

# FLORILÈGES DU DROIT PUBLIC

---

RECUEIL DE MÉLANGES EN L'HONNEUR DE  
JEAN-PIERRE BOIVIN

INSTITUT DE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES  
VINGT ANS DE DROIT PUBLIC AU BARREAU DE PARIS

*Éditions La Mémoire du Droit*

# VERS UNE OUVERTURE À LA CONCURRENCE DES CONCESSIONS DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ?

*Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE\*<sup>1</sup>*

Sous l'impulsion du droit communautaire, le secteur de l'électricité a fait l'objet, depuis une dizaine d'années, d'un certain nombre de réformes successives en vue de procéder à la libéralisation progressive de cette activité; la plus récente de ces réformes étant celle introduite par la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite « loi NOME »<sup>2</sup>.

Ainsi, depuis 2007, tous les consommateurs finals d'électricité, y compris les clients domestiques, peuvent librement choisir le fournisseur de leur choix. De surcroît, la loi NOME tend à favoriser le développement de ce marché concurrentiel en instituant un dispositif qui permet à l'ensemble des fournisseurs d'acheter de l'électricité à des conditions économiques équivalentes à celles résultant, pour EDF, de l'utilisation du parc nucléaire; l'objectif étant de parvenir à ce que les opérateurs alternatifs puissent proposer des prix aussi compétitifs que ceux de l'opérateur historique de manière à rendre leurs offres attractives pour l'ensemble des consommateurs<sup>3</sup>.

Parallèlement à cette libéralisation du marché de la vente de l'électricité, les contrats de concession conclus pour le service de la distribution d'électricité demeurent encore strictement encadrés par le droit français. La plupart de ces concessions d'électricité ont été signées au début des

---

\* *Avocat à la Cour, Associée du Cabinet Seban & Associés, IDPA Promotion 1995. Cet exposé est tiré d'une conférence prononcée à l'occasion du Parcours de droit public pour célébrer les vingt ans de l'IDPA.*

<sup>1</sup> Article écrit avec la précieuse collaboration de Cécile FONTAINE, Avocat à la Cour, SCP Seban & Associés.

<sup>2</sup> Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010, dite loi NOME.

<sup>3</sup> Au 30 septembre 2010, la part de marché des fournisseurs alternatifs sur le marché de détail de l'électricité pour les clients résidentiels est de 5,2 % (Source: *Observatoire du troisième trimestre 2010* publié par la Commission de régulation de l'énergie, [www.cre.fr](http://www.cre.fr)).

années 1990 pour une durée de trente ans sur la base d'un même modèle de cahier des charges<sup>4</sup>. Ces contrats vont donc arriver à échéance dans les prochaines années.

Leur renouvellement prochain donne lieu à un foisonnant débat juridique au sein de la doctrine universitaire sur la question de savoir si ces contrats doivent ou non être précédés de formalités de publicité et de mise en concurrence<sup>5</sup>.

On peut en effet se demander si les dérogations aux règles de mise en concurrence prévues tant par le droit interne (II) que par le droit communautaire (III) peuvent valablement s'appliquer aux concessions de distribution d'électricité.

Mais, d'emblée, on présentera brièvement l'organisation du secteur de l'électricité (I).

## **I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES CONCESSIONS DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ : DES CONCESSIONS LOCALES CONFIEES À UN OPÉRATEUR DÉSIGNÉ AU NIVEAU NATIONAL**

### **A- Les différentes composantes du service public de l'électricité**

La loi distingue quatre composantes dans le service public de l'électricité<sup>6</sup>:

- la production (le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité);

---

<sup>4</sup> Le modèle de cahier des charges des concessions d'électricité a été établi par le biais d'un accord entre la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR) et EDF en 1992.

<sup>5</sup> Voir notamment, J. Bernard, *L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence Telaustria ?*, JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 octobre 2009, 1961 ; G. Bouquet et E. Buttery, *Vers la fin d'un droit de préférence accordé aux concessionnaires de transports et de distribution d'électricité et de gaz*, AJDA 2006, p. 964 ; S. Nicinski, *À propos des concessions locales de distribution d'électricité. Évitions les surtensions !*, AJDA 2010, p. 1737 ; P. Sablière, *La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz*, Contrats publics, n° 88, mai 2009, p. 28 ; P. Terneyre, *À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité : sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension*, AJDA 2009, p. 1640.

<sup>6</sup> Les composantes du service public de l'électricité sont définies à l'article 2 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

- le transport (l'acheminement de l'électricité sur les lignes à haute et très haute tension de plus de 50 kV);
- la distribution (l'acheminement de l'électricité jusqu'aux sites de consommation, sur les lignes à haute tension et basse tension inférieure à 50 kV);
- la fourniture de l'électricité (la vente d'électricité, étant précisé que la mission de service public de la fourniture d'électricité consiste en la vente de l'électricité aux tarifs réglementés).

Les activités de production et de transport d'électricité sont gérées au niveau national : les installations de production sont exploitées par des opérateurs soumis à un régime d'autorisation ministérielle et l'activité de transport est confiée à la société Réseau Transport d'Electricité (RTE), filiale d'EDF dans le cadre d'une convention conclue entre RTE et l'État<sup>7</sup>;

Les activités de distribution et de fourniture d'électricité en revanche font l'objet de concessions locales, étant précisé que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public d'électricité, l'activité de fourniture d'électricité était assimilée à l'activité de distribution publique d'électricité.

La présente étude porte sur le service de la distribution publique d'électricité.

## **B - Le paradoxe du mode de gestion du service public de la distribution d'électricité**

L'activité de distribution d'électricité est placée sous le régime de la concession locale depuis la loi du 15 juin 1906 *sur les distributions d'énergie* et ce régime n'a pas été remis en cause lors de la nationalisation du secteur de l'électricité en 1946. Ainsi, quand le législateur a, par la loi du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, confié le monopole du service public de l'électricité à EDF, alors constitué sous la forme d'un établissement public national, il lui a également transféré les concessions locales d'électricité<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Un avenant à la convention du 27 novembre 1958 a été conclu entre RTE et l'État le 30 octobre 2008 pour l'exploitation du réseau de transport jusqu'au 31 décembre 2051 (voir le décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006 *approuvant le cahier des charges type de concession au réseau public de transport*).

<sup>8</sup> On précisera néanmoins que la loi du 8 avril 1946 a exclu les distributeurs non nationalisés de cette nationalisation dans leur zone de desserte historique.

L'activité de fourniture d'électricité ayant été, à l'origine, assimilée à l'activité de distribution publique d'électricité, ces concessions locales ont pour objet, d'une part, le service public de la distribution, à savoir l'exploitation et le développement des réseaux de distribution d'électricité, lesquels appartiennent aux collectivités concédantes, et d'autre part, le service public de la fourniture d'électricité, à savoir la vente de l'électricité aux tarifs réglementés.

La loi du 10 février 2000 précitée est venue réaffirmer le caractère local des services publics de la distribution et de la fourniture en désignant les collectivités territoriales comme autorités organisatrices de ces activités<sup>9</sup>.

Lors de la création, le 1<sup>er</sup> janvier 2008, d'Electricité Réseau De France (ERDF), sous forme de société anonyme filiale d'EDF, l'ensemble des droits et obligations tenant au service public de la distribution d'électricité détenus par la société EDF au titre des concessions d'électricité a été transféré à ERDF<sup>10</sup>. De sorte qu'aujourd'hui, les concessions de distribution et de fourniture d'électricité constituent ou sont réputées constituer des conventions tripartites liant l'autorité organisatrice de ces activités de service public à la société ERDF (pour la mission de distribution d'électricité) d'une part, et à la société EDF (pour la mission de fourniture) d'autre part.

En définitive donc, le service public de la distribution d'électricité constitue une mission de service public local, déléguée à un opérateur désigné par le législateur au niveau national. C'est là tout le paradoxe du mode de gestion de cette activité.

### **C - L'existence des distributeurs non nationalisés aux côtés de l'opérateur national historique**

Des distributeurs non nationalisés interviennent également dans la gestion du service public de la distribution d'électricité aux côtés de l'opérateur historique qu'est la société ERDF.

En effet, en 1946, la loi de nationalisation du secteur de l'électricité a permis aux distributeurs non nationalisés, qui avaient été institués avant

<sup>9</sup> Voir l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>10</sup> Cette séparation juridique a été imposée par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie*.

l'entrée en vigueur de ce texte par certaines communes ou groupements de communes, de continuer à exercer l'activité de distribution publique d'électricité dans les limites territoriales des collectivités concernées. Ces organismes sont constitués sous forme de régies, de sociétés d'économie mixte ou bien encore de sociétés d'intérêt collectif agricole pour l'électricité (SICAE). La loi NOME prévoit désormais la possibilité pour ces distributeurs non nationalisés de prendre la forme d'une société publique locale.

Les zones de desserte des distributeurs non nationalisés demeurent néanmoins très circonscrites à l'échelle nationale puisque la société ERDF exploite environ quatre-vingt-quinze pour cent des réseaux de distribution d'électricité qui couvrent le territoire métropolitain.

Ces zones n'ont d'ailleurs pas vocation à s'étendre. Les distributeurs non nationalisés ne peuvent pas distribuer de l'électricité au-delà des limites territoriales de la commune ou du groupement de communes qui les a institués<sup>11</sup>.

En revanche, des auteurs s'accordent pour dire que « rien n'interdit en théorie aux communes ou groupements de communes concernés de confier à l'expiration de ces concessions le service à EDF et non plus à la régie qui n'est maintenue en tant que telle par effet des dispositions de l'article 23 de la loi de nationalisation que dans sa zone de compétence propre »<sup>12</sup>. Et l'observation vaut sans doute également pour les distributeurs non nationalisés qui sont constitués sous d'autres formes que la régie. La « loi de 1946 laisse ainsi subsister la possibilité théorique d'une candidature d'EDF, que la loi charge aussi du service public de l'électricité »<sup>13</sup>.

En définitive donc, la société ERDF dispose d'un droit « exclusif » pour assurer l'exploitation du service public de la distribution d'électricité sur le territoire de toutes les communes qui ne se sont pas dotées avant 1946 d'un distributeur non nationalisé ; mais à l'inverse, le droit des distributeurs non nationalisés ne devrait pas être « exclusif » puisqu'il devrait toujours être possible pour la société ERDF d'intervenir sur le périmètre de compétence des distributeurs non nationalisés.

---

<sup>11</sup> Voir notamment, CE, 27 novembre 2002, *SICAE de la région de Péronne*, req. n° 246764 ; voir également en ce sens, P. Sablière, « La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz », *CJEG*, numéro hors série, 1993, p. 222.

<sup>12</sup> P. Sablière précité, p. 222.

<sup>13</sup> L. Richet, note dans *AJDA*, mars 2006, p. 481.

C'est dans ce contexte et à l'aune de ces considérations préalables qu'il convient d'apprécier si la passation des concessions de distribution publique d'électricité doit ou non faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence.

## II. LA POSSIBILITÉ DE DÉROGER AUX RÈGLES DE MISE EN CONCURRENCE AU REGARD DU DROIT INTERNE

### A- Les concessions de distribution publique d'électricité répondent à la définition de la convention de délégation de service public

On relèvera tout d'abord que, de par leurs caractéristiques, les concessions de distribution publique d'électricité semblent répondre à la définition de la délégation de service public telle que posée à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, aux termes duquel « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Cette définition reprenant les critères posés par la jurisprudence pour qualifier les conventions de délégation de service public<sup>14</sup>.

Précisément, les concessions de distribution publique d'électricité ont bien pour objet l'exploitation d'une mission de service public : l'article 2 de la loi du 10 février 2000 précité qualifiant expressément de service public la mission d'exploitation et de développement des réseaux de distribution publique d'électricité.

On relèvera également que l'article 1<sup>er</sup> du modèle de cahier des charges des concessions de distribution d'électricité établi au niveau national par la FNCCR et EDF indique explicitement que le concessionnaire exploite le service à ses risques et périls.

Au surplus, on observera que la rémunération du concessionnaire est directement perçue auprès des usagers du service, fût-ce à des tarifs régle-

---

<sup>14</sup> CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/Commune de Lambesc*, Rec. p. 137; CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône c/Commune de La Ciotat*, AJDA 1999, p. 364; CE 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, AJDA 1999, p. 517; CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-Ouest et Marnais (SMITOM)*, AJDA 1999, p. 714.

mentés au niveau national, étant précisé que ces tarifs sont calculés sur la base des charges liées à l'exploitation du service<sup>15</sup>.

On ajoutera sur ce point que la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne est venue préciser la notion de risque d'exploitation en en retenant une interprétation relativement souple. La Cour de justice a ainsi jugé que « le fait que, dans le cadre d'un contrat portant sur des services, le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers suffit pour que ce contrat soit qualifié de concession de service [...] dès lors que le cocontractant prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur, même si ce risque est, dès l'origine, très limité en raison des modalités de droit public de l'organisation du service »<sup>16</sup>.

Des décisions rendues par le Conseil d'État abondent dans ce sens<sup>17</sup>.

En conséquence, les concessions de distribution publique d'électricité constituent bien des conventions de délégation de service public au sens de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales<sup>18</sup>.

Il convient alors de déterminer si les concessions de distribution publique d'électricité sont de nature à répondre à l'un des cas dans lesquels les délégations de service public peuvent être dispensées des formalités de publicité et de mise en concurrence préalables.

### **B - Les concessions de distribution d'électricité présentent-elles un caractère unilatéral justifiant de déroger aux règles de mise en concurrence ?**

On relèvera en premier lieu que le Conseil d'État refuse de faire application des règles de passation codifiées aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales aux délégations de service public dévolues par la voie réglementaire ou législative<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Voir à ce sujet les conditions de fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE), lesquelles sont définies à l'article 4 de la loi du 10 février 2000 précitée.

<sup>16</sup> CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08.

<sup>17</sup> CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, req. n° 288459 ; CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, req. n° 289234.

<sup>18</sup> Voir en ce sens, S. Nicinski, *À propos des concessions locales de distribution d'électricité, Évitions les surtensions !*, AJDA 2010, p. 1737.

<sup>19</sup> CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux*, req. n° 249832.

Or, comme indiqué plus haut, le titulaire des contrats de concession de distribution publique d'électricité est « imposé », par l'effet de la loi, aux autorités organisatrices, à tout le moins s'agissant des collectivités qui, n'ayant pas institué de distributeurs non nationalisés avant la nationalisation du secteur, sont tenues de confier le service public de la distribution d'électricité à la société ERDF.

On pourrait alors être tenté d'en déduire que les concessions de distribution publique d'électricité n'ont pas véritablement de caractère contractuel. Plus exactement, on pourrait considérer que le service public de la distribution d'électricité est confié à la société ERDF par le législateur et qu'à ce titre, cette société devrait être regardée comme étant titulaire d'une délégation de service public unilatérale.

Une telle analyse nous semble cependant devoir être écartée d'emblée.

En effet, la loi elle-même consacre expressément le caractère contractuel des concessions de distribution d'électricité puisque l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales dispose que les collectivités locales, en leur qualité d'autorités organisatrices du service public de la distribution d'électricité, « négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions ».

Autrement dit, si le législateur désigne un concessionnaire « obligé », il prend soin de renvoyer expressément aux collectivités territoriales le soin de négocier et de conclure les contrats de concession de distribution d'électricité. C'est donc le cahier des charges de ces concessions qui définit les conditions d'exploitation du service public de la distribution d'électricité.

Par voie de conséquence, il nous semble exclu de soutenir que les concessions de distribution publique d'électricité présenteraient en réalité un caractère unilatéral et seraient, à ce titre, dispensées des règles applicables aux conventions de délégation de service public.

### **C - L'existence d'un monopole institué par la loi au profit des opérateurs historiques chargés de la distribution publique d'électricité**

Il convient à présent d'examiner si ces concessions de distribution publique d'électricité peuvent échapper à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux délégations de service public au motif que ces contrats relèvent de l'une des exceptions visées à l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales.

On sait, en effet, que les dispositions relatives aux conventions de délégations de service public, fixées aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, ne s'appliquent pas, aux termes de l'article L. 1411-12 de ce code, « lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise », ou « lorsque ce service est confié à un établissement public [...] à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ».

S'agissant de la seconde exception susvisée – un service public confié à un établissement public dont les statuts mentionnent cette activité dans son objet –, celle-ci a longtemps justifié que les collectivités publiques puissent s'écarter du régime des délégations de service public s'agissant des concessions attribuées à EDF ou GDF.

C'est ainsi que le Tribunal administratif de Nice a refusé d'appliquer la procédure de passation des conventions de délégation de service public instituée aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales à une concession de distribution de gaz conclue entre un syndicat départemental et la société Gaz de France, alors établissement public<sup>20</sup>.

Cependant, cette exception ne saurait désormais jouer, dès lors que la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* a fait d'EDF et de GDF des sociétés anonymes, et non plus des établissements publics<sup>21</sup>. C'est également sous forme de société anonyme que la société ERDF a été créée.

---

<sup>20</sup> TA Nice, 24 mai 2006, *Préfet des Alpes Maritimes*, req. n° 0403082.

<sup>21</sup> En ce sens, Ch. Maugué, note dans BJCP, n° 48 de 2006, sous le jugement du Tribunal de Nice susvisé.

C'est donc aujourd'hui naturellement au sujet de la première exception susvisée, à savoir le monopole légalement institué, que la question de l'application aux concessions de distribution publique d'électricité des dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales se pose avec acuité.

Il convient ainsi de déterminer si la loi « institue un monopole au profit » de la société ERDF en matière de distribution publique d'électricité.

D'emblée, la question se pose de la coexistence de l'opérateur historique avec les distributeurs non nationalisés. Plus exactement, dans la mesure où, sur le territoire national, la société ERDF n'est pas le seul opérateur qui est, en vertu de la loi, habilité à assurer la distribution publique de l'électricité puisque les distributeurs non nationalisés peuvent également exercer cette activité dans le ressort de leur zone de desserte historique, peut-on considérer qu'un monopole est institué au profit de la société ERDF dans ce secteur ?

Sur ce point, on se référera à l'importante décision rendue par le Conseil constitutionnel s'agissant de Gaz de France<sup>22</sup>.

Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel était invité à apprécier si l'alinéa 9 du Préambule de 1946 de la Constitution – lequel indique que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » – s'opposait, en substance, à la « privatisation » de GDF instituée par le projet de loi déféré à sa censure.

Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que « la notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ».

---

<sup>22</sup> Décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006 DC relative à la Loi sur le secteur de l'énergie.

Le Conseil constitutionnel a ensuite pris soin de relever que « les activités de distribution ont été confiées non seulement à Gaz de France, mais aussi à des distributeurs non nationalisés par la loi du 8 avril 1946; que, depuis la loi du 13 juillet 2005 susvisée, ces activités sont ouvertes, en dehors des zones de desserte historique de ces opérateurs, à la concurrence de l'ensemble des entreprises agréées ».

Le Conseil constitutionnel concluait « dans ces conditions, que la société Gaz de France ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 » après avoir également constaté que les activités de production, de stockage et de fourniture du gaz naturel ont été libéralisées.

Ce faisant, l'existence des distributeurs non nationalisés a constitué l'une des circonstances prises en considération par le Conseil constitutionnel pour conclure que l'activité exploitée par Gaz de France ne présentait pas les caractéristiques d'un monopole de fait.

De la même manière, le Tribunal administratif de Poitiers a explicitement refusé de faire application de l'exception concernant l'institution légale d'un monopole prévue à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales s'agissant d'une concession de fourniture d'électricité conclue entre un syndicat d'électricité gérant une régie de distribution d'électricité et la société d'économie mixte que ce syndicat avait constituée<sup>23</sup>.

Plus précisément, le Tribunal administratif de Poitiers a semblé considérer que si la société d'économie mixte concernée est, dans sa zone de desserte, seule à pouvoir intervenir en dérogation au monopole d'EDF – en sa qualité de distributeur non nationalisé –, cela ne suffit toutefois pas à faire admettre l'existence d'un monopole au bénéfice de cette entité, dès lors que la loi du 8 avril 1946 laisse subsister la possibilité, fût-ce théorique, d'une candidature d'EDF, sur ce même territoire. Le Professeur Laurent Richer observe ainsi qu'« on se trouvait donc en situation de duopole et non de monopole »<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> TA Poitiers, 29 juin 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres*, req; n° 0401875 et 0401995, note L. Richer AJDA 2006, p. 481.

<sup>24</sup> Voir note L. Richer sur TA Poitiers, 29 juin 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres*, susvisée, AJDA 2006, p. 481.

Dans le même sens, lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 10 février 2000 sur la modernisation et le développement du service public de l'électricité, il avait été fait référence à la notion de « quasi-monopole » pour décrire la situation dans laquelle se trouvait alors EDF dans le secteur de la distribution publique d'électricité compte tenu de l'existence des distributeurs non nationalisés<sup>25</sup>.

Dans ces conditions, on pourrait au premier regard considérer que, sur le plan national, la société ERDF se trouve en situation, non pas de monopole, mais de « quasi-monopole » du fait de l'existence de « situations de duopole » sur certaines parties du territoire, de sorte que l'exception prévue à l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales s'agissant des monopoles institués par la loi ne trouverait pas à s'appliquer en matière de concessions de distribution d'électricité.

Pour autant, le raisonnement suivi par le Tribunal administratif de Poitiers pour les distributeurs non nationalisés ne saurait être transposé à la société ERDF dans la mesure où justement – comme précédemment indiqué –, il est en théorie toujours possible pour les collectivités concernées de renoncer au distributeur non nationalisé qu'elles ont institué et de confier le service public de la distribution d'électricité à la société ERDF.

En d'autres termes, s'il existe, sur le territoire national, plusieurs organismes qui peuvent exploiter le service public de la distribution d'électricité, la compétence d'ERDF est « exclusive », en ce sens que les collectivités qui ne s'étaient pas dotées d'un distributeur non nationalisé ne peuvent confier l'activité de distribution d'électricité qu'à ERDF, la loi n'autorisant aucune autre entité économique à exercer cette mission.

Il n'est dès lors pas exclu que l'« exclusivité » instaurée par la loi au bénéfice de la société ERDF puisse être analysée comme un « monopole » au sens de l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales. De sorte que les dispositions relatives à la publicité et à la mise en concurrence applicables aux conventions de délégation de service public ne devraient pas trouver à s'appliquer aux concessions de distribution publique d'électricité.

---

<sup>25</sup> Voir le rapport n° 2122 de Monsieur Christian Bataille enregistré à l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> février 2000.

Si la loi française nous paraît pouvoir être interprétée comme dispensant les concessions de distribution publique d'électricité de formalités de publicité et de mise en concurrence préalable, le juge administratif, s'il était saisi, pourrait écarter cette dérogation et faire application de règles communautaires en vertu du principe, désormais bien établi, selon lequel le droit communautaire primaire (Traités) comme dérivé (directives, règlements) l'emporte sur les lois, même postérieures.

### **III. LA POSSIBILITÉ DE DÉROGER AUX RÈGLES DE MISE EN CONCURRENCE AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE**

#### **A- Ce que prévoit la directive « électricité »**

On observera tout d'abord que le droit communautaire permet aux États membres de désigner les organismes chargés de la distribution de l'électricité sur leur territoire.

En effet, l'article 24 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité indique que « les États membres désignent ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer par les États 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 26 juin 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz. En effet, aux termes de l'article 4 de cette directive, « lorsque les États 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 ».

Et, c'est d'ailleurs sur le fondement de ces dispositions de la directive « gaz » que le Tribunal administratif de Caen a censuré une concession de dis-

tribution de gaz conclue de gré à gré entre une collectivité et Gaz de France, au motif que cette convention était contraire au droit communautaire<sup>26</sup>.

Plus précisément, le Tribunal administratif de Caen a considéré que les dispositions de l'article L.1411-12 du Code général des collectivités territoriales portant exception aux règles de publicité et de mise en concurrence « ne pouvaient fonder l'octroi sans mise en concurrence d'une concession de distribution de gaz », dès lors que « ces dispositions étaient devenues incompatibles avec les objectifs de non discrimination fixés par la directive ».

Il reste que cette solution ne devrait pas aussi simplement trouver à s'appliquer aux concessions de distribution d'électricité dès lors que la directive « électricité » ne comporte pas de disposition équivalente à celles figurant à l'article 4 de la directive « gaz ».

Pour autant, l'absence de mention expresse, dans la directive « électricité », de toute mise en concurrence ne saurait être interprétée comme autorisant la dévolution des concessions de distribution d'électricité de gré à gré<sup>27</sup>.

En premier lieu, on notera que 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 États 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.

En tout état de cause, il n'est pas exclu que des mesures de publicité et de mise en concurrence 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.

---

<sup>26</sup> TA Caen, 15 novembre 2005, *Préfet de l'Orne*, BJCP 2006 n°45, p. 124.

<sup>27</sup> Pour une interprétation contraire, voir S. Nicinski, *À propos des concessions locales de distribution d'électricité, Évitions les surtensions !*, précité.

## **B - Les autres dispositions communautaires susceptibles d'être appliquées**

D'emblée, on écartera l'application, aux concessions de distribution d'électricité, de la directive 2004/18/CE applicable aux marchés publics.

Comme cela a été évoqué plus haut en effet, on peut penser que les concessions de distribution et de fourniture d'électricité ne répondent pas à la définition de marché public de service au sens de cette directive, compte tenu du mode de rémunération de leur titulaire, ni probablement à la définition de concession de travaux au sens de la même directive dans sa rédaction en vigueur, compte tenu de la nature de l'objet principal des concessions d'électricité.

En revanche, il convient d'apprécier si les articles 49 et 56 du Traité sur l'Union européenne<sup>28</sup>, qui consacrent les principes fondamentaux de libre prestation de services et de liberté d'établissement, emportent par là-même une obligation de transparence en matière de concessions de distribution de l'électricité.

A cet égard, il convient de s'arrêter sur l'importante décision de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 21 juillet 2005, *Coname*<sup>29</sup>.

Saisie dans le 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 tout d'abord constaté « que l'attribution d'une telle concession n'est régie par aucune des directives par lesquelles le législateur communautaire a réglementé le domaine des marchés publics » et que c'est donc « à la lumière du droit primaire, et plus particulièrement des libertés fondamentales prévues par le traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions ».

---

<sup>28</sup> Ex-articles 43 et 49 du Traité instituant la Communauté européenne.

<sup>29</sup> CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03.

La Cour de justice a ensuite jugé 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 État 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<sup>30</sup>.

Si l'on suit cette analyse, il faudrait alors considérer que les concessions de distribution d'électricité ne peuvent être renouvelées sans que certaines mesures propres à assurer la transparence et la concurrence aient été au préalable effectuées.

Il resterait alors naturellement à apprécier la nature précise de ces règles.

Dans l'affaire *Coname* précitée, on l'a vu, la Cour de justice n'impose pas qu'il soit nécessairement procédé à un appel d'offres en bonne et due forme ; de simples mesures de publicité devraient suffire.

On relèvera cependant que la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée, dans d'autres affaires, à retenir une interprétation plus stricte des principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services.

---

<sup>30</sup> Voir notamment en ce sens, J. Bernard, *L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence Telaustria?*, JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 octobre 2009, p. 1961 ; G. Bouquet et E. Buttery, *Vers la fin d'un droit de préférence accordé aux concessionnaires de transports et de distribution d'électricité et de gaz*, AJDA 2006, p. 964 ; P. Sablière, *La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz*, Contrats publics, n° 88 mai 2009, p. 28 ; P. Terneyre, *À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité : sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension*, AJDA 2009, p. 1640.

La Cour a ainsi pu juger dans l'affaire *Parking Brixen* que « l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences des articles 43 et 49 non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non discrimination et de transparence »<sup>31</sup>.

Dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général a pris soin de relever que la procédure de mise en concurrence applicable aux concessions de services – à ce jour non soumises à des procédures *ad hoc* de mise en concurrence issues de quelque directive communautaire – n'avait pas à être en tout point conforme à la procédure d'appel d'offres définie par les directives communautaires applicables aux marchés publics. Mais il a cependant jugé que des modalités de mise en concurrence devaient être mises en œuvre avant l'attribution d'une concession de services, de simples formalités de publicité n'étant pas suffisantes<sup>32</sup>.

On observera enfin que, faisant application de cette même jurisprudence communautaire, le Conseil d'État a jugé, s'agissant d'une concession conclue en matière de transports publics, que la passation des délégations de service public présentant un intérêt communautaire devait être précédée de formalités de publicité adéquate permettant à tout opérateur intéressé installé sur le territoire d'un autre État membre de faire part de son intérêt pour cette convention<sup>33</sup>.

### **C - La possibilité de faire application de la dérogation aux règles de mise en concurrence prévue en matière de service d'intérêt économique général ?**

Il reste enfin à déterminer si les concessions de distribution d'électricité ne pourraient pas être dispensées des règles de mise en concurrence en application des dispositions de l'article 106 du Traité sur l'Union européenne<sup>34</sup>.

Aux termes de ces dispositions en effet :

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, [...] »

<sup>31</sup> CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458-03.

<sup>32</sup> Voir le texte de ces conclusions dans *BJCP* n° 43, 2005, p. 454.

<sup>33</sup> CE, 1<sup>er</sup> avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n° 323585.

<sup>34</sup> Ex-article 86 du Traité instituant la Communauté européenne.

2. 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 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. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. »

Les dispositions de l'article 106 du Traité sur l'Union européenne reposent sur les trois principes suivants :

- la neutralité du droit communautaire en vertu de laquelle les règles communautaires en matière de concurrence s'appliquent quel que soit le régime public ou privé de l'entreprise concernée ;
- la liberté pour les États membres de définir les droits spéciaux ou exclusifs qu'ils estiment nécessaires aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général ;
- et enfin la proportionnalité qui impose que les restrictions apportées à la concurrence et aux libertés liées au marché intérieur doivent être strictement nécessaires à l'exercice de la mission du service d'intérêt économique général.

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, dans une affaire concernant la légalité d'une clause d'achat exclusif consentie à une entreprise de distribution d'électricité aux Pays-Bas, 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 »<sup>35</sup>.

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).

---

<sup>35</sup> CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92.

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 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<sup>36</sup>.

Certains auteurs considèrent que c'est de l'application des dispositions de l'article 106 du Traité sur l'Union européenne que dépend toute la question de l'ouverture à la concurrence des concessions d'énergie<sup>37</sup>.

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 applicables aux concessions de service.

Ainsi, le rapport de Monsieur Christian Bataille sur le projet de loi de modernisation et de développement du service public de l'énergie (loi adoptée le 10 février 2000), fait explicitement mention des dispositions figurant aujourd'hui à l'article 106 du Traité sur l'Union européenne pour justifier « que l'exécution de missions d'intérêt général puisse prévaloir sur l'application des règles de concurrence »<sup>38</sup>.

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 ;
- et la nécessité de garantir la péréquation nationale.

Ce sont ces mêmes raisons qui avaient été mises en exergue pour justifier l'absence de mise en concurrence des concessions de distribution publique de gaz.

---

<sup>36</sup> En ce sens, CJCE, 30 janvier 1974, *BRT*, aff. 127/73 ; CJCE, 13 décembre 1991, *RTT*, C-18/88.

<sup>37</sup> L. Richer, *Distribution du gaz : le droit communautaire peut-il autoriser à déroger au principe de publicité ?*, *ACCP*, novembre 2005, p. 65.

<sup>38</sup> Rapport précité.

Ainsi, dans sa décision précitée sur Gaz de France, le Conseil constitutionnel a relevé qu'il y a, dans ce domaine, « une limitation [...] à la liberté contractuelle » des collectivités territoriales « qui trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution »<sup>39</sup>.

On ajoutera que, 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, comme cela est précisé à l'article 8 »<sup>40</sup>.

De la même manière, le Professeur Sophie Nicinski relève que « certains ouvrages [de distribution] ont une dimension supra-concessive et dépassent le périmètre d'une concession »<sup>41</sup>. Elle poursuit : « La nécessaire péréquation tarifaire amplifie cette dimension nationale ».

Pourtant, plusieurs arguments nous paraissent de nature à remettre en cause ces analyses.

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, tel que le secteur des communications électroniques.

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 déjà le cas du fait de l'application des prescriptions techniques arrêtées par la voie réglementaire.

---

<sup>39</sup> Décision n° 2006-543 précitée.

<sup>40</sup> Séance du 20 octobre 2006, JO Sénat, p. 6985.

<sup>41</sup> S. Nicinski, *À propos des concessions locales de distribution d'électricité, Évitions les sur-tensions !*, précité.

On relèvera également que la péréquation est déjà en partie assurée hors le champ du monopole légal institué au profit de la société ERDF, par l'intermédiaire de fonds :

- le Fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE) qui finance les investissements réalisés sur les réseaux en zone rurale ;
- le Fonds de péréquation de l'électricité (FPE) qui a vocation à couvrir le déficit des concessions non rentables des distributeurs non nationalisés.

Inversement, on observera 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<sup>42</sup>, 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). Ces autorités concédantes disposent donc de moyens importants en termes de compétences techniques.

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 de la société ERDF au regard des dispositions de l'article 106 du Traité sur l'Union européenne. Ce monopole est-il véritablement nécessaire pour garantir le bon accomplissement du service public de la distribution d'électricité ?

La 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. Cela conduira alors à d'autres interrogations, plus pratiques, portant notamment sur le choix du mode de gestion retenu pour le service de la distribution (régie/concession), la définition des modalités de mise en

---

<sup>42</sup> 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.

concurrence (articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ou procédure *ad hoc*?), ou encore la mise en œuvre d'un nouveau mécanisme de péréquation nationale.

*COLLECTION DE LA FACULTÉ JEAN MONNET :*

- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations* (Contrats, Engagements unilatéraux, legs), réimpression de la 3<sup>e</sup> édition de 1927
- CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire (thèse 1954)
- CORNU Gérard, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public* (thèse 1951)
- DARESTE Rodolphe, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, réimpression de la 1<sup>re</sup> édition de 1862
- TEISSIER Georges, *La responsabilité de la puissance publique* (Extrait du Répertoire du droit administratif sous la direction de L. Becquet)

