

## II

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

## DÉCISIONS

## COMMISSION

## DÉCISION DE LA COMMISSION

du 11 septembre 2008

**établissant que l'article 30, paragraphe 1, de 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 ne s'applique pas à la production et au commerce de gros de l'électricité en Pologne**

[notifiée sous le numéro C(2008) 4805]

(Le texte en langue polonaise est le seul faisant foi.)

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

(2008/741/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

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 <sup>(1)</sup>, et notamment son article 30, paragraphes 4 et 6,

vu la demande présentée par la République de Pologne par lettre, reçue le 19 mai 2008,

après consultation du comité consultatif en matière de marchés publics,

considérant ce qui suit:

## I. LES FAITS

- (1) Le 19 mai 2008, la Commission a reçu une demande de la Pologne en application de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE, qui lui a été transmise par lettre. La Commission a demandé des informations complémentaires par courrier électronique en date du 11 juillet 2008, informations que les autorités polonaises ont communiquées par courrier électronique en date du 28 juillet 2008, au-delà du délai fixé à cet effet.
- (2) La demande présentée par la République de Pologne concerne la production et le commerce de gros de l'électricité.

- (3) La demande est introduite et, partant, approuvée par l'autorité nationale indépendante Urzędu Regulacji Energetyki (office polonais de régulation de l'énergie).

## II. LE CADRE JURIDIQUE

- (4) 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'accès au marché est considéré comme non limité 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. 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 <sup>(2)</sup>. 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 <sup>(3)</sup>, qui ouvre encore davantage le marché.

<sup>(1)</sup> JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

<sup>(2)</sup> JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

<sup>(3)</sup> JO L 176 du 15.7.2003, p. 37.

- (5) La Pologne a transposé et appliqué non seulement la directive 96/92/CE, mais aussi la directive 2003/54/CE, optant pour la séparation juridique et fonctionnelle des réseaux de transport et de distribution, sauf pour les plus petites entreprises de distribution, qui, bien que restant soumises à la séparation comptable, sont exemptées des exigences de séparation juridique et fonctionnelle dans la mesure où elles comptent moins de 100 000 clients ou alimentent des systèmes présentant une consommation inférieure à 3 TWh en 1996. Il est cependant prévu que les gestionnaires de réseau de distribution (GRD) exerceront leurs activités au sein de groupes publics verticalement intégrés, au moins pendant l'année 2008. Par conséquent, et conformément à l'article 30, paragraphe 3, premier alinéa, il y a lieu de considérer que l'accès au marché n'est pas limité.
- (6) L'exposition directe à la concurrence doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi. Eu égard aux marchés concernés par la présente décision, la part de marché des principaux acteurs sur un marché donné constitue un critère à prendre en considération. La concentration sur ces marchés constitue un autre critère important. Compte tenu des caractéristiques des marchés concernés, d'autres critères devraient aussi être pris en considération, tels que le fonctionnement du marché d'équilibrage, la concurrence sur les prix et la proportion de clients qui changent de fournisseur.
- (7) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles de concurrence.

### III. L'ÉVALUATION

- (8) La demande présentée par la Pologne concerne la production et le commerce de gros de l'électricité en Pologne.
- (9) Selon la demande de la Pologne, le marché géographique pertinent se limite au territoire national. Le marché présente un caractère unifié, aucun obstacle n'empêchant que l'électricité produite dans une région du pays soit achetée par un client d'une autre région (l'essentiel de la capacité électrique de la Pologne se situe dans le sud du pays, mais l'énergie produite dans cette région est vendue dans toute la Pologne). De plus, selon le rapport d'activité de 2007 <sup>(1)</sup>, le réseau présentait en 2006 une congestion de nature structurelle aux frontières avec l'Allemagne, la République tchèque et la Slovaquie. En 2006, la Pologne a exporté 9,74 % de sa production totale d'électricité, ses importations s'élevant pour la même année à 2,94 % de la production totale (les exportations nettes ont donc représenté 6,8 % de la production totale en 2006). Le rapport d'activité de 2007 conclut que le problème le plus important dans le domaine des échanges d'électricité réside dans la capacité de transfert limitée du réseau polonais, qui est source de congestion

au niveau des interconnexions. Ce phénomène s'explique essentiellement par une pression élevée du marché, dès lors que les prix de l'électricité accusent des écarts importants entre la Pologne et l'Allemagne, la République tchèque et la Suède. Par conséquent, il convient de considérer le territoire de la République de Pologne comme constituant le marché à prendre en compte pour évaluer les conditions énoncées à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE.

- (10) Dans sa communication au Conseil et au Parlement européen intitulée «Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité» <sup>(2)</sup>, dénommée ci-après «le rapport 2005», la Commission indique que «de nombreux marchés nationaux sont fortement concentrés, ce qui empêche la concurrence de jouer efficacement» <sup>(3)</sup>. Elle considère dès lors, en ce qui concerne la production d'électricité, que «la part de marché totale des trois plus gros producteurs [...] est un indicateur de l'intensité de la concurrence sur les marchés nationaux» <sup>(4)</sup>. Pour 2006, les autorités polonaises ont indiqué que la part des trois plus gros producteurs a atteint 44,2 % de la capacité potentielle et 52,3 % de la production brute <sup>(5)</sup>. En 2007, selon la réponse des autorités polonaises reçue le 28 juillet, les parts ont grimpé à 51,7 % de la capacité potentielle et 58 % de la production brute <sup>(6)</sup>. Selon les autorités polonaises, les parts de marché des trois plus gros opérateurs sur le marché de gros s'est établie à 48,1 % en 2006, puis à 55,4 % en 2007 <sup>(7)</sup>. Il faut observer que les chiffres communiqués par les autorités polonaises révèlent une croissance manifeste, entre 2006 et 2007, des parts de marché des trois plus gros opérateurs dans chaque secteur. Ces taux de concentration excèdent celui dont les décisions 2006/211/CE <sup>(8)</sup> et 2007/141/CE <sup>(9)</sup> de la Commission font état pour le Royaume-Uni, à savoir 39 %. Ils sont analogues (voire légèrement supérieurs) à celui mentionné dans la décision 2008/585/CE <sup>(10)</sup> de la Commission pour l'Autriche (52,2 %). Enfin, ils sont inférieurs aux taux correspondants visés dans les décisions 2006/422/CE <sup>(11)</sup> et 2007/706/CE <sup>(12)</sup> de la Commission concernant respectivement la Finlande (73,6 %) et la Suède (86,7 %). Dans les trois cas, ces niveaux de concentration sont neutralisés par «la pression de la concurrence sur le marché ... en raison de la possibilité d'importer de l'électricité produite hors du territoire ...» <sup>(13)</sup>. Ainsi qu'il est précisé au considérant 9 ci-dessus, le réseau présente des points de congestion et les capacités de transfert sont limitées, si bien que les importations s'élèvent à moins de 3 % de la production totale d'électricité de la Pologne,

<sup>(2)</sup> COM(2005) 568 final du 15.11.2005.

<sup>(3)</sup> Voir le rapport de 2005, p. 2.

<sup>(4)</sup> Voir le rapport de 2005, p. 7.

<sup>(5)</sup> Voir le point 5.1 de la demande.

<sup>(6)</sup> Voir la page 1 de la réponse.

<sup>(7)</sup> Voir le point 5.1 de la demande et la page 2 de la réponse.

<sup>(8)</sup> JO L 76 du 15.3.2006, p. 6.

<sup>(9)</sup> JO L 62 du 1.3.2007, p. 23.

<sup>(10)</sup> JO L 188 du 16.7.2008, p. 28.

<sup>(11)</sup> JO L 168 du 21.6.2006, p. 33.

<sup>(12)</sup> JO L 287 du 1.11.2007, p. 18.

<sup>(13)</sup> Voir, par exemple, le considérant 12 de la décision 2007/706/CE. En effet, dans le cas de la Suède et de la Finlande, la question de l'existence d'un marché régional a été laissée ouverte, cette hypothèse portant le degré de concentration à 40 %.

<sup>(1)</sup> La version anglaise du rapport d'activité 2007 du président de l'office de régulation de l'énergie de Pologne, datée du 31 octobre 2007 et publiée le 24 avril 2008, est disponible sur le site [http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/17/Activity\\_Report\\_2007.html](http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/17/Activity_Report_2007.html)

à la différence de l'Autriche, par exemple, où «l'électricité importée représentant environ un quart <sup>(1)</sup> de ses besoins totaux <sup>(2)</sup>, notamment pour satisfaire la charge de base» <sup>(3)</sup>. De plus, selon un document du président de l'office polonais de régulation de l'énergie <sup>(4)</sup>, «la structure actuelle et le degré de concentration de l'activité du secteur de l'électricité résultent en premier lieu de la consolidation horizontale et en second lieu de la consolidation verticale des compagnies d'électricité publiques. Le processus de consolidation, qui a nui à la concurrence sur le marché national, continuera d'exercer largement ses effets sur l'évolution de la concurrence sur le marché de gros». Dans ces conditions, ce degré de concentration ne saurait être considéré comme l'indice d'une exposition directe à la concurrence du marché de la production et du marché de gros.

- (11) Par ailleurs, même s'ils représentent une petite partie de la quantité totale d'électricité produite et/ou consommée dans un État membre, le mécanisme des marchés d'équilibrage devrait également être pris en compte comme indicateur supplémentaire. 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 gestionnaire de réseau de transport (ci-après dénommé GRT) 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 régulation, soit fixés par un mécanisme fondé 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 acteurs du marché 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 grands producteurs» <sup>(5)</sup>. Malgré un écart relativement faible <sup>(6)</sup> entre le prix d'achat du GRT et le prix

de vente, le marché d'équilibrage polonais et ses principales caractéristiques — notamment l'absence de marché infrajournalier ou d'accès à d'autres plateformes d'échange pouvant servir de substitut, ainsi que certains aspects des coûts d'équilibrage — sont tels que «la structure tarifaire actuelle des services de transport, dans laquelle tous les consommateurs supportent les frais d'équilibrage et de gestion de la congestion, ne constitue pas un signal économique approprié pour les acteurs du marché» <sup>(7)</sup>. Le fonctionnement du marché d'équilibrage polonais ne saurait, dès lors, être considéré comme un indice supplémentaire d'une exposition directe de la production et du commerce de gros de l'électricité à la concurrence.

- (12) Compte tenu des caractéristiques du produit concerné (l'électricité) et de la rareté ou de l'indisponibilité de produits ou de 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. En ce qui concerne les grands consommateurs (finaux) industriels, qui sont le plus susceptibles de se fournir directement en électricité auprès de fournisseurs qui sont également des producteurs, le nombre de clients qui changent de fournisseur peut servir d'indicateur de concurrence tarifaire et donc être, 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 négocier avec le fournisseur historique» <sup>(8)</sup>. De plus, «l'existence de tarifs réglementés pour les clients finaux 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» <sup>(9)</sup>.
- (13) Selon les informations les plus récentes dont dispose la Commission, le taux de changement s'élève à 15,84 % pour les grands et très grands clients industriels en Pologne <sup>(10)</sup>, représentant quelque 7,6 % de l'approvisionnement total <sup>(11)</sup>. Il faut comparer ces chiffres avec la situation exposée dans les décisions antérieures concernant le secteur de l'électricité, faisant état de taux de changement compris entre plus de 75 % (décision 2006/422/CE concernant la Finlande) et 41,5 % (décision 2008/585/CE concernant l'Autriche) pour les grands et les très grands consommateurs industriels. Il subsiste, par ailleurs, des contrôles des prix pour l'utilisateur final en faveur des consommateurs résidentiels, les gestionnaires étant tenus de communiquer à l'autorité de régulation les tarifs qu'ils souhaitent appliquer. La situation en Pologne n'est, dès lors, pas satisfaisante en ce qui concerne les changements de fournisseur chez les grands et

<sup>(1)</sup> 23,5 % selon les informations communiquées par les autorités autrichiennes.

<sup>(2)</sup> C'est-à-dire la quantité d'électricité nécessaire pour couvrir la consommation intérieure et les exportations.

<sup>(3)</sup> Voir le considérant 10 de la décision 2008/585/CE.

<sup>(4)</sup> La version anglaise de la feuille de route de la libéralisation des prix pour l'ensemble des consommateurs d'électricité («Roadmap of prices liberalisation for all electricity consumers — Towards the customers' rights and effective competition in the power industry sector»), datée de février 2008 et publiée le 30 mai 2008, peut être consultée sur le site [http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/18/Roadmap\\_of\\_prices\\_liberalisation\\_for\\_all\\_electricity\\_consumers.html](http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/18/Roadmap_of_prices_liberalisation_for_all_electricity_consumers.html), p. 10. Ce document est dénommé ci-après «la feuille de route».

<sup>(5)</sup> Document de travail des services de la Commission, annexe technique du rapport 2005, SEC(2005) 1448, dénommé ci-après l'«annexe technique».

<sup>(6)</sup> Selon le rapport final, point 993, tableau 52, le marché d'équilibrage polonais présente un écart tarifaire de 13, qui le situe dans la moitié inférieure puisque que l'écart sur les marchés d'équilibrage dans l'Union européenne évolue dans une fourchette de 0 à 79. La présente analyse s'intéresse aux effets du fonctionnement du marché d'équilibrage sur la production d'électricité, et non à l'intensité de la concurrence au sein du marché d'équilibrage proprement dit. En l'espèce, il n'est donc pas important de savoir si la faiblesse de l'écart est due à la concurrence ou à un plafond de prix imposé par l'autorité de régulation, de même que la concentration élevée sur le marché d'équilibrage est sans intérêt pour la présente analyse.

<sup>(7)</sup> Voir la feuille de route, p. 11.

<sup>(8)</sup> Rapport 2005, p. 9.

<sup>(9)</sup> Annexe technique, p. 17.

<sup>(10)</sup> Voir le tableau 2: «Annual Switching Rate Electricity 2006 (by volume)», p. 5 et suiv. du document de travail des services de la Commission «Accompanying document to the Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market», COM(2008) 192 final du 15.4.2008.

<sup>(11)</sup> Voir le rapport d'activité 2007, p. 72.

très grands consommateurs (finaux) industriels <sup>(1)</sup> et le contrôle des prix pour le consommateur final et, partant, ne saurait être considérée comme un indicateur de l'exposition directe à la concurrence.

- (14) La situation de la production et du commerce de gros de l'électricité en Pologne peut se résumer comme suit: les parts de marché des trois plus gros producteurs et grossistes sont relativement élevées, sans être contrebalancées par un accès aisé à l'électricité importée; comme il est précisé au considérant 11, le fonctionnement des marchés d'équilibrage n'est pas suffisant pour être considéré comme un indice d'exposition directe à la concurrence, le taux de changement de fournisseur est faible et il subsiste des contrôles des prix pour l'utilisateur final en faveur de certaines catégories de consommateurs.
- (15) Enfin, il ne faut pas négliger le contexte général du secteur énergétique en Pologne. À cet égard, la recommandation de «recommandation du Conseil concernant la mise à jour 2008 des grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté et la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres» <sup>(2)</sup>, présentée par la Commission, recommande que la Pologne «améliore l'encadrement de la concurrence dans les industries de réseau, notamment par un réexamen du rôle des autorités de régulation, et poursuive avec détermination le processus de libéralisation des marchés de l'énergie» <sup>(3)</sup>, ce qui laisse également entendre que la production et le commerce de gros de l'électricité ne sont pas (encore) entièrement exposés à la concurrence en Pologne.

#### IV. CONCLUSIONS

- (16) Au vu des facteurs examinés dans les considérants 9 à 15, il y a lieu de conclure que la production et le commerce de gros de l'électricité en Pologne ne remplissent pas actuellement la condition d'exposition directe à la concurrence. L'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne s'applique donc pas aux contrats destinés à permettre la poursuite de ces activités en Pologne. Par conséquent, la directive 2004/17/CE reste applicable lorsque des pouvoirs adjudicateurs attribuent des

marchés destinés à assurer la production et le commerce de gros de l'électricité en Pologne, ou lorsqu'elles organisent des concours en vue de l'exercice de ces activités en Pologne.

- (17) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de mai à juillet 2008, telle qu'elle résulte des informations transmises par la République de Pologne ou publiées sur les sites web gérés par les autorités polonaises, du rapport 2005 et de son annexe technique, de la communication de 2007 et du document des services de la Commission de 2007, ainsi que du rapport final. 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 sont remplies,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

#### *Article premier*

L'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne s'applique pas à la production et au commerce de gros de l'électricité en Pologne. Par conséquent, la directive 2004/17/CE continue de s'appliquer aux marchés attribués par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser ces activités en Pologne.

#### *Article 2*

La République de Pologne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 11 septembre 2008.

*Par la Commission*

Charlie McCREEVY

*Membre de la Commission*

<sup>(1)</sup> Voir le rapport d'activité 2007, p. 71. Le nombre d'entreprises pratiquant l'accès des tiers au réseau, c'est-à-dire le changement de fournisseur, augmente régulièrement depuis 2001, mais les chiffres globaux restent largement insuffisants.

<sup>(2)</sup> Partie IV de la communication de la Commission au Conseil européen du printemps: Rapport stratégique concernant la stratégie renouvelée de Lisbonne pour la croissance et l'emploi: lancement du nouveau cycle (2008-2010), COM(2007)803 final du 11.12.2007. Publié sur le site [http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/european-dimension-200712-annual-progress-report/200712-countries-specific-recommendations\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/european-dimension-200712-annual-progress-report/200712-countries-specific-recommendations_fr.pdf)

<sup>(3)</sup> P. 31, point 5. Ces commentaires sont également cohérents avec certaines déclarations du rapport d'activité de 2007: «En Pologne, le marché de l'énergie n'est pas encore totalement développé» (p. 2-3); «Néanmoins, la structure du marché de l'énergie polonais ne saurait être qualifiée de pleinement concurrentielle» (p. 12).