

## CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-D-59 du 12 octobre 1999

### relative à une saisine de la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan

---

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 novembre 1995 sous le numéro F 811, par laquelle la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par Electricité de France qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Vu le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 réglant les rapports entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie électrique ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

## **I. - Constatations**

### **A. - La réglementation**

L'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 a prévu, dans le domaine de la distribution, des exceptions à la nationalisation au bénéfice des " sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, des régies ou services analogues constitués par les collectivités

locales... ".

Le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 a réglé les rapports entre EDF et les établissements visés par l'article 23, d'une part, et les producteurs autonomes d'énergie électrique, d'autre part. L'article 1<sup>er</sup> du décret oblige EDF à recevoir, sur les réseaux qu'elle exploite, l'énergie produite dans les installations des producteurs autonomes et à passer un contrat pour l'achat de cette énergie.

L'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, du même décret étend cette obligation aux organismes de distribution d'énergie électrique visés à l'article 23 de la loi de 1946, ce qui signifie que ces organismes sont tenus d'acheter l'énergie produite par les producteurs autonomes installés dans leur zone de distribution.

Le même article prévoit dans son alinéa 2 que " des conventions devront intervenir entre ces organismes et Electricité de France pour le cas où les obligations précédentes nécessiteraient des échanges d'énergie entre eux ou des transferts d'énergie de l'un à l'autre. Le ministre de l'industrie et du commerce peut mettre en demeure les intéressés de conclure ces conventions dans un délai déterminé. A défaut d'accord dans le délai fixé, le ministre statue ".

L'article 8 de la loi du 8 avril 1946, qui a institué des dérogations à la nationalisation de la production d'électricité, a défini les cas dans lesquels les collectivités locales peuvent produire de l'électricité. Il s'agit des installations :

- utilisant le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ou en vue d'alimenter un réseau de chaleur (alinéa 3-6°),
- utilisant l'énergie hydraulique des cours d'eau traversant leur territoire, lorsque la puissance installée des appareils de production n'excède pas 8 000 KVA (alinéa 3-7°).

L'alinéa 4 du même article prévoit la possibilité pour les collectivités locales d'aménager et d'exploiter de nouvelles installations, quelles que soient la source d'énergie primaire utilisée et la puissance de l'installation, sous réserve d'une décision ministérielle.

## **B. - Les pratiques relevées**

En 1946, la ville de Lannemezan a décidé d'assurer la distribution du gaz et de l'électricité, en application des dispositions prévues à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946. Comme la ville assurait également la distribution de l'eau, trois régies ont fonctionné, avec une gestion distincte, tout en employant un personnel administratif commun.

En 1991, la régie municipale de Lannemezan, qui assurait depuis 1946 la distribution d'électricité sur le territoire de la commune, a décidé d'implanter une centrale de production thermique comprenant quatre groupes électrogènes. Le 10 juin 1992, la régie a signé un contrat d'achat d'électricité avec le centre EDF GDF Services Béarn Bigorre, pour une puissance maximale installée de 4 800 KVA.

En 1993, la ville de Lannemezan a supprimé les régies et créé une société anonyme d'économie mixte locale

sous le nom d'Energies Services Lannemezan (ESL).

D'après ses statuts, la société a pour objet " l'exploitation, la gestion de la distribution publique de l'énergie électrique, du gaz et de l'eau, la maîtrise d'œuvre des travaux d'amélioration et du développement desdits services sur le territoire de la ville de Lannemezan et des territoires des communes avoisinantes ... ".

Dans un courrier du 21 décembre 1993, la société ESL a écrit à EDF : " Comme vous le savez, notre société s'est équipée d'un système de production autonome permettant un effacement dans les périodes les plus chargées pour vous. Après deux années d'expérience de fonctionnement, les résultats tant économiques que techniques coïncident avec nos prévisions et ces nouveaux équipements dont la promotion a été encouragée par votre établissement nous donnent entière satisfaction.

Comme j'ai eu l'occasion de m'en entretenir avec Monsieur Gandy, certains de nos clients ont l'intention de s'équiper de systèmes analogues.

Compte tenu de l'obligation d'achat à laquelle nous sommes également soumis, nous sommes contraints d'acheter ces excédents pour vous les revendre et nos estimations nous amènent à penser que nous refoulerons sur votre réseau environ 7 000 KW de puissance supplémentaire en pointe.

Pour informer nos futurs clients autoproducteurs des conditions de rémunération de cette énergie refoulée, vous voudrez bien nous préciser en retour si cette énergie sera valorisée au même tarif que celui dont nous bénéficions aujourd'hui à travers notre contrat ".

La société ESL et la société Esys-Montenay ont créé le 24 janvier 1994 une filiale commune ayant le statut d'une société anonyme, la société Energies Services Pyrénées (ESP). La société ESL détient 51 % du capital et la société Esys-Montenay 49 %.

D'après ses statuts, la société ESP a pour objet " l'étude, la conception, la réalisation, la gestion de toutes installations thermiques, climatiques, d'autoproduction, d'éclairage public ou industriel, la valorisation de l'énergie et plus généralement toutes opérations industrielles, commerciales et financières se rapportant à l'exploitation et au développement desdits services ".

Dans une lettre du 25 janvier 1994, la société ESL a transmis au centre EDF GDF Services Béarn Bigorre un dossier " *concernant la centrale d'autoproduction au fuel que compte implanter la société ESP sur la commune de Lannemezan* ".

Dans un premier temps, le centre EDF GDF Services a fait état de difficultés techniques pour refuser de signer un contrat d'achat. Ainsi, dans sa réponse du 14 février 1994, le centre EDF GDF Services fait état des résultats d'une étude selon laquelle " *le raccordement de toute production supplémentaire entraînerait des perturbations hors normes, inacceptables pour la propagation de nos signaux de télécommande 175 Hz... En l'attente d'éventuelles solutions techniques, nous sommes au regret de vous informer que nous ne pouvons donner une suite favorable à votre projet ....* ".

Après plusieurs échanges de lettres relatifs à l'étude technique en question, le centre EDF GDF a indiqué

dans un courrier du 12 avril 1994 : " *Après examen de votre demande, nous vous informons que nous disposerons seulement en juin des modalités techniques de raccordement direct au poste Source et des conditions de prix* ", puis, après avoir exposé les conditions techniques du raccordement : " *De plus, nous vous confirmons que ces nouvelles modalités de raccordement devront faire l'objet d'une validation par les services techniques nationaux avant toute application sur ce terrain dans la mesure où elles remettent en cause la fragilité de vos postes Sources* ".

Malgré les réserves d'ordre technique exposées par le centre EDF GDF, la société ESL a écrit à EDF le 15 avril 1994 : " Dans l'attente des décisions techniques nationales à venir et compte tenu des délais importants, nous prenons provisoirement l'option de créer cette seconde centrale en nous engageant à ne mettre en fonction que les moteurs qui ne perturberont pas la propagation des signaux 175 Hz .... ".

Dans sa réponse du 2 mai 1994, le centre EDF GDF s'étonne de la décision de la société ESL de lancer les travaux et maintient ses réserves d'ordre technique : " *Si nous prenons bonne note de votre accord de principe pour la solution technique proposée dans notre courrier du 12 avril 1994, nous sommes, par contre, surpris de votre position concernant le lancement des travaux pour la réalisation de votre deuxième centrale.*

En effet, son raccordement au réseau EDF ne pourra être accepté qu'après validation par nos services nationaux de la solution que nous vous avons proposée après fixation des coûts financiers correspondants.

Il n'est donc pas possible de passer un accord préalable avec votre société qui prévoirait l'effacement de votre production en cas de réclamation de notre clientèle ; les dispositions techniques permettant la bonne propagation des ordres tarifaires doivent être définies avant la décision de raccordement.

Nous vous rappelons que la durée de votre contrat d'achat d'énergie signé avec nos établissements le 10 juin 1992 et modifié par les avenants n° 1 (signature le 6 juillet 1993) et n° 2 (signature le 16 décembre 1993) ne pourra pas aller au-delà des 9 ans prévus (cf article 12 des conditions particulières) et ce, conformément à la législation en vigueur.

A ce sujet, nous vous précisons que la durée normale des contrats de production en pointe mobile est de 6 ans et ne doit pas excéder 9 ans.

Compte tenu de ces éléments, nous vous confirmons que nous reprendrons contact avec vos services dès que les nouvelles modalités de raccordement seront arrêtées pour régler les problèmes techniques et commerciaux correspondants.

Enfin, nous vous rappelons que votre demande de raccordement ne sera satisfaite et l'avenant au contrat d'achat signé que sous la réserve d'une déclaration ou d'une autorisation de l'autorité préfectorale ".

Dans une lettre à EDF du 29 juin 1994, la société ESL confirme le maintien de son projet : " Suite à votre demande formulée au cours de notre réunion du 26 mai 1994 en nos locaux de Lannemezan, nous vous transmettons copie de l'Autorisation Préfectorale (au titre de l'Arrêté du 15 mai 1991) attribuée à la société ESP pour la construction d'une centrale fioul domestique 6620 KW. L'ambition d'ESP (et ESL) reste la mise

en service au 1<sup>er</sup> novembre 1994. Vous comprendrez qu'il ne nous est plus possible de perdre de temps. C'est pourquoi nous souhaiterions recevoir par retour de courrier la convention de raccordement que vous nous proposez ainsi que le projet de contrat de rachat pour cette centrale ", puis après avoir exposé les résultats de l'étude de rentabilité de la centrale d'ESP, la société ESL ajoute : " La durée du contrat de vente doit donc être portée à 12 ans pour tenir compte des surinvestissements et des impacts négatifs des recettes. Nous attirons votre attention sur le fait que de tels contrats existent dans la région avec certains de nos confrères distributeurs d'électricité qui ont obtenu de telles durées aux mois de janvier et mai 1994 et que cela ne constitue donc qu'une simple égalité de traitement ".

Face à la position de la société ESL, le centre EDF GDF invoque dans un second temps des arguments liés à la surcapacité de production du parc électrique français. Ainsi, dans son courrier du 4 juillet 1994, EDF précise : " *Au préalable, nous vous rappelons que lors de notre réunion du 26 mai 1994, nous avons abordé les questions relatives au domaine technique et contractuel en insistant notamment sur la nécessité avant d'instruire votre dossier d'être en possession des pièces administratives réglementaires (permis de construire, autorisations préfectorales....).*

Déjà le 22 mars 1994, notre président du conseil d'administration, M. Ménage faisait part à M. Trémège, député des Hautes-Pyrénées, de notre position et des réserves sur les projets de production thermique autonome en pointe.

En effet, vous n'ignorez pas que le cadre actuel est inadapté au contexte électrique français : le développement considérable de la production autonome de pointe, totalement superflu au regard des besoins des consommateurs français, induit pour EDF des dépenses inutiles, très significatives (plusieurs centaines de millions de F par an) et qui seront finalement à la charge de la collectivité nationale.

Les aménagements réglementaires en cours sont de nature à remettre profondément en cause la rentabilité de votre projet ; il serait regrettable que vous vous engagiez de manière irréversible dans la réalisation d'installations, en courant le risque de voir votre production ne plus trouver aucune valorisation, une fois l'obligation d'achat levée. Au surplus, au-delà de ces évolutions réglementaires, l'évolution inéluctable de nos tarifs ne manquerait pas d'appeler de votre part de violents reproches à notre égard.

C'est pourquoi, à ce jour, notre Direction Générale nous a demandé, au nom de notre mission de conseil tarifaire, partie intégrante de notre Mission de Service Public, de ne pas donner une suite favorable à votre projet ".

*Par lettre du 31 janvier 1995, la société ESL fait savoir au centre EDF GDF qu'elle maintient son projet : " Faisant suite à la signature de l'Arrêté du 23 janvier 1995 relatif à la suspension de l'obligation de passer des contrats d'achat pour la production autonome par Monsieur le Ministre de l'Industrie, nous vous rappelons à nouveau que la société Energies Services Pyrénées a l'intention de construire une centrale thermique fuel à Lannemezan afin qu'elle soit opérationnelle le 1<sup>er</sup> novembre 1995. Vous possédez déjà depuis plus d'un an un dossier complet sur cette centrale. Comme s'y est engagée votre Direction Générale, nous vous demandons de bien vouloir nous envoyer un contrat d'achat d'énergie dans les plus brefs délais (au nom d'Energies Services Lannemezan). Le temps nous presse. Sans réponse de votre part le 8 février 1995, nous serions obligé d'employer une méthode plus directive ".*

L'arrêté auquel fait référence la société ESL suspend pour une durée de trois ans l'obligation pour EDF et les organismes de distribution d'énergie électrique visés à l'article 23 de la loi de 1946 de passer un contrat d'achat prévu par le décret de 1955.

Répondant le 7 février 1995 à cette lettre, le centre EDF GDF Services développe un nouvel argumentaire lié au statut de la société ESL, en vertu duquel il appartient à cette société d'acheter l'électricité produite sur son territoire (article 8 du décret de 1955) : "*Par votre lettre du 31 janvier 1995, vous nous saisissez une nouvelle fois pour le projet de la société Energies Services Pyrénées qui désire construire une centrale thermique fioul à Lannemezan. Nous vous confirmons notre position négative qui n'a pas changé depuis juin 1994 quant à l'achat de cette production d'électricité. En effet, s'il y a obligation d'achat, c'est bien à Energies Services Lannemezan d'acquérir l'éventuelle production d'électricité de la société Services Pyrénées et non pas à EDF*".

En réponse, la société ESL écrit, le 8 mars 1995 : " Par votre lettre du 7 février 1995, vous nous confirmez votre position négative quant à l'achat de la production d'électricité fournie par la centrale thermique installée par la société Energies Services Pyrénées sur la commune de Lannemezan. Nous avons bien compris qu'il appartenait à ESL de racheter cette énergie et le conseil d'administration du 20 février 1995 a entériné cette décision. Ne pouvant pas utiliser cette énergie, nous nous trouvons dans l'obligation de vous la revendre intégralement et nous vous demandons de nous faire parvenir par retour de courrier un contrat ou une convention de rachat ".

En réponse à ce courrier, EDF confirme à son tour sa position le 29 mars : " Par courrier du 8 mars 1995, vous nous avez fait part de votre point de vue quant à la question du rachat de l'énergie électrique que votre filiale Energies Services Pyrénées se propose de produire. Nous ne pouvons souscrire qu'à une partie seulement de votre analyse. Il est possible qu'il vous incomberait en effet de racheter cette énergie pour autant cependant que se trouveraient remplies à votre égard les conditions légales de ce rachat compte tenu du principe de la suspension de l'obligation d'achat décidé par arrêté du 23 janvier 1995 (JO du 27 janvier 1995) pris en application du décret n° 94-1110 du 20 décembre 1994.

Par contre, EDF n'a aucune obligation d'achat à votre égard relativement à cette éventuelle production au demeurant sans relation aucune avec vos propres besoins de distributeur d'électricité. La continuation de ce projet ne peut donc intervenir qu'à vos risques et périls ".

La société ESL adresse alors à EDF un projet de contrat daté du 3 avril 1995 pour une puissance maximale de 12 000 KW correspondant au cumul de la production des groupes électrogènes installés par la société ESL et de la production de la centrale que la société ESP envisage de construire.

Le 4 avril 1995, la société ESL demande au directeur du gaz, de l'électricité et du charbon (DIGEC) au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie de mettre EDF en demeure de conclure une convention d'achat en application de l'alinéa 2 de l'article 8 du décret du 20 mai 1955, reproduit ci-dessus au I.A de la présente décision.

Interrogé au cours de l'instruction sur l'objet des conventions prévues à l'alinéa 2 de l'article 8 du décret du

20 mai 1955 le directeur du gaz, de l'électricité et du charbon a exposé dans une note du 15 janvier 1999 : *" L'alinéa 2 de cet article 8 prévoit que des conventions seront conclues entre EDF et les distributeurs non nationalisés au cas où l'exécution des obligations qui s'imposent aux distributeurs non nationalisés nécessite des " échanges " ou des " transferts " d'électricité entre EDF et ces distributeurs non nationalisés. Cet alinéa concerne les cas où doivent être résolus des problèmes techniques, par exemple le cas d'un producteur autonome livrant en haute tension alors que le réseau du distributeur non nationalisé est en basse ou moyenne tension. Il ne saurait être entendu comme transférant l'obligation d'achat, qui s'impose au distributeur non nationalisé, à EDF, ne serait-ce que pour des surplus "*. Il a également précisé que les conditions financières qui accompagnent la signature de ces conventions relèvent de la négociation des parties.

A la sommation interpellative qui lui a été adressée le 3 mai 1995 par la société ESL aux fins de dater et signer le projet de contrat cité ci-dessus, le centre EDF GDF Services a répondu qu'il s'en tenait aux termes de sa lettre du 29 mars 1995. La société ESL a assigné EDF devant le tribunal de commerce de Pau en juillet 1995. Parallèlement à cette action judiciaire, la société ESL, s'estimant victime d'une exploitation abusive de la position dominante d'EDF ou de l'état de dépendance économique dans lequel elle se trouve à son égard, a saisi le Conseil de la concurrence.

## **II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,**

Considérant que la société ESL soutient dans sa saisine qu'" Electricité de France est en position dominante et monopolistique sur le marché de l'électricité, et la société Energies Services Lannemezan (et Energies Services Pyrénées), elle-même dans un état de dépendance économique non seulement étroit mais obligé à son égard " ; qu'" en exposant un refus illégal au rachat de l'électricité dont la production par Energies Services Pyrénées et la distribution par Energies Services Lannemezan ont été expressément approuvées par l'autorité administrative, Electricité de France se rend coupable de l'infraction prévue par l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 " ;

Considérant qu'en vertu de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, la société ESL dispose du monopole de la distribution d'électricité sur le territoire de la commune de Lannemezan ; que les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent intervenir dans le domaine de la production d'électricité ont été définies par l'article 8 de ladite loi ; que les critères retenus sont relatifs à la destination de l'énergie produite (alimentation d'un réseau de chaleur, autoconsommation) et à la nature de l'énergie primaire (énergie hydraulique) ; qu'en conséquence, dans le cadre juridique ainsi défini, le marché à prendre en considération a nécessairement une dimension locale qui correspond, en l'espèce, au territoire de la commune de Lannemezan ;

Considérant que, pour alimenter le réseau de distribution de la commune en période de pointe, la société ESL, après avoir fait exclusivement appel à EDF jusqu'en 1991, a décidé à partir de cette date d'installer des groupes électrogènes ; qu'un contrat d'achat a été signé avec EDF en juin 1992 pour lui permettre d'écouler la production excédant les besoins de la commune ;

Considérant que la société ESL a présenté pour accord au centre EDF GDF Services, en janvier 1994, un projet de centrale d'autoproduction au fioul que comptait implanter sa filiale, la société ESP, sur le territoire

de la commune de Lannemezan ; que dès lors, en application du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 8 du décret du 20 mai 1955, c'est à la société ESL qu'il appartenait d'acheter l'électricité qui serait ainsi produite par les producteurs autonomes installés dans sa zone de distribution ; que, si le second alinéa du même article dispose que des "*conventions devront intervenir*" entre les organismes de distribution visés par l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 et EDF, pour le cas où l'obligation résultant du 1<sup>er</sup> alinéa nécessiterait "*des échanges d'énergie entre eux ou des transferts d'énergie de l'un à l'autre*", il ne résulte de ce texte aucune obligation d'achat par EDF de l'électricité proposée par les producteurs autonomes installés sur la zone de distribution des organismes relevant de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 ; qu'EDF n'était donc pas tenue en vertu du décret du 20 mai 1955 de signer le contrat d'achat proposé par la société ESL et correspondant au cumul de sa production et de celle de sa filiale, la société ESP ;

Considérant cependant que les entreprises autorisées à produire de l'électricité par les dispositions de la loi du 8 avril 1946, à défaut de pouvoir faire jouer la concurrence par les prix - réglementés par les pouvoirs publics - auprès des utilisateurs, doivent pouvoir exercer une concurrence sur le plan technologique, contribuant ainsi à améliorer la compétitivité des installations de production d'électricité laquelle est susceptible de se répercuter, à terme, dans les structures tarifaires et de conduire à une diminution des prix, bénéfique pour les utilisateurs ;

Considérant que la partie saisissante n'allègue pas qu'en refusant de signer un contrat d'achat, le centre EDF GDF Services a affecté sa capacité de produire de l'électricité de pointe dans des conditions économiques plus rentables ; que, d'ailleurs, l'installation en 1991 des groupes électrogènes assortie de la signature d'un contrat d'achat des surplus par EDF a permis à la société ESL de produire l'électricité de pointe à des conditions économiques qu'elle estimait plus avantageuses ; que, contrairement à ce que soutient la société ESL, l'électricité produite par sa filiale ESP n'était pas destinée à satisfaire les besoins des utilisateurs de la commune ; qu'en effet, le compte rendu du conseil d'administration de la société ESL du 20 février 1995, cité au IB) précise qu'" *ESL a demandé un contrat de rachat à EDF puisqu'elle ne pourra pas absorber l'énergie produite par ESP*" ; que, de même, dans le courrier adressé le 5 mars 1995 au centre EDF GDF Services, la société ESL indique : "*... Ne pouvant pas utiliser cette énergie, nous nous trouvons dans l'obligation de vous la revendre intégralement...*" ; qu'enfin, il n'est pas contesté qu'EDF était en situation de surproduction ; qu'ainsi, il n'est pas démontré qu'en refusant de signer le contrat proposé par la société ESL le 3 avril 1995, le centre EDF GDF aurait cherché à empêcher l'émergence d'un producteur utilisant des techniques plus compétitives ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi qu'Electricité de France ait mis en oeuvre des pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ; qu'il convient en conséquence de faire application de l'article 20 de ladite ordonnance,

**Décide :**

Article unique. - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mathonnière, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.



Le secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen,

---

© Conseil de la concurrence