

N° 423901, Mme C...

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 22 juin 2020

Lecture du 10 juillet 2020 - C

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Aussi curieux que cela puisse paraître, vous n'avez encore jamais eu l'occasion de vous prononcer sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne des droits exclusifs que le législateur confère depuis 1946 à un opérateur unique pour assurer la distribution de l'électricité sur 95 % du territoire national.

La question a donné lieu à quelques controverses doctrinales dans les années 2010, époque à laquelle plusieurs grandes concessions sont arrivées à leur terme, et à trois arrêts des CAA de Paris du 25 février 2013 (*M. X...*, n° 12PA00593), de Nantes (11 octobre 2019, *sté Ile de Sein énergies*, n° 19NT00073) et de Lyon. Le pourvoi formé contre le premier s'est soldé par un désistement d'office; celui contre le deuxième est pendant devant vous; c'est le troisième, dont vous êtes aujourd'hui saisis, qui vous conduira à répondre à cette question.

Il a pour origine le recours pour excès de pouvoir formé par Mme C..., conseillère municipale de la commune de Lyon, à l'encontre de la délibération du 19 novembre 2012 par laquelle ce conseil municipal a approuvé un avenant prolongeant pour cinq années au plus la convention de concession de distribution d'électricité conclue le 18 février 1993 pour une durée de 20 ans entre la commune et l'établissement public EDF et la décision du premier adjoint de le signer. Le choix de prolonger cette convention plutôt que d'en conclure une nouvelle était justifié par l'éventualité d'un transfert prochain de la compétence en matière de distribution d'électricité¹ à la métropole de Lyon, qui sera créée le 1er janvier 2015.

Le TA de Lyon puis la CAA de la même ville ont successivement rejeté sa demande au fond, sans statuer sur la fin de non recevoir qu'EDF et Enedis lui ont opposé depuis le début et encore devant vous. Ils contestent son intérêt pour agir. Mais si les qualités d'usager du service public de l'électricité et de contribuable local ne peuvent effectivement pas lui donner intérêt pour agir contre cette délibération, il n'en va pas de même de la troisième qualité dont elle se prévaut, celle de conseillère municipale (CE, 24 mai 1995, *ville de Meudon*, n° 150360, au rec).

Vous admettez les interventions volontaires au soutien de ce pourvoi de la société Ile de Sein Energie et de l'association ClientEarth, requérantes contre l'autre arrêt sur le même sujet.

1 La compétence des métropoles en matière de distribution publique d'électricité et de gaz est prévue par la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

L'intérêt de la première, qui souhaite distribuer de l'énergie sur l'Ile de Sein, à contester le monopole de l'opérateur national, n'est pas douteux. Celui de la seconde, qui s'est donnée pour mission de protéger l'environnement et de promouvoir les énergies renouvelables, pourrait davantage prêter à discussion, mais vu la portée de cette intervention, nous vous proposons de l'admettre également.

Nous commencerons par examiner rapidement les moyens du pourvoi étrangers à la question de la conventionnalité des droits exclusifs.

Le premier est tiré de ce que la cour n'aurait pas répondu à un moyen tiré de l'incompétence du premier adjoint au maire pour signer l'avenant faute de bénéficier d'une délégation de signature. Vous pourrez considérer que la cour, qui a répondu à l'argument de la requérante selon laquelle le maire aurait du signer lui-même l'avenant car il n'était ni absent ni empêché qu'elle ne justifiait pas qu'il n'était pas empêché, ce qui est conforme à votre jurisprudence (CE, 26 juillet 1996, *SARL Pompes funèbres des Alpes-Maritimes*, n° 142503), n'avait pas à répondre expressément au moyen tiré de l'absence de délégation de signature qui était inopérant, le premier adjoint n'ayant pas besoin de délégation pour remplacer le maire empêché (CE, 19 mai 2000, *Cne du Cendré*, n° 208542, aux T).

Le deuxième critique sous plusieurs angles les motifs par lesquels la cour a jugé que l'information des conseillers municipaux avait été suffisante.

L'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales n'impose l'envoi à tous les membres des conseils municipaux des communes de 3 500 habitants et plus que d'une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération. Par ailleurs, ce même article dispose que *"Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur"*. L'article suivant reconnaît par ailleurs à tout membre du conseil municipal *"le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération"*.

Vous faites une application pragmatique de ces dispositions, admettant par exemple qu'une information adéquate pour permettre aux élus d'exercer utilement leur mandat peut remplacer la note explicative de synthèse. "Cette obligation d'information, qui doit être adaptée à la nature et à l'importance des affaires, doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions. Elle n'impose pas de joindre à la convocation adressée aux intéressés une justification détaillée du bien-fondé des propositions qui leur sont soumises" (CE, 14 novembre 2012, *Cne de Mandelieu-la-Napoule*, n° 342327, aux T sur ce point).

La cour n'a pas méconnu ces règles en jugeant que si la requérante souhaitait avoir connaissance du compte-rendu d'activité de la concession, des données relatives aux biens concédés, du projet d'avenant et de ses annexes, qui ne font pas partie des éléments qui auraient du être obligatoirement portés à la connaissance des membres du conseil municipal, il lui appartenait d'en faire la demande. Elle n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle n'en avait fait la demande que postérieurement à la délibération litigieuse ni que le projet avait été présenté aux élus dans l'exposé des motifs du projet de délibération lequel, comme nous l'avons dit, peut tenir lieu de

note de synthèse s'il comporte les informations utiles, ce que la cour a pu juger être le cas sans dénaturer les pièces du dossier.

Le troisième est dirigé contre les stipulations de l'article 4 de l'avenant, qui précise les informations devant être portées à la connaissance de l'autorité concédante. Pour écarter le moyen tiré de ce que ces informations ne couvraient pas toutes celles prévues par l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, la cour a répondu qu'en tout état de cause il était toujours possible à l'autorité concédante de demander davantage d'informations de l'opérateur. Nous ne voyons dans cette réponse aucune erreur de droit.

Plus intéressants sont les moyens du pourvoi qui critiquent sous les angles de l'erreur de droit et de l'erreur de qualification juridique des faits les motifs par lesquels la cour a jugé que les dispositions législatives du code de l'énergie conférant des droits exclusifs à ERDF et à EDF étaient compatibles avec le droit de l'Union.

Il convient avant de les examiner de rappeler le cadre juridique particulier dans lequel s'inscrit la concession et sa prolongation litigieuse.

Le service public de l'électricité comprend quatre catégories de prestations : la production, le transport, c'est à dire l'acheminement sur les lignes à haute et très haute tension de plus de 50 kV, la distribution, qui correspond à l'acheminement sur des lignes à haute et basse tension jusqu'au consommateur et enfin la fourniture de l'électricité, laquelle n'est un service public qu'en tant qu'il concerne sa vente aux tarifs réglementés. Les deux premières activités sont gérées au niveau national, alors que les deux dernières font l'objet de concessions locales.

La distribution, qui consiste en l'exploitation et le développement d'infrastructures qui appartiennent aux collectivités territoriales, et la fourniture, qui furent longtemps liées, sont placées sous le régime de la concession locale depuis la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, régime que la loi du 8 avril 1946 de nationalisation de l'électricité et du gaz n'a pas remis en cause. Elle a confié le monopole du service public de l'électricité à un établissement public national, EDF, auquel elle a transféré les concessions locales d'électricité. Ce monopole n'est pas intégral puisque la loi en a exclu les distributeurs non nationalisés dans leur zone de desserte historique. Mais ils ne peuvent agir hors de cette zone, à l'intérieur de laquelle l'opérateur national peut en revanche venir les concurrencer, de même que la collectivité peut décider d'exploiter le service en régie (CE, 27 novembre 2002, *SICAE de la région de Péronne*, n° 246764, au rec). Ces zones exclues du monopole d'EDF représentent une infime partie du territoire national (environ 5 %) et la commune de Lyon n'en fait pas partie. La loi du 10 février 2000 (art 18) a confirmé à la fois le caractère local de ce service public et le monopole des gestionnaires de ces réseaux dans leurs zones respectives (art L. 2224-31 cgct).

Ce monopole de la distribution et de la fourniture a dû s'adapter à la progressive ouverture du secteur de l'énergie électrique à la concurrence sous l'impulsion du droit communautaire, à partir des années 1990. Une première directive du 19 décembre 1996 a posé un certain nombre de règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Elle a été successivement remplacée par les directives du 26 juin 2003 (2003/54/CE), du 13 juillet 2009 (n° 2009/72/CE) et, dernière en date, du 5 juin 2019 (n° 2019/944 du Parlement européen et du Conseil). La transposition de ces directives en droit français a donné lieu à plusieurs lois qu'il n'est pas nécessaire de détailler ici, sauf pour

indiquer qu'elles ont conduit à la séparation des activités de distribution, confiées par la loi du 1er janvier 2008 à une société anonyme détenue à 100 % par EDF, ERDF devenue Enedis, et de vente au tarif réglementé, assurée par EDF, et qu'elle ont maintenu à la fois le dispositif de la concession locale pour l'exploitation des réseaux de distribution (art L. 2224-31 I CGCT) et le monopole de l'opérateur national pour l'exercer en dehors des zones de compétence des distributeurs non nationalisés. Ce monopole figure aujourd'hui à l'article L. 111-52 du code de l'énergie².

En l'état actuel du droit, les collectivités locales situées en dehors des zones d'exercice des distributeurs non nationalisés sont donc tenues de confier l'exploitation de leurs réseaux de distribution d'électricité à Enedis et la fourniture au tarif réglementé à EDF. C'est cette obligation légale que conteste la requérante et elle n'est pas la seule, de grandes collectivités, communes importantes ou métropoles, se plaignant de ce qu'elle les privent de tout levier de négociation avec l'opérateur unique. Votre décision sera donc lue avec beaucoup d'intérêt.

Précisons pour conclure cette description du cadre juridique du litige que si la conjonction de cette obligation et de la réglementation des tarifs d'utilisation des réseaux publics au niveau national limitent considérablement la liberté contractuelle des parties, ces conventions n'en sont pas moins des contrats³ et plus précisément des concessions, car, pour limité que soit le risque d'exploitation du fait de cette réglementation des tarifs, il est bien transféré à l'exploitant, ce qui est le critère de la concession (voyez précisément sur cette question du risque dans un contexte de tarifs réglementés, à propos des services de distribution d'eau potable : CJCE, 10 septembre 2009, *Wasser*, aff. C-206/08)⁴. Mais il s'agit de concessions dont l'attribution, du fait du droit exclusif légalement conféré à Enedis, n'est pas soumise aux procédures de mise en concurrence. L'article 10.1 de la directive du 26 février 2014 relative aux concessions précise qu'elle *"ne s'applique pas aux concessions de services attribuées 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"* (transposé à l'article 14 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession). Ces dispositions n'étaient applicables ni à la date à laquelle la

2 « Les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité sont, dans leurs zones de desserte exclusives respectives: / 1° La société gestionnaire des réseaux publics de distribution issue de la séparation entre les activités de gestion de réseau public de distribution et les activités de production ou de fourniture exercées par Electricité de France en application de l'article L. 111-57; / 2° Les entreprises locales de distribution définies à l'article L. 111-54 ou les entreprises locales de distribution issues de la séparation entre leurs activités de gestion de réseau public de distribution et leurs activités de production ou de fourniture, en application de l'article L. 111-57 ou de l'article L. 111-58 ; / 3° Le gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité est, dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, l'entreprise Electricité de France ainsi que la société mentionnée à l'article L. 151-2 ».

3 Article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales dispose que les collectivités locales, en leur qualité d'autorités organisatrices du service public de la distribution d'électricité, « *négoient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions* ».

4 Telle est également l'analyse du professeur Nicinski, "A propos des concessions locales de distribution d'électricité, Evitons les surtensions !", AJDA 2010, p. 1737 et de Me Pachon-Lefevre, "Vers une ouverture à la concurrence des concessions de distribution d'électricité", Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin, éd. La Mémoire du droit, 2012, p. 383 et s.

concession litigieuse a été conclue, en 1993, ni à la date à laquelle elle a été prolongée par la délibération attaquée, en 2012. Mais les principes fondamentaux de non discrimination imposaient déjà à l'époque que l'attribution des concessions soit précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence (CJCE 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98). La réserve de l'octroi de droits exclusifs conformes aux traités devait aussi s'appliquer, puisqu'il n'y avait pas plus de sens qu'aujourd'hui à publier et à mettre en concurrence la passation d'un contrat qui doit obligatoirement être confié à un opérateur prédéterminé.

La validité des concessions de distribution et de fourniture d'électricité attribuées à Enedis et EDF sans mise en concurrence dépend donc de la conformité au droit de l'Union du droit exclusif accordé par la loi à cet opérateur.

Bien que les défendeurs ne le fassent pas, nous nous sommes demandés si cette question était également pertinente pour déterminer la validité de la prolongation d'une concession. Mais il nous semble que oui, dans la mesure où la prolongation d'une convention irrégulièrement conclue ou qui ne pourrait plus être conclue sans mise en concurrence, est également irrégulière.

L'octroi de droits exclusifs en matière de distribution d'électricité peut être justifié au regard de deux catégories de normes européennes: la norme générale de droit primaire, article 86 du traité sur la communauté européenne devenu l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), dont le § 2 dispose que *"Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de 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 a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union"*, et la norme sectorielle de droit dérivé issue des directives concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité qui prévoit, en 2003 comme en 2009, que *« Les États membres désignent, ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer par les États membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique, un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution »* (art 13 de la directive de 2003 et 24 de celle de 2009), disposition qui figure dans les mêmes termes dans la dernière directive de 2019 (art 30).

Ces dernières dispositions n'interdisent certainement pas aux Etats membres de désigner le gestionnaire de réseau au terme d'une procédure transparente de mise en concurrence. Mais elles ne l'imposent pas non plus et la comparaison avec les dispositions de l'article 4 de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 relative au gaz, qui prévoient que *« lorsque les États membres ont un système d'autorisations, ils fixent des critères objectifs et non discriminatoires que doit respecter l'entreprise qui sollicite une autorisation pour construire et/ou exploiter des installations de gaz naturel »*, nous conduit à penser, comme la plupart des commentateurs, que les dispositions précitées de la directive relative à l'électricité autorisent les Etats membres à désigner unilatéralement et sans mise en concurrence le ou les gestionnaires de réseau.

Mme C... contestait la conformité de l'octroi de droits exclusifs à ENEDIS au regard de ces deux normes et la Cour a précisément répondu sur toutes les conditions posées par ces dispositions, par des motifs qui sont tout aussi précisément critiqués devant vous.

Il faut avant d'y répondre vérifier s'il était bien nécessaire d'examiner la conformité de ces droits au regard de ces deux normes ou, pour le dire autrement, s'il ne suffisait pas de vérifier leur conformité aux dispositions précitées de la directive.

La réponse n'est pas évidente.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, «lorsqu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire» (CJCE, 12 octobre 1993, *V... et L...*, C-37/92, Rec. p. I-4947, point 9 ; 13 décembre 2001, *DaimlerChrysler*, C-324/99, Rec. p. I-9897, point 32; 14 décembre 2004, *Comm c/ Allemagne*, C-463/01; 14 mars 2013, *comm c/ France*, C-216-11). Comme l'explique l'avocat général dans ses conclusions sur cette dernière affaire, "En d'autres termes, la conséquence de l'adoption d'un acte normatif de l'Union est une sorte de substitution ou d'«attraction» procédurale. Ainsi, aux fins de la solution d'un litige, l'acte de droit dérivé de l'Union se substitue au TFUE comme paramètre nécessaire au jugement. Logiquement, cet effet ne se produit que lorsque l'acte normatif de l'Union régit exhaustivement un domaine, que ce soit d'une manière générale pour tout un secteur, ou spécifiquement et concernant des aspects ponctuels". La difficulté est sans surprise de déterminer ce qu'il faut entendre par harmonisation exhaustive d'un domaine ou de l'un de ses aspects ponctuels. L'esprit et la logique de cette jurisprudence conduisent à ne reconnaître une telle substitution de la norme dérivée au droit primaire que lorsque la première peut être regardée comme développant complètement, pour un secteur particulier, les principes du droit primaire, et donc ne laissant plus aucune marge de manoeuvre normative aux Etats membres, puisque c'est sur une telle marge de manoeuvre que ces principes pourraient trouver à s'appliquer.

Deux raisons nous semblent faire obstacle à ce que l'on regarde la directive sur l'électricité et même son article 24 comme se substituant au droit primaire. La première et la principale est que les directives de 2003, de 2009 et jusqu'à la dernière de 2019, ne sont que des étapes d'un processus d'harmonisation qui est toujours en cours, ce que la Cour de justice a eu l'occasion de relever elle-même dans un arrêt du 6 décembre 2018, *Fens Spol* (aff. C-305/17). La seconde, invoquée dans les conclusions sans être reprise dans l'arrêt mais qui est liée à la première, est qu'une normativité dérivée par directives ne peut réaliser une harmonisation exhaustive d'un secteur, puisque ce type de norme se caractérise précisément par la marge de manoeuvre qu'elle laisse aux Etats membres quant aux modalités d'atteindre les objectifs qu'elle leur assigne.

La conformité des droits exclusifs octroyés à Enedis ne nous paraissent donc pas pouvoir être vérifiée au seul regard des dispositions des directives concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, d'autant que, comme nous l'avons dit, ces dispositions n'imposent pas la mise en place de procédures transparentes de mise en concurrence préalablement à la désignation de l'exploitant des réseaux de distribution, mais ne l'interdisent pas non plus.

Les dispositions du droit primaire et du droit dérivé doivent donc être appliquées conjointement et, si une incompatibilité entre elles apparaissait, de nature à faire naître un doute sérieux sur la conformité de la directive au Traité, il conviendrait de saisir la Cour de justice pour qu'elle en décide.

Mais ce n'est pas le cas en ce qui concerne le service public de la distribution d'électricité, qui remplit les conditions pour donner lieu à l'octroi de droits exclusifs, ce que ne fait que confirmer

la directive. Telle a été l'analyse de la cour et la démonstration que nous allons en faire conduira à répondre aux moyens du pourvoi dirigés contre ses motifs.

Comme vous le savez, le droit de l'Union n'interdit pas par principe les monopoles (CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 ; CJCE 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89) mais, en tant qu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'exercice des libertés fondamentales d'établissement et de circulation ainsi qu'au principe de non discrimination sur lesquels est fondée la construction d'un espace économique commun, ils doivent être strictement justifiés par des impératifs d'intérêt général. Tel est le sens de l'article 106 §2 que nous avons cité qui permet l'octroi de droits exclusifs aux *"entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal"* tout en précisant qu'elles *"sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de 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 a été impartie"*.

La Cour de justice a précisé les conditions qui doivent être réunies pour que des droits exclusifs puissent être octroyés en conformité avec les règles et principes du Traité.

Le service pour lesquels ils sont conférés doit être un service d'intérêt économique général. C'est le cas de la distribution d'électricité : la cour de justice l'a reconnu à plusieurs reprises (CJCE 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92 ; CJCE 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94) et la directive relative à l'électricité le réaffirme (art 3.2).

L'entreprise doit être investie de sa mission de service d'intérêt économique général par un acte de la puissance publique (CJCE 21 mars 1971, *BRT*, aff. 127/73; CJCE 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, préc. ; CJCE 23 mai 2000, *Kobenhavns Kommune*, aff. C-209/98), condition que satisfait la législation française.

Contrairement aux deux précédentes, la troisième condition, qui tient à ce que l'attribution de droits exclusifs soit nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'intérêt général poursuivi, est contestée par la requérante. La Cour a jugé "que cette exclusivité trouve sa justification dans les sujétions que la loi impose à ces sociétés, s'agissant d'ERDF devenue Enedis, d'assurer la continuité de la distribution d'électricité, « produit de première nécessité », en application de l'article L. 121-1 du code de l'énergie, ainsi que la construction et l'entretien d'un réseau de distribution fiable, et s'agissant d'EDF, de favoriser la maîtrise de la demande, de concourir à la cohésion sociale au moyen de la péréquation nationale des tarifs, de mettre en œuvre la tarification spéciale dit « produit de première nécessité » et de maintenir la fourniture d'électricité". Nous ne voyons dans ces motifs ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits.

Les obligations de service public qui peuvent être imposées aux distributeurs et fournisseurs d'électricité et qui sont susceptibles de justifier les droits exclusifs qui leur sont octroyés sont particulièrement étendues.

Comme l'a récemment rappelé la CJUE, la notion d'obligation de service public, "telle qu'elle est donnée de manière convergente dans le cadre de ces actes adoptés par le législateur de l'Union dans des domaines autres que celui du marché de l'électricité, ... au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72, correspond à des mesures d'intervention publique dans le fonctionnement de ce marché, qui imposent à des entreprises du secteur de l'électricité, aux fins de la poursuite d'un intérêt économique général, d'agir sur ledit marché sur la base de critères imposés par les autorités publiques. La liberté de ces entreprises d'agir sur le marché de l'électricité est ainsi limitée, en ce sens que, au regard de leur seul intérêt commercial, ces entreprises n'auraient pas

fourni certains biens ou services, ou ne les auraient pas fournis dans la même mesure ou dans les mêmes conditions" (CJUE, 19 décembre 2019, *Engie Cartagena SL*, affaire C-523/18).

L'article 3.2 de la directive indique que ces obligations 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, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat*" et l'article L. 121-1 du code de l'énergie assigne à ce service de première nécessité les objectifs aussi importants que variés d'indépendance, de sécurité d'approvisionnement, de respect de l'environnement, de gestion optimale et développement des ressources, de maîtrise de la demande d'énergie, de cohésion sociale, de lutte contre l'exclusion, de développement équilibré du territoire, de recherche et progrès technologique, de défense et sécurité publique, etc.

La nécessité et la proportionnalité de l'octroi des droits exclusifs doit s'apprécier au regard tant des modalités matérielles d'exécution du service, qui doit pouvoir supporter la coexistence de plusieurs opérateurs en concurrence, que de ses conditions économiques. La cour de justice a ainsi indiqué dans son arrêt *Cne d'Almelo* précité, à propos de la distribution d'électricité, qu'« il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise » (§ 49). Elle a ensuite défini le standard d'appréciation de ces nécessité et proportionnalité de manière relativement souple en jugeant "qu'il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité soient remplies, que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général soit menacée. Il suffit que, en l'absence des droits litigieux, il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle, ou que le maintien de ces droits soit nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables (voir, notamment, arrêt Albany, précité, point 107) » (CJCE 17 mai 2001, *Poste Italiane*, aff. C-340/99, point 545).

Bien que cela soit discuté par une partie de la doctrine⁵, les obligations importantes de service public mises à la charge de l'opérateur de distribution d'électricité et le risque que ferait peser sur leur réalisation la multiplication des opérateurs pour exploiter le réseau existant, détenu par les collectivités locales, et leur mise en concurrence, conduisent à reconnaître, comme l'a fait la cour, mais comme le fait aussi la directive en ouvrant la faculté d'une désignation unilatérale de l'opérateur de distribution d'électricité, la conformité des droits exclusifs octroyés à Enedis.

La requérante reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en indiquant que la mise en oeuvre d'une procédure de mise en concurrence serait susceptible de compromettre ces objectifs "en permettant à des entreprises insusceptibles d'offrir les garanties techniques ou financières nécessaires d'obtenir la concession". La formule est effectivement maladroite dans la mesure où les capacités des candidats à l'attribution d'une concession peuvent être vérifiées au cours de la procédure. Mais outre que cette phrase n'apparaît pas comme un motif déterminant de l'arrêt, elle

5 V. aussi : CJCE 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94.

6 Art Mel Boivin; Art Terneyre

s'inscrit dans l'appréciation globale de la nécessité des droits exclusifs, dont nous avons dit qu'elle était exempte d'erreur de droit comme de qualification juridique.

La quatrième condition, tenant à ce que les droits exclusifs n'affectent pas le développement des échanges d'une manière contraire à l'intérêt de l'Union, n'est pas discutée et ne pourrait l'être puisque la directive elle-même les admet.

Nous concluons cette analyse de la conformité des droits exclusifs octroyés à un opérateur unique de distribution d'électricité en citant la professeure Nicinski qui souligne que "lorsqu'une directive sectorielle implique une mise en concurrence pour désigner un opérateur qui bénéficiera de droits exclusifs, elle l'exprime explicitement et cette évolution apparaît comme une étape supplémentaire de l'ouverture du réseau à la concurrence... Dès lors, l'application des grands principes du traité ne saurait être interprétée comme venant bouleverser le processus d'ouverture à la concurrence en autorisant brutalement le passage à l'étape ultime en présence de textes communautaires sectoriels". Les Etats membres ne sont pas encore parvenus à cette étape et nous ne pensons pas qu'il appartienne à une juridiction, qui plus est nationale, d'en précipiter la venue, au risque d'aller à l'encontre de l'intégration progressive à laquelle procèdent les normes européennes de droit dérivé successives.

La même analyse vaut également pour les droits exclusifs octroyés à EDF pour la fourniture d'électricité au tarif réglementé, qui fait partie du périmètre de la concession litigieuse, mais dont la contestation ne fait pas l'objet d'une argumentation véritablement différente de celle relative à la distribution. Vous avez admis la compatibilité avec le droit de l'Union de l'obligation de fournir de l'électricité au tarif réglementé, au regard notamment des intérêts économiques généraux que peuvent représenter le maintien des prix de ce bien de première nécessité à un niveau raisonnable, la sécurité de l'approvisionnement ainsi que la cohésion territoriale (CE Ass, 18 mai 2018, *Société Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 413688) et les droits exclusifs peuvent être regardés comme nécessaires pour compenser les charges que représente cette obligation de service public.

Le dernier moyen est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant "que contrairement aux affirmations de l'appelante, si l'article 24 de la directive 2009/72/CE impose que les contrats de concession de la distribution d'électricité aient une durée déterminée, il n'implique pas pour autant d'obligation de mise en concurrence préalable". La requérante soutient que la désignation par la loi d'un opérateur unique sans limitation de durée serait contraire à l'article 24 de la directive 2009/72/CE qui prévoit que les gestionnaires de réseaux sont désignés « *pour une durée à déterminer par les États membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique* ».

Cette question est effectivement délicate car si les concessions conclues localement le sont toujours pour une durée déterminée, le fait qu'elles ne puissent jamais être attribuées à un autre opérateur que l'opérateur national désigné par la loi et que cette désignation ne prévoit aucune limitation de durée, aboutit en pratique à sa désignation perpétuelle. Or, si l'on peut reconnaître la

nécessité d'un opérateur unique pour les raisons que nous avons dites, la perpétuité du monopole accordé à une entreprise déterminée est plus discutable.

Mais, d'une part, nous ne pensons pas que la durée déterminée qu'impose l'article 24 concerne uniquement la personne de l'opérateur. Elle vise plus généralement les conditions de l'attribution du droit d'exploitation, qui sont déterminées "en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique". Or, de ce point de vue, la durée déterminée des concessions locales, qui conduit à une renégociation périodique des conditions d'exploitation du service, remplit cette condition de la directive.

D'autre part, ce n'est pas ainsi que la question avait été posée à la cour: la requérante ne se prévalait de cette disposition de l'article 24 que pour soutenir qu'elle imposait une mise en concurrence préalable. C'est pourquoi la cour a répondu comme elle l'a fait et sans erreur de droit que la question de la durée de la désignation par le législateur de l'opérateur national était sans incidence sur l'obligation de mise en concurrence, qui ne dépend que de l'octroi d'un droit exclusif.

EPCMNC :

- Admission des interventions de la société Ile de Sein Energie et de l'association ClientEarth;
- Rejet du pourvoi;
- Mise à la charge de Mme C... le versement à ENEDIS, d'une part, et à la Métropole de Lyon, d'autre part, des sommes de 3 000 euros à chacune au titre des frais exposés.