant EDF ENR est son interlocuteur* ». Ce qui suppose que ce n'était pas le cas jusqu'à ce moment.
354. Les consommateurs étaient donc bien réduits à penser que ces offres qui leur étaient présentées par l'intermédiaire des personnels d'EDF et de sa plate-forme du 3929 réservée aux abonnés étaient des offres de l'opérateur historique, fournisseur d'électricité.

¹⁴¹ Cote 2960 (08/0053 M).

¹⁴² Cote VC 808.

¹⁴³ Cotes 4224.

(iii) *Sur le recours au Conseil Energie Solaire*

355. Selon EDF, les services d’instruction accordent une importance disproportionnée au Conseil Energie Solaire, qui avait avant tout une mission d’information générale du particulier sur l’énergie solaire. Le Conseil Energie Solaire tel qu’il est délivré sur la plate-forme téléphonique du 3929 ne se présentait pas de prime abord comme un service commercial, mais comme un service d’information à l’usage des clients particuliers de l’opérateur, destiné à faire le point sur les caractéristiques techniques, fiscales et commerciales du produit de façon apparemment neutre. Il s’adressait ainsi en priorité à l’usager du service public soucieux d’efficacité énergétique.
356. Cependant, il convient de souligner que le support de formation délivré aux conseillers commerciaux téléphoniques d’EDF SA chargés de ce service présentait le Conseil Energie Solaire comme un « *produit d’appel* » : « *le conseil énergie solaire est un conseil gratuit ayant pour objectif de qualifier les prospects et les amener à réaliser une installation photovoltaïque. C’est un produit d’appel. Le conseil consiste en un premier niveau d’information sur le fonctionnement, les démarches et les aides, puis une mise en relation avec un commercial d’EDF* »¹⁴⁴.
357. Les annexes au contrat de commercialisation conclu entre EDF ENR et EDF confirment également le rôle moteur qu’EDF entendait faire jouer au Conseil Energie Solaire dans la prospection de nouveaux clients pour les offres photovoltaïques de sa filiale. Ainsi, l’annexe 3 qui détaille la procédure à suivre pour la vente des offres EDF ENR par la DP&P donne comme consigne explicite à ses conseillers, après avoir « *déroul[é] le Conseil Energie Solaire* », de « *vérifier que le client est intéressé par PV EDF et est dans la cible* »¹⁴⁵.
358. Le Conseil Energie Solaire a donc été la marque sous laquelle s’est faite dans les medias, d’une part, et dans les moyens de communication propres de l’opérateur historique, d’autre part, la promotion de l’activité photovoltaïque de la filiale d’EDF, sous la marque Bleu Ciel d’EDF.

(iv) *Sur la promotion du photovoltaïque sous la marque Bleu Ciel*

359. La marque « Bleu ciel d’EDF » a été lancée en septembre 2007 à destination des consommateurs résidentiels, et devient à partir de cette date « *la marque commerciale du groupe EDF pour toutes les offres à destination des particuliers* »¹⁴⁶. De façon presque concomitante, en novembre 2007, les offres d’EDF ENR sont commercialisées sous cette même marque.

¹⁴⁴ Cote 1224 (08/0053 M).

¹⁴⁵ Cote 764 (08/0053 M).

¹⁴⁶ Cote 689 (08/0053 M).

360. Le choix d'EDF de la marque Bleu Ciel pour développer les offres photovoltaïques est particulièrement significatif. Plus encore qu'EDF, qui évoque dans l'esprit du consommateur un grand groupe aux activités multiples, Bleu Ciel évoque très précisément pour le consommateur son abonnement, ses factures et un interlocuteur familier. Pour le consommateur, il ne peut y avoir de doute sur le fait qu'une offre Bleu Ciel est une offre de son fournisseur d'électricité aux tarifs régulés.
361. La marque Bleu ciel a été promue d'abord de façon directe par les moyens de promotion d'EDF, comme la diffusion de la Lettre Bleu Ciel d'EDF, l'édition de dépliants, la participation à des salons, des campagnes de publicité sur de nombreux supports, des courriers et mailings¹⁴⁷, auxquels il convient d'ajouter les factures d'électricité et le site Internet qui rappellent le logo et la marque « Bleu Ciel d'EDF ».
362. La promotion des offres d'EDF ENR sous la marque « Bleu Ciel d'EDF » s'est également faite au travers du Conseil Energie Solaire et de ses coordonnées téléphoniques (3929). Le script daté du 28 juillet 2008 des conseillers du 3929 prévoyait la phrase d'accroche suivante : « *Si vous souhaitez devenir producteur d'énergie solaire, vous avez bien fait de nous appeler parce que Bleu Ciel d'EDF propose aujourd'hui des solutions photovoltaïques clés en main* »¹⁴⁸.

◆ Arguments d'EDF

363. Selon EDF, aucune action positive, du fait de l'utilisation de la marque Bleu ciel d'EDF, n'aurait cependant permis d'entretenir une confusion dans l'esprit des consommateurs.
364. EDF fait d'abord valoir que l'utilisation de la marque Bleu Ciel d'EDF n'a pas pu servir une quelconque stratégie de préemption du marché dans la mesure où EDF concède dans le même temps une licence de marque « Partenaire Bleu Ciel d'EDF » à des milliers d'entreprises, dont certaines offrent des solutions photovoltaïques directement en concurrence avec celles d'EDF ENR.
365. EDF avance que ni la facture d'électricité, ni la Lettre Bleu Ciel d'EDF ne faisait référence, directement ou indirectement, à EDF ENR et à ses offres commerciales. La seule Lettre Bleu Ciel qui présentait une ambiguïté à cet égard a fait l'objet d'une modification spontanée par EDF.
366. EDF ajoute que dans sa décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, l'Autorité a constaté qu'« *aucun élément du dossier ne permet de constater qu'EDF ENR se sert d'une éventuelle confusion de la clientèle à cet égard pour favoriser la commercialisation de ses propres offres* ».

¹⁴⁷ Cote 2663.

¹⁴⁸ Cote 808.

◆ Appréciation de l'Autorité

367. Sur la dernière objection, EDF donne une interprétation erronée de la décision de l'Autorité. En effet, EDF omet délibérément de citer le cadre dans lequel s'inscrit la formule de l'Autorité qu'elle cite, à savoir l'utilisation de la « *position d'acheteur d'électricité et de gestionnaire du réseau d'électricité pour favoriser l'activité d'EDF ENR* » (§ 121 et suivants). De fait, l'Autorité reconnaît uniquement qu'EDF ENR n'a pas cherché à se prévaloir de la qualité d'acheteur d'EDF SA pour obtenir des clients. En revanche, la décision de l'Autorité n'évoque pas alors la question, plus large, de la confusion entre les entités du groupe.
368. En ce qui concerne le partenariat Bleu Ciel, EDF a effectivement développé à partir de la fin des années 90 des partenariats avec des entreprises des « *filières du génie climatique, des installations électriques et plus récemment du bâti* »¹⁴⁹. Comme l'a indiqué EDF, « *la finalité de ce partenariat [Bleu Ciel d'EDF] pour EDF est de collecter des certificats d'économie d'énergie* »¹⁵⁰. Elle a ajouté que « *les partenariats noués par EDF dans le secteur de la rénovation de l'habitat étant très largement destinés aux clients résidentiels, il a été décidé de créer une marque « Partenaire Bleu Ciel d'EDF »* »¹⁵¹.
369. Les partenaires Bleu Ciel d'EDF sont des opérateurs dans le marché de la rénovation ou dans le marché du neuf qui concluent une convention avec EDF. Par cette convention, ils s'engagent à respecter un référentiel technique et peuvent se prévaloir de la marque « Partenaire Bleu Ciel d'EDF »¹⁵² pour laquelle ils jouissent d'une licence (contenue dans la convention), tout en commercialisant leurs offres exclusivement sous leur propre marque (ils n'ont pas de licence de la marque « Bleu Ciel d'EDF »).
370. Le secteur photovoltaïque n'est cependant pas un secteur prioritaire de ces partenariats car il n'ouvre pas droit à l'attribution de certificats d'économie d'énergie. Seules des entreprises polyvalentes, offrant divers types d'investissements d'économies d'énergie, se sont donc vus attribuer ce label. EDF cite 236 partenaires photovoltaïques en 2009 sur un total de 5000 professionnels dans le réseau.
371. Si certains acteurs, en petit nombre, présents dans les énergies renouvelables et concurrents d'EDF ENR, ont donc pu bénéficier de la qualification « *partenaire Bleu ciel d'EDF* », l'avantage lié à l'usage de cette marque est à distinguer radicalement de l'avantage lié à l'usage de la marque Bleu Ciel dont a bénéficié exclusivement EDF ENR.
372. En effet, comme il a été dit plus haut, ces partenaires ne peuvent pas mentionner la marque Bleu Ciel d'EDF seule, mais uniquement la marque « *partenaire Bleu Ciel d'EDF* »,

¹⁴⁹ Cote 899 (08/0053 M).

¹⁵⁰ Cote 900.

¹⁵¹ Cote 900 (08/0053 M).

¹⁵² Cote 899 (08/0053 M).

accollée à un millésime¹⁵³. La désignation « *partenaire Bleu Ciel* » ne renvoie qu'à une accréditation sans que le soutien éventuel d'EDF ne soit explicité en aucune manière, le terme de « *partenaire* » traduisant explicitement une distance vis-à-vis d'EDF. Le public fait aisément la distinction entre le « *partenaire* » d'une marque et le titulaire de la dite marque.

373. En conclusion, la mention d'un partenariat dont a pu bénéficier un petit nombre d'acteurs n'enlève rien à l'efficacité de la marque Bleu Ciel et à l'avantage compétitif que cette marque a représenté pour la filiale de diversification.
374. En ce qui concerne l'absence de référence des Lettres Bleu Ciel à EDF ENR, les Lettres Bleu Ciel n°1 et 2 de 2007 et 2008 adressées par EDF à l'ensemble de sa clientèle résidentielle assuraient la promotion de l'énergie solaire en invitant les clients intéressés à contacter la plateforme téléphonique du 3929 donnant accès au Conseil Energie Solaire. Or ce dernier orientait systématiquement la clientèle intéressée par la production d'électricité photovoltaïque vers les offres commerciales d'EDF ENR. EDF réalisait donc bien la promotion des offres de sa filiale, en laissant croire au consommateur que cette activité était proposée par EDF, au même titre que les autres offres relevant de la gamme Bleu Ciel.
375. La circonstance que la Lettre n°2 ait été par la suite supprimée sur l'espace client du site internet Bleu Ciel d'EDF ne prive pas la pratique de ses effets puisque dans l'intervalle séparant la diffusion de la Lettre et sa suppression, des clients ont pu être captés de façon induue. Par ailleurs, il n'est pas exclu que cette modification ait été opérée uniquement en raison de la procédure initiée devant le Conseil de la concurrence par Solaire Direct le 19 mai 2008.
376. Quant aux factures d'électricité, elles mentionnaient également le numéro du 3929.
377. Enfin, l'étude économique produite par EDF au stade de ses observations à la notification de griefs considère que l'avantage conféré par l'utilisation de la marque Bleu ciel est insignifiant, car, d'une part, le cheminement entre les moyens utilisés pour promouvoir les offres sous cette marque et la conclusion d'un contrat avec EDF est très indirect, d'autre part, seul 1 % des appels au 3929 aurait abouti à un contrat avec EDF ENR.
378. Mais grâce au 3929, non seulement EDF ENR pouvait atteindre un nombre de clients prospects très élevés, ce qui, à taux de transformation identique, permet d'apporter un nombre supérieur de clients, mais en outre, plus de 60 % des particuliers appelant le 39 29 pour un Conseil Energie Solaire étaient intéressés par les offres d'EDF ENR, 23 % des clients souhaitant être mis en relation avec un conseiller spécialisé confirmaient la demande de rendez-vous, et 38,9 % de ceux-ci (1 463 sur 3 757 entre septembre 2007 et 2008) signaient un contrat¹⁵⁴.
379. L'utilisation de la marque Bleu Ciel, commune à l'activité d'EDF sur le marché de la fourniture d'électricité à la clientèle résidentielle et à celle d'EDF ENR, dont le nom n'est d'ailleurs pas cité, a donc permis d'associer étroitement la filiale à la notoriété et à l'image

¹⁵³ Cotes 4224.

¹⁵⁴ Cotes 7028 et 7029.

de marque d'EDF. L'ensemble des pratiques – commercialisation des produits sous une marque commune, supports promotionnels communs, renvoi au Conseil Energie Solaire sur les documents institutionnels d'EDF – ont entretenu la confusion dans l'esprit du public en laissant croire qu'EDF SA et EDF ENR ne constituaient qu'une seule et unique entité et qu'EDF SA proposait à la fois des offres réglementées de fourniture d'électricité et des offres concurrentielles dans la filière photovoltaïque.

380. Les offres photovoltaïques d'EDF ENR ont été commercialisées sous la marque « *Bleu Ciel d'EDF* » entre novembre 2007 et la fin du mois d'avril 2009¹⁵⁵, date à laquelle l'Autorité a enjoint à EDF de supprimer dans les supports de communication portant la marque Bleu Ciel d'EDF toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière photovoltaïque (article 1^{er} de la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009). Si ces pratiques ont pris fin en mai 2009, les bénéfices de l'image « *Bleu Ciel d'EDF* » ont perduré ensuite, comme l'a montré l'étude de notoriété de Solaire Direct précitée (paragraphe 126 et 127 ci-dessus) : en mai-juin 2010, dans le domaine de l'énergie solaire, 48 % des téléspectateurs identifiaient encore la marque EDF Bleu Ciel contre 4 % pour Solaire Direct.
381. En conclusion, il est établi que les moyens de prospection et de commercialisation ont, combinés avec les autres actions mises en œuvre par EDF, entretenu la confusion entre les sociétés du groupe EDF.

Sur les conditions financières de mise à disposition de l'avantage concurrentiel

382. EDF soutient qu'au cas présent, aucune pratique de subvention croisée ne peut lui être reprochée dans la mesure où il devrait être démontré, d'une part, que la mise à disposition de moyens n'a pas donné lieu à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts (c'est-à-dire qu'elle constitue une subvention), et d'autre part, qu'elle présente un caractère anormal, soit parce qu'elle permet de pratiquer des prix prédateurs, soit parce qu'elle perturbe gravement le marché.
383. Il convient de rappeler qu'au cas présent, il n'est pas reproché à EDF une pratique de subvention croisée. Est en cause la simple mise à disposition à ses filiales de moyens matériels et humains qui a entraîné la confusion entre les activités d'EDF et celle de ses filiales et avantagé ces dernières dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque.
384. L'atteinte à la concurrence résulte de la simple confusion d'activités, et non des conditions financières de mise à disposition. En revanche, ces conditions financières confirment le caractère non reproductible et indu des avantages concurrentiels ainsi conférés.
385. Ainsi qu'il a été vu aux paragraphes 157 à 165, EDF ne conteste pas qu'EDF ENR n'a effectué aucun paiement en contrepartie des moyens de communication et de promotion mis à sa disposition par EDF, que ce soit pour l'envoi des Lettres Bleu Ciel n° 1 et 2 et des factures d'électricité, ou pour les campagnes de publicité et les supports de communication.

¹⁵⁵ Même si la licence de marque a pris fin le 31 décembre 2008, et que EDF indique que les offres ont été commercialisées à compter de cette date sous la marque « EDF ENR » (cotes 3249).

386. EDF a ainsi mis en œuvre des campagnes de publicité (19 campagnes TV entre octobre 2007 et 2011, 17 campagnes de presse, 23 campagnes radio, 11 campagnes Internet et deux campagnes d'affichage). EDF indique à cet égard que les campagnes engagées à propos du Conseil Energie Solaire ont coûté en 2007 « environ 3,5 millions d'euros et en 2008 2,7 millions d'euros d'investissement, tout compris (création, production, achat d'espace) »¹⁵⁶.
387. EDF a également diffusé des courriers (environ 44,25 millions entre 2007 et 2011), des e-mailings (environ 123,7 millions entre 2007 et 2011) ou participé à des salons et des foires (environ 400 entre octobre 2007 et 2011).
388. L'avantage concurrentiel conféré à EDF ENR par l'appartenance au groupe EDF, amplifié par la mise en œuvre des moyens exposés *supra*, et la confusion entretenue par ces moyens entre les sociétés du groupe, a été accru par les conditions financières de la mise à disposition de ces moyens.
389. Comme le mentionne le rapport, le prix bas, voire l'absence de prix pour la mise à disposition des moyens matériels a permis à EDF de profiter de ces avantages concurrentiels tout en restant compétitive en prix.

Conclusion sur la première branche du premier grief

390. Il résulte de ce qui précède qu'en mettant à la disposition de sa filiale active dans le filière photovoltaïque, EDF ENR, une série de moyens matériels et immatériels entre novembre 2007 et avril 2009 et en permettant ainsi à cette dernière de bénéficier de l'image de marque et la notoriété de l'opérateur historique, EDF a entretenu la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non répliquable.

Sur la seconde branche tirée de la mise à disposition du logo et de la marque « EDF ENR » de 2009 à nos jours

391. En exécution des mesures conservatoires du 8 avril 2009, EDF a mis fin aux diverses actions commerciales par lesquelles elle assurait la promotion et la commercialisation des offres d'EDF ENR par le biais de la marque Bleu Ciel et du Conseil Energie Solaire prodigué au numéro de téléphone 3929.
392. A partir de cette date, le premier grief notifié se limite à la mise à disposition par EDF du logo et de la marque EDF ENR au bénéfice de sa filiale active dans le secteur photovoltaïque, EDF ENR puis EDF ENR Solaire, au surplus dans des conditions commerciales procurant à la filiale un avantage concurrentiel non duplicable. Le rapport des services d'instruction précise que « *postérieurement au prononcé des mesures conservatoires, l'utilisation d'un nom et d'un logo communs avec ceux du groupe EDF s'accompagne également, d'une part, d'un prix très avantageux de cession de cette marque et de ce logo, d'autre part, de la mention de cette appartenance dans les documents commerciaux en des termes visant à entraîner la confusion dans l'esprit des consommateurs (...)* » (point 176).

¹⁵⁶ Cotes 2653.

Sur l'utilisation de la marque EDF

◆ Arguments d'EDF

393. Dans ses observations, EDF allègue que le reproche qui lui est fait au titre de la seconde branche du premier grief est manifestement infondé puisque d'une part, la pratique décisionnelle et la jurisprudence n'interdisent pas en soi la simple mise à disposition d'une marque, pas plus que la référence à l'appartenance au groupe et d'autre part, du fait de la régularisation des redevances dues par EDF ENR à laquelle EDF a procédé une fois finalisée l'étude de valorisation de sa marque, cette mise à disposition a bien fait l'objet d'une contrepartie financière en reflétant les coûts.

◆ Appréciation de l'Autorité

394. L'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais peut devenir anticoncurrentielle au vu des circonstances particulières de sa mise en œuvre.

395. La jurisprudence a indiqué certaines conditions dans lesquelles le rappel de l'appartenance d'une filiale à un groupe ancien opérateur historique ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Dans son arrêt du 2 décembre 2010, Euro Power Technology SAS, précité, la cour d'appel de Paris a ainsi souligné *« qu'il ne peut être contesté que l'appartenance d'une filiale à un groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé constitue pour elle un avantage concurrentiel intrinsèque ; que la référence à cette appartenance en tant qu'argument technique ou commercial ne peut, cependant, systématiquement, à lui seul, caractériser un abus alors que la libéralisation du marché de l'électricité est amorcée depuis plusieurs années, que le marché en cause s'est développé sur une technologie spécifique sur laquelle EDF ne dispose pas de compétences techniques et de savoir-faire particuliers, et que le marché en cause a vu apparaître, pendant la période considérée, des opérateurs entrants, ce qui constitue l'un des signes d'une concurrence effective »*.

396. Une appréciation similaire ne saurait être portée en l'espèce. En effet, la pratique mise en œuvre par EDF à partir du mois de mai 2009 se distingue, par deux aspects, de celle en cause dans l'affaire précitée.

397. Comme dans l'affaire du biogaz, il est fait référence en l'espèce à l'appartenance d'EDF ENR au groupe EDF ainsi qu'à l'expérience de ce dernier dans le domaine énergétique et à son image de sérieux et fiabilité dans ce secteur (voir paragraphes 84 à 87 ci-dessus).

398. Mais, en premier lieu, la pratique ici en cause ne consiste pas simplement à faire référence, comme c'était le cas pour la filiale d'EDF dénommée Verdesis, à l'appartenance à un groupe pour des raisons de transparence, mais à utiliser un nom (EDF ENR) et un logo similaires à ceux de la société mère. Les éléments exposés au paragraphe 83 ci-dessus démontrent en effet que, dès le mois d'octobre 2007, EDF a choisi pour sa filiale active dans la filière photovoltaïque une marque et un logo similaires à ceux utilisés par l'opérateur historique.

399. Si au cours de la période visée par la première branche du premier grief, l'usage de la marque EDF ENR n'a joué qu'un rôle très limité auprès des consommateurs puisque seule la marque Bleu Ciel, encore mieux identifiée à EDF, était utilisée pour commercialiser les offres photovoltaïques, tel n'est plus le cas à partir de 2009. En effet, à compter de la date des mesures conservatoires, les offres photovoltaïques d'EDF ENR ont cessé d'être commercialisées sous cette marque pour l'être sous la marque EDF ENR.

400. En second lieu, la pratique d'utilisation d'une marque et d'un logo commun est mise en œuvre sur un marché qui présente des caractéristiques particulières, qui vont amplifier l'avantage qu'implique l'usage de la marque.
401. En effet, si l'usage de la marque et du logo d'un opérateur historique par l'une de ses filiales sur un marché de diversification ouvert à la concurrence n'est pas nécessairement constitutif d'un abus, cet usage est susceptible de devenir anticoncurrentiel selon les caractéristiques du marché concerné.
402. En l'espèce, l'usage de la marque et du logo EDF ENR a donné à cette filiale, dès 2007, mais surtout à partir du premier semestre 2009 quand cette marque est effectivement utilisée, après la fin de la licence de la marque Bleu Ciel et l'intervention des mesures conservatoires, un avantage non répliquable de nature à restreindre la concurrence, compte tenu des caractéristiques suivantes du marché de diversification :
- premièrement, ce marché présente un lien de connexité très étroit avec celui sur lequel le titulaire de la marque détient une position dominante mais également avec d'autres marchés situés en amont ou en aval du marché concurrentiel, sur lesquels le titulaire de la marque et du logo exerce également un rôle prépondérant ;
 - deuxièmement, la demande sur le marché connexe au marché dominé émane jusqu'en 2010 au moins de particuliers dont le niveau d'expertise est faible, qui présentent donc une forte aversion au risque et qui sont sensibles à l'image de marque et à la notoriété des opérateurs présents sur le marché ;
 - troisièmement, l'offre sur le marché connexe concurrentiel se caractérise par la présence d'opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas de marque notoire comme celle d'EDF ;
 - quatrièmement, les pratiques ont lieu sur un marché sur lequel les investissements requis sont irréversibles : l'équipement étant prévu pour une durée de vingt ans, une vente effectuée signifie une part de marché définitivement perdue pour un concurrent, sans possibilité de reconquête ultérieure du marché ;
 - cinquièmement, les pratiques de confusion ont lieu sur un marché émergent ou récemment ouvert à la concurrence.
- Présence et rôle prépondérant du groupe EDF sur plusieurs marchés connexes très étroitement liés
403. Premièrement, comme il a été exposé aux paragraphes 262 à 267 ci-dessus, en se lançant dans la filière photovoltaïque, par l'intermédiaire d'EDF ENR, EDF se diversifie sur un marché très proche de son cœur de métier, c'est-à-dire la production d'énergie. Le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque présente donc un lien de connexité très étroit avec le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, sur lequel le titulaire de la marque et du logo, en l'occurrence EDF, détient une position dominante. Par ailleurs, la filiale d'EDF exerce une activité étroitement liée à d'autres activités du groupe EDF, à savoir notamment les services de raccordement assurés par ERDF et l'obligation d'achat (EDF Obligation d'Achat) fournis par des entités qui utilisent des logos identiques et des dénominations proches.
404. Le choix d'une marque similaire à la marque historique aurait eu un impact bien moindre sur le marché si EDF s'était diversifiée sur un secteur davantage éloigné de son métier d'origine. Dans ce cas en effet, le consommateur n'aurait pas supposé que les mérites qu'il

reconnaît au fournisseur historique d'électricité se retrouvent à l'identique au sein de la filiale, puisqu'elle aurait exercé un métier différent.

- Caractéristiques de la demande sur le marché connexe

405. Deuxièmement, à partir de 2009, lorsqu'EDF commence à développer le nom de sa filiale EDF ENR en tant que marque, la demande émane de consommateurs dont le niveau d'expertise est encore faible et qui présentent une forte aversion au risque. L'installation de panneaux photovoltaïques sur une toiture entraîne en effet des risques techniques certains en cas de malfaçons (courts-circuits et risques d'incendie) et représente en tout état de cause un pari financier à long terme.
406. Au cours de l'instruction, de nombreux acteurs concurrents d'EDF ENR ont indiqué que, outre le prix, « *le sérieux du partenaire, sa notoriété/réputation et sa solidité/pérennité (dans un secteur relativement mouvant)* »¹⁵⁷ sont les qualités qui priment dans le choix des particuliers. Or, la marque EDF est de nature à regrouper l'ensemble de ces qualités aux yeux des clients potentiels.
407. Il en serait allé différemment si l'investissement avait été facilement réversible ou si EDF s'était adressée à un public de professionnels ou de consommateurs avertis, qui auraient pu évaluer la fiabilité des marques concurrentes et fonder leur choix sur un examen du rapport qualité-prix des offres. Dans le cas du biogaz, par exemple, les collectivités locales avaient la possibilité de se faire assister d'experts du traitement des déchets pour choisir leur opérateur.

- Faible notoriété des offreurs concurrents sur le marché connexe

408. Troisièmement, à l'exception de la filiale d'EDF, l'offre sur le marché connexe émane d'opérateurs de création récente, de petite taille, et qui doivent installer leur marque.
409. Le rapport PriceWaterhouseCoopers précité souligne le rôle joué par les campagnes de communication nationales lancées par les opérateurs du secteur pour accroître leurs parts de marché. L'image de marque attachée à l'opérateur historique a évidemment et nécessairement joué un rôle favorable dans l'efficacité de telles campagnes, chaque campagne d'EDF rejaillissant sur sa filiale EDF ENR¹⁵⁸.

- Caractéristiques de l'investissement

410. Quatrièmement, l'importance de l'investissement pour le particulier (à peu près 20 000 euros), sa durée de vie (environ vingt ans), et le caractère limité de la demande, l'équipement ne pouvant être adopté que sur un certain type de toiture, diminuent la contestabilité du marché, contrairement à un produit ou un service à renouvellement

¹⁵⁷ Cote 7162.

¹⁵⁸ Cote 2231.

rapide. L'avantage obtenu par une marque immédiatement reconnue de tous est d'autant plus fort.

- Absence de maturité du marché connexe

411. Enfin, il convient de tenir compte de la circonstance que si le marché en cause n'est pas un marché récemment ouvert à la concurrence, il s'agit cependant d'un marché jeune sur lequel les positions des opérateurs en place ont été acquises récemment. Dans de telles circonstances, les consommateurs ont tendance à favoriser les intervenants les mieux établis, qui ne sont pas susceptibles de disparaître ni de les décevoir par la baisse de qualité des prestations.
412. En conclusion, si l'usage de la marque d'un opérateur historique ne constitue pas nécessairement, en soi, un abus de position dominante, il peut le devenir du fait des caractéristiques du marché concerné. Cette analyse doit être effectuée au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce. En particulier, si, comme c'est ici le cas, la puissance de la marque de l'opérateur historique ne peut être efficacement contrebalancée, du fait de l'absence de notoriété des marques concurrentes, ou parce que les consommateurs recherchent avant tout, dans une situation de forte asymétrie d'information, une marque susceptible de leur inspirer confiance, l'emploi de la marque de l'opérateur historique peut conférer un avantage concurrentiel non répliquable pour les entreprises concurrentes.
413. Cependant, de façon progressive, entre la fin de l'année 2009 et le milieu de l'année 2010, les caractéristiques de l'offre et de la demande sur le marché de l'installation de panneaux photovoltaïques ont sensiblement évolué, si bien que l'usage de la marque EDF ENR ne confère plus le même avantage.
414. En effet, entre la fin de l'année 2009, et la mi-2010, l'offre sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque a été bouleversée par l'entrée massive de petits opérateurs locaux qui ont capté la clientèle de proximité, au détriment d'opérateurs de dimension nationale, comme EDF, dont l'avantage tiré de l'usage de la marque s'est trouvé considérablement affaibli.
415. La demande d'installation de panneaux photovoltaïques dans un délai très contraint a en effet brutalement augmenté fin 2009, beaucoup de particuliers souhaitant profiter de l'effet d'aubaine des tarifs de rachat d'électricité photovoltaïque tant qu'il en était temps.
416. Pour répondre à cette demande, le marché s'est ouvert à des opérateurs locaux de complément qui commençait à bénéficier de la diffusion du savoir-faire acquis par les acteurs de la filière les années précédentes. Une certaine perte de confiance dans les opérateurs du secteur, marqué par plusieurs scandales dus à des installateurs peu scrupuleux ou incompetents a également conduit les particuliers à préférer des prestataires locaux, qu'ils connaissaient bien.
417. Le nombre de petits artisans locaux capables de proposer des offres globales a ainsi fortement augmenté à partir de la fin de l'année 2009. A cet égard, le tableau communiqué par EDF fait état de l'arrivée sur le marché de ces nouveaux acteurs, de l'ordre de 227 lors du premier semestre 2010.
418. Le développement de ces nouveaux opérateurs locaux à partir de 2010 et l'augmentation extrêmement rapide de leur part de marché (98 % fin 2010) ont eu pour conséquence de restreindre l'avantage concurrentiel qu'EDF ENR tirait de l'usage de la marque et du logo EDF dans la période antérieure. En effet, dans la mesure où la clientèle s'orientait en

priorité vers des acteurs locaux, l'usage de la marque et du logo EDF ne représentait plus un avantage déterminant sur la concurrence, les acteurs de proximité, personnellement connus des consommateurs, étant capables de rassurer suffisamment ceux-ci, comme en témoigne la rapidité avec laquelle ils ont remplacé les entreprises en place.

419. Il en résulte que la marque EDF ENR, si elle a effectivement constitué un avantage non répliquable pour les opérateurs concurrents au moment où elle a été développée en tant que marque à partir de 2007 et surtout à partir de 2009, et au-delà, jusqu'environ la mi-2010, n'a plus constitué un tel avantage à partir du moment où le marché a basculé en faveur des acteurs de proximité dont la notoriété purement locale faisait efficacement contrepoids à la marque EDF.

Sur l'utilisation promotionnelle de la référence à la maison mère

420. Si le simple recours à la marque et au logo EDF sous forme dérivée pour dénommer la filiale était, compte tenu des circonstances du marché en l'espèce, de nature à générer des effets anticoncurrentiels, *a fortiori* le recours répété à la mention de l'appartenance au groupe EDF ne pouvait qu'accentuer l'avantage concurrentiel que s'octroyait ainsi la filiale de diversification. Ces références apparaissent particulièrement nombreuses sur le site de l'opérateur.
421. Ainsi, la plaquette « *EDF ENR, le leader du solaire photovoltaïque en toitures* »¹⁵⁹, librement téléchargeable sur le site internet d'EDF ENR faisait état du logo commun aux entités du groupe EDF et mentionnait, dès sa première page, qu'EDF ENR « *bénéficie de l'expertise historique de ses deux actionnaires : EDF, expert dans la production d'énergie, EDF EN, producteur d'énergie verte* ». En utilisant les termes « *expertise historique* », EDF ENR vise à associer ses prestations dans la filière photovoltaïque à l'image de marque et à la notoriété dont EDF bénéficie en tant que fournisseur historique d'électricité, alors que le bénéfice qu'EDF ENR est censée tirer de son appartenance au groupe EDF devrait se limiter à une simple participation actionnariale. EDF ENR se prévaut donc clairement de son appartenance au groupe EDF comme argument technique et commercial, sans se contenter de le mentionner dans un simple souci de transparence.
422. EDF soutient que la référence à l'expertise d'EDF et d'EDF ENR ne saurait lui être reprochée dans la mesure où ces informations ne sont pas contestables. A l'appui de son allégation, elle invoque la décision de l'Autorité n° [09-D-14](#) du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, dans laquelle le fait pour la société Gaz Electricité de Grenoble (GEG) de se présenter comme « *le fournisseur d'énergie historique à Grenoble depuis plus de cent ans* » n'a pas été considéré comme critiquable dans la mesure où il s'agit d'une information objective.
423. L'argument d'EDF est cependant inopérant car, au cas présent, il ne s'agissait pas pour EDF de présenter sa propre activité, mais de promouvoir celle d'EDF ENR au nom de sa propre expérience en tant que fournisseur historique d'électricité. Or, une pratique de cette nature a précisément été condamnée par l'Autorité dans la décision n° 09-D-14 du 25 mars 2009 précitée. En effet, l'Autorité a reproché à GEG d'avoir utilisé l'image du service public au soutien de ses intérêts de fournisseur d'électricité alors que c'est uniquement en

¹⁵⁹ Cotes 3010 à 3017 et 3020.

sa qualité de gestionnaire du réseau de transport qu'elle exerce une mission de service public.

424. Le site Internet d'EDF ENR présente également des témoignages de clients satisfaits par les services d'EDF ENR qui mettent en avant l'importance de l'appartenance d'EDF ENR au groupe EDF dans le choix de leur prestataire de services. M. X... indique ainsi avoir choisi les services d'EDF ENR du fait « *de la notoriété d'EDF ENR Solaire et (du fait) que ce soit une filiale d'EDF* »¹⁶⁰. M. et Mme Y... expliquent quant à eux : « *EDF ENR est tout de même une branche d'EDF. Nous pensons avoir plus de garanties avec ce grand groupe qu'avec une petite entreprise* ».
425. En ce qui concerne le témoignage de M. X..., EDF considère qu'il ne traduit que la perception personnelle d'un client d'EDF ENR et, en aucun cas, l'existence de démarches actives de la part d'EDF pour organiser ou entretenir une confusion dans l'esprit des consommateurs. EDF soutient que « *c'est de manière non discriminatoire qu'EDF ENR publie sur son site Internet les témoignages de clients qui acceptent de le faire* ».
426. Mais c'est bien EDF qui a choisi de publier ces témoignages, dont elle est seule garante de l'authenticité. Tous les témoignages vont dans le même sens et sont utilisés comme outils promotionnels pour favoriser la commercialisation des offres photovoltaïques.
427. EDF estime enfin qu'on ne peut, à la fois, lui reprocher d'avoir utilisé la marque « Bleu Ciel » au lieu de celle de la filiale, et en même temps de faire la promotion de cette filiale.
428. Mais, dans les deux cas, il s'agit de la même démarche, tendant à assimiler, dans l'esprit du consommateur, l'offre d'EDF ENR aux autres offres de l'opérateur historique. La promotion de la marque de la filiale n'aurait pas posé de problème si elle avait été dotée d'un nom qui lui soit propre, sans références promotionnelles à la garantie que représentait le soutien de la maison mère.
429. En conclusion, à partir de 2009, EDF ENR a largement utilisé pour sa promotion, principalement sur son site internet, l'image et la notoriété de l'opérateur historique, dans des conditions allant très au-delà de ce qu'exigeait la simple transparence.

- Sur les conditions financières de mise à disposition

430. S'agissant de l'usage de la marque EDF ENR, le rapport Sorgem indique lui-même que les taux de redevances payés par EDF ENR à EDF en 2007 et 2008 étaient sous-évalués et qu'en conséquence, EDF ENR devait s'acquitter à titre rétroactif de certains montants pour les années 2008 à 2011 : 21 000 euros en 2008, 95 000 euros en 2009, 132 000 euros en 2010 et 437 000 en 2011¹⁶¹. Il y a donc bien eu, au minimum, une avance de trésorerie.
431. Ces montants ne peuvent apparaître que comme un minorant. Ils sont en effet établis dans une étude commandée par EDF, dont les montants peuvent faire apparaître des disparités sensibles avec d'autres évaluations citées dans le dossier. Ainsi, entre 2009 et 2011, la valeur de la marque EDF, à laquelle sont indéniablement rattachées les marques Bleu Ciel

¹⁶⁰ Cotes 3018 à 3019.

¹⁶¹ Cote 7168.

d'EDF et EDF ENR, est évaluée, selon les années entre 5 et 9,5 milliards par le cabinet Brand Finance 500.

432. Il résulte de ce qui précède que, dans les conditions de marché exposées ci-dessus, et tant que ces conditions ont perduré, l'usage du logo et du nom EDF ENR ont eu pour effet de conférer à EDF ENR, qui a exploité l'image et la notoriété de sa société mère, un avantage non répliquable dans la concurrence que cette dernière livre aux opérateurs sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, avantage amplifié par les conditions financières de mise à disposition.

d) Sur le second grief tiré de l'utilisation des données clients d'EDF pour commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR

433. Aux termes du second grief, il a été reproché à EDF d'avoir, de novembre 2007 à avril 2009, abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels en utilisant les données clients dont elle dispose en sa qualité de fournisseur d'électricité pour favoriser la commercialisation des offres de services de sa filiale EDF ENR auprès de l'ensemble des clients du fournisseur historique.
434. Ce grief relève que les données d'EDF ont ainsi été utilisées, d'une part, pour diffuser la Lettre Bleu Ciel et les factures d'électricité d'EDF auprès de la clientèle résidentielle d'EDF et, d'autre part, pour pré-qualifier les prospects appelant au 3929 afin de promouvoir les offres d'EDF ENR.

Sur les principes applicables à l'utilisation croisée des bases de données

Arguments d'EDF

435. EDF conteste que le simple accès d'un opérateur en position dominante, souhaitant diversifier ses activités, à une base de données acquise dans le cadre d'un monopole légal puisse être illicite.

Appréciation de l'Autorité

436. Dans l'avis n° [10-A-13](#) du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, dont les termes ont été rappelés dans l'avis n° [11-A-02](#) du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, l'Autorité a rappelé que, lorsqu'une entreprise diversifie son activité sur plusieurs marchés de produits touchant la même clientèle, elle peut être incitée à utiliser la position acquise sur l'un de ses produits pour promouvoir ses autres produits. Dans cet objectif, elle peut utiliser les informations qu'elle détient sur ses clients mais aussi sa renommée ou celle de son produit d'origine, en mettant en œuvre des techniques telle que l'utilisation croisée des bases de clientèle (paragraphe 1).
437. L'analyse de ces pratiques au regard du droit de la concurrence tient compte de l'intensité de la concurrence sur les marchés concernés. Ainsi, lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante, ces pratiques sont susceptibles, dans certaines circonstances, d'avoir des effets anticoncurrentiels (paragraphe 15).
438. L'appréciation de la conformité de la pratique au droit de la concurrence dépend notamment des conditions dans lesquelles l'entreprise a constitué sa base de clientèle, ainsi que de la possibilité pour ses concurrents de reproduire ces informations. Si les données ont été acquises par l'entreprise dominante dans le cadre d'une compétition par les mérites et qu'elles peuvent être reproduites par des concurrents aussi efficaces sur le marché,

l'utilisation croisée de bases de clientèle n'est pas susceptible de constituer un abus au sens des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Au contraire, si les informations détenues par une entreprise dominante ne sont ni accessibles à ses concurrents, ni reproductibles par eux, elles constituent des informations privilégiées, dont l'exploitation est susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence. L'utilisation croisée de telles informations peut en effet avoir pour objet ou effet d'ériger des barrières à l'entrée sur l'un ou l'autre des marchés concernés (paragraphe 19 et 20).

439. Dans l'avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 précité, l'Autorité a ainsi estimé que « *l'utilisation, par une entreprise disposant ou ayant disposé d'un monopole légal sur un marché, des informations détenues sur ce marché, pour développer son activité sur un second marché, ouvert à la concurrence, par exemple en promouvant cette activité auprès de ses clients issus du monopole légal, constitue en principe une pratique anticoncurrentielle* » (paragraphe 183).
440. Au cas d'espèce, contrairement à ce que soutient EDF, le rapport ne consacre pas l'existence d'un principe en vertu duquel l'utilisation d'une base de données par une entreprise en position dominante, pour développer son activité sur un second marché, constituerait systématiquement une pratique anticoncurrentielle. Au contraire, le rapport examine successivement les conditions dans lesquelles EDF a constitué sa base de clientèle, la possibilité pour les concurrents de reproduire ces informations et les conditions dans lesquelles ces dernières ont été utilisées pour favoriser la promotion et la commercialisation des offres commerciales de la filiale d'EDF, EDF ENR.

Sur le caractère stratégique et reproductible des données utilisées pour envoyer les Lettres Bleu Ciel et les factures d'électricité

Arguments d'EDF

441. EDF rappelle que la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité écarte la possibilité pour un opérateur en position dominante d'abuser de celle-ci en utilisant sur un marché connexe les coordonnées de ses clients sur son marché d'origine, lorsque de telles informations ne présentent aucun caractère stratégique et restent reproductibles par les concurrents (avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010, précité), et allègue que tel serait le cas en l'espèce.

Appréciation de l'Autorité

442. Cependant, dans le cadre de l'avis n° [00-A-03](#) du 22 février 2000, relatif à l'acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens, le Conseil avait déjà été amené à examiner les risques associés à l'utilisation, dans le secteur du marché de la fourniture d'électricité récemment ouvert à la concurrence, des données collectées par EDF dans le cadre de sa mission de service public. Relevant que « *le fichier des abonnés au service public de l'électricité, constitué et géré par EDF dans l'exercice de son monopole légal, par son caractère exhaustif et la nature des renseignements techniques, financiers et commerciaux, qu'il comporte, représente une source d'informations à la fois précieuse et exclusive et confère à EDF, dans le contexte nouveau de l'ouverture du marché, un avantage important sur ses concurrents (...)* », et qu'EDF était en conséquence « *seul détenteur d'une information globale, à la fois nominative et statistique, portant sur l'ensemble des consommateurs français d'électricité* », le Conseil avait estimé que l'entreprise devait s'interdire de faire bénéficier de cet avantage découlant de sa position historique « *ses filiales et les sociétés dans lesquelles elle détient des participations ainsi*

que les entreprises cotraitantes ou sous traitantes œuvrant en aval sur des marchés concurrentiels ».

443. Au cas présent, il convient de relever, tout d'abord, que les noms et coordonnées utilisées par EDF pour adresser à sa clientèle résidentielle les Lettres Bleu Ciel et les factures d'électricité sont issues de la base de données qu'EDF a constituée dans le cadre de son monopole légal en matière de fourniture d'électricité à des tarifs réglementés. Ces données ne sont donc pas accessibles aux concurrents d'EDF ENR.
444. Le caractère reproductible de ces données suppose, quant à lui, de déterminer si les concurrents d'EDF ENR sont en mesure ou non de les reproduire à des conditions financières raisonnables et dans des délais acceptables.
445. Comme le Conseil l'a souligné dans son avis n° 00-A-03 précité, les informations détenues par EDF au titre de son activité de fournisseur d'électricité sont nombreuses puisqu'elles concernent 20 millions de foyers. Elles sont également exhaustives et parfaitement actualisées.
446. L'acquisition d'informations de même nature et d'une ampleur équivalente par les opérateurs concurrents d'EDF ENR serait ainsi excessivement onéreuse puisqu'elle supposerait que ces derniers louent ou achètent des fichiers regroupant plusieurs millions de clients auprès d'opérateurs spécialisés. A titre de comparaison, en 2009, rien que pour obtenir entre 1 200 000 et 1 400 000 contacts, EDF ENR a dû dépenser entre 300 000 et 320 000 euros en passant par la location de fichiers auprès de différents acteurs¹⁶². Solaire Direct a quant à elle consacré en 2010 un budget de 394 580 euros pour un seul e-mailing avec 1000Mercis.
447. Dans ses écritures, EDF considère qu'il est erroné de comparer l'utilisation des coordonnées de clients pour envoyer les Lettres Bleu Ciel et les factures d'électricité avec les bases de données acquises par EDF ENR et ses concurrents aux fins de prospection du marché. En effet, les bases acquises permettraient de ne contacter que des prospects, c'est-à-dire des clients potentiels qui répondent aux caractéristiques essentielles pour pouvoir devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.
448. Mais l'accès à une base de clientèle extrêmement vaste, dans le cadre d'une demande émergente et très diffuse, a, au contraire, constitué un outil de prospection très performant pour EDF. En effet, par l'envoi massif des Lettres Bleu Ciel et des factures d'électricité, EDF a touché un nombre très élevé de clients potentiels, bien plus important que celui qui aurait résulté d'un envoi ciblé. Grâce à un système d'envoi massif de documents promotionnels, les prospects pouvaient se manifester d'eux-mêmes, sans qu'EDF ait besoin de les sélectionner.
449. Au vu de ce qui précède, les noms et coordonnées des clients figurant dans la base de données d'EDF doivent être considérés comme des informations non reproductibles par les concurrents d'EDF ENR dans des conditions économiquement raisonnables en termes de coûts et de délais. Ces données sont donc bien stratégiques.

¹⁶² Cote 3832.

Sur l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de l'envoi des Lettres Bleu Ciel d'EDF

Arguments d'EDF

450. Selon EDF, il résulte de la pratique décisionnelle de l'Autorité que ce n'est que lorsque les informations de la base de clientèle d'un opérateur en position dominante sont utilisées dans le cadre de démarches commerciales proactives pour cibler les actions et les prospects sur un autre marché que l'utilisation croisée de bases de clientèle peut être qualifiée d'abus de position dominante. L'utilisation des informations détenues doit donc avoir procuré à la filiale de l'opérateur en position dominante un véritable avantage.
451. Or, en l'espèce, EDF considère qu'elle n'a pas entrepris de démarche commerciale proactive ciblée, la Lettre Bleu Ciel et les factures étant envoyées à l'ensemble des clients résidentiels. EDF allègue également que ni les factures, ni les Lettres Bleu Ciel ne font référence à EDF ENR ou à ses offres commerciales, le seul produit référencé dans les factures étant le 3929 et, dans les Lettres Bleu Ciel, le Conseil Energie Solaire qui, de la même manière, n'évoquent jamais ni EDF ENR, ni ses offres commerciales. EDF rappelle qu'en tout état de cause, la Lettre Bleu Ciel d'EDF (période avril-septembre 2008) a fait l'objet d'une modification à titre conservatoire afin de supprimer la mention de la solution clés en main Bleu Ciel d'EDF.
452. EDF en conclut que l'utilisation des données litigieuses ne lui a procuré aucun avantage concurrentiel.

Appréciation de l'Autorité

453. Dans son avis n° [10-A-13](#) du 14 juin 2010, précité, l'Autorité rappelle que « *l'exploitation croisée de base de clientèle peut être mise en œuvre à des degrés divers* » parmi lesquels figure l'utilisation « *des coordonnées des clients d'un produit initial afin de promouvoir un autre produit par la mise en œuvre de techniques de marketing direct telles que courriers adressés, accompagnement de la facture ou démarchage téléphonique.* » (paragraphe 5).
454. La circonstance qu'en juillet 2008, EDF ait supprimé la mention à la solution clés en main Bleu Ciel d'EDF dans la Lettre Bleu Ciel n° 2 (période d'avril à septembre 2008) n'a eu aucune incidence sur l'existence et l'impact de la pratique reprochée.
455. Si les Lettres Bleu Ciel et les factures d'électricité ne mentionnaient pas directement les offres photovoltaïques d'EDF, elles en assuraient néanmoins la promotion par la voie du 3929 et du Conseil Energie Solaire dont la publicité a été effectuée sur ces documents. L'efficacité de la méthode de promotion d'EDF est en l'occurrence illustrée par le fait que c'est principalement par ce biais qu'EDF ENR a obtenu la majorité de ses clients.
456. Il convient de rappeler qu'à l'époque des faits, l'accès à une large base de clientèle à un coût compétitif a été présenté comme un facteur clef de succès d'EDF ENR pour saisir les opportunités du marché. En effet, en août 2008, à l'occasion de l'annonce d'un projet d'augmentation de capital de 500 millions d'euros destiné à financer l'accélération de la croissance de la filière photovoltaïque, un dossier de presse et une présentation d'EDF EN soulignaient qu'EDF ENR est « *positionné pour saisir les opportunités du marché des*

énergies réparties [et que l'un de ses] facteurs clés de succès [est] l'accès à une large base de clientèle à un coût compétitif [grâce au] positionnement d'EDF-ENR [qui lui permet d'avoir] accès au portefeuille de clients d'EDF à travers le réseau commercial d'EDF »¹⁶³.

457. L'utilisation par EDF de sa base de données pour promouvoir les offres photovoltaïques d'EDF ENR a ainsi permis à cette dernière de faire des économies importantes sur ses coûts d'acquisition de la clientèle, ce qui a représenté un avantage concurrentiel déterminant sur les concurrents dans un contexte où selon le rapport PriceWaterhouseCoopers « *le coût d'acquisition de nouveaux clients [était] élevé en raison de la capillarité du marché* »¹⁶⁴.
458. Dans ses écritures, EDF estime que l'analyse des chiffres fournis par certains opérateurs du marché lors de l'instruction ne permet d'établir aucune corrélation entre les coûts d'acquisition de la clientèle et la notoriété des opérateurs. L'accès d'EDF à la base de clients n'aurait ainsi eu aucune influence sur les coûts de prospection de la clientèle.
459. Toutefois, les exemples cités par EDF ne permettent pas d'arriver à cette conclusion. En effet, si la filiale de GDF Suez, Energia a des coûts d'acquisition de la clientèle parmi les plus élevés, il faut relever, d'une part, que cette dernière ne bénéficie pas de l'image de marque de sa société mère puisque sa dénomination sociale n'y fait pas référence. D'autre part, GDF Suez ne dispose pas, comme EDF, de fichiers adaptés à la prospection de clients dans le domaine de la production d'électricité photovoltaïque.
460. Il résulte de ce qui précède que l'utilisation des informations privilégiées détenues de manière exclusive par EDF au titre de son ancien monopole et de ses missions de service public a constitué un avantage concurrentiel significatif pour EDF ENR en lui permettant d'assurer la promotion de ses offres auprès d'un nombre élevé de prospects, dans des conditions qui ne pouvaient être répliquées par les concurrents.

Sur la pré-qualification des prospects

461. Il est également reproché à EDF d'avoir mis sa base de clientèle à la disposition de ses agents de la DP&P dispensant le Conseil Energie Solaire au 3929, afin de faciliter la qualification des prospects pour le compte d'EDF ENR.
462. EDF dément que les conseillers du 3929 aient utilisé la base de données pour pré-qualifier les prospects. Le script des conseillers du 3929 indiquerait qu'aucun filtrage n'était réalisé à partir d'informations détenues dans la base de données d'EDF, qui seraient par ailleurs inutiles, que ce soit la localisation géographique ou même la superficie de l'habitation.
463. En l'espèce, les éléments du dossier ne permettent pas d'établir que les données litigieuses ont été utilisées par les conseillers du 3929 pour qualifier les prospects. Dans ces conditions, au titre du second grief, il ne sera pas retenu l'infraction relative à la mise à disposition par EDF de sa base de données pour faciliter la qualification des prospects pour le compte d'EDF ENR.

¹⁶³ Cotes 1065 et 1125 (08/0053 M).

¹⁶⁴ Cotes 2177 et 2185.

Conclusion sur le second grief

464. Il résulte de ce qui précède qu'entre novembre 2007 et avril 2009, EDF a utilisé la base de données dont elle dispose en tant que fournisseur d'électricité pour favoriser la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.

e) Sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques

Sur les principes applicables

Arguments d'EDF

465. EDF soutient que les pratiques qui lui sont reprochées n'ont pas d'objet, ni d'effets anticoncurrentiels. A cet égard, EDF rappelle que l'objet et l'effet anticoncurrentiel d'une pratique sont des conditions alternatives pour apprécier leur licéité en droit de la concurrence. Ainsi, les autorités de concurrence peuvent se contenter de démontrer l'existence d'effets potentiels uniquement lorsque la pratique revêt un objet anticoncurrentiel clair ou poursuit une intention ou un but anticoncurrentiel. Pour les pratiques qui n'ont pas un objet anticoncurrentiel, la qualification d'une pratique abusive repose sur la démonstration d'effets anticoncurrentiels avérés. EDF invoque en ce sens la méthodologie suivie par la Commission européenne dans sa communication sur ses orientations en matière de pratiques d'éviction et s'appuie en particulier sur les jurisprudences Michelin, TeliaSonera, Tomra, et Post Danmark.

466. Or en l'espèce, il ne serait prouvé, ni au stade de la notification de griefs, ni à celui du rapport, l'existence d'un objet anticoncurrentiel. EDF soutient qu'aucune stratégie de préemption n'est démontrée à suffisance de droit. De même, les pratiques prises dans leur contexte ne révèlent, selon elle, aucun objet anticoncurrentiel. Il en résulte que devrait être démontrée de façon convaincante l'existence d'effets anticoncurrentiels concrets et avérés, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Appréciation de l'Autorité

467. Pour établir une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet. Ainsi, quand une entreprise en position dominante met effectivement en œuvre une pratique engendrant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article 102 TFUE (arrêts de la Cour de justice TeliaSonera, précité, points 61 à 65, et du Tribunal du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, Rec. p. II-5917 ; points 293-294, 297).

468. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a rappelé, dans une affaire proche, où Orange Caraïbe et France Télécom se sont vu reprocher d'avoir abusé de leur position dominante sur le marché de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en pratiquant une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels on net et off net, que la démonstration de seuls effets potentiels suffisait à caractériser une pratique anticoncurrentielle (arrêt du 4 juillet 2013 Digicel Antilles Française Guyane, p. 18).

469. Ainsi, l'Autorité doit seulement démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, sans avoir à apporter la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des autres opérateurs sur le marché.

470. Contrairement à ce que prétend EDF, les orientations de la Commission sur les pratiques d'éviction ne procèdent pas autrement. L'analyse des effets anticoncurrentiels ne se mesure pas uniquement à l'aune des effets d'éviction, mais plus généralement de tout effet faisant obstacle « *au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence* ».
471. En l'espèce, il convient d'examiner les pratiques reprochées à EDF au regard des principes évoqués ci-dessus.

Sur les effets anticoncurrentiels des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief

Sur les effets anticoncurrentiels potentiels

472. Au cas d'espèce, il a été mis en évidence :
- le caractère systématique et coordonné d'un ensemble de pratiques commerciales visant à faire croire au prospect, grâce à l'emploi de personnels d'EDF, du Conseil Energie Solaire et de la marque Bleu Ciel, qu'il traitait directement avec EDF et non avec sa filiale, mettant ainsi en œuvre une confusion délibérée entre les activités du fournisseur historique et les activités de diversification ;
 - profitant ainsi, sur un marché principalement composé de PME et caractérisé par des incertitudes liées à la nouveauté de la filière et au contexte réglementaire, de sa notoriété et de la confiance qu'inspirait sa position d'opérateur historiquement chargé d'un service public ;
 - amplifiant enfin cet avantage par des conditions financières avantageuses.
473. Les pratiques ne pouvaient manquer d'exercer des effets, au moins potentiels, sur la concurrence.
474. En effet, sur un marché émergent caractérisé par une demande émanant de particuliers sans expertise, légitimement inquiets compte tenu des incertitudes de nature administrative, financière et technique de l'investissement qui leur était proposé, et qui recherchaient avant tout l'assurance d'une marque offrant toute garantie, l'usage intensif de la marque de l'opérateur historique a fondamentalement vicié les conditions d'un fonctionnement normal du marché.
475. Un investissement dans l'équipement photovoltaïque représente en effet un montant important (environ vingt à vingt cinq mille euros) et donc chaque contrat perdu représente une perte de chiffre d'affaire conséquente en valeur absolue pour une PME du secteur. Au surplus, cette perte est irréversible et ne pourra jamais être rattrapée, car, d'une part, il s'agit d'un investissement à longue durée de vie, les panneaux étant conçus pour durer vingt ans et la rentabilité de l'investissement pour un particulier étant calculée sur cette base, d'autre part, le marché est techniquement délimité de façon assez étroite, car un faible pourcentage des toitures peut être équipé de façon rentable, essentiellement celles des pavillons de moins de deux étages favorablement orientées et sans ombres portées. Les pratiques « d'écémage » du marché peuvent donc avoir des effets sensibles et non rattrapables à l'avenir, quel que soit le développement ultérieur des concurrents.
476. EDF déclare cependant qu'elle n'aurait eu aucun intérêt rationnel à chercher à préempter la filière et qu'elle avait intérêt à s'implanter sur ce marché afin de profiter du bénéfice d'image pouvant en résulter en termes d'énergie verte.

477. Toutefois, si EDF pouvait avoir un intérêt économique rationnel à s'implanter sur ce marché et à bénéficier d'un retour d'image positif par sa présence dans le photovoltaïque, cela n'exclut en rien le fait que cette implantation a pu se faire dans des conditions ne relevant pas d'une concurrence par les mérites.
478. Par un arrêt du 16 avril 2013, précité, la Cour de cassation a jugé, s'agissant d'un partenariat conclu par la SNCF avec une agence de voyages permettant à leur filiale commune d'être hébergée sur le site internet de la SNCF commercialisant les billets de train que : « *les accords étaient destinés à faire profiter la filiale commune, outre de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF, du passage de la clientèle en ligne de cette dernière, ce qui lui conférait un avantage déterminant sur le marché émergent des agences de voyages en ligne ; (...) qu'un tel accord, consistant à prendre appui sur un monopole légal pour développer une activité sur un marché concurrentiel connexe, a un objet anticoncurrentiel* ».
479. Il n'est dès lors pas nécessaire d'apporter la preuve directe, par des documents internes à EDF ou EDF ENR, d'un « *plan détaillé* » visant à évincer les concurrents d'EDF ENR, car, comme l'énonce l'arrêt cité au paragraphe ci-dessus, l'ensemble des actions mises en œuvre par EDF ne pouvaient manquer, par leur cohérence et leur caractère systématique d'avoir un impact sur le marché émergent des installations photovoltaïques en « *conférant un avantage déterminant* » à la filiale, en la « *faisant profiter (...) outre de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité* » de l'entreprise anciennement en situation de monopole public (arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2013, précité).

Sur les effets anticoncurrentiels réels

480. Selon EDF, l'absence d'effets anticoncurrentiels découle des considérations suivantes :
- (i) la position d'EDF ENR sur le marché est restée modeste, comme le montre sa part de marché très réduite, et contestable par les concurrents ;
 - (ii) l'activité d'EDF ENR a connu une évolution proche de celle de ses concurrents, et les concurrents ont pu, de leur propre chef et indépendamment du comportement d'EDF, décider de consacrer moins d'efforts à la vente de services aux particuliers ;
 - (iii) le positionnement prix d'EDF ENR exclut tout effet d'éviction des concurrents ;
 - (iv) il est impossible d'établir un quelconque lien entre les difficultés de certains concurrents d'EDF ENR et les pratiques reprochées à EDF, dans la mesure où ces difficultés résultent des mutations successives du cadre réglementaire applicable ;
 - (v) le prix des actifs mis à disposition d'EDF ENR n'a aucune influence sur l'activité d'EDF ENR ni sur sa compétitivité et ne participe donc pas d'un quelconque effet anticoncurrentiel.
481. L'absence d'effets anti concurrentiels serait également démontrée selon EDF par les effets pro-concurrentiels de ces pratiques (vi) et les études économiques produites (vii).
482. Il sera répondu successivement à chacun de ces arguments.

(i) La position d'EDF ENR et de ses concurrents sur le marché

483. Dans ses observations, EDF considère que la modestie des parts de marché d'EDF ENR exclut tout effet d'éviction des pratiques qui lui sont reprochées, surtout dans le cadre d'un marché dynamique et dépourvu de barrières à l'entrée.

484. Toutefois, si les parts de marché d'EDF ENR peuvent sembler modestes, d'une part elles ont connu jusqu'en 2009 une croissance rapide, et d'autre part, elles sont supérieures à celles des concurrents d'EDF ENR en 2010. Par ailleurs, la position d'EDF ENR sur le marché ne saurait être exclusivement déterminée à partir de ses parts de marché.
485. Selon le mode de calcul retenu, les parts de marché d'EDF ENR seraient comprises entre 0 et 0,06 % en 2007, entre 3 et 14,94 % en 2008, entre 10 et 11,14 % en 2009, entre 3, 88 et 4 % en 2010, et entre 2,35 et 4 % en 2011.
486. Solaire Direct rappelle aussi dans son mémoire en réponse qu'EDF elle-même estime sa part de marché sur « le marché français des solutions photovoltaïques clés en main » de l'ordre de 10-20 % en 2009 (décision n° 12-DCC-51 du 20 avril 2012, § 27).
487. Au regard de ces données, il apparaît donc qu'EDF ENR, presque totalement absente du marché en 2007 contrairement à ses concurrents, a connu, malgré son entrée tardive sur le marché, une forte progression de son activité en dix huit mois, en 2008 et surtout en 2009, puisqu'à cette date, les contrats conclus par EDF ENR représentent entre 10 et 11,14 % du total des raccordements réalisés par ERDF. EDF ENR est donc devenu en moins de deux ans le second acteur du marché et le premier en 2010.
488. EDF souligne le caractère atomisé du marché. Ce point renforce l'asymétrie régnant sur ce marché entre EDF et la plupart de ses concurrents qui, étant pour la plupart de très petite taille, dépourvus d'importants moyens financiers et ne pouvant s'adosser à un groupe disposant de la notoriété d'EDF sur la filière de l'énergie électrique, ne peuvent répliquer à la politique de commercialisation des offres d'EDF ENR par leurs moyens et mérites propres. Pour ces opérateurs, le risque d'éviction ou de marginalisation est donc fort et à tout le moins, les pratiques mises en œuvre par EDF ont effectivement faussé la concurrence entre EDF ENR et ses concurrents.

(ii) L'évolution de l'activité d'EDF ENR et de ses concurrents

489. Selon EDF, l'activité d'EDF ENR a connu une évolution très proche de celle de ses concurrents, et rien ne permet d'affirmer que les pratiques qui lui sont reprochées aient réduit la clientèle potentielle de ceux-ci. Par ailleurs, ces concurrents ont pu, de leur propre chef et indépendamment du comportement d'EDF, décider de consacrer moins d'efforts à la vente de services aux particuliers. Dès lors, aucun lien de causalité ne pourrait être établi entre les pratiques reprochées à EDF et l'évolution de l'activité des concurrents d'EDF ENR.
490. La progression rapide de l'activité d'EDF ENR entre 2007 et 2009 doit être mise en perspective avec l'évolution de ses concurrents sur la même période. En effet, quand EDF ENR est passé de 2 à 1046 puis 3460 contrats entre 2007, 2008 et 2009, Solaire Direct est passé de 3 à 260 puis 791, Evasol de 1121 à 2255 puis 3602. Solargie, citée par EDF, passe de 32 à 59 puis 96 contrats. Contrairement à ce qu'affirme EDF, il apparaît clairement que l'activité d'EDF ENR a cru de manière bien supérieure à celle de ses concurrents directs entre 2007 et 2009, ce qui se reflète dans la croissance de ses parts de marché.
491. EDF estime cependant que Solaire Direct a pu développer normalement son activité puisque, d'année en année, son chiffre d'affaires a plus que doublé. Elle avance que la moindre progression de ses concurrents peut résulter de choix stratégiques indépendants. EDF cite notamment le choix de Solaire Direct qui a centré son développement sur les parcs solaires.
492. Cependant, il peut être constaté que, si la croissance d'activité de Solaire Direct a été forte sur les parcs solaires, à l'inverse, sur le marché résidentiel, Solaire Direct a progressé

beaucoup moins vite qu'EDF ENR, sans qu'aucun élément autre que les pratiques reprochées à EDF ne viennent expliquer les raisons de ce différentiel. Solaire Direct explique dans son mémoire avoir initialement fait le choix stratégique de se développer dans le solaire pour les particuliers¹⁶⁵, et n'avoir décidé de renoncer à ce segment qu'en raison de la très forte hausse du coût d'acquisition de la clientèle¹⁶⁶.

(iii) *Le positionnement prix d'EDF ENR*

493. La forte pénétration du marché par EDF ENR ne peut s'expliquer par sa politique tarifaire, ses prix moyens étant supérieurs à ceux de ses principaux concurrents.
494. EDF souligne dans ses observations que les prix d'EDF ENR sont supérieurs en moyenne de 9 % à ceux de Solaire Direct et de 12 % à ceux d'Evasol. Selon EDF, le fait que sa filiale ait pratiqué des prix supérieurs à ses concurrents démontrerait l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiel, puisque EDF ENR n'a pas adopté « *une politique de prix abusivement bas qui aurait pu mettre en difficulté ses concurrents* »¹⁶⁷.
495. D'autres opérateurs ont indiqué, lors de l'instruction au fond, pratiquer des prix qui se révèlent très proches voire supérieurs à ceux d'EDF ENR, tels qu'Energia, autour de 20 000 euros¹⁶⁸, ou Solérine entre 25 000 et 27 000 euros.
496. En tout état de cause, des pratiques peuvent fausser le jeu de la concurrence par les mérites sans pour autant s'accompagner de prix inférieurs à ceux des concurrents. La communication de la Commission européenne sur ses orientations en matière de pratiques d'éviction ne se limite pas aux pratiques fondées sur le prix, mais considère que l'éviction anticoncurrentielle « *décrit une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement ses prix* »¹⁶⁹ (point 19).
497. En effet, ce n'est pas tant ici le prix des offres d'EDF ENR qui est en cause que le soutien dont a bénéficié EDF ENR de la part de sa maison mère : si l'appui ainsi procuré à la filiale est suffisamment important, les prix proposés par celle-ci n'ont pas nécessairement à être inférieurs à ceux des concurrents pour entraîner d'effet d'éviction ou de marginalisation ou fausser le jeu concurrentiel.
498. A cet égard, les prix pratiqués par EDF ENR, s'ils n'accroissent pas le risque d'éviction, ne le suppriment pas pour autant. En effet, les prix pratiqués par EDF ENR demeurent inférieurs à ceux de certains de ses concurrents alors qu'en l'absence des actifs mis à disposition par EDF, EDF ENR aurait dû engager des coûts importants pour disposer de la

¹⁶⁵ Cote 7053.

¹⁶⁶ Cotes 7051 et 7052.

¹⁶⁷ Etude économique produite par EDF p 7, cote 4096.

¹⁶⁸ Cote 4315.

¹⁶⁹ 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, JOUE (2009/C 45/02).

même notoriété, réputation et visibilité. Par ailleurs, il a été montré plus haut que les prospects, dans le premier stade de développement du marché, cherchent moins des prix bas (la rentabilité de l'investissement étant de toute façon assurée grâce à l'effet d'aubaine) qu'un partenaire dont la notoriété les rassure.

499. En conclusion, il n'est pas possible, comme le fait EDF, de déduire de l'absence de pratiques de prix abusivement bas l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence.

(iv) Sur le lien de causalité entre les pratiques et les restrictions de concurrence

500. Selon EDF, au regard de la pratique décisionnelle, il est nécessaire de démontrer un lien de causalité direct entre les pratiques et les difficultés des entreprises concurrentes, voire leur éviction. La notification de griefs aurait donc dû établir que la perturbation du marché était directement imputable aux pratiques reprochées à EDF. Or, selon EDF, les difficultés de certains acteurs résultent des mutations successives du cadre réglementaire applicable.
501. Il est certain que les difficultés des opérateurs concurrents ne sont pas exclusivement liées aux pratiques mises en œuvre par EDF ENR. L'ensemble des opérateurs interrogés précise en effet clairement que le moratoire de 2010 et la perte de confiance des clients expliquent une grande part de leurs difficultés.
502. Mais les incertitudes liées au changement du cadre réglementaire n'exercent leurs effets qu'à partir de la période septembre 2009-premier trimestre 2010. Elles ne sont donc pas susceptibles d'expliquer la très forte croissance de la part de marché d'EDF ENR sur la période 2007-2009.
503. Sur cette période 2007-2009, la forte et rapide croissance des parts de marché d'EDF ENR, malgré des prix plus élevés que la moyenne du marché, ne peut s'expliquer autrement que par l'utilisation systématique des moyens mis à disposition par EDF. Les actions mises en œuvre par EDF ont eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité.
504. Le changement de cadre réglementaire a en revanche joué un rôle important dans l'évolution du marché à partir de la fin de l'année 2009. L'influence des effets du changement du cadre réglementaire sera étudiée à l'occasion de l'examen des effets de la seconde branche du premier grief.

(v) Sur l'effet anticoncurrentiel des conditions financières de mise à disposition de certains actifs

505. EDF estime que le prix des actifs mis à disposition d'EDF ENR n'a aucune influence sur l'activité d'EDF ENR ou sur sa compétitivité et ne participe donc pas d'un quelconque effet anticoncurrentiel.
506. Mais aucun autre acteur qu'EDF, y compris un acteur aussi efficace, ne pouvait être en mesure de lancer des campagnes promotionnelles de l'ampleur de celles lancées par EDF pour le compte de sa filiale EDF ENR, ce qui a contribué à assécher le marché des

prospects et a participé à la hausse du coût d'acquisition des clients pour les opérateurs concurrents, les empêchant ainsi de réaliser les investissements nécessaires à leur développement.

507. Selon EDF, les coûts supportés pour la mise à disposition des moyens au profit d'EDF ENR sont essentiellement des coûts fixes¹⁷⁰. Dès lors, le prix de cession de ces moyens et son augmentation éventuelle n'auraient aucun impact sur les prix pratiqués par EDF ENR sur le marché et la situation concurrentielle n'en aurait donc pas été changée.
508. Toutefois, le caractère fixe ou variable des charges liées à la mise à disposition des actifs dont a bénéficié EDF ENR dépend de la tarification choisie par EDF pour cette mise à disposition. Des prix de cession plus élevés auraient ainsi pu inciter les deux parties à opter pour une tarification variable, fonction, par exemple du nombre de clients d'EDF ENR, du nombre de coordonnées transmises, ou du nombre de factures sur lequel figurait la mention du Conseil Energie Solaire.
509. A supposer qu'en raison de coûts fixes plus élevés, EDF ENR ait été conduite à augmenter son prix de vente, selon EDF, une telle hausse des prix aurait nui au consommateur et aurait entraîné une perte sèche pour l'économie. Cependant, les moyens mis à disposition d'EDF ENR l'ont avantagée par rapport à ses concurrents sans que ces derniers puissent acquérir, par leurs mérites, des avantages de même nature. A tout le moins, une rémunération de ces ressources plus en ligne avec la valeur de l'apport effectué, en incitant EDF ENR à accroître ses prix, aurait atténué l'ampleur de l'avantage ainsi apporté tout en améliorant la rentabilité du groupe EDF.
510. En définitive, les pratiques mises en œuvre, par leur combinaison et leur ampleur, ont permis à EDF ENR d'acquérir très rapidement une position significative sur le marché grâce à des moyens que ne pouvaient répliquer ses concurrentes, faussant ainsi la concurrence par les mérites. Les actions mises en œuvre par EDF ont eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR et de les marginaliser à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité et leur réputation.

(vi) Les effets pro-concurrentiels des pratiques

511. EDF considère que l'ensemble des moyens de promotion déployés (Conseil Energie Solaire, campagnes de publicité Bleu Ciel...) ont eu des effets économiques favorables en stimulant le développement de l'ensemble de la filière et ont donc indirectement favorisé les concurrents. Elle produit une étude économique en ce sens. Le caractère pro-concurrentiel des pratiques et l'absence de toute volonté de préemption seraient démontrés par la décision d'EDF de développer le partenariat Bleu Ciel, qui a permis l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et par l'absence de toute stratégie de prix bas ultra-compétitifs par EDF.
512. Sur le partenariat Bleu Ciel, il a été répondu plus haut aux paragraphes 368 et suivants ci-dessus à cet argument : très peu d'entreprises photovoltaïques en ont bénéficié car le

¹⁷⁰ Etude économique produite par EDF p 16, cote 4105.

partenariat était destiné à récolter des certificats d'économie d'énergie dont ne bénéficiait pas l'énergie photovoltaïque. Par ailleurs, les particuliers ne pouvaient confondre le « partenariat Bleu Ciel » accordé à un artisan sous-traitant, avec la marque Bleu Ciel d'EDF.

513. Sur la marque Bleu Ciel, EDF ne démontre pas concrètement comment les campagnes déployées autour de cette marque ont pu stimuler la demande. En réalité, la demande pour les panneaux photovoltaïques a été stimulée par l'ensemble des campagnes menées par les pouvoirs publics, et en particulier les incitations fiscales qui ont favorisé la démarche des particuliers en faveur de ce type d'investissement.
514. Quant au Conseil Energie Solaire, EDF considère qu'en offrant « *des informations générales sur l'énergie photovoltaïque* » aux consommateurs, le 3929 « *a également bénéficié aux concurrents d'EDF* » et seulement de manière marginale à EDF ENR, ce qui serait démontré par le faible taux de transformation des prospects en clients du 3929 par rapport au taux de transformation de la plateforme développée ultérieurement par EDF ENR au 3913. Selon EDF, l'usage du 3929, qui vise une clientèle bien plus large, aurait du aboutir à un taux de transformation plus élevé que celui ensuite constaté via le 3913.
515. Il n'est pas contesté que les personnes intéressées par l'installation d'équipements photovoltaïques ayant contacté le Conseil Energie Solaire au 3929 pouvaient choisir de se tourner vers des concurrents d'EDF ENR. Cependant, ils n'y étaient pas incités puisque les conseillers d'EDF qui répondaient au 3929 les orientaient systématiquement vers les offres d'EDF ENR.
516. EDF a elle-même présenté le Conseil Energie Solaire aux conseillers d'EDF répondant au 3929 comme un produit d'appel et EDF ENR a d'ailleurs obtenu par ce vecteur la majorité de ses contacts et de ses ventes sur la période de mise en œuvre des pratiques. A cet égard, les conseillers du 3929 annonçaient dès l'appel entrant du prospect que des offres Bleu ciel d'EDF lui étaient proposées.
517. Par ailleurs, il convient de relever que le bénéfice tiré par les concurrents du Conseil Energie Solaire ne peut être que modéré dans la mesure où la promotion de l'énergie photovoltaïque est déjà effectuée au niveau national par les pouvoirs publics, notamment par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME).
518. C'est également à tort qu'EDF prétend que l'usage du 3929 aurait dû aboutir à un taux de transformation plus élevé que celui du 3913. En effet, à l'époque de l'existence du seul numéro 3929, celui-ci avait vocation à s'adresser à toute personne intéressée par la production d'électricité photovoltaïque. En revanche, lorsque le numéro téléphonique 3913 a été mis en place, il s'agissait d'un véritable outil de prospection destiné à une clientèle souhaitant s'orienter vers les offres d'EDF ENR, le 3929 dispensant alors des conseils généraux sur le secteur photovoltaïque sans aucune référence à ces offres. Le taux de transformation du 3913 est donc naturellement plus élevé que celui du 3929 puisqu'il ne concerne que des clients ayant déjà bien avancé dans leur projet d'installation photovoltaïque.
519. Enfin, en ce qui concerne les prix bas, il a déjà été répondu sur ce point. Les particuliers étant avant tout attirés par la marque et la notoriété d'EDF, l'entreprise pouvait tenir des prix au-dessus du marché sans amoindrir son avantage concurrentiel.
520. En conclusion, si l'Autorité de la concurrence reconnaît que la diversification d'une entreprise en position dominante peut avoir un impact bénéfique sur la concurrence, en dégageant des synergies et en stimulant la concurrence sur ces nouveaux marchés, cela n'est toutefois pas le cas en l'espèce, les effets pro-concurrentiels n'apparaissant nullement

prouvés et les moyens déployés par EDF au profit de sa filiale ne pouvant par leur nature et par leur ampleur que fausser le jeu de la concurrence.

(vii) La mise en œuvre des tests économiques

521. Concernant les tests économiques mis en œuvre en annexe des observations d'EDF, ceux-ci ne sauraient se substituer à l'analyse concrète de l'objet ou des effets réels ou potentiels des pratiques en cause. A juste titre, EDF ne les expose « *qu'à titre complémentaire* ».
522. En l'espèce, la mise en œuvre de ces tests appelle les commentaires suivants.
523. Premièrement, le test du profit sacrifié, qui revient à considérer comme anticoncurrentielles les pratiques se traduisant à court terme par une perte de profit par l'entreprise qui les met en œuvre, n'a de pertinence que pour des pratiques d'éviction qui impliquent un sacrifice. Or, plusieurs exemples de pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre par un opérateur en position dominante ne nécessitent pas de sacrifice et n'en sont pas moins systématiquement condamnées. Il en va par exemple ainsi des pratiques de dénigrement. Au cas d'espèce, les moyens mis en œuvre par EDF n'ont pas nécessairement occasionné de surcoût pour EDF puisqu'il s'agissait pour elle de transférer à sa filiale des actifs et des moyens de promotion qui ne pouvaient être répliqués, amplifiant l'avantage concurrentiel que sa filiale détenait déjà grâce à son appartenance au groupe d'EDF et induisant dans l'esprit des consommateurs une confusion quant au rôle joué par EDF dans la fourniture des services d'EDF ENR.
524. Deuxièmement, le test de l'absence de sens économique, selon lequel des pratiques sont anticoncurrentielles dès lors qu'elles n'ont aucun sens économique pour l'entreprise les mettant en œuvre, en dehors de la réduction ou de l'élimination de la concurrence qu'elles produisent, n'est pas plus probant pour l'analyse du cas d'espèce. En effet, il convient de relever à titre liminaire que l'abus de position dominante est une pratique objective pour laquelle il n'est pas nécessaire de prouver l'intentionnalité de son auteur. Par ailleurs, il est à noter que des pratiques anticoncurrentielles peuvent simultanément revêtir un sens économique, indépendant de l'effet de la pratique sur la concurrence, et un effet anticoncurrentiel. En l'espèce, certaines des pratiques reprochées ont un sens économique car elles permettent à EDF ENR de capter une clientèle à un faible coût (dès lors que le coût marginal d'utilisation de certains actifs est inférieur au coût de développement d'une nouvelle marque), mais cet avantage concurrentiel ne peut être comblé par les concurrents dès lors qu'il résulte de la position dominante acquise par EDF sur le marché de la fourniture d'électricité et de la confusion sur le rôle exact joué par EDF dans la fourniture des services photovoltaïques.
525. Troisièmement, la mise en œuvre du test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace, selon lequel des pratiques sont anticoncurrentielles lorsqu'elles conduisent à la marginalisation ou à l'éviction d'un concurrent aussi efficace que l'entreprise les mettant en œuvre, conduirait, selon l'étude économique produite au soutien d'EDF, à abandonner les griefs notifiés car les pratiques reprochées n'auraient pas conféré à EDF d'avantage concurrentiel auquel les concurrents n'auraient pu répondre. Cependant, les concurrents ne pouvaient répondre à l'utilisation des différents actifs d'EDF au soutien de la commercialisation des offres d'EDF ENR du fait de la position dominante d'EDF sur le marché de la fourniture d'électricité, de l'image qui est la sienne sur les marchés connexes à la fourniture d'électricité, et du coût limité auquel la filiale d'EDF a eu accès à ces ressources. Dans un contexte de marché émergent, puis de crise du secteur, ces pratiques ont contribué à fragiliser les concurrents aussi efficaces, qui ont de fait disparu du marché dès que d'autres difficultés (moratoire, baisse des tarifs, etc.) sont survenues. Tout concurrent aussi efficace

qu'EDF ENR, mais qui n'aurait pas bénéficié de ces avantages tirés de la position dominante de sa maison mère, risquait donc d'être évincé.

526. Au surplus, quand bien même on admettrait que les pratiques ont été à l'origine d'effets bénéfiques pour les particuliers comme le prétend EDF, les éventuels gains d'efficacité qui n'ont d'ailleurs pas été quantifiés par EDF, ne peuvent avoir compensé les effets négatifs des pratiques. En effet, les effets bénéfiques auraient de toutes les façons été limités au Conseil Energie Solaire diffusant des informations générales. Des gains d'efficacité de même nature auraient pu être obtenus au travers d'un conseil énergie solaire totalement distinct des offres d'EDF ENR.
527. Enfin, le test de l'atteinte au surplus du consommateur conduirait selon EDF à conclure que les pratiques ne sont pas anticoncurrentielles car elles n'ont pas entraîné des prix supérieurs pour les consommateurs. Cependant, dès lors que ces pratiques ont permis à EDF ENR de se développer en profitant de l'image d'EDF et de la confusion qui en résultait pour les consommateurs, elles ont également dissuadé EDF ENR de mettre en place d'autres stratégies d'attraction de la clientèle, basées sur les prix ou la qualité, qui auraient pu profiter aux consommateurs. En outre, en faussant la concurrence par les mérites, les pratiques ont également conduit des opérateurs à renoncer à proposer des services photovoltaïques, limitant ainsi la concurrence susceptible de s'exercer sur EDF ENR. Or l'intérêt du consommateur réside également dans la variété de l'offre. Dès lors, contrairement à ce qu'indique EDF dans son mémoire, les pratiques mises en œuvre ne se sont pas traduites par un accroissement du bien-être des consommateurs du fait de la hausse de la variété des offres leur étant proposées.
528. Il est donc établi qu'EDF, en exploitant sa marque propre à l'aide de l'ensemble des moyens de communication dont dispose le fournisseur historique, a détérioré le principe même du fonctionnement concurrentiel du marché en cause, en préemptant de façon irréversible, compte tenu des caractéristiques de l'investissement nécessaire, une part sensible d'un marché limité à un parc relativement étroit.

Sur les effets anticoncurrentiels de la seconde branche du premier grief

529. Entre janvier et mai 2009, il a été mis fin à la mise à disposition de certains éléments immatériels, notamment la marque Bleu Ciel, mais la marque EDF ENR demeure encore aujourd'hui ainsi que la référence par cette marque à l'appartenance au groupe.
530. Ainsi qu'il est rappelé plus haut, il ressort de la jurisprudence que l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais peut devenir anticoncurrentielle au vu des circonstances particulières de sa mise en œuvre, notamment lorsqu'elle conduit à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle, ou parce qu'elle confère un avantage non répliquable en fonction des circonstances particulières du marché.
531. Il convient donc d'examiner les effets potentiels de cette pratique sur le marché. Il a été montré ci-dessus, aux paragraphes 394 à 432 ci-dessous que les caractéristiques du marché en 2009 sont susceptibles de générer l'émergence d'effets anticoncurrentiels, au moins potentiels, du fait de l'usage de la marque de l'opérateur historique. Au nombre de ces caractéristiques figurent la présence d'EDF sur un métier très proche de son marché d'origine, sur lequel il détient une position de quasi-monopole, le caractère émergent de ce marché, sur lequel la demande émane de particuliers vulnérables ayant besoin d'être rassurés par une marque forte, avantage qui ne peut être répliqué par l'offre concurrente composée de PME récentes et sans partenaires industriels identifiables.

532. Ainsi qu'il a été montré ci-dessus, l'usage de la marque d'un opérateur historique peut représenter un avantage concurrentiel non répliquable s'il n'existe sur ce marché aucune marque susceptible de faire contrepoids à la puissance générée par cette marque.
533. Dans ces conditions, le simple usage de la dénomination EDF ENR, combiné aux références très explicites, notamment sur le site internet de cette filiale, à la notoriété et à l'image de la maison mère, ont eu des effets potentiels incontestables, en rendant plus difficile et plus coûteuse l'acquisition par les concurrents d'une notoriété et d'une image de marque de qualité, indispensables pour rassurer les particuliers.
534. Il est certain, comme le souligne EDF, que les difficultés des opérateurs concurrents ne sont pas exclusivement liées aux pratiques mises en œuvre par EDF ENR. L'ensemble des opérateurs interrogés précise en effet clairement que le moratoire de 2010 et la perte de confiance des clients qui en a résulté expliquent une grande part de leurs difficultés.
535. Mais la perte de confiance des particuliers a surtout eu pour conséquence une hausse rapide des frais d'acquisition des clients qui a pesé avant tout sur les opérateurs qui affrontaient un déficit de notoriété. Alors même qu'EDF ENR continuait de jouir, grâce à sa marque, de l'image et de la notoriété d'EDF, les coûts d'acquisition de clientèle des concurrents allaient eux croissants, du fait de la méfiance accrue des consommateurs pour ces offres et du fait de la diminution des ventes.
536. Comme le souligne Solaire Direct, pour elle, « *comme [pour] la plupart des opérateurs interrogés, [...] sur le marché des particuliers, la barrière essentielle à laquelle elle se heurte est le coût d'acquisition d'un client, dont l'augmentation considérable l'a conduite à restructurer son activité résidentielle pour ne plus faire de vente directe* » De 2009 à 2010, « *Solaire Direct a (...) observé une réduction de 30 % du volume de prospects et une augmentation simultanée significative du coût d'acquisition d'un client, multiplié par trois entre 2007 et 2011* »¹⁷¹. Energia fait également état d'une hausse de plus de 50% de ses coûts d'acquisition de la clientèle entre 2008 et 2011¹⁷², Evasol de 180 %.
537. Il est ainsi remarquable que si en 2011, EDF ENR enregistre une forte baisse du nombre de ses contrats (- 58 %), cette baisse demeure bien inférieure à celle d'autres opérateurs importants, comme Solaire Direct (- 77 %), Evasol (- 67%) ou Energia (- 89,5 %).
538. Si Solaire Direct a pu prendre la décision de se retirer du segment résidentiel¹⁷³, Evasol a été placée en liquidation judiciaire en 2012¹⁷⁴, tout comme Sunnco (en mars 2011), Soleil en tête, Admissol, Sun PV, Aehlios, CervinENR (début 2011), S comme Solaire, ou Photon Plus. Ces entreprises étaient pour certaines d'entre elles présentes de manière significative sur le marché, à l'instar de Sunnco¹⁷⁵. De toutes les PME présentes sur le

¹⁷¹ Cote 7052.

¹⁷² Cote 4318.

¹⁷³ Cote 3856.

¹⁷⁴ Cote 4324.

¹⁷⁵ Cote 1725.

marché en 2009, en effet, seules EDF ENR et sa filiale EDF ENR Solaire sont encore actives en 2011.

539. La sortie du marché de l'ensemble de ces acteurs, si elle n'est pas dûe uniquement à l'usage de la marque de la maison mère par la filiale de diversification, a néanmoins été facilitée par celle-ci. L'usage de la marque a eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité, leur réputation, et donc leur survie dans un contexte du marché devenu très difficile.
540. Il ne peut cependant être démontré que ces effets anticoncurrentiels, incontestables dans la période 2009-mi 2010, aient subsisté après cette période, comme il a été établi au paragraphe 413 ci-dessus.
541. Dans la mesure où c'est principalement lors du premier semestre 2010 que les opérateurs locaux se sont développés, la date du 31 mars 2010 qui correspond, sur une base d'évolution linéaire, à la moitié de cette période semestrielle, est retenue comme date de fin des pratiques. En effet, à cette date, le nombre d'opérateurs locaux avait atteint un seuil suffisant pour réduire de manière substantielle l'effet de marque.
542. C'est pourquoi l'Autorité considèrera, de manière favorable à EDF, que la durée de l'abus établi au titre du second grief se limite à la période comprise entre mai 2009 et la fin du mois de mars 2010, soit au milieu du 1^{er} semestre 2010, qui a vu le développement d'opérateurs locaux prendre un véritable essor.
543. Il est donc établi qu'en utilisant la marque et le logo dérivés de ceux d'EDF, en exploitant cette image sur son site internet, EDF a fait profiter sa filiale de mai 2009 à la fin du 1^{er} trimestre 2010 d'un avantage, accordé au surplus à des conditions particulièrement avantageuses, non répliquable par ses concurrents, qui ont produit des effets d'éviction au moins potentiels sur le marché fragile des installateurs de solutions photovoltaïques.

D. SUR L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES

544. Il résulte d'une jurisprudence constante que les articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce visent les infractions commises par des entreprises.
545. Selon la jurisprudence européenne, la notion d'entreprise « *doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. (...) Lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction* » (arrêts de la CJCE du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, points 54 et 55 et de la CJUE du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, C-90/09, non encore publié au Recueil, points 34 et 35).
546. En l'espèce, les pratiques ont été mises en œuvre par EDF SA qui était présente dans le secteur photovoltaïque par le biais de ses deux filiales, EDF ENR puis EDF ENR Solaire. C'est à cette société que les griefs ont été notifiés. Ces pratiques lui sont donc imputables, ce qu'elle ne conteste pas dans ses écritures.

E. SUR LES SANCTIONS

547. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que 101 et 102 TFUE.
548. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « *(s)i le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ».
549. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le (titre VI du livre IV du code de commerce). Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».
550. En l'espèce, l'Autorité appréciera ces critères légaux selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après le « communiqué sanctions »).
551. EDF a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant lui être imposée. La présentation de ces différents éléments ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule compétence.
552. Enfin, l'Autorité peut imposer à chaque entreprise ou organisme en cause plusieurs sanctions dans l'hypothèse où l'intéressé aurait commis plusieurs infractions (arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007, société Bouygues Télécom), comme c'est le cas en l'occurrence, en déterminant chacune d'elles en fonction des critères prévus par le code de commerce (voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge, p. 5) et en vérifiant qu'aucune d'entre elles n'excède le maximum légal applicable.
553. En l'espèce, les pratiques retenues concernent la mise à disposition par EDF au bénéfice de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque (EDF ENR et EDF ENR Solaire), d'une part, de moyens matériels et immatériels (marques, logos, supports de communication, moyens de référencement et de commercialisation) entre novembre 2007 et avril 2009 (première branche du premier grief) et, d'autre part, de la marque et du logo EDF ENR de mai 2009 au 31 mars 2010 (seconde branche du premier grief), leur ayant permis de bénéficier et d'utiliser l'image de marque et la notoriété d'EDF.
554. Est également reprochée à EDF une pratique d'utilisation croisée de la base de clientèle de l'opérateur historique pour assurer la promotion des offres de services photovoltaïques de la filiale EDF ENR, entre novembre 2007 et avril 2009 (second grief).

555. Au cas présent, il sera prononcé deux sanctions distinctes : l'une au titre de la première branche du premier grief et du second grief et l'autre au titre de la seconde branche du premier grief.
556. En effet, les pratiques concernant la première branche du premier grief et le second grief sont de même nature et visent un objectif identique, à savoir avantager les filiales d'EDF actives sur le marché du photovoltaïque dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents sur ce marché.
557. Ces pratiques se sont également déroulées sur la même période (entre novembre 2007 et avril 2009) et se complètent parfaitement. En effet, elles constituent ensemble un cumul d'actions mis en œuvre par EDF pour promouvoir et soutenir les ventes de ses filiales. Le dommage à l'économie produit par les deux infractions n'est donc pas dissociable, les effets potentiels ou réels créés sur le marché par l'une et l'autre de ces infractions n'étant pas identifiables de façon séparée.
558. La seconde branche du premier grief vise quant à elle une pratique qui a commencé en novembre 2007 mais s'est principalement manifestée entre le mois de mai 2009 et le 31 mars 2010, période qui sera retenue pour apprécier la durée de l'infraction. La date de commission des faits ne coïncide donc pas avec celle des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief (entre novembre 2007 et avril 2009). Par ailleurs, tandis que la première branche du premier grief vise le cumul des moyens de promotion mis en œuvre par EDF pour soutenir les ventes de ses filiales EDF ENR et EDF ENR Solaire, la seconde branche concerne, quant à elle, uniquement la mise à disposition d'EDF ENR d'une marque et d'un logo dérivés de ceux d'EDF dont les effets n'ont été vraiment sensibles qu'après 2009, c'est-à-dire postérieurement à la décision de mesures conservatoires de la même date. Les pratiques concernées par l'une et l'autre branche sont donc de durée et d'ampleur différentes. Pour ces raisons, les effets de la pratique après 2009 ont été appréciés de manière séparée.
559. L'Autorité déterminera donc successivement le montant des deux sanctions.

1. SUR LA SANCTION IMPOSÉE AU TITRE DE LA PREMIÈRE BRANCHE DU PREMIER GRIEF ET DU SECOND GRIEF

a) Sur la valeur des ventes

560. Certes, le code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte (arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1997, Société française de transports Gondrand frères, n° 95-16378). Pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif dans le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé (voir, en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 72 ; voir, également, l'arrêt Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 37 et 38), comme cela ressort aussi de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 7 juin 1983, Musique diffusion française/Commission, 100/80, Rec. p. 1825, points 119 à 121, du 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commission, C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, Rec. p. I-7191, point 114).

561. Les catégories de produits et services à prendre en considération sont celles affectées par les pratiques, c'est-à-dire les prestations de services destinées aux particuliers pour la production d'électricité photovoltaïque. A l'époque des faits, EDF, à qui les pratiques sont imputables, était active dans le secteur du photovoltaïque par le biais de ses deux filiales dénommées EDF ENR et EDF ENR Solaire.
562. EDF ENR a commercialisé ses offres photovoltaïques entre novembre 2007 et juillet 2010 et n'a, depuis cette date, plus d'activité en propre dans ce domaine. Jusqu'en juillet 2010, EDF ENR Solaire agissait principalement comme mandataire d'EDF ENR, en commercialisant en son nom et pour son compte ses offres photovoltaïques. Depuis le 1^{er} juillet 2010, EDF ENR Solaire commercialise les offres photovoltaïques destinées aux particuliers en son propre nom et pour son propre compte, sous la marque EDF ENR.
563. Dès lors, la valeur des ventes est constituée de l'ensemble des ventes de prestations de services aux particuliers pour la production d'électricité photovoltaïque réalisées par EDF ENR et EDF ENR Solaire, ce qu'EDF ne conteste pas.
564. Ainsi qu'il a été précisé plus haut, les pratiques, initiées en octobre 2007, se sont poursuivies jusqu'aux mesures conservatoires, le 1^{er} mai 2009.
565. Le paragraphe 37 du communiqué du 16 mai 2011, précité, prévoit que dans la mesure où l'Autorité considère que le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative, elle retient un exercice qu'elle estime plus approprié ou une moyenne d'exercices, en motivant ce choix.
566. En l'espèce, l'année 2008 ne semble pas représentative. En effet, on constate que les effets des pratiques sont plus caractérisés en 2009, les ventes ayant triplé entre 2008 et 2009 (de 20 887 000 à 68 199 000 euros). Par ailleurs, la direction financière d'EDF ENR a indiqué qu'il existait un délai d'environ quatre mois entre la vente et l'installation d'un projet photovoltaïque. Or, le chiffre d'affaires est reconnu de façon comptable à l'installation du projet. Ainsi, un contrat signé en avril 2009 (dernier mois complet de commission des pratiques) n'a donné lieu à une inscription comptable qu'en août 2009.
567. Dans ces conditions, pour le calcul de la valeur des ventes sera prise en considération la moyenne annualisée des ventes de l'année 2008 et des ventes des 8 premiers mois de l'année 2009 (soit la période comprise entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mai, plus quatre mois jusqu'à la fin du mois d'août 2009), ce qui correspond à un montant de 39 811 800 euros.

b) Sur la détermination du montant de base

568. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de base de la sanction imposée à l'entreprise en cause sera déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux aux pratiques constatées. Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de la valeur des ventes retenue pour l'entreprise en cause, démarche qui, comme indiqué plus haut, permettra de proportionner l'assiette de la sanction à la réalité économique des infractions, d'une part, et au poids relatif sur le secteur concerné de chacun des participants, d'autre part.
569. La durée des pratiques, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits (arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Orange France, n° 11-22144) que l'importance du dommage causé à l'économie (arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge ciments e.a., n° 10-17482 et 10-17791), fera l'objet d'une prise en

compte sous ce double angle selon les modalités pratiques décrites dans le communiqué du 16 mai 2011 précité.

Sur la proportion de la valeur des ventes

Sur la gravité des faits

570. Au cas d'espèce, EDF se voit reprocher des pratiques d'abus de position dominante ayant consisté à mettre en œuvre un cumul d'actions visant à favoriser l'activité de ses filiales actives sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque et ayant eu pour effets, au moins potentiels, d'entraver le développement des opérateurs concurrents sur le marché en cause, voire de les évincer.
571. EDF souligne que la procédure d'engagements a été envisagée à plusieurs reprises par les services d'instruction dans ce dossier. Or, l'application d'une telle procédure serait exclue pour les infractions les plus graves. Elle fait également valoir que, sur le marché en cause, EDF ENR n'a pas acquis une position déterminante et que celles des autres acteurs seraient loin d'être figées. EDF invoque également qu'aucune stratégie de préemption n'est démontrée, que les pratiques reprochées ne relèvent pas de la catégorie des infractions les plus graves et qu'elles n'ont produit aucun effet sur le jeu de la concurrence. EDF invoque encore que les éléments du dossier et notamment l'évolution de l'activité des concurrents démontreraient l'absence de toute barrière à l'entrée du marché. Enfin, il appartiendrait à l'Autorité de prendre en considération dans son appréciation de la gravité des pratiques les incertitudes d'ordre réglementaire exceptionnelles qui affectaient à l'époque l'ensemble de la filière photovoltaïque.
572. Mais il y a lieu de relever que l'initiative d'une procédure d'engagements revient à l'entreprise mise en cause et non aux services d'instruction. Or, en l'espèce, les propositions d'engagements faites par EDF ont été rejetées par le Conseil de la concurrence lors de la séance des mesures conservatoires du 24 février 2009. En effet, lors d'une suspension de séance, le Conseil a informé EDF de sa volonté de ne pas poursuivre l'application de la procédure d'engagements car les problèmes de concurrence soulevés dans le cadre de la présente affaire ne pouvaient être résolus de manière satisfaisante par les engagements proposés. Ainsi, contrairement à ce que soutient EDF, l'offre d'engagements a précisément été refusée au regard de la nature des pratiques mises en œuvre.
573. Par ailleurs, il y a lieu de relever qu'EDF a commis des pratiques d'éviction, traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise en situation de position dominante, et a fortiori en situation de monopole ou de quasi-monopole (voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, Rec. p. I-09555, point 275 ; voir également la décision de l'Autorité n° [13-D-11](#) du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, paragraphe 643).
574. Concernant plus particulièrement les pratiques d'utilisation de bases de données commerciales issues d'une situation de monopole légal, l'Autorité a déjà eu l'occasion de souligner qu'elles sont d'une particulière gravité (décision n° [07-D-33](#) du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 96, et décision n° [09-D-24](#) du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, paragraphe 219).

575. En outre, le nombre, le cumul et l'interaction des comportements anticoncurrentiels mis en œuvre en même temps constituent un facteur qui doit être pris en compte au titre de la gravité des faits (cf. décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel du 23 septembre 2010).
576. Au surplus, il apparaît que les comportements anticoncurrentiels en cause procèdent d'une volonté délibérée de bâtir une stratégie marketing globale et cohérente.
577. Enfin, il y a lieu de relever que les pratiques ont été mises en œuvre par l'opérateur historique de l'électricité en France, qui avait, en raison de son statut, la responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur un marché connexe émergent (voir la décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises).
578. Les arguments d'EDF liés à la faible position d'EDF ENR sur le marché, aux effets des pratiques sur la concurrence ou encore aux incertitudes d'ordre réglementaire exceptionnelles qui affecteraient l'ensemble de la filière photovoltaïque ne constituent pas des facteurs d'atténuation de la gravité des pratiques mais relèvent de l'importance du dommage à l'économie. Ils seront donc examinés dans ce cadre.

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

579. Il est de jurisprudence constante que l'importance du dommage causé à l'économie s'apprécie de façon globale pour les pratiques en cause (arrêts de la Cour de cassation du 18 février 2004, CERP e.a., n° 02-11754, et de la cour d'appel de Paris du 17 septembre 2008, Coopérative agricole L'ardéchoise, n° 2007/10371, p. 6).
580. Ce critère légal ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4).
581. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).
582. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés

que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).

583. En l'espèce, il convient d'examiner tout d'abord l'ampleur des pratiques, puis les caractéristiques économiques des activités en cause et enfin les conséquences conjoncturelles ou structurelles des infractions reprochées.

◆ En ce qui concerne l'ampleur des pratiques

584. EDF comme ses filiales spécialisées dans la fourniture de services aux producteurs résidentiels d'électricité photovoltaïque sont actifs sur l'ensemble du territoire national. Les pratiques ont été mises en œuvre par EDF sur tout le territoire et ont pu concerner la totalité des clients potentiels d'EDF.

585. Ainsi, tant la lettre « Bleu Ciel » que les factures d'électricité faisant état du « conseil Energie Solaire » accessible au 3929 ont été adressées à l'ensemble des clients d'EDF résidant en France. Ces derniers représentent la quasi-totalité des clients potentiels d'EDF ENR, puisqu'EDF, à l'époque des faits, détenait des parts de marché très élevées sur le marché de la production et fourniture d'électricité aux clients résidentiels, estimées entre 90 et 95% en 2010. Quant aux campagnes de communication radiophonique ou télévisuelle sur le « conseil Energie Solaire », elles ont été diffusées sur tout le territoire national et ont donc pu toucher tous les consommateurs.

◆ En ce qui concerne les caractéristiques économiques du secteur

586. Afin d'apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité s'attache à prendre en compte les caractéristiques économiques objectives du secteur en cause, dans la mesure où ces dernières sont de nature à influencer sur les conséquences conjoncturelles ou structurelles des pratiques.

587. En premier lieu, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité ont déjà eu l'occasion d'estimer que le dommage à l'économie était d'autant plus important que l'abus a été commis sur un marché émergent, en raison du caractère potentiellement structurant pour le marché d'une telle pratique. En effet, c'est lors de la phase de démarrage d'une activité et d'un marché que les opérateurs bâtissent leur notoriété et peuvent préparer leur développement ultérieur. Il est donc crucial qu'à ce stade initial, le marché soit préservé de pratiques anticoncurrentielles qui peuvent affecter durablement la structure du marché et affaiblir la concurrence en élevant des barrières à l'entrée et en permettant à un opérateur déterminé d'acquérir sur le marché en cause une position déterminante pour l'avenir, au détriment des autres concurrents et, in fine, des consommateurs.

588. En l'espèce, les pratiques d'EDF ont été commises entre 2007 et 2009 sur le marché alors émergent des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque. Le caractère émergent du marché est illustré par la forte croissance des demandes de raccordement au réseau d'EDF enregistrée entre 2008 et 2010. Cette forte croissance a d'ailleurs conduit les pouvoirs publics à limiter les diverses incitations de nature fiscale ou tarifaire, avec pour conséquence un net ralentissement du développement du secteur.

589. En second lieu, le secteur se caractérise par l'atomicité de l'offre et la prépondérance d'acteurs de petite taille, dont l'implantation et la zone d'intervention sont limitées géographiquement. L'essentiel de l'offre était constitué de petites et moyennes entreprises aux marges faibles et à la clientèle limitée. Ces entreprises étaient d'autant plus fragiles qu'à l'inverse d'EDF, elles ne disposaient pas d'une forte notoriété et avaient donc besoin

d'engager d'importants investissements de départ pour capter la clientèle et atteindre une taille suffisante pour perdurer sur le marché et affronter des aléas tels que la crise qui a touché le secteur photovoltaïque à partir de 2010.

590. En troisième lieu, il convient de relever que le dommage causé par les pratiques d'EDF a été accru par le caractère irréversible de l'investissement dans l'équipement photovoltaïque, conçu pour durer vingt ans, et par l'importance de l'investissement nécessaire, tout contrat remporté face à une PME concurrente représentant pour celle-ci une perte sensible et irrémédiable.

◆ En ce qui concerne les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

591. Les pratiques sur le marché de la fourniture de services aux producteurs résidentiels d'électricité photovoltaïque, en permettant aux filiales d'EDF de disposer d'une notoriété importante et sans équivalent sur le marché, ont perturbé le processus concurrentiel qui aurait résulté d'une compétition normale par les mérites.

592. En effet, alors qu'EDF ENR s'est lancé sur le marché après ses concurrents, il a réussi à acquérir une part de marché supérieure à 10% en à peine 2 ans. La comparaison de l'évolution des activités d'EDF ENR et de ses concurrents est aussi particulièrement instructive : sur la période 2007-2009, EDF ENR a obtenu plus de 3000 contrats quand ses principaux concurrents ont enregistré un nombre de contrats supplémentaires limité à 1134 (Evasol) ou 788 (Solaire Direct).

593. Ce fort développement d'EDF ENR ne saurait être attribué à une politique tarifaire agressive d'EDF ENR. Bien au contraire, selon EDF lui-même, les prix moyens d'EDF étaient de l'ordre de 10% supérieurs à ceux de ses principaux concurrents. S'il n'est pas contesté que la progression d'EDF ENR sur le marché puisse résulter de ses propres mérites, les pratiques mises en œuvre par EDF ont selon toute vraisemblance contribué à aider EDF ENR à conquérir des clients au détriment des autres opérateurs, dont la clientèle s'est trouvée plus limitée qu'elle ne l'aurait été en l'absence de pratiques.

594. Les pratiques d'EDF ont donc induit une perte de clientèle pour les autres acteurs du marché. En cela, ces derniers se sont trouvés fragilisés, ne pouvant amortir sur une base de clientèle aussi large qu'elle aurait dû l'être leurs coûts fixes, en particulier leurs investissements consacrés à l'acquisition de clients. Cet affaiblissement était susceptible de limiter la capacité des opérateurs à résister à des chocs sur le marché tels que la crise à partir de 2010 et a donc été de nature à affecter la structure de la concurrence.

595. En outre, la présence sur le marché d'un opérateur mettant en avant ses liens avec EDF a eu pour effet au moins potentiel de dissuader d'autres concurrents d'entrer sur ce marché, en créant une barrière supplémentaire à l'entrée. En effet, pour un nouvel entrant, pénétrer un marché où est déjà présent un grand acteur à la notoriété incontestable requiert d'engager des dépenses de communication et de marketing plus élevées, élevant ainsi le coût d'acquisition du client. Le succès commercial d'un entrant potentiel est apparu plus aléatoire dès lors qu'un acteur présent sur le marché a disposé, du fait des pratiques d'EDF, d'une notoriété pratiquement inégalable.

596. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le dommage causé à l'économie par les pratiques d'EDF apparaît certes limité mais il est certain, dans la mesure où ces pratiques ont favorisé artificiellement le développement d'EDF ENR et affaibli ses concurrents. Pour autant, le fait que l'Autorité ait imposé des mesures conservatoires en 2009 a permis de limiter le dommage à l'économie.

Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes

597. Compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite ci-dessus de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée à l'entreprise en cause, une proportion de 11 % de la valeur des ventes de prestations de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïques réalisées en France par EDF ENR et EDF ENR Solaire.

Sur la durée des pratiques

598. Comme indiqué précédemment, la durée de l'infraction est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes. La jurisprudence de l'Union sur ce point relève d'ailleurs que : « *Si une entente fixe l'état du marché au moment où elle est conclue, sa longue durée peut en rigidifier les structures (...). Le retour à l'état de libre concurrence sera d'autant plus difficile et long que la durée de l'entente aura elle-même été longue* » (arrêt de la Cour de justice du 8 décembre 2011, KME Germany e.a./Commission, C-389/10 P, non encore publié au recueil, point 75).

599. Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités pratiques suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle aux pratiques de l'entreprise en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

600. Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de l'entreprise en cause aux pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

601. Le point de départ des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief est fixé au mois de novembre 2007, date de lancement des offres d'EDF ENR. Ces pratiques ont pris fin au mois de mai 2009 lors de la mise en œuvre des mesures conservatoires prononcées par l'Autorité dans sa décision n° 09-MC-01 du 9 avril 2009.

602. Au cas présent, au-delà des années complètes de participation, l'Autorité retiendra les mois complets de participation au *pro rata temporis*, mais ne retiendra pas les jours allant au-delà du dernier mois complet de participation.

603. La durée individuelle de participation d'EDF aux pratiques est d'un an et cinq mois. Le coefficient multiplicateur retenu sera donc de 1,20.

Conclusion sur la détermination du montant de base

604. Eu égard à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause, le montant de base de la sanction pécuniaire, déterminé en proportion des ventes de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité

photovoltaïque par le biais d'EDF ENR et EDF ENR Solaire, en relation avec les infractions, d'une part, et en tenant compte de leur durée, d'autre part, sera fixé à 5 255 158 €

c) Sur la prise en compte des circonstances propres à EDF

605. L'Autorité s'est ensuite engagée à adapter le montant de base retenu reflétant la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie au regard du critère légal tenant à la situation individuelle de l'entreprise sanctionnée et, quand c'est le cas, du groupe auquel elle appartient.
606. A cette fin, et en fonction des éléments propres à chaque cas d'espèce, elle peut prendre en considération différentes circonstances atténuantes ou aggravantes caractérisant le comportement d'EDF dans la commission des infractions établies, ainsi que d'autres éléments objectifs pertinents relatifs à sa situation individuelle. Cette prise en considération peut conduire à ajuster la sanction tant à la hausse qu'à la baisse.

Sur la puissance économique d'EDF et du groupe auquel elle appartient

607. L'appréciation de la situation individuelle peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause ou du groupe auquel elle appartient (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2004, Colas Midi-Méditerranée e.a., n° 02-15203).
608. La jurisprudence constante des juridictions de l'Union citée au paragraphe 560 ci-dessus va dans le même sens. Tout en indiquant que le recours à la valeur des ventes de l'entreprise en cause permet de proportionner l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de l'infraction et au poids relatif de l'intéressée sur le secteur ou marché en cause, elle rappelle en effet qu'il est légitime de tenir compte, dans le même temps, du chiffre d'affaires global de cette entreprise, en ce que celui-ci est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources (arrêts de la Cour de justice Musique Diffusion Française/Commission, précité, points 119 à 121, et du 26 juin 2006, Showa Denko/Commission, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, points 16 et 17), sans préjudice de l'examen d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive (arrêt du Tribunal du 29 avril 2004, Tokai Carbon e.a./Commission, T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, Rec. p. II-1181, point 242). De fait, la circonstance qu'une entreprise ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d'une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionnée de la sanction pécuniaire (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 71). A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée (arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2012, Séphora e.a., n° 12-14401, 12-14584, 12-14595, 12-14597, 12-14598, 12-14624, 12-14625 et 12-14632 et 12-14648).
609. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 juin 2013, a ainsi confirmé la décision de l'Autorité n° [12-D-02](#) du 12 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme, en retenant que : « L'Autorité était en droit, en application des dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce de relever et de prendre en considération des éléments propres à la

situation individuelle de cette société qui ont été appréciés dans le respect du principe de proportionnalité (...). Considérant que tel est le cas de l'appartenance de Deloitte Conseil a un groupe d'envergure mondiale au sein duquel elle consolide ses comptes, groupe qui dispose de ressources financières très importantes (...) ».

610. En l'espèce, l'Autorité prendra en compte le fait qu'EDF fait partie d'un groupe d'envergure mondiale au sein duquel elle consolide ses comptes. Le groupe EDF dispose de ressources financières très importantes et propose de nombreux services qui s'étendent bien au-delà de ceux en cause dans la présente affaire. En effet, le groupe EDF qui est l'opérateur historique français du secteur de l'électricité est présent sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'électricité : production, transport, distribution, fourniture, et offres de services d'équipement et d'installation d'électricité au profit des acteurs économiques.
611. Le groupe EDF a ainsi réalisé un chiffre d'affaires consolidé au niveau mondial de 72,7 milliards d'euros en 2012, dont plus de la moitié en France. La valeur des ventes retenue comme assiette de la sanction d'EDF SA ne représente ainsi que 0,055% du chiffre d'affaire total du groupe.
612. Eu égard à ce qui précède, le montant de base de la sanction pécuniaire infligée à EDF doit être augmenté de 50 %, et donc porté à 7 882 736 euros.

Sur la réitération

Arguments d'EDF

613. EDF considère que les conditions permettant à l'Autorité de constater la réitération ne sont pas réunies en l'espèce. A cet égard, elle fait valoir tout d'abord que la décision du Conseil n° [00-D-47](#) du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public portait sur une pratique de prix artificiellement bas dans le cadre de marché d'appels d'offres et des pratiques consistant à conclure avec des communes des conventions d'éclairage d'une durée excessive. Or au cas présent, aucune pratique de prix artificiellement bas n'est reprochée à EDF. De même, aucun grief n'a été notifié concernant des pratiques contractuelles abusives du fait de leur durée. EDF soutient ensuite que les pratiques constatées dans la décision n° 00-D-47, précitée concernaient les collectivités territoriales et sont donc tout à fait différentes de celles ici reprochées à EDF qui ont eu lieu sur un marché dont la demande est constituée par les particuliers.

Appréciation de l'Autorité

614. La réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme à s'affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, décision n° [07-D-33](#) du Conseil du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 112). La jurisprudence de l'Union est dans le même sens (arrêt de la Cour de justice du 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, point 47).
615. Il est possible de retenir la réitération lorsque quatre conditions sont réunies :
- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;

- ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d’infraction ;
- ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l’Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le précédent constat d’infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l’entreprise à s’affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e.a., n° 10-12913 et 10-13686 ; voir également pour le rappel des quatre conditions la décision n° 07-D-33, précitée, paragraphes 116 à 126).

◆ Sur l’existence d’un constat antérieur d’infraction

616. EDF a été sanctionnée par la décision n° [00-D-47](#) du 22 novembre 2000 pour avoir enfreint les dispositions de l’article L. 420-2 du code de commerce.
617. Ainsi, une infraction au droit de la concurrence avait été constatée avant la commission des nouvelles pratiques en cause dans la présente affaire, lesquelles ont débuté en novembre 2007.

◆ Sur le caractère définitif, à la date de la présente décision, du constat d’infraction

618. La décision n° 00-D-47 précitée n’ayant pas fait l’objet d’un recours, elle est devenue définitive à l’expiration du délai de recours.

◆ Sur l’identité ou la similitude des pratiques

619. La réitération a pour objet d’appréhender les cas dans lesquels un organisme ou une entreprise précédemment sanctionné pour avoir enfreint les règles de concurrence viole de nouveau ces règles. Pour qu’elle puisse être prise en compte, il suffit que les pratiques en cause soient identiques ou similaires par leur objet, critère qui renvoie pour l’essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, ou en raison de leurs effets, critère qui s’attache davantage à la finalité du comportement poursuivi. Il n’est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les premières pratiques sanctionnées avaient été mises en œuvre. Ainsi, des pratiques d’entente et des comportements unilatéraux peuvent rechercher le même effet d’éviction à l’égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition (voir, en ce sens, arrêt de la cour d’appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., n° 2009/03532, p. 20, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, précité ; voir, également, décision n° 07-D-33, précitée, paragraphe 122).
620. En l’espèce, le 22 novembre 2000, EDF a été sanctionnée pour avoir proposé, dans le cadre de l’obtention de la concession de la distribution d’électricité de la ville de Tourcoing, une offre concernant l’éclairage public de la ville à un prix particulièrement bas, ce qui a dissuadé la ville de procéder à un appel d’offres pour cette prestation et a permis à EDF d’emporter ce marché, qui en outre avait été conclu pour une période de dix ans renouvelable par tacite reconduction. Dans la même décision, il lui avait également été reproché d’avoir conclu avec des communes, pour l’entretien et la maintenance de leur éclairage public, des conventions d’une durée excessive par rapport à l’importance des prestations en cause et des investissements concernés et d’avoir inséré dans ces conventions des clauses de dénonciation qui rendaient plus difficile le recours à un autre prestataire.

621. Les pratiques sanctionnées avaient ainsi pour objet ou pour effet de permettre à un opérateur dominant d'évincer des concurrents du marché. Même si les marchés affectés sont différents, les infractions déjà constatées visaient ainsi le même type de restriction de concurrence qui celui qui a été constaté dans la présente affaire, à savoir évincer les concurrents et donc entraver leur développement.
622. Les infractions ici constatées sont dès lors similaires aux pratiques sanctionnées dans la décision n° 00-D-47 par leur nature et par leur objet.

◆ Sur la période écoulée entre les pratiques incriminées

623. La décision n° 00-D-47 précitée est intervenue en novembre 2000, soit sept ans avant le début des nouvelles pratiques qui ont débuté en novembre 2007.
624. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de considérer qu'EDF se trouve dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 25 % de sa sanction, qui sera ainsi portée à 9 853 420 euros.

Sur la vérification du maximum applicable

625. Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe EDF, qui consolide le chiffre d'affaires de la société EDF SA, était de 72,7 milliards d'euros en 2012. Le montant maximum de la sanction s'élève à 7,27 milliards d'euros en ce qui la concerne. Ce montant est supérieur au montant déterminé conformément aux éléments exposés ci-dessus.

d) Sur le montant final des sanctions imposées au titre de la première branche du premier grief et du second grief

626. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer à EDF une sanction de 9 853 420 euros, arrondie à 9 853 000.

2. SUR LA SANCTION IMPOSÉE AU TITRE DE LA SECONDE BRANCHE DU PREMIER GRIEF

a) Sur la valeur des ventes

627. Au cas présent, pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées aux paragraphes 561 à 563 ci-dessus, la valeur retenue pour asseoir le montant de base de la sanction d'EDF sera constituée de l'ensemble des ventes de prestations de services aux particuliers pour la production d'électricité photovoltaïque réalisées par EDF ENR et EDF ENR Solaire.
628. En l'espèce, sera retenue la même méthode de détermination du montant de base que celle appliquée pour la première branche, à savoir, d'une part, le calcul d'une moyenne aménagée sur la base des exercices 2009 et 2010 et, d'autre part, la prise en compte du décalage de quatre mois existant entre la vente d'un projet photovoltaïque et la date à laquelle cette vente est reconnue de façon comptable.
629. Dans ces conditions, sera prise en considération pour le calcul de la valeur des ventes, la moyenne annualisée des ventes des quatre derniers mois de 2009 (soit de septembre à décembre 2009, correspondant, pour le mois de septembre, à la date de début de la pratique retenue, soit le 1^{er} mai 2009, à laquelle sont ajoutés 4 mois de décalage comptable) et des sept premiers mois de 2010 (soit de janvier jusqu'au mois de juillet 2010, c'est-à-dire

quatre mois après le 31 mars 2010, date de fin retenue pour la pratique en cause), ce qui correspond à un montant de 72 088 455 euros.

b) La détermination du montant de base

Sur la proportion de la valeur des ventes

Sur la gravité des faits

630. En l'espèce, EDF a commis un abus de position dominante ayant consisté à mettre à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque la marque et le logo EDF ENR dans un contexte de marché où une telle mise à disposition a permis aux filiales en cause de bénéficier de la notoriété et de l'image de marque de l'opérateur historique et d'être avantagées dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs. Une telle pratique dont l'objectif est d'évincer les concurrents du marché et/ou de retarder leur développement est qualifiée de grave par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales surtout lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en situation de position dominante, et a fortiori en situation de monopole ou de quasi-monopole (voir la jurisprudence citée au paragraphe 573 ci-dessus).
631. A cet égard, la pratique est d'autant plus grave qu'elle est le fait de l'opérateur historique de l'électricité en France, qui avait, en raison de son statut, la responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur un marché connexe émergent (voir la décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises).
632. En revanche, en sens inverse, il convient de retenir que la pratique ne consiste pas en un ensemble cohérent et systématique de comportements répréhensibles, comme c'est le cas pour la première branche du premier grief et le second grief, mais en la seule utilisation de la marque et du logo EDF ainsi qu'en la mention de l'appartenance au groupe EDF.

Sur l'importance du dommage à l'économie

633. Comme pour la sanction imposée au titre de la première branche du premier grief et du second grief, la pratique en cause a visé l'ensemble du territoire français et a été mise en œuvre sur un marché émergent.
634. Il convient cependant d'analyser les conséquences conjoncturelles et structurelles de la pratique visée par la seconde branche du premier grief.
635. La mise à disposition au bénéfice d'EDF ENR du nom de marque et du logo EDF a fortement contribué à la notoriété d'EDF ENR sur le marché de la fourniture de services aux producteurs résidentiels d'électricité photovoltaïque. Le développement ainsi favorisé de l'activité de cet opérateur sur le marché s'est fait au détriment des autres opérateurs dont la situation s'est trouvée dégradée dans une période particulièrement difficile et dont la capacité à demeurer sur le marché a été limitée voire le plus souvent supprimée.
636. L'évaluation précise du surcroît d'activité d'EDF ENR et de la moindre activité des opérateurs concurrents est délicate dans la mesure où il n'est pas possible de se référer à la situation antérieure à la mise en œuvre des mesures conservatoires, dans la mesure où cette période ne peut être considérée comme reflétant un fonctionnement concurrentiel du marché.
637. Toutefois, par nature, l'effet des pratiques sur la part de marché d'EDF ENR est inférieur à cette part de marché. Or, en 2010 comme en 2011, la part de marché d'EDF ENR est

d'environ 4 %. Dès lors, l'effet des pratiques sur le marché et, partant, le dommage qui en résulte, peuvent être qualifiés de très limités.

Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes

638. Compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite ci-dessus de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée à l'entreprise en cause, une proportion de 3 % de la valeur des ventes de prestations de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïques réalisées en France par EDF ENR et EDF ENR Solaire.

Sur la durée de participation

639. Le point de départ de la pratique visée par la seconde branche du premier grief est fixé au mois de mai 2009, date de la mise en œuvre des mesures conservatoires et de l'abandon de l'usage de la marque Bleu Ciel par EDF pour la commercialisation des offres d'EDF ENR.
640. Ces pratiques doivent être considérées comme ayant pris fin à la fin du mois de mars 2010 pour les raisons exposées aux paragraphes 540 à 541 ci-dessus.
641. Au cas présent, au-delà des années complètes de participation, l'Autorité retiendra les mois complets de participation au *prorata temporis*, mais ne retiendra pas les jours allant au-delà du dernier mois complet de participation.
642. La durée individuelle de participation d'EDF aux pratiques est onze mois. Le coefficient multiplicateur retenu sera donc de 0,91.

Conclusion sur la détermination du montant de base

643. Eu égard à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie par la pratique en cause, le montant de base de la sanction pécuniaire, déterminé en proportion de la valeur des ventes de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque par le biais d'EDF ENR et EDF ENR Solaire, en relation avec l'infraction, d'une part, et en tenant compte de leur durée, d'autre part, sera fixé à 1 968 015 euros.

c) Sur la prise en compte des circonstances propres à EDF

Sur la puissance économique d'EDF et du groupe auquel elle appartient

644. Pour les mêmes raisons qui sont exposées aux paragraphes 610 et 611 ci-dessus, le montant de base de la sanction pécuniaire infligée à EDF sera augmenté de 50 %.

Sur la réitération

645. Pour les mêmes raisons qui sont exposées aux paragraphes 614 à 624 ci-dessus, le montant de base de la sanction pécuniaire infligée à EDF sera augmenté de 25 %.

Sur la vérification du maximum applicable

646. Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe EDF, qui consolide le chiffre d'affaires de la société EDF SA, était de 72,7 milliards d'euros en 2012, dont la moitié réalisé en France. Le montant maximum de la sanction s'élève à 7,27 milliards d'euros en ce qui la concerne. Ce montant est supérieur au montant déterminé conformément aux éléments exposés ci-dessus.

d) Sur le montant final des sanctions imposées au titre de la seconde branche du premier grief

647. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer à EDF, une sanction de 3 690 027 euros, arrondie à 3 690 000 euros.

e) Sur l'obligation de publication

648. Aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, « *l'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise (...). Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».

649. En l'espèce, afin d'informer les consommateurs de la présente décision et de les inciter à la vigilance vis-à-vis des pratiques condamnées au titre d'abus de position dominante par la présente décision, il y a lieu d'ordonner à EDF de faire publier à ses frais, dans les éditions papier du Monde et des Echos, le résumé de la présente décision figurant au point suivant :

650. « *Saisie par Solaire Direct, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 par laquelle elle sanctionne EDF à hauteur de 13 543 000 euros, pour avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité solaire photovoltaïque. En effet, EDF a abusé de la position dominante qu'elle détient en tant qu'opérateur historique sur les marchés de la production, de la distribution et de la fourniture d'électricité en mettant en œuvre des pratiques visant à avantager ses filiales EDF ENR puis EDF ENR Solaire sur le marché du photovoltaïque, dans des conditions qui leur donnaient un avantage non reproductible par leurs concurrents.*

Historique de la procédure : des mesures conservatoires prononcées en 2009

Dans l'attente de sa décision au fond, l'Autorité de la concurrence a prononcé dès 2009 des mesures d'urgences (décision 09-MC-01), en imposant à EDF de mettre fin à certains comportements dénoncés par la plainte.

Des pratiques visant à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs sur le rôle des entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque

Entre novembre 2007 et avril 2009, date du prononcé des mesures conservatoires, EDF a mis en œuvre toute une série d'actions dont l'objectif était de créer une confusion entre, d'une part, l'activité de la société EDF en tant que fournisseur historique d'électricité aux ménages au tarif réglementé et, d'autre part, l'activité de sa filiale EDF ENR sur le marché concurrentiel de l'équipement photovoltaïque.

Ainsi, EDF a assuré la promotion et la commercialisation des offres photovoltaïques de sa filiale EDF ENR en mobilisant l'ensemble des moyens de communication propres à l'opérateur historique :

- *en utilisant la marque Bleu Ciel qui est la marque des offres d'EDF à destination des clients résidentiels, et notamment la marque de la fourniture d'électricité au tarif réglementé,*
- *en mobilisant ses propres agents et l'ensemble des moyens de communication à sa disposition (Lettres Bleu Ciel, factures d'électricité, campagnes publicitaires, site internet, salons et foires...) pour orienter les clients vers la plate-forme téléphonique du Conseil Energie Solaire du 3929, destinée à*

informer les consommateurs tout en assurant la promotion des offres photovoltaïques de la filiale EDF ENR,

- *en utilisant pour ce faire la base de données de ses clients obtenue dans le cadre de sa mission historique de fournisseur d'électricité, avantage qui ne pouvait être reproduit par ses concurrents.*

EDF a ainsi introduit une confusion dans l'esprit des consommateurs qui ne pouvaient soupçonner que les offres photovoltaïques de la filiale EDF ENR n'étaient pas des offres de l'opérateur historique, fournisseur d'électricité.

Après avoir rappelé qu'il n'est pas interdit pour un opérateur historique de se diversifier, l'Autorité a précisé que de telles pratiques, qui ont permis à EDF ENR de profiter de l'avantage procuré par l'image de marque et la notoriété d'EDF dans des conditions de concurrence ne relevant pas de la concurrence par les mérites et non accessibles à ses concurrents, sont constitutives d'abus de position dominante

L'usage de la marque de l'opérateur historique à partir du mois de mai 2009

EDF a renoncé, à partir de cette date, à utiliser ses marques propres et ses moyens de communication pour développer sa filiale. Cependant, elle a maintenu l'usage d'une marque - EDF ENR – et d'un logo dérivés de sa propre marque, bénéficiant toujours ainsi, dans les circonstances particulières de marché qui ont prévalu jusqu'au printemps 2010, d'un avantage concurrentiel non reproductible par ses concurrents.

Le secteur du photovoltaïque : un marché émergent animé par des PME

Les pratiques d'EDF se sont déroulées sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité solaire photovoltaïque, où étaient présents des petites et moyennes entreprises ne disposant pas de marque notoire, ni d'une image de fiabilité à l'instar d'EDF, et qui avaient donc besoin d'engager d'importants investissements pour faire connaître leur marque auprès du public.

Ces pratiques ont donc fait obstacle à toute réelle possibilité de concurrence de la part de ces PME, qui du fait de leurs ressources limitées ne pouvaient répliquer un tel avantage. N'ayant pu atteindre une taille critique, les entreprises spécialisées dans cette activité ont d'ailleurs toutes disparu en 2010, lors de la crise qui a frappé le secteur en raison des changements règlementaires sur les tarifs de rachat de l'électricité photovoltaïque.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi qu'EDF a enfreint, dans les conditions décrites aux paragraphes 297 à 432 ci-dessus, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ainsi que celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'une part, en mettant à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque, au surplus dans des conditions financières avantageuses, des moyens matériels et immatériels qui ont permis à ces dernières de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété, et, d'autre part, en utilisant les données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur historique d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR, entre novembre 2007 et avril 2009.

Article 2 : Il est établi qu'EDF a enfreint, dans les conditions décrites aux paragraphes 391 à 432 ci-dessus, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ainsi que celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en mettant à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque la marque et le logo EDF ENR qui ont permis à ces dernières, compte tenu des caractéristiques du marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété entre le mois de mai 2009 et le 31 mars 2010.

Article 3 : Au titre de l'infraction visée par l'article 1^{er}, il est infligé à EDF une sanction de 9 853 000 euros.

Article 4 : Au titre de l'infraction visée par l'article 2, il est infligé à EDF une sanction de 3 690 000 euros.

Article 5 : EDF fera publier à ses frais le texte figurant au paragraphe 650 de la présente décision dans les journaux « Les Echos » et « Le Monde » en respectant la mise en forme. Cette publication interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : « *Décision de l'Autorité de la concurrence n°13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque* ». Elle pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. Les personnes morales concernées adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure, copie de cette publication, dès leur parution et au plus tard le 15 février 2014.

Délibéré sur le rapport oral de M. Eric Maurus et l'intervention de M. Etienne Pfister, rapporteur général adjoint, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, et MM. Jean-Philippe Cotis et Noël Diricq, membres.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La vice-présidente,
Elisabeth Flüry-Hérard