

## Concessions d'électricité [2]

# Règles communautaires de mise en concurrence

Le renouvellement dans les prochaines années des concessions de distribution d'électricité soulève la question des conditions de passation de ces contrats: leur conclusion peut-elle encore déroger aux règles de mise en concurrence? La directive «électricité» n'encadre pas expressément la passation des concessions de distribution d'électricité.

### LES AUTEURES



**MARIE-HÉLÈNE  
PACHÉN-LEFEVRE,**  
avocat associé



**CÉCILE FONTAINE,**  
avocat à la cour  
SCP Seban et associés

Dans un précédent article (1), nous concluons que les règles de droit interne applicables à la passation des délégations de service public ne devraient pas trouver à s'appliquer aux concessions de distribution publique d'électricité. Nous allons à présent étudier ce sujet sous l'angle du droit communautaire.

## 1. La directive «électricité»

La directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité permet aux Etats membres de désigner les organismes chargés de la distribution de l'électricité sur leur territoire. Aux termes de l'article 24 de cette directive, en effet, «les Etats membres désignent ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique, un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution».

Ces dispositions n'indiquent pas si la désignation des gestionnaires de réseaux doit être ou non précédée de mesures assurant la transparence de la procédure de désignation. Il y a là une différence notable avec la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz, dont l'article 4 dispose que «lorsque les Etats membres ont un système d'autorisations, ils fixent des critères objectifs et non discriminatoires que doit respecter l'entreprise qui sollicite une autorisation pour construire et/ou exploiter des installations de gaz naturel» (2).

Pour autant, l'absence de mention expresse, dans la directive «électricité», de toute règle de transparence ne saurait être interprétée comme autorisant la dévolution des concessions de distribution d'électricité de gré à gré (3). En effet, la directive «électricité» encadre expressément la désignation des gestionnaires de réseaux de distribution. Cette désignation

doit se faire pour «une durée à déterminer par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique». De sorte que contrairement à ce que prévoit la loi française, les gestionnaires de réseaux ne devraient pas pouvoir être désignés sans limitation dans le temps.

Les dispositions de l'article 24 de la directive «électricité» laissent également entendre qu'il est nécessaire de pouvoir revoir de manière périodique les conditions dans lesquelles le service de la distribution est confié à un opérateur.

A cela, on ajoutera que la désignation en droit communautaire des «Etats membres» renvoie à toute organisation au sein desdits Etats. La désignation des gestionnaires de réseaux de distribution pourrait ainsi résulter de contrats de concession conclus pour une durée limitée et ayant vocation à être renouvelés.

En tout état de cause, il n'est pas exclu que des mesures de publicité et de transparence trouvent à s'imposer, sur le terrain du droit communautaire, sur d'autres fondements que sur celui de la directive sectorielle qui régit le marché intérieur de l'électricité.

## 2. Autres dispositions communautaires applicables

### Principes fondamentaux consacrés aux articles 49 et 56 du traité sur l'Union européenne

Il y a lieu tout d'abord de se demander s'il ne devrait pas résulter des articles 49 et 56 du traité sur l'Union européenne (4), qui consacrent les principes fondamentaux de libre prestation de services et de liberté d'établissement, une obligation de transparence en matière de concessions de distribution de l'électricité.

A cet égard, il convient de rappeler les termes de la décision de la Cour de justice des communautés européennes en date du 21 juillet 2005, «Coname» (5). Saisie dans le

### Dans la même série, à lire dans «la Gazette»

• «La dérogation française au régime de publicité», «la Gazette» du 19 septembre 2011, pp. 62-63.

cadre d'une question préjudicielle, la Cour de justice était invitée à se prononcer sur la légalité de la passation d'une convention de gestion des installations de distribution de gaz conclue entre une commune italienne et une société italienne. La Cour de justice a jugé dans cette affaire que les principes de libre prestation de services et de liberté d'établissement consacrés par «les articles 43 et 49 CE s'opposent, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service de distribution du gaz à une société de capitaux majoritairement publics et dont la commune détient une participation de capital à hauteur de 0,97%, si cette attribution ne répond pas à des exigences de transparence qui, sans nécessairement constituer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise sur le territoire d'un Etat membre autre que ladite commune puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée, de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession». Un certain nombre d'auteurs considèrent que cette solution, bien que rendue à propos d'une concession de distribution du gaz, devrait pouvoir être transposée aux concessions de distribution d'électricité (6). Si l'on suit cette analyse, il faudrait considérer que les concessions de distribution d'électricité ne peuvent être renouvelées sans que certaines mesures propres à assurer la transparence de leur passation aient été au préalable effectuées.

### Possibilité de déroger aux règles de mise en concurrence en application de l'article 106 du traité sur l'Union européenne ?

Il reste à présent à déterminer si les concessions de distribution d'électricité pourraient être dispensées des règles de mise en concurrence en application des dispositions de l'article 106 du traité sur l'Union européenne. Aux termes de ces dispositions, les «entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans

#### À NOTER

**Pour apprécier la conformité au droit communautaire des dérogations aux règles de la concurrence, «il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise».**

les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie». La jurisprudence communautaire est venue préciser les conditions dans lesquelles la dérogation prévue à l'article 106 du traité sur l'Union européenne peut être appliquée. Ainsi, la Cour de justice a jugé que pour apprécier la conformité au droit communautaire des dérogations aux règles de la concurrence, «il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise» (7).

On comprend donc que l'obstacle à l'accomplissement de la mission d'intérêt général peut être matériel ou lié à l'équilibre financier du service (sont prises en considération les contraintes de service public: soumission à un cahier des charges, obligation en terme de desserte, contraintes tarifaires, etc.).

On notera également que la règle posée à l'article 106 du traité sur l'Union européenne est d'interprétation stricte: l'exception à la mise en concurrence ne sera justifiée que

#### À NOTER

**L'exception à la mise en concurrence ne sera justifiée que s'il est établi que l'application des règles de la concurrence ne crée pas seulement une difficulté mais rend impossible l'accomplissement de la mission d'intérêt général.**

s'il est établi que l'application des règles de la concurrence ne crée pas seulement une difficulté mais rend impossible l'accomplissement de la mission d'intérêt général (8). Sur ces bases, si l'on peut aisément admettre que la société ERDF est chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, au sens du droit communautaire, compte tenu des sujétions qui lui sont imposées de par la loi et les cahiers des charges des concessions, il reste à déterminer si, pour le bon accomplissement de ce service, il est nécessaire de déroger aux règles de mise en concurrence, ou tout du moins de transparence, applicables aux concessions de service. Deux raisons sont principalement invoquées pour justifier le caractère dérogatoire des concessions de distribution d'électricité:

- l'existence d'un monopole naturel tenant au caractère interconnecté des réseaux de distribution d'électricité;

- la nécessité de garantir la péréquation nationale.

Durant les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 7 décembre 2006 sur le secteur de l'énergie, le rapporteur de la loi indiquait que l'exclusivité de la distribution «peut être conservée en vertu d'un intérêt général supérieur, en l'occurrence l'obligation de procéder à une péréquation des coûts de distribution» (9). De la même manière, un auteur relève que «certains ouvrages [de distribution] ont une dimension supra-concessive et dépassent le périmètre d'une concession» (10).

Néanmoins, des éléments paraissent de nature à remettre en cause ces arguments.

Tout d'abord, le fait que le réseau de distribution constitue une infrastructure essentielle ne s'oppose pas, par principe, à ce que sa gestion soit confiée à un opérateur à la suite d'une procédure de mise en concurrence. Tel est le cas dans d'autres secteurs d'activité.

D'un point de vue technique, il est déjà possible aujourd'hui d'assurer les interconnexions entre le réseau des distributeurs non nationalisés et celui exploité par la société ERDF. Il suffit que ces réseaux partagent les mêmes règles techniques, ce qui est le cas du fait de l'application des prescriptions techniques arrêtées par la voie réglementaire.

On relèvera également que la péréquation est déjà en partie assurée hors le champ du monopole légal institué au profit de la société ERDF, via des fonds: le Fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE) qui finance les investissements réalisés sur les réseaux en zone ru- (•••)

#### RÉFÉRENCES

**Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.**

### À LIRE

«La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz», P. Sablière, *Contrats publics*, n° 88 mai 2009, p.28.

(•••) rale et le Fonds de péréquation de l'électricité (FPE) qui a vocation à «répartir entre les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité les charges résultant de la mission d'exploitation des réseaux publics» (11). Inversement, on observe que le monopole légal confié à la société ERDF ne semble plus garantir aujourd'hui l'offre d'un service de la distribution publique d'électricité de qualité (12), étant précisé que le service de la distribution exploité par les distributeurs non nationalisés est généralement jugé de bonne qualité. D'ailleurs, dès à présent, dans certaines concessions rurales, l'autorité concédante réalise d'avantage d'investissements sur le réseau de distribution que le concessionnaire lui-même (raccordements, enfouissement des réseaux, notamment).

Au vu de l'ensemble de ces éléments, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité de maintenir le monopole institué par la loi au profit du distributeur désigné nationalement au regard des dispositions de l'article 106 du traité

### À NOTER

 La Commission européenne envisage d'adopter des dispositions pour harmoniser le régime des concessions de service au niveau communautaire.

sur l'Union européenne. Ce monopole est-il véritablement nécessaire pour garantir le bon accomplissement du service public de la distribution d'électricité?

La très prochaine arrivée à échéance de concessions de distribution d'électricité sur le territoire

national donnera sans doute l'occasion d'apporter quelques éléments de réponse supplémentaires à cette question.

Et d'ores et déjà, un recours a été formé à l'encontre de l'avenant conclu, en 2009, par la Ville de Paris pour prolonger de quinze ans la durée de sa concession de distribution d'électricité qui arrivait à échéance. Il sera intéressant de voir si, dans cette affaire, le juge fait application du droit communautaire pour juger qu'une concession de distribution d'électricité doit être précédée de formalités de publicité et de transparence.

On ajoutera, enfin, que la Commission européenne envisage d'adopter des dispositions pour harmoniser le régime des concessions de service au niveau communautaire. Ces dispositions pourraient être insérées dans le cadre de directives existantes ou faire l'objet d'une directive spécifique. L'adoption du futur régime communautaire des concessions de services sera peut-être l'occasion de clarifier les règles de passation applicables aux concessions de distribution d'électricité.

Mais d'ores et déjà, les collectivités territoriales et leurs groupements, en leur qualité d'autorités organisatrices de

la distribution d'électricité, doivent prendre la mesure de leur concession de distribution d'électricité.

Au-delà des interrogations liées au service public de la fourniture d'électricité, inclus dans les contrats de concession actuellement en cours, et dont l'évolution donne par ailleurs lieu à des débats importants, les autorités concédantes doivent obtenir de leurs concessionnaires les éléments essentiels sur l'organisation du service public de la distribution d'électricité, ses caractéristiques, la qualité du service, la valorisation et le régime de propriété des ouvrages concédés, l'économie de leur contrat de concession... Autant d'éléments indispensables pour le renouvellement à venir de leur concession.

Et, en parallèle, dans la perspective d'une éventuelle ouverture à la concurrence des concessions de distribution d'électricité, d'autres interrogations plus pratiques devront encore se poser notamment sur le choix du mode de gestion retenu pour le service de la distribution (régie/délégation de service public sous forme concessive/définition du périmètre des travaux laissés sous maîtrise d'ouvrage du concédant), la définition des modalités de publicité et de transparence (13), ou encore la mise en œuvre d'un mécanisme de péréquation nationale.

### À RETENIR

➤ **Monopole.** Alors que la Commission européenne envisage d'adopter des dispositions pour harmoniser le régime des concessions de service au niveau communautaire, on peut s'interroger sur la possibilité de maintenir le monopole institué par la loi française au profit du distributeur désigné nationalement au regard des dispositions de l'article 106 du traité sur l'Union européenne.

(1) Voir «La dérogation française au régime de publicité», «la Gazette» du 19 septembre 2011, pp. 62-63.

(2) Voir sur l'application de ces dispositions de la directive «gaz» par le juge national, TA Caen, 15 novembre 2005, préfet de l'Orne, BJCP 2006 n°45, p.124.

(3) Pour une interprétation contraire, voir «A propos des concessions locales de distribution d'électricité, évitons les surtensions!», S. Nicinski, AJDA 2010, p. 1737.

(4) Ex-articles 43 et 49 du traité instituant la Communauté européenne.

(5) CJCE, 21 juil. 2005, Coname, aff. C-231/05.

(6) Voir notamment en ce sens, «La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz», P. Sablière, *Contrats publics*, n°88 mai 2009, p. 28; «A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité: sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension», P. Terneyre, AJDA 2009, p. 1640.

(7) CJCE, 27 avril 1994, Ce d'Almelo, aff. C-393/92.

(8) En ce sens, CJCE 30 janv. 1974, BRT, aff. 127/73; CJCE, 13 déc. 1991, RTT, aff. C-18/88.

(9) Séance du 20 octobre 2006, JO Sénat, p. 6985.

(10) «A propos des concessions locales de distribution d'électricité, évitons les surtensions!», S. Nicinski, précité.

(11) Voir les articles L.121-29 et suivants du Code de l'énergie.

(12) Voir le rapport de la CRE d'octobre 2010 sur la qualité de l'électricité qui constate une dégradation de la qualité due à une insuffisance d'investissements sur les réseaux de distribution d'électricité.

(13) Articles L.1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ou procédure ad hoc.