

**NOTE de la DG ENERGIE et TRANSPORTS sur les DIRECTIVES
2003/54/CE et 2003/55/CE du MARCHE INTERIEUR de
l'ÉLECTRICITÉ et du GAZ NATUREL**

DOCUMENT n'ENGAGEANT pas la COMMISSION

Les OBLIGATIONS de SERVICE PUBLIC

16.1.2004

1. INTRODUCTION

L'article 3 de la nouvelle directive électricité et de la nouvelle directive gaz renforce les dispositions actuellement en vigueur au regard des obligations de service public et de la protection des consommateurs.

La présente note a pour objet d'indiquer quelles sont les mesures à mettre en place dans les Etats membres de manière à éviter que les OSP faussent la concurrence et ralentissent l'ouverture réelle du marché prévue à l'article 21 de la directive électrique modifiée et de l'article 23 de la directive gaz.

2. LE CHAMP D 'APPLICATION DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

LES OSP DOIVENT OBEIR A DES CRITERES ET DES OBJECTIFS PRECIS ET SONT STRICTEMENT ENCADREES

L'article 3 §2 de la nouvelle directive électricité et l'article 3 §2 de la nouvelle directive gaz stipulent que :

“En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux. En matière de sécurité d'approvisionnement et d'efficacité énergétique/gestion de la demande, ainsi que pour atteindre les objectifs environnementaux, comme indiqué dans le présent paragraphe, les États membres peuvent mettre en œuvre une planification à long terme, en tenant compte du fait que des tiers pourraient vouloir accéder au réseau.”

Il en résulte que les OSP doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables.

2.1. Les OSP doivent être clairement définies

2.1.1. Rappel de la Définition juridique des OSP

Dans l'ordre juridique communautaire, l'article 2 du Règlement du Conseil 1191/69 du 26 juin 1969 (JOCE L 156 du 28 juin 1969) relatif aux OSP dans le transport terrestre stipule que l'OSP est une "obligation que les entreprises...si elles avaient considéré leur seul intérêt commercial n'assureraient pas ou n'assureraient pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions".

L'article 86 paragraphe 2 du traité CE dispose à ce sujet que les "entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général... sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté".

Ces dispositions et en particulier les limites de la notion de service d'intérêt économique général ont été précisées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes¹.

La Commission applique cette définition pour le secteur de l'énergie étant précisé que:

- les obligations imposées doivent être en lien avec la fourniture du service d'intérêt économique général dont il est question
- elles doivent apporter une contribution directe pour la satisfaction de cet intérêt économique général
- elles doivent être imposées de manière à ce qu'elles n'affectent pas le développement des échanges dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt de la Communauté

2.1.2. Les obligations doivent être en lien avec la fourniture du service d'intérêt général

L'article 3.2 de la directive électricité et l'article 3 2de la directive gaz spécifient les domaines dans lesquels une OSP peut être imposée de manière à tenir compte de l'article 86 et particulièrement de son paragraphe 2.

2.1.2.1. La sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement

La sécurité d'approvisionnement est examinée en détail dans les documents 'Mesures pour assurer la sécurité d'approvisionnement d'électricité' et 'Mesures relatives à la sécurité d'approvisionnement du gaz'.

¹ Arrêt de la Cour de Justice européenne du 27 août 1994, Commune ALMELO et autres – Affaire C-393/92.

2.1.2.2. La régularité

Cet aspect est lié à la question de la sécurité des systèmes et peut être regroupé sous la notion de sécurité de fourniture.

2.1.2.3. La qualité et le prix de la fourniture

Cette disposition se réfère au souhait des Etats membres de garder un certain contrôle sur le niveau des prix et de maintenir une certaine équité entre les systèmes de prix.

La qualité est un concept très important car, par l'imposition de standards de qualité, la puissance publique peut interférer sur le fonctionnement du marché.

2.1.2.4. La protection de l'environnement

Plusieurs Etats membres ont introduit des mesures en faveur de l'environnement, conformément à l'article 3 des directives électricité et gaz. Les règles communautaires relatives à la concurrence sont applicables à ces mesures, notamment celles concernant les aides d'Etat. Ces mécanismes sont en principe compatibles à condition que les effets restrictifs sur la concurrence ne soient pas disproportionnés par rapport à l'objectif environnemental poursuivi.

Dans les documents de travail annexés à ses propositions législatives présentées en mars 2001, la Commission a élaboré une première synthèse des principales mesures mises en place dans les Etats membres au titre des OSP. <http://europa.eu.int/comm/energy/library/438.pdf> sections 5,6 et 7).

2.1.3. *Les OSP doivent être imposées de manière à ne pas affecter les intérêts de la Communauté*

La qualification d'un service d'intérêt économique général doit être effectuée par les Etats membres, conformément au principe de subsidiarité, mais contrôlée au niveau communautaire afin de garantir que l'imposition d'OSP pour la réalisation d'un tel service n'affecte pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

D'après la jurisprudence de la CJCE, il appartient à la Commission de définir sous le contrôle de la Cour les intérêts de la Communauté au regard desquels le développement du commerce peut être évalué.

La CJCE a accepté de considérer que l'activité d'une entreprise qui doit "assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs et distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients" relève de la définition de service d'intérêt économique général.

Dans sa jurisprudence Commune d'ALMELO (arrêt du 27.04.1994, affaire C-393/92), la CJCE a identifié une série de tâches que l'on peut considérer comme entrant dans cette catégorie:

- l'obligation de fournir tous les consommateurs sur tout le territoire (fournisseur de dernier recours)
- l'obligation de fournir tous les clients dans une zone de desserte (ceci est valable pour le gaz)
- assurer la continuité d'approvisionnement
- garantir un traitement égal entre les consommateurs
- assurer le fonctionnement du système national d'offre électrique au coût le plus bas possible.

Comme indiqué dans le « non-paper » présenté par les services de la DG COMP en décembre 2002, *"l'examen de la jurisprudence de la CJCE suggère que la qualification de service d'intérêt économique général porte normalement sur des services:*

- dont la fourniture est généralement confiée à des opérateurs particuliers, plutôt que réglementairement confiée à toutes les entreprises du secteur;

- qui visent à satisfaire des besoins généraux des citoyens, notamment, dans le cadre d'un service universel ou dans le cas de certains services offerts dans le cadre de réseaux et ne bénéficient pas à une catégorie particulière d'utilisateurs".

(http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_fr.pdf)

Comme elle l'a rappelé dans ce document, *"la Commission suit la jurisprudence de la Cour et ne conteste que rarement la qualification de SIEG. L'intervention de la Commission ne vise pas à interférer avec les compétences des Etats membres compétents pour déterminer un SIEG et les OSP que l'on peut imposer, mais à éviter les abus. Tel est notamment le cas lorsque l'activité en cause ne présente aucun caractère spécifique par rapport aux autres activités économiques ou lorsque cette activité est déjà réalisée de façon satisfaisante par des entreprises opérant selon les règles du marché".*

Le texte de la nouvelle directive n'a pas modifié la définition du champ de son intérêt au regard de la concurrence.

Le texte de l'article 3§8 comme le texte actuel de l'article 3§3 limite cet intérêt aux clients éligibles mais la grande différence réside dans le fait que dès 2007 tous les consommateurs deviendront éligibles. A partir du 1er juillet 2007, l'intérêt de la Communauté englobera le respect de la concurrence complète.

2.2. Les obligations de service public doivent être transparentes

Afin de garantir que le critère de la transparence est rempli, la Commission considère que la mission de service public doit être confiée par un acte officiel public « *qui peut prendre la forme d'un acte législatif ou réglementaire, d'un contrat ou mandat* ».

"Cet acte officiel doit indiquer:

- la nature des obligations de service public*
- les entreprises concernées et le territoire concerné*
- la responsabilité pour la fixation des prix de vente des entreprises et les conditions de révision*
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises*
- le montant éventuel de la compensation octroyée aux entreprises et les clauses éventuelles de révision*
- la durée d'application de ces obligations."*

Si la technique de la mise en œuvre relève, conformément au principe de la subsidiarité du choix de l'Etat membre (loi, acte réglementaire, concession etc.), il est acquis que les Etats membres détaillent de plus en plus dans les lois de transposition les missions d'intérêt général qui seront à poursuivre dans le cadre de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz. Mais ils ne spécifient pas dans ces actes les détails de la mise en œuvre des OSP, d'où la nécessité de disposer d'un acte officiel public.

A ce jour les Etats membres ne communiquent pas ces mesures à la Commission de façon systématique.

Dans le document de la Commission présenté lors du groupe de suivi du 19 novembre 1998 avec les Etats membres, les obligations de publication et de communication prévues à l'article 3§2 ont été spécifiées (cf. annexe).

Le but de la publication des OSP est d'assurer la transparence vis à vis des acteurs économiques de l'ensemble du secteur, de permettre à tous ou plusieurs opérateurs de se manifester pour réaliser l'OSP ; si elle est mise en concurrence, d'en spécifier les contours en détail et d'en évaluer les coûts.

Le nouvel article 3§9 ne modifie pas l'économie du texte de 1996 mais étend l'obligation d'information à toutes les mesures prises en application de l'article 3 §2 et §3 nouveaux que ces mesures nécessitent ou non une dérogation à la directive.

2.3. Les OSP doivent être non discriminatoires

L'Etat membre peut imposer différentes OSP aux entreprises du secteur mais pour ce faire la puissance publique doit garantir que les obligations sont non discriminatoires.

Selon la Commission il convient d'introduire désormais dans le domaine de l'électricité et du gaz une mise en concurrence des différents opérateurs pour réaliser certaines obligations encore trop souvent imposées à l'entreprise publique ou privée ayant détenu le monopole

Cette mise en concurrence existe dans d'autres secteurs (transport aérien; télécommunications, notamment).

Cependant il convient de distinguer le cas particulier des obligations qui ne peuvent être imposées qu'au gestionnaire de réseau de transport. S'agissant d'un monopole naturel il va de soi que dans ces cas une mise en concurrence n'est pas envisageable.

Dans tous les autres cas, et au vu de l'expérience acquise, la Commission considère que la seule manière de garantir efficacement la non-discrimination prévue à l'article 3 est le recours à l'appel d'offres pour réaliser l'obligation de service public.

Cet appel d'offres devra faire l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Dans les deux cas (OSP imposée au GRT ou OSP octroyée par appel d'offres), il conviendra de tenir une comptabilité distincte telle qu'explicitée au point 3.2. afin d'éviter le risque d'une surcompensation des coûts liés à cette obligation.

2.4. Les OSP doivent être contrôlables

Dans le contrôle que la Commission effectue/effectuera des obligations qui lui seront communiquées, les principes suivants seront appliqués.

La mesure choisie doit être la moins restrictive possible de la concurrence et du commerce entre Etats membres nécessaire pour remplir les objectifs légitimes d'intérêt général.

La charge de la preuve incombe à la puissance publique qui impose la mesure ou à l'entreprise si dans le cadre de la subsidiarité interne à l'Etat membre, il lui est possible de choisir la mesure pour remplir l'objectif qui lui est imposée (exemple de la sécurité d'approvisionnement où il existe plusieurs techniques).

Dans son contrôle la Commission appréciera la proportionnalité de cette mesure et procédera si nécessaire à un étalonnage par rapport à ce qui se passe dans d'autres Etats membres.

Comme la Commission l'a déjà indiqué dans sa note du 29 avril 1999 relative aux OSP dans le domaine du gaz elle appliquera les principes suivants pour analyser les mesures aussi bien pour l'électricité que pour le gaz : (http://europa.eu.int/comm/energy/en/gas_single_market/finalpso29aprilffm.pdf)

- analyse des OSP et de leur compatibilité avec les domaines d'intérêt général visés par la directive (test de conformité avec les articles 3) avec l'article 86§2 du traité et notamment le point de savoir s'il s'agit de réaliser par cette obligation un service d'intérêt économique général;
- analyse de l'adéquation de la mesure proposée pour remplir les objectifs poursuivis (ne pas entraver l'accomplissement des OSP)
- analyse de la nécessité et de la portée de la mesure proposée (mesures alternatives).

Si un doute apparaît, la Commission se réserve le droit de consulter l'ensemble des Etats membres.

3. LA QUESTION DE LA COMPENSATION DES CHARGES LIEES A LA REALISATION DES OSP

Le nouvel article 3§4 stipule que « lorsqu'une compensation financière, d'autres formes de compensation ou des droits exclusifs offerts par un Etat membre pour l'accomplissement des obligations visées aux paragraphes 2 et 3 sont octroyés, ce doit être d'une manière non discriminatoire et transparente ».

3.1. L'état du droit communautaire

La question de compensation soit sous forme de subventions directes soit sous forme de droits exclusifs est une question qui concerne l'ensemble des secteurs libéralisés dans l'Union (poste, télécoms, gaz, électricité, transport aérien etc.).

Il s'agit donc ici de se référer à la jurisprudence existante et aux décisions de la Commission intervenues en la matière. Cette question est traitée en détail dans le « non-paper » des services de la Commission (paragraphes 83 à 101).

(http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/1759_sieg_fr.pdf)

3.2. La question de l'imputation dans les comptes de l'entreprise

Pour ce qui concerne la question de l'imputation de ces charges dans les comptes de l'entreprise, il convient de mettre en place un système incontestable qui garantisse que la partie subventionnée du secteur ne permet pas des comportements prédateurs en termes commerciaux sur la partie totalement libéralisée et/ou non soumise à obligation de service public.

Cette question a fait l'objet de débats et on peut citer l'avis n°2000-A-29 du Conseil de la concurrence français en date du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, de transport et de distribution d'électricité, avis donné dans le cadre de la préparation de la loi électrique.

Il y rappelait sa position exprimée pour la libéralisation du secteur des télécommunications, dans son avis n°97-A-07 du 27 mai 1997 selon lequel « *lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés* ».

Par ailleurs en adoptant la directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, la Commission a souhaité clarifier ces relations dans le contexte nouveau de l'ouverture des marchés.

Aux termes du deuxième considérant, la Commission rappelle que « des secteurs de l'économie exploités dans le passé en régime de monopole ont été ou sont en train d'être ouverts à la concurrence. Ce processus met en relief l'importance qu'il y a à assurer dans ces secteurs une application juste et effective des règles de la concurrence contenues dans le traité et en particulier à garantir l'absence de position dominante au sens de l'article 82 du traité ainsi que des aides d'Etat au sens de l'article 87 du traité, à moins que celles-ci ne soient compatibles avec le marché commun sans préjudice de l'application possible de l'article 86, paragraphe 2 du traité ».

L'article 1 paragraphe 2 de cette directive impose aux Etats membres « de faire en sorte que les comptes séparés reflètent fidèlement la structure financière et organisationnelle de toute entreprise... en faisant ressortir a) les produits et les charges associés aux différentes activités ; b) le détail de la méthode d'imputation ou de répartition des produits et charges entre les différentes activités ».

L'article 2 paragraphe e) de cette directive spécifie la notion d'activités différentes qui incluent « d'une part tous les produits ou services pour lesquels des droits spéciaux ou exclusifs sont accordés à une entreprise ou tous les services d'intérêt économique général dont une entreprise est chargée, et d'autre part tout autre produit ou service séparé relevant du champ d'activité de l'entreprise ».

Le dispositif précité de cette directive servira à orienter les entreprises du secteur du gaz et de l'électricité pour l'établissement et la tenue d'une comptabilité séparée étant précisé que la base juridique pour cette obligation est l'article 3 paragraphe 2 de la directive électricité et l'article de la directive gaz.

Pour rappel, l'article 19(3) impose également '*Jusqu'au 1^{er} juillet 2007, elles tiennent des comptes séparés pour les activités de fourniture aux clients éligibles et les activités de fourniture aux clients non éligibles*'.

4. LES DEROGATIONS PREVUES A CERTAINES DISPOSITIONS DES DIRECTIVES

En application du nouvel article 3 paragraphe 8 de la directive électricité et l'article 3 paragraphe 5 de la directive gaz, les Etats membres peuvent ne pas appliquer certaines dispositions de la directive si « *leur application risque d'entraver en droit ou en fait l'accomplissement des obligations imposées aux entreprises dans l'intérêt économique général* ».

En premier lieu il convient de rappeler que l'application de ces dérogations relève du choix de l'Etat membre mais les dérogations ainsi décidées sont désormais soumises à l'obligation de communication générale prévue à l'article 3 paragraphe 9 de la directive électricité telle qu'explicitée au point 3 de la présente note et à l'article 3 paragraphe 6 de la directive gaz.

En second lieu, il va de soi qu'il appartient à l'Etat membre qui décide d'y recourir d'apporter la preuve du risque d'entrave spécifié au paragraphe 8. Cette preuve sera explicitée lors de la communication que l'Etat membre fera à la Commission.

5. LES OSP DOIVENT ETRE COMMUNIQUEES A LA COMMISSION

L'article 3 § 9 de la directive électricité et l'article 3 § 6 de la directive gaz stipulent que :

“Les États membres informent la Commission, lors de la mise en œuvre de la présente directive, de toutes les mesures qu'ils ont prises pour remplir les obligations de service universel et de service public, y compris la protection des consommateurs et la protection de l'environnement, et de leurs effets éventuels sur la concurrence nationale et internationale, que ces mesures nécessitent ou non une dérogation à la présente directive. Ils notifient ensuite à la Commission, tous les deux ans, toute modification apportée à ces mesures, que celles-ci nécessitent ou non une dérogation à la présente directive.”

“Les États membres informent la Commission, lors de l'entrée en vigueur de la présente directive, de toutes les mesures qu'ils ont prises pour remplir les obligations de service public, y compris la protection des consommateurs et de l'environnement, et de leurs effets éventuels sur la concurrence nationale et internationale, que ces mesures nécessitent ou non une dérogation à la présente directive. Ils notifient ensuite à la Commission, tous les deux ans, toute modification apportée à ces mesures, que celles-ci nécessitent ou non une dérogation à la présente directive.”

Ces articles créent une obligation d'information générale à la charge des Etats membres qui doivent informer la Commission de **toutes les mesures prises** pour réaliser les objectifs de service universel et de service public et non pas seulement de celles liées à une demande de dérogation, tel que ressortant du texte actuel.

Pour la mise en œuvre des directives de 1996 et de 1998 il n'y a pas eu de notification car les OSP mises en œuvre ne nécessitaient pas de dérogation Pour le futur la nouvelle directive crée une obligation de communication générale pour toutes les mesures prises

pour remplir les obligations de service universel et de service public que ces mesures nécessitent une dérogation ou non à la directive.

La communication à la Commission des actes (législation primaire et secondaire) de transposition des directives pris par les Etats membres (autorités nationales, régionales et locales) pour leur mise en œuvre ne couvre pas cette nouvelle obligation spécifique prévue au nouvel article 3.

Comme déjà indiqué par la Commission en 1998 le fait que les OSP soient incluses dans les instruments de transposition notifiées en application du nouvel article 30§1 (ex article 27§1) ne suffit pas pour assurer la transparence dont la Commission a besoin pour vérifier la compatibilité des OSP avec le traité et la directive.

Il conviendra donc de transmettre à la Commission l'ensemble des éléments suivants:

- la copie du ou des actes officiels imposant l'OSP et comprenant toutes les informations requises au point 2.4
- les effets éventuels de ces OSP sur l'application de la directive et des informations sur les intentions de l'Etat membre de déroger aux dispositions de la directive tel que prévu à l'article 3§8
- la référence aux dispositions légales concernées
- la méthode de [calcul](#) de la compensation financière éventuelle.

6. L'ARRET DE LA COUR DE JUSTICE DU 24 JUILLET 2003, ALTMARK

Il a clarifié la jurisprudence de la CJCE quant à l'application des règles des aides aux compensations de service public (art.87 du traité).

La compensation d'une charge de service public n'est pas en principe une aide d'État.

QUATRE CONDITIONS CUMULATIVES DOIVENT ETRE REMPLIES:

- L'entreprise doit être effectivement chargée de l'exécution de ces obligations qui doivent être clairement définies ;
- les paramètres pour le calcul des coûts doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- la compensation ne peut en aucun cas dépasser ce qui est nécessaire ;
- si la sélection se fait en dehors des procédures de marché public, le niveau de compensation doit être déterminé en comparaison des coûts qu'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée aurait à supporter.