

Concessions d'électricité [1]

La dérogation française au régime de publicité

Le secteur de l'électricité fait l'objet, depuis une dizaine d'années, de réformes successives tendant à la libéralisation progressive du marché de la vente de l'électricité. Le renouvellement à venir des concessions donne lieu à un foisonnant débat juridique sur la question de savoir si ces contrats doivent ou non être précédés de formalités de publicité et de mise en concurrence.

LES AUTEURS



MARIE-HÉLÈNE PACHEN-LEFEVRE,
avocat associé



CÉCILE FONTAINE,
avocat à la cour
SCP Seban et associés

Parallèlement au développement du marché concurrentiel de la fourniture d'électricité, les contrats de concession pour le service de la distribution publique et la fourniture d'électricité demeurent strictement encadrés par le droit français. La plupart de ces concessions d'électricité ont été signées au début des années 1990 pour une durée d'environ trente ans sur la base d'un même modèle de cahier des charges (1). Ces contrats vont donc arriver à échéance dans les prochaines années. Le renouvellement à venir des concessions donne lieu à un foisonnant débat juridique sur la question de savoir si ces contrats doivent ou non être précédés de formalités de publicité et de mise en concurrence (2). On peut en effet se demander si des dérogations aux règles de mise en concurrence prévues peuvent encore valablement s'appliquer aux concessions d'électricité. Compte tenu de l'étendue du sujet, seule est étudiée ici la question de la mise en concurrence du service de la distribution publique d'électricité et non de celui de la fourniture d'électricité, lequel fait néanmoins l'objet des concessions d'électricité en cours. Ce sujet sera étudié, dans une première partie, au regard du droit interne et, dans une seconde, sous l'angle du droit communautaire. En droit interne, si les concessions de distribution d'électricité répondent bien à la définition de la délégation de service public (lire I), elles sont néanmoins dispensées des règles de passation applicables à cette catégorie de contrats (lire II).

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 (4). La loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public d'électricité est venue réaffirmer le caractère local du service public de la distribution d'électricité en désignant les collectivités territoriales comme autorités organisatrices de ces activités (Code général des collectivités territoriales (CGCT),

À NOTER

La loi du 10 février 2000 désigne les collectivités territoriales comme autorités organisatrices du service public de distribution d'électricité.

art. L.2224-31 et Code énergie, art. L.111-54). Ainsi, le service public de la distribution d'électricité constitue une mission de service public local, mais est confiée à un opérateur désigné par le législateur au niveau national. Cet opérateur est aujourd'hui la société

Electricité réseau de France (ERDF) qui, lors de sa création le 1^{er} janvier 2008, s'est vue transférer 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 (5). De par leurs caractéristiques, les concessions de distribution publique d'électricité répondent à la définition de la délégation de service public (CGCT, art. L.1411-1).

Ces contrats ont en effet pour objet l'exploitation d'une mission de service public. L'article L.121-2 du Code de l'énergie qualifie expressément de service public la mission d'exploitation et de développement des réseaux de distribution publique d'électricité. Au surplus, dans le cadre des concessions de distribution d'électricité, la rémunération du concessionnaire est directement perçue auprès des usagers du service, fût-ce à des tarifs réglementés au niveau national, étant précisé que ces tarifs sont calculés de manière à compenser les charges liées à l'exploitation du service tout en assurant une juste rentabilité des capitaux investis par le gestionnaire des réseaux de distribution d'électricité (6). De telles modalités de rémunération sont compatibles avec la notion de risque d'exploitation telle qu'elle a été récem-

1. Des délégations de service public

L'activité de distribution publique d'électricité consiste en l'acheminement de l'électricité jusqu'aux sites de consommation sur les lignes à haute tension et basse tension inférieure à 50 kV. Ce service est placé sous le régime de la concession locale depuis la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie (3) 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

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

• « La soumission aux règles communautaires de concurrence et de transparence ».

ment précisée par la Cour de justice de l'Union européenne pour pouvoir qualifier un contrat de concession de service. 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 » (7). Les concessions de distribution publique d'électricité répondent donc à la définition de délégation de service public au sens de la jurisprudence consacrée à l'article L.1411-1 du CGCT (8). Il convient alors d'examiner si ces concessions de distribution publique d'électricité sont susceptibles de relever de l'une des exceptions visées à l'article L.1411-12 du CGCT pour pouvoir échapper à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence issues de la loi « Sapin ».

2. Un monopole institué par la loi au profit des opérateurs historiques

C'est naturellement à l'exception tenant à l'existence d'un monopole légal à laquelle on pense lorsque l'on se pose la question de savoir si les concessions de distribution d'électricité sont dispensées des règles de passation de la loi « Sapin ». Ces dispositions (CGCT, art. L.1411-1 et s.) ne s'appliquent pas, aux termes de l'article L.1411-12 de ce même code, « lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ». On s'interroge alors, s'agissant du secteur de la distribution publique d'électricité, sur la coexistence de l'opérateur historique avec les entreprises locales de distribution (ex-distributeurs non nationalisés.), lesquelles ont été autorisées par le législateur, en 1946, à continuer à exercer l'activité de distribution publique d'électricité dans les limites territoriales des collectivités qui les ont instituées (Code de l'énergie, art. L.111-54). Dans la mesure où, sur le territoire national, la société ERDF n'est pas le seul opérateur qui, en vertu de la loi, est habilité à assurer la distribution publique de l'électricité puisque les entreprises locales de distribution 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 au

sens de l'article L.1411-12 du CGCT? Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 10 février 2000, 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 entreprises locales de

À NOTER

Il reste toujours possible pour une collectivité de renoncer à l'entreprise locale de distribution qu'elle a instituée sous réserve alors de confier le service public de la distribution d'électricité à la société ERDF.

entreprise locale de distribution ne pouvant confier l'activité de distribution d'électricité qu'à ERDF, la loi n'autorisant aucune autre entité économique à exercer cette mission. Cette compétence exclusive, instaurée par la loi au bénéfice de la société ERDF, peut être analysée comme un « monopole » au sens de l'article L.1411-12 du CGCT. De sorte que les règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux délégations de service public ne devraient pas trouver à s'appliquer aux concessions de distribution publique d'électricité. Mais si la loi française peut 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.

À RETENIR

- **DSP.** Les concessions de distribution publique d'électricité répondent donc à la définition de délégation de service public.
- **Dispense nationale.** D'après la compétence exclusive d'ERDF, dans le cas où une collectivité ne s'est pas dotée d'une entreprise locale de distribution, la loi peut être interprétée comme dispensant les concessions de distribution publique d'électricité de publicité et de mise en concurrence préalable.

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010, portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite loi NOME.
- Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne qui autorise le gouvernement à fixer, par voie d'ordonnance, les règles nécessaires pour transposer la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009.

(1) 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.

(2) Voir notamment : « L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence *Telaustria*? », J. Bernard, JCP Entreprise et Affaires n°41, 8 octobre 2009, 1961; « Vers la fin d'un droit de préférence accordé aux concessionnaires de transports et de distribution d'électricité et de gaz », G. Bouquet et E. Buttery, AJDA 2006, p.964; « A propos des concessions locales de distribution d'électricité, Evitons les surtensions! », S. Nicinski, AJDA 2010, p.1737; « 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.

(3) La plupart des dispositions législatives applicables au secteur de l'électricité sont au-

jourd'hui codifiées dans le Code de l'énergie (voir l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie).

(4) Néanmoins la loi du 8 avril 1946 a exclu les entreprises locales de distribution (ex-distributeurs non nationalisés) de cette nationalisation dans leur zone de desserte historique (voir l'article L.111-54 du Code de l'énergie).

(5) Cette séparation juridique a été imposée par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, voir les articles L.111-57 et suivants du Code de l'énergie.

(6) Les conditions de fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (Turpe) sont définies aux articles L.341-2 et suivants du Code de l'énergie; voir également « Les enjeux financiers des concessions », C. Escallier, « La Gazette » 7 juin 2010, p.54.

(7) CJUE, 10 septembre 2009, Eurawasser, aff. C-206/08.

(8) Voir en ce sens, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité, évitons les surtensions! », S. Nicinski, AJDA 2010, p.1737.

(9) Voir rapp AN n°2122 de C. Bataille, 1^{er} févr. 2000.