

II

(Actes pris en application des traités CE/Euratom dont la publication n'est pas obligatoire)

DÉCISIONS

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 26 février 2007

établissant que l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux s'applique à la fourniture d'électricité et de gaz en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles

[notifiée sous le numéro C(2007) 559]

(Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2007/141/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

considérant ce qui suit:

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ⁽¹⁾, et notamment son article 30, paragraphes 4 et 6,

vu la demande introduite par courrier électronique, le 24 octobre 2006, par le Royaume-Uni et confirmée par une télécopie signée à la même date, et vu les informations supplémentaires demandées par courrier électronique, le 17 novembre 2006, par les services de la Commission et transmises par le Royaume-Uni par courrier électronique le 27 novembre 2006,

vu les conclusions de l'autorité nationale indépendante, à savoir l'Office of the Gas and Electricity Markets (OFGEM), selon lesquelles les conditions de l'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE sont réunies,

- (1) L'article 30 de la directive 2004/17/CE dispose que les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité relevant du champ d'application de la directive ne sont pas soumis aux dispositions de celle-ci si, dans l'État membre où l'activité est exercée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. L'exposition directe à la concurrence est évaluée sur la base de critères objectifs, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du secteur concerné. L'entrée sur le marché est considérée comme non limitée si l'État membre a mis en œuvre et a appliqué les dispositions de la législation communautaire applicable en l'espèce concernant l'ouverture totale ou partielle d'un secteur donné.
- (2) La législation en question est citée à l'annexe XI de la directive 2004/17/CE; pour le secteur de l'électricité, il s'agit de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ⁽²⁾. La directive 96/92/CE a été remplacée par la 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 ⁽³⁾, qui ouvre encore

⁽¹⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).

⁽²⁾ JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

⁽³⁾ JO L 176 du 15.7.2003, p. 37. Directive modifiée en dernier lieu par la décision 2006/653/CE de la Commission (JO L 270 du 29.9.2006, p. 72).

davantage le marché. En ce qui concerne le secteur du gaz, l'annexe XI fait référence à la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel⁽⁴⁾. La directive 98/30/CE a été abrogée par la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE⁽⁵⁾, qui ouvre encore davantage le marché.

- (3) Conformément à l'article 62, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE, le titre III de cette directive, qui expose les règles applicables aux concours dans le domaine des services, ne s'applique pas aux concours organisés pour l'exercice, dans l'État membre concerné, d'une activité à l'égard de laquelle l'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive a été établie par une décision de la Commission ou à l'égard de laquelle ledit paragraphe est réputé applicable en vertu du paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou du paragraphe 5, quatrième alinéa, dudit article.
- (4) La demande introduite par le Royaume-Uni concerne la fourniture, en gros et au détail, d'électricité et de gaz en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles. Bien qu'il puisse y avoir quelques analogies, les caractéristiques respectives, et en particulier le très faible degré de substituabilité, fondent à considérer qu'il existe deux marchés distincts, l'un pour le gaz, l'autre pour l'électricité, plutôt qu'un seul marché de «l'énergie».
- (5) Étant donné le caractère unifié des marchés de l'électricité des trois zones géographiques concernées par la présente demande et la capacité limitée⁽⁶⁾ des connexions entre les réseaux du Royaume-Uni et ceux d'autres régions de la Communauté, il convient de considérer l'Angleterre, l'Écosse et le Pays de Galles comme constituant le marché de l'électricité à prendre en compte pour évaluer les conditions énoncées à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE. En ce qui concerne le gaz, il convient également de conclure que le marché géographique à prendre en compte est la Grande-Bretagne car, comme l'a noté le British Office of Fair Trade, cela correspond aux limites du régime des échanges de gaz: des échanges de gaz s'effectuent avec l'Europe continentale par la liaison Bacton-Zeebrugge, mais les volumes concernés sont relativement faibles. La même remarque s'applique aux échanges entre la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord (qui n'entrent pas dans le champ de la présente décision) et l'Irlande. Ces conclusions vont dans le sens des observations faites dans la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «Rapport sur l'état d'avancement de la création du

marché intérieur du gaz et de l'électricité»⁽⁷⁾ (dénommée ci-après le «rapport 2005») selon lesquelles «en termes économiques, (...) les marchés de l'électricité (...) de l'UE conservent une portée nationale».

- (6) Cette appréciation (ainsi que toute autre appréciation figurant dans la présente décision) est faite uniquement aux fins de la mise en œuvre de la directive 2004/17/CE et ne préjuge en rien de l'application des règles en matière de concurrence.
- (7) En ce qui concerne l'électricité, le Royaume-Uni a transposé et appliqué la directive 96/92/CE, de même que la directive 2003/54/CE. En ce qui concerne le gaz, le Royaume-Uni a également transposé et appliqué la directive 98/30/CE, de même que la directive 2003/55/CE. Par conséquent, et conformément à l'article 30, paragraphe 3, premier alinéa, il y a lieu de considérer que l'entrée sur le marché n'est pas limitée, tant pour l'électricité que pour le gaz.
- (8) L'exposition directe à la concurrence doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi. Dans le rapport 2005, la Commission indique que «de nombreux marchés nationaux sont fortement concentrés, ce qui empêche la concurrence de jouer efficacement»⁽⁸⁾. Elle considère dès lors que «la part de marché totale des trois plus gros producteurs (dans le cas de l'électricité) et fournisseurs en gros (dans le cas du gaz) (...) est un indicateur de l'intensité de la concurrence sur les marchés nationaux»⁽⁹⁾. Il ressort des informations disponibles les plus récentes que la part de marché totale des trois principaux producteurs d'électricité par rapport à la production totale s'élève à 39 %⁽¹⁰⁾, tandis que la part de marché total des trois principaux expéditeurs de gaz en pourcentage du marché de gros est de 36 %⁽¹¹⁾. Il y a lieu de considérer que ces deux parts se situent à un niveau suffisamment bas et sont le signe d'une exposition directe à la concurrence.
- (9) Le degré de liquidité constitue également un bon indicateur de la concurrence, car les conditions de la concurrence dans la fourniture d'électricité et de gaz sont fortement influencées par la liquidité des marchés de gros. Le marché de gros de l'électricité au Royaume-Uni se caractérise par le fait qu'il s'agit d'un marché d'échanges bilatéraux, avec des transactions par opérations de courtage. Il existe en outre plusieurs bourses de l'électricité, mais UKPX traite le plus grand volume. Certains des principaux acteurs du marché de gros sont les propriétaires des capacités de production; ces installations sont entre

⁽⁷⁾ COM(2005) 568 final du 15.11.2005.

⁽⁸⁾ Voir «rapport 2005» p. 2. Voir aussi «Rapport de la Commission — Rapport annuel sur la mise en œuvre du marché de l'électricité», COM(2004) 863 du 5.1.2005, p. 4.

⁽⁹⁾ Voir le rapport 2005, p. 7.

⁽¹⁰⁾ Voir le document de travail des services de la Commission, qui constitue l'annexe technique du rapport 2005, SEC(2005) 1448, p. 44, tableau 4.1, dénommé ci-après l'«annexe technique».

⁽¹¹⁾ Annexe technique, tableau 5.1.

⁽⁴⁾ JO L 204 du 21.7.1998, p. 1.

⁽⁵⁾ JO L 176 du 15.7.2003, p. 57.

⁽⁶⁾ De l'ordre d'environ 4 % de la période de pointe.

d'assez nombreuses mains, puisque 8 sociétés détiennent environ 70 % de la puissance installée totale. Dans le cas du Royaume-Uni, la liquidité du marché à terme (*liquidity multiple term trading*) représente environ trois fois le volume consommé⁽¹²⁾. Un tel degré de liquidité devrait être considéré comme satisfaisant, c'est-à-dire indiquant l'existence d'un marché de gros concurrentiel et fonctionnant correctement. Dans le cas du gaz, la liquidité du marché à terme devrait également être jugée satisfaisante, car elle correspond aussi à 2 à 3 fois la consommation totale⁽¹³⁾. Au niveau des échanges au détail, il existe également un nombre suffisant d'acteurs, puisque l'on compte six principaux fournisseurs actifs sur le marché domestique, d'autres sociétés étant actives dans le secteur des gros consommateurs⁽¹⁴⁾. Les marchés du gaz se caractérisent également par un nombre suffisant d'opérateurs actifs et peuvent faire l'objet de la synthèse suivante: «Le marché du gaz [du Royaume-Uni] présente un degré élevé de concurrence, avec une dizaine de sociétés actives sur le marché de gros. Comme dans le cas de l'électricité, 6 sociétés représentent la majeure partie du marché national de fourniture [dont] 5 sont des nouveaux arrivants sur le marché de la fourniture gazière. Les gros consommateurs achètent directement sur le marché de gros, qui comptent également de nombreuses grandes compagnies pétrolières»⁽¹⁵⁾. Ces facteurs devraient donc être considérés comme l'indice d'une exposition directe à la concurrence.

- (10) Le mécanisme des marchés d'équilibrage devrait également être pris en compte comme indicateur, non seulement en ce qui concerne la production, mais aussi pour les marchés de gros et de détail. En fait, «tout acteur du marché qui ne parvient pas aisément à adapter son portefeuille de production aux spécificités de ses clients risque de faire les frais de la différence entre le prix auquel le GRT (gestionnaire de réseau de transport) vend l'énergie d'équilibrage et le prix auquel il rachète la production excédentaire. Ces prix sont soit imposés directement au GRT par l'autorité de réglementation, soit fixés par le biais d'un mécanisme basé sur le marché dans le cadre duquel le prix est déterminé par les offres d'autres producteurs souhaitant réguler leur production à la hausse ou à la baisse. (...) Les petits opérateurs rencontrent des difficultés majeures en cas de risque d'écart important entre le prix d'achat du GRT et le prix de vente. C'est ce qui se produit dans un certain nombre d'États membres et qui entrave probablement le développement de la concurrence. Un écart important peut être le signe d'un niveau insuffisant de concurrence sur le marché d'équilibrage, dominé par seulement un ou deux gros producteurs. Ces problèmes sont encore aggravés lorsque les utilisateurs du réseau ne sont pas en mesure d'adapter leur position en temps quasi réel»⁽¹⁶⁾. Depuis l'instauration des mécanismes BETTA

(British Electricity Trading and Transmission Arrangements) pour le commerce de gros et le transport d'électricité, il existe un marché d'équilibrage unifié pour l'Angleterre, l'Écosse et le Pays de Galles. De par ses principales caractéristiques (tarification en fonction des forces du marché, délais de clôture par demi-heure et écart de prix relativement faible), il y a lieu de le considérer comme un indicateur de l'exposition directe à la concurrence. De même, dans le cas du gaz, les prix d'équilibrage sont déterminés sur la base d'un mécanisme de marché exploité par le GRT. Les déséquilibres sont compensés sur une base journalière et il n'y a pas habituellement d'écart notable entre le prix d'achat et le prix de vente. Ce mécanisme non discriminatoire ne constitue pas un obstacle pour les fournisseurs.

- (11) Compte tenu des caractéristiques des produits concernés (l'électricité et le gaz) et de la rareté ou de l'indisponibilité de produits ou services de substitution appropriés, la concurrence tarifaire et la formation des prix revêtent une plus grande importance dans l'évaluation de l'état de la concurrence sur les marchés de l'électricité et du gaz. Le nombre de clients qui changent de fournisseur est un indicateur de véritable concurrence tarifaire et donc, indirectement, «un indicateur naturel de l'efficacité de la concurrence. Si ce nombre est faible, c'est qu'il y a probablement un problème de fonctionnement du marché, même s'il ne faut pas négliger les avantages découlant de la possibilité de renégocier avec le fournisseur historique»⁽¹⁷⁾. De plus, «l'existence de tarifs réglementés pour les clients finals est indubitablement un facteur déterminant du comportement des clients. (...) Bien que le maintien des contrôles puisse être justifié en période de transition, ceux-ci entraîneront de plus en plus de distorsions à mesure que le besoin d'investissement se fait sentir»⁽¹⁸⁾.
- (12) Au Royaume-Uni, la proportion de changements de fournisseur pour les trois catégories de clients (les gros et très gros consommateurs industriels, les petites et moyennes entreprises industrielles et commerciales et les très petites entreprises et les ménages) dépasse 70 % pour les deux premiers groupes et avoisine 50 % pour la dernière catégorie⁽¹⁹⁾; le contrôle des prix pour l'utilisateur final a en outre été aboli pour l'électricité en 2002⁽²⁰⁾. Dans le cas du gaz, le degré de changement de fournisseur dépasse 70 % pour les gros et très gros consommateurs industriels ainsi que les petites et moyennes entreprises industrielles et commerciales, et avoisine 50 % pour les très petites entreprises et les ménages⁽²¹⁾. Le contrôle des prix pour l'utilisateur final a en outre été aboli en 2002. La situation au Royaume-Uni est dès lors satisfaisante en ce qui concerne les changements de fournisseur et le contrôle des prix pour l'utilisateur final et, partant, doit être considérée comme un indicateur d'exposition directe à la concurrence.

⁽¹²⁾ Voir le rapport préliminaire pour l'analyse sectorielle de la concurrence dans les marchés du gaz et de l'électricité (ci-après dénommé «rapport préliminaire»), figure 42, p. 113.

⁽¹³⁾ Rapport préliminaire, point 64, p. 25.

⁽¹⁴⁾ Annexe technique, p. 177.

⁽¹⁵⁾ Annexe technique, p. 178.

⁽¹⁶⁾ Annexe technique, p. 67-68.

⁽¹⁷⁾ Rapport 2005, p. 9.

⁽¹⁸⁾ Annexe technique, p. 17.

⁽¹⁹⁾ Rapport 2005, p. 10.

⁽²⁰⁾ Annexe technique, p. 177.

⁽²¹⁾ Rapport de 2005, p. 10.

- (13) Au vu de ces indicateurs et de la situation générale de ce secteur en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles (en particulier le degré de dissociation des réseaux de la production/fourniture et la réglementation effective de l'accès au réseau), telle qu'elle résulte des informations transmises par le Royaume-Uni, du rapport 2005 et de son annexe technique ainsi que du rapport préliminaire, la condition d'exposition directe à la concurrence énoncée à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE doit être considérée comme remplie en ce qui concerne la fourniture d'électricité et de gaz en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles. Comme l'indique le considérant 7 ci-dessus, l'autre condition de libre accès à l'activité peut être considérée comme remplie. Par conséquent, la directive 2004/17/CE ne doit pas s'appliquer lorsque des pouvoirs adjudicateurs attribuent des marchés destinés à assurer la fourniture d'électricité et/ou de gaz dans ces zones géographiques, ni lorsqu'elles organisent des concours en vue de l'exercice d'une telle activité dans ces mêmes régions. Il est rappelé que les marchés attribués pour d'autres activités, telles que la distribution d'électricité et de gaz, continuent de relever des dispositions de la directive 2004/17/CE.
- (14) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle en novembre 2006 telle qu'elle résulte des informations transmises par le Royaume-Uni, du rapport 2005 et de son annexe technique. Elle pourra être révisée si, par suite de changements significatifs dans la situation juridique ou dans les faits, les conditions d'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne sont plus remplies.
- (15) Les mesures énoncées dans la présente décision sont conformes à l'avis du comité consultatif des marchés publics,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La directive 2004/17/CE ne s'applique pas aux marchés attribués par des pouvoirs adjudicateurs dans le but d'assurer la fourniture d'électricité et/ou de gaz en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles.

Article 2

La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle en novembre 2006, telle qu'elle résulte des informations transmises par le Royaume-Uni, du rapport 2005 et de son annexe technique. Elle pourra être révisée si, par suite de changements significatifs dans les faits ou dans la situation juridique, les conditions d'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne sont plus remplies.

Article 3

Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 26 février 2007.

Par la Commission

Charlie McCREEVY

Membre de la Commission