

ASSISES NATIONALES DE L'ENERGIE

6 et 7 octobre 1999

Comment coordonner la distribution de l'énergie sur le territoire municipal ?

Intervention de Marie-Yvonne BENJAMIN

Avocat associé

SCP HUGLO LEPAGE & Associés, conseil

L'intervention des collectivités locales dans la distribution de l'énergie est aussi ancienne que la mise en place des premiers réseaux urbains d'éclairage public au gaz dans la seconde moitié du XIXème siècle.

Le rôle moteur des collectivités locales pourrait être accentué du fait de la libéralisation du marché de l'électricité qui est désormais engagée et de l'ouverture progressive du marché du gaz qui est programmée.

Avant de préciser le rôle des collectivités locales dans les secteurs du gaz et de l'électricité, il est important de rappeler le dispositif existant en matière législative et donc particulièrement dans le domaine de l'électricité du fait du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence le 2 mars 1999.

1 - UNE REVOLUTION S'ANNONCE-T-ELLE DANS LE SECTEUR DU GAZ ET DE L'ELECTRICITE ? RIEN N'EST MOINS CERTAIN.

Tout d'abord, à très court terme, seul le secteur de l'électricité est directement touché.

Le projet de loi portant sur la modernisation et le développement du service public de l'électricité a fait l'objet d'un dépôt officiel au bureau de l'Assemblée Nationale le 9 décembre 1998 ¹.

Il devait néanmoins être discuté et adopté avant la date impérative fixée au 19 février 1999 par la directive européenne.

Le projet de loi est jugé frileux, ce qui présage du dépôt de nombreux amendements.

Ce qui apparaît en tous cas incontestable, c'est que le régime juridique à naître est complexe.

D'abord, parce qu'il laisse subsister pour une grande part les principes antérieurs, tels qu'ils figurent dans le texte fondateur de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, et parce que l'avant projet suppose, pour son entrée en application, la publication de nombreux décrets, dont le total pourrait osciller entre 36 et 50, selon les choix qui seront opérés par le gouvernement.

Enfin, les objectifs recherchés sont encore une fois contradictoires, et paraissent même difficilement compatibles. Il s'agit d'introduire la concurrence, tout en conservant les avantages d'un système qui garantit la qualité de l'énergie fournie, l'égalité de traitement entre tous les usagers, la préservation du statut des agents d'EDF, la définition d'une politique nationale et locale énergétique, qui doit aussi tenir compte de la spécificité du régime français liée au nucléaire ².

La future réforme de l'organisation électrique française n'en est pas moins dessinée et désormais incontournable.

¹ avant projet daté du 16 septembre 1998

² voir sur ce point : La Gazette des Communes n°37, oct. 1998, la loi et l'électricité sur les rails, p.6

.../...

Marie-Yvonne BENJAMIN

Avocat Associé

SCP HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL - PARIS - Tél : 01.56.59.29.59

A – UN TEXTE UNIQUE POUR DES OBJETS MULTIPLES

Le projet de loi réalise la transposition de la directive qui, elle-même, est née d'un compromis, résultat de négociations qui auront duré 10 ans.

La directive sur le marché intérieur de l'électricité a été adoptée en 1996 par le Conseil des Ministres de l'Union Européenne et par le Parlement Européen ³.

Tout d'abord, l'objectif de la directive est d'imposer au niveau européen uniquement le respect de principes généraux tendant à créer un marché de l'électricité concurrentiel ⁴.

La fixation des modalités incombe à chacun des Etats membres, qui pourront ainsi définir le régime le mieux adapté à leur situation propre.

Mais, les Etats doivent assurer une ouverture significative et progressive du marché, même si la jurisprudence récemment intervenue en ce domaine, admet que les Etats mis en cause pourront apporter de façon circonstanciée la preuve que les conditions prévues par l'article 90-2 du traité CEE sont remplies, à savoir que le maintien de droits exclusifs constitue le seul moyen d'accomplir, dans des conditions économiquement acceptables, la mission d'intérêt économique général dont une entreprise publique a été chargée ⁵.

Par conséquent, d'abord le projet de loi doit faciliter l'accès des tiers au réseau ainsi que permettre aux clients de choisir librement leurs fournisseurs.

Ce bénéfice est cependant réservé aux clients dits "éligibles".

Les critères d'éligibilité seront fixés par un décret en Conseil d'Etat.

³ directive n°96-92-CE du Parlement Européen, et du Conseil du 19 décembre 1996, concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE 30.01.1997

⁴ considérant n°2 de la directive n°96-92 précitée

⁵ CJCE 23 octobre 1997, Aff C. 159/94, Commission C/ France, JCP n°41, 7 octobre 1998, p.1761, note Jean-Louis Clergerie

.../...

Marie-Yvonne BENJAMIN

Avocat Associé

SCP HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL - PARIS - Tél : 01.56.59.29.59

L'article 19 de la directive prévoit qu'à la date d'entrée en vigueur de la directive, la part de la consommation nationale représentée par les clients auxquels aura été reconnu le statut "d'éligible", doit être au moins égale à la part de consommation communautaire représentée par les clients dont la consommation est supérieure à 40gwh/an ; trois ans après l'officialisation de la directive, le seuil passe à 20GWh/an et 6 ans après sa publication, à 9GWh/an.

Le rapport au Premier Ministre produit par Jean-Louis DUMONT, Député de la Meuse, intitulé "Réussir la future organisation électrique française" proposait que le critère essentiel soit l'unicité du client sur le plan de la raison sociale, ou l'unité géographique.

Cette spécificité aurait pour objectif de rendre éligibles les clients suivants :

- l'unité industrielle atteignant seul le seuil d'éligibilité, ou encore les groupes industriels bénéficiant d'une seule raison sociale sur le plan national, mais ayant plusieurs sites d'activités, ou encore les zones industrielles regroupant sur une zone géographique délimitée et connexe plusieurs unités industrielles.

Seule la publication des mesures d'application prises par le Gouvernement pourront concrètement apporter des réponses à nos interrogations sur les critères définitifs des clients qui pourront être considérés comme éligibles.

Il devrait s'ensuivre naturellement une croissance du nombre de producteurs, qui pourront alimenter les consommateurs éligibles.

Signalons enfin que l'esprit de la directive va dans le sens de la multiplication des initiatives, par exemple en favorisant les modes de production plus écologiques⁶.

Quant aux autres dispositions du projet de loi, elles tendent à confirmer que :

- EDF restera un opérateur intégré, présent au stade de la production du transport et de la distribution, dont l'objet est quelque peu redéfini.

⁶ ainsi l'article 8-3 dispose que "*un Etat membre peut imposer au gestionnaire du réseau, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ou des déchets, ou qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinée*". Cette obligation est retranscrite à l'article 9 du projet de loi.

.../...

- EDF restera seul concessionnaire du réseau de transport, mais cet accès au réseau est garanti,
- l'organisation de la distribution n'est pas remise en cause : la distribution est assurée par EDF et par les opérateurs locaux sur la base d'un contrat de concession accordé par la commune.

Toutefois, des prescriptions fixées par décret devront être obligatoirement respectées et figurées au cahier des charges,

- le maintien du service public est assuré ; EDF et les organismes de distribution visés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1943, SEML, régies ou organismes analogues constitués par les collectivités locales, seront chargés de permettre à tout consommateur qui le souhaite de pouvoir accéder à la fourniture d'électricité quelle que soit sa localisation, dans des conditions de prix et de qualité fixées par les pouvoirs publics ⁷
- il est également créé une autorité de régulation, la commission de l'électricité qui est compétente en cas de différend lié à l'application de la loi et pourra également formuler des avis et propositions en matière de tarifs, de charges de service public, d'autorisation d'exploiter, et préalablement à toute mesure qui serait prise en cas de suspension d'achat d'énergie électrique, ou de recours à l'appel d'offres, de conception et de prescription des raccordements au réseau, de sécurité des réseaux, et en cas de prononcé de sanctions administratives.
- Les dispositions sociales concernant le statut des agents sont également intégrées à la loi, et fixent le régime général du personnel qui sera détaillé par décrets en Conseil d'Etat.

Il doit également être précisé que la loi instaure un régime de sanctions administratives, dont elle rappelle la nécessaire coexistence avec les sanctions pénales de certains comportements des personnes physiques ou des personnes morales, en cas de manquements énumérés par la loi. Il peut être d'ores et déjà évoquée les obligations de confidentialité, à l'égard des informations commercialement sensibles, qui sont largement renforcées.

B - L'INSTRUMENT DE LA CONCURRENCE PERMETTRA-T-IL DE REALISER LE MARCHÉ UNIQUE DE L'ELECTRICITE

⁷ le livre blanc sur la future organisation électrique française CJEG n°542, avril 1998, p.127

.../...

La loi adoptée aura des effets immédiats.

Elle devrait être adoptée avant le 19 février 1999⁸.

Par ailleurs, le texte de la directive a déjà fait l'objet de nombreux commentaires.

Le texte adopté, un certain nombre de dispositions transitoires permettront que les contrats conclus pendant une période déterminée, pourront être dénoncés, ce qui devrait favoriser l'entrée en application des nouvelles dispositions.

Cependant, un certain nombre d'inquiétudes naissent déjà, alors que le projet de loi n'est pas déposé.

En effet, un grand nombre de points restent à éclaircir.

Tout d'abord, la multiplicité des décrets d'application laisse de nombreuses zones d'ombres et risquent d'écartier du débat un certain nombre d'opérateurs de collectivités locales, ou éventuellement d'entités productrices aujourd'hui, alors que ces dispositions les intéressent au plus haut point.

En premier lieu, le débat est ouvert, et le fond créé en vue de permettre le financement des missions de service public, comme le maintien de l'énergie pour les plus défavorisés, ou sa distribution sur tout le territoire, y compris dans les zones de montagnes, doit supposer la mise en place de modes d'évaluation et de répartition dont le détail n'apparaît pas.

La taxe sur l'électricité doit-elle être affectée exclusivement à des objectifs définis par la loi, comme l'enfouissement ou des travaux liés à l'électricité, ou alors apparaît-il nécessaire que les collectivités puissent disposer librement de cette recette non négligeable pour leur budget, sans être obligées de financer les actions prédéterminées par la loi.

Autre question d'intérêt : quels tarifs seront proposés, dans la mesure où cinq catégories sont définies, celles concernant les clients non éligibles, les tarifs concernant les clients éligibles, les tarifs de cession, les tarifs de secours aux clients éligibles, ou les tarifs d'utilisation des réseaux.

⁸ le Conseil d'Etat considère que dans la mesure où la directive est claire et qu'elle aurait dû être correctement transposée à la date des faits, il est fait une application directe de la directive (CE 6 février 1998, Tête et Ass. de Sauvegarde de l'Ouest Lyonnais ; CE 20 mai 1998, Communauté des Communes du Pied Mont de Barre et services des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin.

.../...

Marie-Yvonne BENJAMIN

Avocat Associé

SCP HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL - PARIS - Tél : 01.56.59.29.59

Les tarifs notamment élaborés à l'égard des entreprises d'électricité locales leur permettront-elles de présenter un intérêt pour les clients, et notamment ceux éligibles, qui risquent aussi d'adopter des comportements nationaux, et donc d'abandonner des recours aux systèmes de production locaux, qu'ils avaient pu jusque-là préférer.

L'article 29 du projet de loi prévoit également que la régulation dans le secteur de l'électricité est réalisée par le Ministre chargé de l'énergie, le Ministre chargé de l'économie, la commission de l'électricité qui est définie à l'article 30, le conseil de la concurrence, en liaison avec les collectivités concédantes et le conseil supérieur de l'électricité et du gaz.

Le rôle de chacune de ces identités n'apparaît pas déterminé.

Un certain nombre d'autres interrogations subsistent.

Sur quels critères seront données les autorisations en matière de production ?

Dans le secteur de l'électricité, quelle portée pratique convient-il de donner aux principes que constituent l'université, l'égalité, la qualité, la continuité, le moindre coût, l'adaptabilité du service ?

Quelle portée faut-il donner à la mutabilité des contrats ?

Certaines de ces interrogations figurent dans le Livre Blanc précité.

Le rapport remis par le parlementaire le 2 juillet 1998 soulève un certain nombre d'interrogations plus stratégiques encore : l'ouverture du marché français de l'électricité subodore la définition d'un grand projet industriel et commercial si l'on veut maintenir en France un grand opérateur national.

C'est pourquoi le rapport fait un certain nombre de propositions en matière de modalités opérationnelles du renouvellement du parc nucléaire, de la gestion du réseau de transport électrique, du rôle des collectivités locales, de la création d'une branche professionnelle ou de la mise en place d'une commission de régulation ayant une véritable autorité morale.

2 le rôle des collectivités locales

A plusieurs titres, les collectivités locales s'impliquent dans le secteur de l'énergie.

.../...

Marie-Yvonne BENJAMIN

Avocat Associé

SCP HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL - PARIS - Tél : 01.56.59.29.59

A - Dans le domaine de la distribution

L'article 2224-31 du CGCT confirme aux collectivités locales leur rôle d'autorité concédante de la distribution d'électricité et leur rôle de contrôleur de la bonne exécution des missions de service publics concédées.

Il définit à cet égard le cadre dans lequel s'exerce ce contrôle tout en renvoyant à la voie réglementaire le choix des procédures et prescriptions destinées à évaluer les différents axes de contrôle : sécurité – qualité de l'énergie – insertion des réseaux publics dans l'environnement – conditions financières de la concession tant en matière de redevances que de pénalités.

B - Dans le domaine de la production

Les articles L.2224-32 et 2224-33 ajoutent aux dispositions déjà prévues par l'article 8 de la loi du 8 avril 1946, des possibilités d'interventions nouvelles au profit des communes dans le domaine des énergies renouvelables mais surtout donnent un fondement légal à l'intervention des collectivités locales en matière de production d'électricité.

C - Les difficultés liées à la propriété des réseaux

La multiplicité des fonctions assurées par les collectivités locales exige de ces dernières une grande vigilance en matière de rédaction de contrats, spécialement de cahiers des charges pour déterminer effectivement la nature des biens qui seront réputés appartenir à la collectivité locale.

Conclusion

Perspectives, évolutions.

Marie-Yvonne BENJAMIN
Avocat Associé

SCP HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL - PARIS - Tél : 01.56.59.29.59