

Réseaux de distribution de gaz naturel Les futures concessions soumises à concurrence ?

La directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession dispense la passation des contrats de concession conclus entre une autorité concédante et un opérateur titulaire de droits exclusifs d'obligations de publicité et de mise en concurrence préalables. Un régime en sursis...

L'AUTEUR

**MARIE
LHERITIER,**
Avocat associé
Clot Lhéritier Avocats

Les contrats de concession conclus entre les autorités concédantes et les gestionnaires de réseaux désignés par la loi devraient continuer à être conclus de gré à gré. C'était à tout le moins l'objectif poursuivi notamment par les sénateurs français qui avaient adopté en 2012 une résolution dans le sens de cette exclusion (1). C'est ainsi en toute sérénité que les gestionnaires désignés par la loi, parmi lesquels l'opérateur historique, pensent pouvoir continuer à imposer aux collectivités territoriales les cahiers des charges des concessions qui constituent incontestablement des « contrats d'adhésion »(2).

Mais, n'est-ce pas par excès de confiance que l'opérateur historique croit pouvoir bénéficier indéfiniment de ce régime ultra-protecteur? Les arguments en faveur de la perpétuation du monopole avancés par celui-ci - nécessité d'assurer la cohérence du réseau et celle du maintien de la péréquation des tarifs d'utilisation (3) - seront-ils suffisants pour maintenir cette exclusivité ?

En l'état du droit positif quelque peu schizophrénique, la question de la perpétuation du monopole des gestionnaires de réseaux issus de la séparation juridique des opérateurs historiques sur la gestion des réseaux de distribution de gaz dans leur zone de desserte mérite d'être à nouveau posée. Si l'attribution des contrats de concession relatifs à la gestion des réseaux de distribution de gaz est réservée à des gestionnaires titulaires de droits exclusifs, dans leur zone de desserte exclusive, cette exclusivité ne devrait pas pouvoir s'étendre aux nouvelles concessions conclues.

Le second régime, qui nous intéresse, est applicable aux collectivités territoriales qui disposaient déjà initialement d'un réseau de distribution de gaz sur leur territoire, ce qui constitue la majorité des cas en France. Pour ces territoires, et sous l'impulsion du droit européen dérivé (4), le droit interne (C. énergie, art. L. 111-53) a octroyé des droits exclusifs à certains gestionnaires de réseaux issus de la séparation juridique des opérateurs historiques, dans leur zone de desserte exclusive initiale : dans ces zones, la gestion des réseaux de distribution du gaz naturel leur est réservée. Cela ne les dispense toutefois pas de conclure un contrat de concession avec les collectivités locales concernées qui demeurent les autorités concédantes responsables de l'exécution du service public de la distribution de gaz (CGCT, art. L. 2224-31). Mais cette obligation paraît bien factice dans la mesure où les autorités concédantes sont privées de la liberté de choisir le mode de gestion (CGCT, art. L. L1411-14 : elles « négocient et concluent » des contrats de concession ; l'indicatif permet d'affirmer qu'il s'agit bien d'une obligation) et l'identité du concessionnaire.

En d'autres termes, les collectivités concédantes devraient obligatoirement accepter le « contrat d'adhésion » (5) que le gestionnaire désigné par la loi leur impose, sans disposer d'aucune capacité réelle de négociation, alors même que l'article L. 2224-31 du CGCT les investit d'une véritable obligation de négocier. Cette première analyse ne paraît pas pouvoir perdurer en raison du caractère provisoire des droits exclusifs consentis et de la nécessaire application des principes issus du Traité.

Consistance des droits exclusifs

Deux régimes spécifiques d'intensité variable coexistent s'agissant des modalités de la gestion des réseaux publics de distribution de gaz naturel.

Le premier régime est applicable aux collectivités territoriales qui ne disposent pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel. Ces collectivités conservent une véritable liberté de choix du mode de gestion et du gestionnaire (CGCT, art. L.2224-31 III) .

Caractère provisoire des droits exclusifs

En stricte application des principes issus du Traité, c'est de façon temporaire que le droit communautaire a autorisé les Etats à accorder des droits exclusifs aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz qu'ils ont désignés, afin de permettre une remise en concurrence périodique. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle la jurisprudence de la Cour de justice tolère la prolongation des

contrats de concession initialement conclus sans publicité ni mise en concurrence, mais paraît bien imposer l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence adéquate pour conclure les nouveaux contrats de concession de gestion des réseaux de distribution de gaz.

Limitation dans le temps des droits exclusifs par le droit communautaire dérivé

L'article 24 de la directive 2009/73 du 13 juillet 2009 fixant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel prévoit expressément que les Etats membres désignent un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution « pour une durée à déterminer par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique ». Il en ressort que les gestionnaires de réseaux de distribution doivent être désignés pour une durée déterminée, cette durée étant fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique.

Dans ce cadre, l'article L. 111-53 du code de l'énergie ne prévoit aucune limitation de durée à la gestion des réseaux publics de distribution préexistants par les gestionnaires désignés. Et aucune autre disposition du code ne prévoit expressément que les droits exclusifs puissent être remis en cause. Ainsi, aucune limitation expresse de durée à la gestion des réseaux publics de distribution préexistants par les gestionnaires désignés n'est fixée de manière précise par les textes de droit interne.

Toutefois, on rappellera qu'en leur qualité d'autorités concédantes, les collectivités territoriales négocient et concluent les contrats de concession de distribution de gaz avec les gestionnaires de réseaux désignés par la loi, en fixent la durée et sont chargées du contrôle du bon accomplissement du service public de la gestion des réseaux de distribution (CGCT, art. L. 2224-31). C'est pourquoi, si aucune limitation de la durée des droits exclusifs n'est fixée expressément, c'est parce que la durée des droits exclusifs varie en fonction de la durée de chaque contrat de concession initialement conclu sans publicité ni mise en concurrence et de la nécessité de prolonger ou non ceux-ci en fonction de « considérations d'efficacité et d'équilibre économique » au cas par cas.

Les autorités concédantes pourraient donc légitimement considérer que cette exclusivité n'est plus justifiée par des raisons d'efficacité et d'équilibre économique et décider, à l'issue du contrat de concession initial et dans le silence de la loi transposant la directive précitée sur la durée des droits exclusifs octroyés, d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour renouveler ces contrats. Cette interprétation, évoquée par la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) dans son livre blanc (6), serait jugée conforme au droit communautaire qui impose aux Etats de limiter la durée de la gestion des réseaux de distribution par des gestionnaires qu'ils désignent. Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'il revienne aux collectivités concédantes de veiller au caractère provisoire de l'application de ces droits exclusifs et d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence à l'issue des contrats de concession initiaux.

Nécessaire remise en concurrence périodique des contrats de concession de distribution de gaz

Si le Traité sur les Communautés européennes impose le respect de la liberté d'établissement et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (art. 43 et 49), le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tolère parfaitement que les Etats octroient des droits exclusifs ou spéciaux à certaines entreprises, à condition de respecter les règles du traité (art. 106 paragraphe 1).

La question est donc la suivante : au regard des Traités européens, normes hiérarchiquement supérieures au droit communautaire dérivé, doit-on considérer que les droits exclusifs accordés aux gestionnaires des réseaux de distribution du gaz dispensent indéfiniment la conclusion des nouveaux contrats de concession de toute obligation de publicité et de mise en concurrence préalables ?

Dans une décision rendue le 17 juillet 2008, la Cour de justice a considéré que :

(i) la passation des concessions de distribution de gaz naturel devait respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », dès lors notamment que cette concession présente un intérêt transfrontalier.

(ii) si le Traité permet aux Etats membres d'accorder des droits exclusifs ou spéciaux à certaines entreprises, ceux-ci n'en doivent pas moins respecter les articles 43 et 49 du Traité relatifs à la liberté d'établissement, de prestations de services, de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement.

(iii) la résiliation et la remise en concurrence consécutive des contrats de concession « est susceptible d'aller dans le sens d'un plus grand respect du droit communautaire » (7).

À NOTER

C'est de façon temporaire que le droit communautaire a autorisé les Etats à accorder des droits exclusifs aux gestionnaires de réseaux qu'ils ont désignés, afin de permettre une remise

sens d'un plus grand respect du droit communautaire » (7).

Dans cette affaire, la Cour n'a toutefois pas censuré le décret italien qui prolongeait la durée des concessions, en vertu du principe de sécurité juridique qui doit permettre aux cocontractants de « dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions accep-

tables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique ».

En d'autres termes, selon la jurisprudence, les principes issus du Traité tolèrent la prolongation des contrats de concessions initiaux, à conditions qu'elle soit justifiée par les exigences du service public et des considérations économiques. Mais en dehors de ces cas circonscrits de prolongation, les autorités concédantes devraient, en toute rigueur, observer des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables pour sélectionner leur nouveau concessionnaire des réseaux de distribution du gaz naturel, notwithstanding les droits exclusifs octroyés temporairement aux gestionnaires de réseaux par les directives communautaires et le droit interne (8).

La question du maintien de cette jurisprudence mérite toutefois d'être posée au regard du texte de la directive euro-

RÉFÉRENCES

- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur les contrats de concession, art. 10
- Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L.1411-14, L. 2224-3

BREF.SURTITRE

bref.TEXTE

péenne sur l'attribution des contrats de concession qui exclut de son champ d'application les contrats de concessions conclus entre une autorité concédante et un opérateur économique titulaire de droits exclusifs.

L'article 10 de la directive du 26 février 2014 sur les contrats de concession indique expressément que ses dispositions sont inapplicables « aux concessions de services attribuées par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice à un opérateur économique, sur la base d'un droit exclusif qui a été octroyé conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II. » L'annexe II vise figure : « a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur le gaz. » Cette disposition exempte les contrats de concession conclus entre une collectivité territoriale et un gestionnaire de réseaux titulaire de droits exclusifs, de toute obligation de publicité et de mise en concurrence préalables, à l'exception de la publication d'un avis d'attribution (9).

En revanche, cette disposition n'a ni pour objet, ni pour effet d'imposer aux collectivités de choisir le gestionnaire titulaire de droits exclusifs.

Elle rappelle à l'inverse que ceux-ci doivent être octroyés en conformité avec le droit communautaire primaire et dérivé et impose à chaque Etat membre l'obligation d'informer la Commission lorsque celui-ci octroie un droit exclusif à un opérateur économique dans l'un des secteurs visés par l'annexe II précitée (10). Aucune de ses dispositions n'interdit donc aux collectivités concédantes de conclure de nouveaux contrats de concession initialement conclus de gré à gré, après publicité et mise en concurrence préalable.

(1) <http://www.senat.fr/rap/11l-465/11l-465.pdf>

(2) Sur ce point, voir : « Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité », Philippe Terneyre, AJDA 2009, p.1640.

(3) Voir : Etude relative à la constitutionnalité de l'article L.111-52 du code de l'énergie, 15 mars 2012, Dominique Rousseau, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne

(4) Article 24 de la directive 2009/73 du 13 juillet 2009 fixant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel

(5) précité note 3

(6) Pages 36, 37, 38, 39 du livre blanc en ligne sur Internet. http://energie2007.fr/actualites/fiche/3642/fncrr_livre_blanc_communes_electricite_energie_erdf_241111.html

(7) CJCE, 17 juillet 2008, Comune di Rodengo Saiano, C-347/06, points 57 à 75.

(8) Pour une confirmation de cette analyse : CJUE, 30 juin 2010, précité, point 39.

(9) Point 33 de l'exposé des motifs de la directive du 26 février 2014 précitée.

(10) Point 33 de l'exposé des motifs de la directive du 26 février 2014 précitée.

À NOTER

 **Aucune de ses dispositions n'interdit donc aux collectivités concédantes de conclure de nouveaux contrats de concession**

À RETENIR

➤ **Obligations** Les autorités concédantes pourraient, en application du droit communautaire, observer des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables pour sélectionner leur nouveau concessionnaire des réseaux de distribution du gaz naturel.