

**NOTE DE LA DG «ÉNERGIE ET TRANSPORTS» SUR LES  
DIRECTIVES 2003/54/CE ET 2003/55/CE ET LE RÈGLEMENT  
1228/2003/CE CONCERNANT LE MARCHÉ INTÉRIEUR DU GAZ  
ET DE L'ÉLECTRICITÉ**

**CE DOCUMENT N'ENGAGE PAS LA COMMISSION**

**DEROGATIONS A CERTAINS DISPOSITIONS DU REGIME  
D'ACCES DES TIERS AUX RESEAUX**

**16.1.2004**

**Contexte**

Le nouveau train de mesures applicables aux secteurs de l'électricité et du gaz prévoit des dérogations à la règle générale de l'accès des tiers aux réseaux, définie dans les directives<sup>1</sup> et le règlement<sup>2</sup>. En particulier, l'article 7 du règlement (CE) n° 1228/2003 et l'article 22 de la nouvelle directive «Gaz» stipulent que:

*Les nouvelles interconnexions en courant continu ... et les augmentations significatives de la capacité des interconnexions existantes ... [ainsi que les nouvelles grandes infrastructures gazières, c'est-à-dire les interconnexions entre États membres, les installations de GNL ou de stockage] peuvent, sur demande, être exemptées des dispositions de l'article 6, paragraphe 6, du présent règlement ainsi que de l'article 20 et de l'article 23, paragraphes 2, 3 et 4, de la nouvelle directive «Électricité» [articles 18, 19, 20 et à l'article 25, paragraphes 2, 3 et 4, de la nouvelle directive «Gaz»].*

La possibilité de telles dérogations est clairement une exception à la règle générale de l'accès des tiers à toute infrastructure énergétique. Des dérogations ne pourront être accordées qu'exceptionnellement et au cas par cas. Il n'y aura pas de dérogations en bloc pour certains types d'infrastructure et tous les cas seront examinés en fonction de leurs mérites propres. Cette approche est particulièrement pertinente car il n'y a pas de dérogations pour les infrastructures existantes; c'est pourquoi tout octroi d'un statut particulier à de nouvelles infrastructures doit être clairement justifié.

---

<sup>1</sup> Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176 du 15.7.2003, p. 37) Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176 du 15.7.2003, p. 57)

<sup>2</sup> Règlement (CE) no 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (JO L 176 du 15.7.2003, p.1)

En général, on s'attend à ce que les dérogations ne puissent pas s'appliquer lorsqu'elles engendrent ou renforcent une position dominante, ou ne répondent pas à l'objectif de réduire une position dominante existante. De même, on n'accordera généralement pas de dérogation lorsque les chances de construire une infrastructure similaire remplissant une fonction analogue sont très réduites, que ce soient pour des raisons géographiques, techniques ou économiques.

Les promoteurs désireux d'obtenir une dérogation devraient en principe, s'ils sont en mesure de le faire, avoir offert aux autres parties, lors de la phase de planification ou de l'étude de faisabilité, la possibilité d'obtenir un accès au nouvel investissement, comme par exemple en permettant à tout acteur du marché de souscrire des capacités lors de cette période préliminaire («open season»). A défaut, les promoteurs devraient prévoir un niveau minimum d'accès des tiers à la nouvelle infrastructure pour une partie des capacités, selon les règles de la nouvelle directive.

Enfin, l'étendue et la durée des dérogations devraient être proportionnelles. L'octroi d'une dérogation par les autorités de régulation ou les États membres devra être motivé par le souci de protéger les consommateurs contre une obligation de souscrire à des projets dont le rapport coûts/bénéfices est particulièrement incertain et dont les coûts sont particulièrement élevés. Les particularités de la dérogation à accorder doivent être proportionnelles à ces paramètres.

### **En quoi consiste une nouvelle grande infrastructure à «haut risque»?**

Les critères suivants sont pertinents pour définir une «nouvelle grande infrastructure» pouvant bénéficier d'une dérogation.

Une nouvelle infrastructure (ou une augmentation significative de la capacité d'une infrastructure existante) est un projet dont la principale décision de financement de construction est prise après la date de publication de la nouvelle directive «Gaz» et du règlement sur les échanges transfrontaliers d'électricité, c'est-à-dire après le 15 juillet 2003.

Pour le gaz, ces dérogations doivent être notifiées sans délai à la Commission. En ce qui concerne l'électricité, les dérogations accordées entre le 15 juillet 2003 et l'entrée en vigueur du règlement, le 1<sup>er</sup> juillet 2004, doivent être notifiées à la Commission immédiatement après cette date. Pour les investissements existants dans l'un et l'autre secteurs, autrement dit les projets pour lesquels la principale décision de financement a été prise avant le 15 juillet 2003, aucune dérogation ne peut être accordée.

Une partie d'infrastructure qualifiée de «grande» ou de «très coûteuse» au sens de la législation est un projet qui, si on inclut tous ses composants, augmenterait considérablement la facture du consommateur final s'il était couvert par des tarifs réglementés. On pourrait, par exemple, de façon empirique, définir comme «investissement important» un projet dont les frais financiers dépasseraient 10 euros pour chaque consommateur raccordé au réseau<sup>3</sup>.

Un investissement à risque, dans le cadre des dérogations, répond au moins aux caractéristiques suivantes:

---

<sup>3</sup> Dès lors, si les coûts associés au projet devaient être répercutés sur 20 millions de foyers par le biais des tarifs de transport, il faudrait atteindre un seuil de quelque 200 millions d'euros pour que le projet soit considéré comme «important».

- l'investissement en question constitue un coût échoué lorsque l'actif concerné ne peut pas être amorti ou réutilisé à d'autres fins que celles prévues à l'origine;
- les prévisions de bénéfices de l'investissement pour l'ensemble des consommateurs sont difficiles à évaluer à cause d'une série d'événements qui pourraient se produire après la décision d'investissement; on peut citer à titre d'exemple, des changements par rapport aux prévisions de consommation, la réalisation d'autres investissements alternatifs concurrents, des changements dans les conditions de marché pour les combustibles primaires ou dans la durée moyenne d'amortissement d'un tel type d'investissement.

### **Traitement particulier sans dérogation**

Avant d'examiner les cas où une dérogation est justifiée, il convient de souligner que, en dehors de ces cas, l'autorité de régulation a la possibilité d'appliquer des règles particulières à une infrastructure donnée, nouvelle ou existante. Il existe donc une importante marge de manœuvre même sans recourir aux dérogations possibles.

Ainsi, les autorités de régulation ou les États membres pourraient, sans qu'une dérogation soit nécessaire, décider de stimuler le développement de certains types d'investissements, en fixant, par exemple, un taux de rendement autorisé supérieur au montant normalement admis pour le réseau principal. Les autorités de régulation peuvent également s'engager à long terme sur une structure tarifaire ou une méthodologie de calcul des tarifs déterminée. Il faudrait pour cela que le cadre réglementaire satisfasse à l'exigence, énoncée dans les directives, de l'approbation préalable d'une méthodologie pour le calcul des tarifs ainsi que, le cas échéant, à l'exigence énoncée dans le règlement, de l'incorporation des recettes découlant des procédures de gestion de la congestion pour déterminer les redevances pour l'utilisation globale du réseau. De tels engagements pourraient également être pris pour la répartition des capacités.

Dans ce cas, toute décision concernant la méthodologie de calcul des tarifs ou la répartition des capacités, applicable à des interconnexions spécifiques ou à d'autres infrastructures, devrait être publiée et se conformer aux dispositions des directives et du règlement.

### **Les différents types de dérogations**

Toute une gamme de dérogations possibles pourrait s'appliquer. Les principaux exemples sont les suivants:

- Une dérogation totale aux articles 20, 23, paragraphes 2, 3 et 4, de la directive «Électricité» [Gaz: articles 18-20 et article 25, paragraphe 2, 3 et 4] aurait pour effet qu'aucun accès des tiers ne serait accordé à l'infrastructure en question. Ceci signifierait, par exemple, que les promoteurs du projet pourraient se réserver la totalité ou une partie de la capacité disponible pendant toute la durée de la dérogation; c'est ce qu'on appelle une infrastructure «à usage propre». Ils ne seraient pas obligés de publier les tarifs ou de les négocier de bonne foi. De plus, en l'absence de toutes conditions explicites associées à cette dérogation, il n'y aurait pas de procédure de règlement des litiges ou de possibilités d'intervention a posteriori. Cependant, le droit général de la concurrence continuerait de s'appliquer.

- Une dérogation partielle aux articles 20, 23, paragraphe 2, 3 et 4, de la directive «Électricité» [Gaz: articles 18-20 et article 25, paragraphe 2, 3 et 4] pourrait aussi être envisagée en proposant un accès des tiers, mais pas nécessairement sur la base de tarifs publiés. Dans ce cas, les utilisateurs potentiels de ce marché devraient avoir la possibilité de réserver une certaine partie de la capacité avant la construction, c'est-à-dire au cours de la période dite «ouverte». Une alternative pourrait être d'offrir les capacités après la construction sur la base d'enchères ou de négociations individuelles. L'autorité de régulation approuverait la méthode utilisée pour l'offre de capacités mais, en l'absence de toutes conditions explicites associées à la dérogation, il n'y aurait pas de procédure de règlement des litiges ou de possibilités d'intervention a posteriori sur la base des directives et du règlement pendant la durée de la dérogation. Toutefois, comme dans le premier cas, les règles générales de la concurrence continueraient à s'appliquer.
- Enfin, dans le cas de l'électricité, une dérogation pourrait simplement être octroyée sur la base de l'article 6, paragraphe 6, du règlement, qui traite de l'utilisation des recettes résultant de la gestion de la congestion. Dans le cadre d'une telle dérogation, les orientations sur la gestion de la congestion prévues par ce règlement devraient être appliquées pour l'accès à cette infrastructure. L'autorité de régulation devrait approuver la méthodologie et l'article 23, paragraphe 2, s'appliquerait. Cependant, le promoteur ne serait pas obligé d'utiliser les recettes selon les méthodologies de gestion de la congestion prévues à l'article 6, paragraphe 6, du règlement. Ainsi, le droit de l'autorité de régulation d'intervenir a posteriori, défini à l'article 23, paragraphe 4, serait également limité.

Il faut rappeler que toute dérogation octroyée ne doit pas nécessairement porter sur tous les points possibles identifiés dans les directives et le règlement. Des dérogations peuvent être accordées indépendamment de chacun des articles mentionnés. Les autorités de régulation/États membres ne sont pas obligés d'accorder une dérogation pour tous les points mentionnés dans ce cadre. De même, il est concevable que de nouveaux investissements puissent bénéficier de dérogations partielles ou de deux types de dérogations. La formule pourrait, par exemple, combiner 30 % d'«usage propre» et une dérogation totale à l'article 23 pour les 70 % restants avec des accords restrictifs d'accès des tiers.

### **Les critères de dérogation**

La directive «Gaz» et le règlement indiquent explicitement que les dérogations seront examinées au cas par cas. Cependant, il ressort clairement de ces critères que certains types de projets ont très peu de chances de bénéficier de telles dérogations. Les critères applicables sont les suivants:

- a) l'investissement doit accroître la concurrence en matière de fourniture d'électricité (de gaz) et améliorer la sécurité d'approvisionnement (pour le gaz uniquement);*
- b) le degré de risque associé à l'investissement est tel que cet investissement ne serait pas effectué si la dérogation n'était pas accordée;*
- c) l'infrastructure doit être la propriété d'une personne physique ou morale distincte, du moins en ce qui concerne son statut juridique, des gestionnaires de réseaux dans les réseaux desquels l'interconnexion sera construite;*

- d) *des redevances sont perçues auprès des utilisateurs de l'infrastructure concernée;*
- e) *[pour l'électricité uniquement] depuis l'ouverture partielle du marché visée à l'article 19 de la directive 96/92/CE, il n'a été procédé au recouvrement d'aucune partie du capital ou des coûts d'exploitation de l'interconnexion au moyen d'une fraction quelconque des redevances prélevées pour l'utilisation des réseaux de transport ou de distribution reliés par cette interconnexion,*
- f) *la dérogation ne porte pas atteinte à la concurrence ou au bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité (du gaz) ni à l'efficacité du fonctionnement du réseau réglementé auquel l'infrastructure est reliée.*

Plusieurs commentaires sur ces critères sont formulés ci-après, et illustrés par quelques exemples simples de cas où une dérogation paraîtrait inappropriée. **Ceci ne signifie pas qu'une dérogation serait automatiquement accordée en l'absence de telles circonstances.**

- En ce qui concerne le critère a) - *l'investissement doit accroître la concurrence en matière de fourniture d'électricité [gaz]* - il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle une dérogation pourrait être accordée à une infrastructure nouvelle qui serait, en totalité ou en partie, possédée ou contrôlée par un acteur dominant sur l'un des marchés visés, ou dont une part considérable de la capacité pourrait être affectée à un tel acteur. Si, bien sûr, le projet est mené par un promoteur en place dans un autre État membre, la situation est moins problématique.
- En ce qui concerne le critère b), il est de nouveau difficile de justifier une dérogation qui serait accordée en faveur d'un nouvel investissement dont le coût pourrait être compensé par l'application de tarifs généraux de transport ayant une incidence minimale sur les consommateurs. On en revient à la question de savoir ce qui constitue un projet «important». Il convient également de prendre en compte la probabilité qu'une telle interconnexion jouisse d'une position dominante, non mise en question, pour les services qu'elle offre aux participants des marchés (transport transfrontalier, services GNL ou stockage). Les possibilités des projets d'investissement concurrents sont déterminantes ainsi que les conditions de marché dans les États membres interconnectés. Une plus grande probabilité de domination du marché, toutes choses étant égales par ailleurs, diminue les risques de l'investissement, et rend une dérogation moins justifiable. La probabilité de la constitution d'une position dominante est aussi à prendre en compte lorsque les effets sur la concurrence sont évalués en fonction du critère f) commenté ci-dessus. Les projets d'interconnexions terrestres en courant alternatif relèvent généralement de ces deux catégories.
- En outre, pour le critère b), le principe de proportionnalité joue un rôle décisif, en ce sens que l'exemption demandée doit correspondre au niveau du risque. Il faut démontrer que, sans une dérogation de la durée et de la portée demandées, le projet d'infrastructure ne serait pas développé. Plusieurs éléments importants doivent être déterminés, et notamment les coûts estimés des projets, ainsi que les recettes à terme, le retour sur investissement attendu, la période d'amortissement prévue et les hypothèses concernant le coût du capital. Les projets d'infrastructure financés au

moins partiellement par des subventions provenant du ou des États membres concernés ou de la Communauté européenne ne peuvent normalement pas faire l'objet d'une dérogation, dans la mesure où ils ont bénéficié d'un financement public<sup>4</sup>.

- Il ressort clairement des critères c) et d) - séparation juridique de la personne possédant l'infrastructure visée et redevances perçues pour son utilisation - que, pour la part de l'interconnexion non soumise à la régulation des prix, aucun des coûts ne peut être couvert par des redevances de transport réglementées. Ces deux critères visent à établir une cloison suffisamment étanche entre les activités d'infrastructure et les activités de réseau des principaux GRT. Le critère d) - les usagers de l'infrastructure doivent s'acquitter de redevances explicites - exclut lui aussi l'application de dérogations à des interconnexions en courant alternatif soumises à des flux de bouclage non attribuables.
- Le critère e) - applicable uniquement au secteur électrique - exclut de fait toute dérogation de ce type pour les interconnexions existantes. Toutefois, comme on l'a déjà noté, ces infrastructures ne doivent pas nécessairement être traitées comme relevant du réseau général, et peuvent faire l'objet d'une méthodologie de régulation spécifique.
- Le critère f) présente des similitudes avec le premier critère puisqu'il vise également à préserver un marché concurrentiel. Il est néanmoins indiqué, dans ce cas, que la dérogation elle-même *ne doit pas porter atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché*. Le respect de ce critère est assez difficile à apprécier. Le niveau de concurrence initial dans l'État membre concerné sera déterminant à cet égard. Si, par exemple, la concentration est déjà forte, la dérogation ne devrait pas avoir pour effet de limiter la possibilité d'entrer d'une façon ou d'une autre sur le marché. Cette méthode d'appréciation conviendrait particulièrement bien pour une dérogation à l'article 20 [18-20] (refus absolu de l'accès des tiers).
- Le critère f) implique également que l'opérateur devrait exploiter l'«infrastructure exemptée» de façon transparente, en publiant certaines données concernant l'exploitation de l'interconnexion et des autres infrastructures concernées. En outre, pour une «infrastructure exemptée», on peut s'attendre à l'application de mesures d'incitation visant à ce que les capacités inutilisées ne s'accumulent pas et, lorsque cela est faisable, de mécanismes «use-it-or-lose-it» visant à assurer l'utilisation effective des capacités. De même, il serait plus facile de prouver que cette infrastructure ne présente pas de risque pour la concurrence si le promoteur en cause pouvait démontrer qu'il a prévu un accès des tiers dans la conception de l'infrastructure, sous la forme, par exemple, d'une période de souscription libre des capacités («open season»).

### **Informations à fournir à l'appui de la demande**

Les directives et le règlement donnent quelques indications quant aux informations à fournir à l'appui de la demande de dérogation. En particulier, l'autorité de régulation qui accorde la dérogation doit préciser:

---

<sup>4</sup> Le financement d'études préparatoires, au titre des RTE par exemple, ne devrait pas être considéré en ce sens comme un financement en faveur du projet. Seul le financement des coûts de construction à proprement parler doit être pris en compte pour restreindre la portée de la dérogation.

- i. *les raisons détaillées sur la base desquelles l'autorité de régulation ou l'État membre a octroyé la dérogation, y compris les données financières démontrant qu'elle était nécessaire;*
- ii. *l'analyse effectuée quant aux incidences de l'octroi de la dérogation sur la concurrence et sur le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité;*
- iii. *les raisons justifiant la durée et la part de la capacité totale de l'interconnexion en question pour lesquelles la dérogation est octroyée;*
- iv. *le résultat de la consultation avec les États membres ou les autorités de régulation concerné(e)s; et, pour le secteur du gaz,*
- v. *la contribution de l'infrastructure à la diversification de l'approvisionnement en gaz.*

L'auteur de la demande doit apporter la preuve que les conditions nécessaires à son obtention sont remplies. Dès lors, toute décision d'accorder une dérogation devrait, sur un plan général, clairement expliquer pourquoi un cadre réglementaire conforme aux directives ne serait pas suffisant pour permettre la construction de l'actif en question. En particulier, le dossier devrait démontrer quels aspects spécifiques des directives et du règlement sont problématiques pour les promoteurs du projet et pourquoi aucune autre démarche n'est envisageable dans les limites de la structure réglementaire. Dans ce contexte, l'autorité de régulation qui appuie la dérogation devrait fournir toute l'information pertinente sur les raisons pour lesquelles elle juge que le projet ne devrait pas être couvert par des tarifs de transport réglementés.

Les promoteurs du projet devraient exposer de manière exhaustive les divers risques associés au projet et présenter une analyse quantitative des risques par rapport au retour sur investissement qu'ils assumeraient sous différents régimes de dérogation, y compris la possibilité d'un accès à l'infrastructure en question sur la base d'un accès réglementé normal. Les données financières mentionnées au point i) ci-dessus sont utiles pour évaluer le degré de risque associé au projet. L'information fournie aux autorités devrait être identique à l'information utilisée dans le processus de décision interne des promoteurs. Si le projet est financé par un tiers (par exemple, une banque) toute l'information sur l'évaluation du risque (voir plus haut) fournie à ce tiers doit être mise à la disposition des autorités. Le risque est également lié à la durée pour laquelle la dérogation est demandée. A titre indicatif, on considère que la dérogation ne devrait pas être prolongée très au-delà de la période au cours de laquelle le projet est censé atteindre son seuil de rentabilité.

Il convient d'expliquer de manière exhaustive pourquoi la dérogation n'affecterait pas la concurrence sur le marché concerné, que ce soit celui du transport, du GNL ou du stockage. En particulier, la possibilité d'entrer sur les marchés concernés devrait être démontrée. Les résultats des démarches effectuées au cours de la période préliminaire («open season») devraient également être fournis.

En ce qui concerne le gaz, la demande de dérogation devrait comprendre une analyse comparative et quantitative de la sécurité d'approvisionnement, avec et sans le projet d'infrastructure concerné, et énumérer les conséquences probables d'un abandon du projet, y compris les alternatives possibles à l'investissement.

### **Interactions avec la politique de la concurrence**

Chaque évaluation des effets sur la concurrence d'un investissement en faveur d'une grande infrastructure comportera normalement une analyse de l'infrastructure en question et des marchés de fourniture d'énergie. Les propriétaires d'infrastructures telles que des lignes d'interconnexion ou des terminaux GNL peuvent occuper une position dominante sur le marché du service spécifique offert ou sur le marché en aval, mais ils ne peuvent avoir une position similaire sur le marché de fourniture d'énergie. En tout état de cause, cela signifie que, même en cas de dérogation, l'entreprise concernée sera soumise aux règles communautaires de concurrence, et notamment à l'article 82 du traité CE en cas d'abus de position dominante (ainsi qu'à toute disposition du droit national dérivé en matière de concurrence). Une dérogation à l'application des directives et du règlement n'est pas synonyme d'exemption générale à l'égard du droit de la concurrence et n'exclut pas la possibilité d'une intervention des autorités de la concurrence, y compris de la Commission.

A partir du mois de mai 2004, il ne sera plus possible de notifier certaines pratiques en cours à la DG «Concurrence» pour approbation préalable. Toutefois, la Commission aura toujours la possibilité de formuler des avis informels à l'attention des entreprises ou de considérer l'article 81 du traité CE comme inapplicable sur la base de l'article 10 du règlement (CE) n° 1/2003. En pratique, la DG «Concurrence» sera aussi étroitement associée à toute décision de la Commission accordant une dérogation aux règles des directives «Gaz» et «Électricité» ainsi qu'au règlement.