

Compte-rendu de rencontre du 06 nov 2019 avec la Direction de la Commission Européenne auteure de la dernière procédure d'infraction contre la France sur la mise en concurrence des barrages

Contexte :

Nos deux rencontres avec Yannick Jadot (22/11/2018 et 23/04/2019) l'ont convaincu de l'importance stratégique de conserver les barrages français 100% publics. Il s'en est saisi politiquement comme d'autres partis d'opposition. Lors de sa campagne pour les européennes, il nous a promis que dès qu'il serait député européen, il nous aiderait, avec le groupe ALE des verts européens, à rencontrer la Commission Européenne. Promesse tenue !

C'est ainsi que le 6/11/2019, SUD-Energie a été reçu par la DG Grow, service de la Commission chargé des politiques de l'UE dans le domaine du marché unique, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des petites entreprises.

Participants :

Pour la DG Grow :

- Marzena Rogalska, Directrice de l'unité de la DG Grow directrice de l'unité G en charge du marché commun pour les administrations publiques
- Alvydas Stancikas, chef du groupe législation et contrôle des marchés publics
- Abilio Pereira, juriste
- Nadia Costacurta, juriste

Pour EELV :

- Yannick Jadot, député européen EELV ;
- Emilie Casteignau Bernardini, son attachée parlementaire.

Pour SUD-Énergie :

- Anne Debrégeas (R&D) ;
- Emmanuel Paquet (DTG) ;
- Philippe André (DTG).

C'est la DG Grow (et plus précisément Mme Rogalska), **qui a rédigé la dernière mise en demeure de plusieurs pays, dont la France**, exigeant une mise en concurrence des concessions arrivant à échéance (cf. mise en demeure en annexe). Dans le cas de la France, la raison est que les « prolongations [de concessions, ndlr] contre travaux », figurant dans la loi française de Transition énergétique pour une Croissance Verte de 2015 sont contraires au droit de l'UE. Cette mise en demeure est **au cœur des justifications avancées par le gouvernement pour mettre en concurrence les barrages**.

À noter que cette mise en demeure s'ajoute à la mise en demeure de la DG Comp du 22 octobre 2015, contre le risque d'abus de position dominante d'EDF, et fondée sur la non-application par la France de la loi Sapin, obligeant à une mise en concurrence de toute concession échue, ce qui est déjà le cas de nombreux barrages, et concernera 150 d'entre eux (25% du parc) à échéance de fin 2022.

Une procédure guidée par des obligations juridiques et non par une conviction du bien-fondé de la mise en concurrence

Nos interlocuteurs de la DGGrow avaient imprimé et lu notre rapport ([« Rapport SUD-Energie : paroles d'expert.e.s d'EDF Hydraulique »](#)), ainsi que [nos argumentaires](#) (quatre recto-versos sur les différents types de menaces).

Ils nous ont clairement laissé entendre qu'ils comprenaient que la mise en concurrence n'était peut-être pas la bonne solution (*« nous sommes conscients de la complexité de ce problème. On cherche, à travers la sagesse collective, à choisir la meilleure solution »*). Mais **eux ne se prononcent pas sur le fond du dossier, ils ont pour mission de faire appliquer les textes** : leur travail est purement technique, procédural et juridique. Ils ont ajouté que **c'est la France qui a choisi de placer ses barrages sous le régime des concessions**, et que dans ce cadre-là, elle ne se conforme pas aux textes¹ en proposant des prolongations contre travaux, ce qui a entraîné la procédure d'infraction².

Quand on leur demande si la France a répondu à leur mise en demeure, ils nous disent que oui, mais que tant que le conflit n'est pas résolu, cette demande demeure obligatoirement confidentielle.

Une possibilité, à confirmer, d'éviter la mise en concurrence

A notre question – « existe-t-il un moyen pour la France de ne pas ouvrir à la concurrence l'exploitation de ses barrages ? » – la réponse de la DGGrow a été oui.

Pour la DGGrow, il est possible de mettre les barrages hydroélectriques à l'abri de l'obligation de mise en concurrence : il suffit de créer une entité 100% publique, dont plus de 80% de l'activité concerne l'hydroélectricité en France.

C'est la seule possibilité d'échapper à l'obligation de mise en concurrence. On se place alors dans le cadre de l'« In-House », et il existe une jurisprudence de la Cour Européenne de Justice qui définit les conditions d'application de cette exception au principe de concurrence (notamment, l'entité publique ne doit comporter aucune action privée ; et l'Etat, ou une ou d'autres entités publiques (département, etc.) doit contrôler totalement l'entreprise, « d'une façon analogue à ses propres services »).

Cependant, la DGGrow nous a indiqué que cette possibilité d'exception devait être confirmée par les deux autres directions concernées par ce sujet : la DG Concurrence et la DG Energie (qui s'occupe de la législation sectorielle européenne, stipulée dans la directive de 1996 sur la « libéralisation du marché électrique »).

Une réponse qui confirme ce qui avait été suggéré par la Ministère de la Transition Ecologique et Solidaire (MTES)

Lorsque le MTES nous avait reçus en juin dernier (cf. CR joint), nos interlocuteurs nous avaient bien indiqué que deux solutions étaient envisagées pour l'hydraulique : soit une mise en concurrence, soit le regroupement de tout l'hydraulique dans une structure autonome, 100% publique.

Mais de manière très surprenante, les représentants du MTES considéraient la solution de mise en concurrence comme « plus rôdée » : *« c'est la seule voie à être conforme au droit européen et national, qui a été bien évaluée en termes de risques/opportunités : on commence à connaître les conséquences »* [ndlr : pourtant, aucun pays n'a opté pour une telle solution !!]. En revanche, ils avaient qualifié la solution 100% publique d'« avancée en terre inconnue » et de « solution purement politique » (alors qu'on a un « petit historique » de 50 ans de gestion 100% publique de l'eau en France et que les arguments ne manquent pas pour démontrer que c'est la solution la plus efficace et la plus sûre ...).

¹ [Directive 2014-23 sur l'attribution de contrats de concession](#), Article 17: Concessions entre entités dans le secteur public)

² La loi européenne est très claire à ce sujet : la prolongation contre travaux (prévue par la législation européenne dans l'article 43-1-b) n'est invocable que si les travaux ne modifient pas significativement les caractéristiques de la concession, et s'inscrivent dans la continuité de la concession

Pas de caractère d'urgence dans la procédure d'infraction

La DG Grow nous a clairement indiqué qu'il n'y avait aucun caractère d'urgence dans ces procédures d'infraction, d'autant plus qu'ils étaient tout à fait conscients de l'énorme complexité du sujet. D'ailleurs, l'autre procédure datant de 2015, lancée par la DG Comp, est toujours en cours. « La Commission Européenne préfère toujours régler les conflits par la recherche du compromis qu'en condamnant un pays ».

Il n'y a donc pas de risque qu'une décision européenne ne tombe avant que les réflexions françaises sur la réorganisation d'EDF ou sur l'exclusion des barrages de la mise en concurrence n'aient pu aboutir. D'ailleurs, il existe une autre procédure datant de 2015, lancée par la DG Concurrence, qui est toujours en cours.

Pour finir, ils sont formels : la solution sera politique. Et elle viendra de la France. C'est ainsi que cela fonctionne

Suite :

Nous devons maintenant confirmer auprès des deux autres directions concernées, DG Concurrence et DG Energie, cette possibilité juridique, au regard du droit de l'UE, d'échapper à la mise en concurrence de nos barrages.

Yannick Jadot s'est proposé de nous organiser un rendez-vous et de nous accompagner.

Annexe : mise en demeure de la France et 7 autres pays par la DG Grow

Communiqué de presse : Concessions en matière d'énergie hydroélectrique: la Commission demande à 8 États membres de se conformer au droit de l'Union - Bruxelles, le 7 mars 2019

La Commission a décidé aujourd'hui d'adresser des lettres de mise en demeure à sept États membres (**Autriche, France, Allemagne, Pologne, Portugal, Suède et Royaume-Uni**), ainsi qu'une deuxième lettre de mise en demeure complémentaire à l'**Italie**, pour faire en sorte que les marchés publics dans le secteur de l'énergie hydroélectrique soient attribués et renouvelés dans le respect du droit de l'UE.

L'énergie hydroélectrique est le secteur le plus important de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans l'UE et contribue déjà à 40 % de l'ensemble de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables en Europe. Elle peut contribuer à la réalisation des objectifs de l'**Union de l'énergie**, en particulier de fournir 20 % de la consommation finale d'énergie à partir de sources renouvelables d'ici à 2020 et au moins 27 % d'ici à 2030.

Elżbieta **Bieńkowska**, commissaire pour le marché intérieur, l'industrie, l'entrepreneuriat et les PME, a déclaré: «*Nous construisons une Union de l'énergie pour garantir à tous une énergie sûre, abordable et durable. Un secteur hydroélectrique qui fonctionne correctement joue un rôle stratégique en augmentant la part des énergies renouvelables dans notre bouquet énergétique. C'est pourquoi nous devons assurer des conditions de concurrence équitables dans le marché unique et garantir que les entreprises peuvent fournir de l'énergie hydroélectrique dans l'ensemble de l'UE.*»

La Commission considère que les cadres juridiques et les pratiques des États membres concernés par ces procédures d'infraction ne sont pas pleinement conformes à la directive sur les services ([directive 2006/123/CE](#)), aux règles de l'UE en matière de marchés publics ([directive 2014/23/UE](#) sur l'attribution de contrats de concession) ou de liberté d'établissement et de libre prestation de services ([articles 49 et 56 du TFUE](#)).

Les procédures d'infraction concernent:

- **L'Autriche, l'Allemagne, la Pologne, la Suède et le Royaume-Uni**: la Commission adresse des lettres de mise en demeure à ces États membres concernant l'octroi de nouvelles autorisations pour la construction et l'exploitation d'installations hydroélectriques sans procédures de sélection transparentes et impartiales;
- **L'Italie**: la Commission adresse une lettre de mise en demeure complémentaire à l'Italie car elle considère que les autorités italiennes n'ont pas organisé de procédures de sélection transparentes et impartiales pour l'octroi des autorisations hydroélectriques ayant expiré;
- **la France et le Portugal**: la commission adresse à ces deux États membres des lettres de mise en demeure car elle considère que tant la législation que la pratique des autorités françaises et portugaises sont contraires au droit de l'UE. Les législations française et portugaise autorisent le renouvellement ou la prolongation de certaines concessions hydroélectriques sans recourir à des procédures d'appel d'offres.

Les 8 États membres concernés disposent maintenant de deux mois pour répondre aux arguments avancés par la Commission; à défaut, celle-ci pourrait décider de leur adresser des avis motivés.

Contexte

La fourniture d'hydroélectricité est généralement organisée selon deux principes: les *autorisations* relevant de la directive sur les services ([directive 2006/123/CE](#)) et les *concessions* couvertes par les règles de passation des marchés publics ([directive 2014/23/UE](#)).

Dans le cas des autorisations, les autorités publiques fixent les conditions de l'activité et l'autorisation est généralement accordée à la demande de l'opérateur économique et non à l'initiative du pouvoir adjudicateur. En outre, l'opérateur économique reste libre de se retirer de la fourniture de travaux ou de services. En particulier, la directive sur les services couvre les situations dans lesquelles le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou de la capacité technique (par exemple, rareté des ressources en eau, plages). Dans de tels cas, les autorisations doivent faire l'objet d'une procédure de sélection transparente et impartiale offrant toutes les garanties de transparence et d'impartialité.

En revanche, les contrats de concession prévoient des obligations mutuellement contraignantes lorsque l'exécution des travaux et des services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur et qu'elle est juridiquement exécutoire. Ces contrats doivent être conformes aux règles de l'UE en matière de marchés publics et de concessions, qui permettent d'optimiser l'utilisation de l'argent du contribuable en veillant à ce que les marchés publics soient attribués au moyen de procédures de mise en concurrence ouvertes, transparentes et bien réglementées.

L'évaluation du respect de ces règles et de la liberté d'établissement ([article 49 du TFUE](#)) et de la libre prestation de services ([article 56 du TFUE](#)) est sans préjudice de l'application potentielle des règles de la concurrence (aides d'État, abus de position dominante).

Pour en savoir plus:

- sur les principales décisions concernant les procédures d'infraction de mars 2019, voir la version intégrale du [MEMO/19/1472](#);
- sur la procédure générale d'infraction, voir le [MEMO/12/12](#);
- sur la [procédure d'infraction de l'UE](#) : IP/19/1477