

Responsabilités et contrôle des autorités organisatrices

Didier SEBAN

Avocat à la Cour



D'importants changements et d'importantes responsabilités

Je crois que, dans la période actuelle, nous devons craindre le statu quo lorsque tout change. EDF était autrefois une entreprise publique, elle est devenue une société privée. Nous n'avions il y a encore pas si longtemps ni de médiateur national de l'énergie, ni d'autorité nationale de régulation, alors que de nos jours ces différents acteurs interviennent à divers titres. Tout a changé dans ce secteur et il serait illusoire de croire que seules les concessions et la manière dont elles doivent être à la fois organisées et gérées sont figées une fois pour toutes. J'entends le discours de certains opérateurs considérant que des contraintes liées à l'informatique les empêchent de transmettre aux autorités organisatrices, leurs cocontractants, les éléments de gestion et de patrimoine qu'elles réclament, et ce à des mailles pertinentes, celles de la concession et de chacune de leurs communes membres. Cette carence dans la transmission de l'information freine les démarches de contrôle. Et l'objection de la qualification d'informations commercialement sensibles (ICS) invoquées trop souvent par certains concessionnaires semble juridiquement inopérante car inopposables dans bien des cas, a fortiori aux autorités organisatrices en charge du contrôle. Depuis des années les systèmes d'information des opérateurs historiques devraient être performants or il n'en est rien. Quand une collectivité reçoit une compétence pour organiser un service public et qu'elle décide d'en confier l'exploitation à un tiers, celui-ci ne peut lui opposer aucun secret ou contrainte, qu'il soit d'ordre technique ou commercial. La collectivité cocontractante doit exercer ce pouvoir de contrôle de manière

quasi absolue. Par détermination de la loi, les collectivités sont les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité. Si un incident climatique avait lieu, certains usagers pourraient être enclins à reprocher aux autorités concédantes de n'avoir pas pris les mesures nécessaires ou pourraient leur demander de justifier que celles-ci ont pris les mesures d'injonction adéquates envers leur concessionnaire dans le cadre du contrôle. Qui dit pouvoir dit responsabilité. C'est une règle générale du droit des contrats, rappelée constamment par le Conseil d'État.

Le devoir de contrôle et la nécessité du regroupement à une maille pertinente

De nombreuses autorités concédantes ont des contentieux avec ERDF, car elles ne parviennent pas à obtenir les éléments relatifs aux investissements. Ils n'obtiennent que des comptes qui sont le retraitement à l'échelle locale d'un calcul national. Face à cela, comment jouer son rôle d'autorité organisatrice ? Il y a dix ans, il nous était dit que des investissements massifs étaient réalisés ; aujourd'hui, les représentants d'ERDF et notamment le Président du Directoire, reconnaissent, en le regrettant, ne pas avoir assez investi et que ce sous-investissement occasionne des problèmes au présent. Les autorités organisatrices ont ce droit et ce pouvoir de contrôle et on ne peut que les inviter à l'exercer en exigeant que votre concessionnaire vous rende compte.

La FNCCR a par ailleurs raison quand elle considère que les communes ont tout intérêt à se regrouper à la maille départementale ou interdépartementale, de façon à renforcer le rôle d'autorité organisatrice. Dans le cas contraire, la collectivité se trouvera dans une situation asymétrique avec son concessionnaire et ne pourra mener à bien la mission de contrôle que lui reconnaissent à la fois la loi et le contrat de concession.

Maintien du monopole ou mise en concurrence ?

Si le droit français n'impose pas la mise en concurrence des concessions dévolues à GrDF et à ERDF, de nombreux juristes considèrent qu'une telle situation est singulière car selon eux contraire au Traité européen. Ainsi, le juge communautaire compétent, autrement dit au cas présent la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), décidera-t-il un jour de la nécessité de mettre en concurrence, pour un peu qu'il soit saisi du sujet soit par la Commission européenne, soit par un tribunal administratif sur la base d'une question préjudicielle. Et à cet égard, le renouvellement du contrat de concession sur la Ville de Paris pourrait avoir valeur de test. Mais il est vrai qu'à partir du moment où l'on ne dit pas clairement aux collectivités concédantes qu'elles sont tenues de procéder à une mise en concurrence avant d'entamer les négocia-