II

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

DÉCISIONS

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 29 octobre 2007

exemptant la production et la vente d'électricité en Suède de l'application 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

[notifiée sous le numéro C(2007) 5197]

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

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

(2007/706/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 [1], et notamment son article 30, paragraphes 4 et 6,

vu la demande présentée par le Royaume de Suède par courrier électronique, le 29 juin 2007,

après consultation du comité consultatif en matière de marchés publics,

considérant ce qui suit:

I. **Les faits**

(1) Le 29 juin 2007, la Suède a transmis à la Commission, par courrier électronique, une demande en application de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE. La Commission a demandé des informations complémentaires par courrier électronique en date du 20 juillet 2007, informations que les autorités suédoises, après une prolongation du délai initial, ont communiquées par courrier électronique en date du 17 août 2007.

(2) La demande présentée par le Royaume de Suède concerne la production et la vente (en gros et au détail) d'électricité.

(3) La demande est accompagnée des conclusions de l'autorité nationale indépendante Konkurrensverket (l'autorité suédoise de la concurrence), selon lesquelles les conditions de l'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE seraient réunies.

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

[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).

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 [1]. 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 [2], qui ouvre encore davantage le marché.

(5) La Suède a transposé et appliqué non seulement la directive 96/92/CE, mais aussi la directive 2003/54/CE, optant pour un découplage total de la propriété des réseaux de transport et pour la séparation juridique et fonctionnelle des réseaux de distribution, sauf pour les plus petites entreprises, qui sont exemptées des exigences de séparation fonctionnelle. 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 degré de liquidité, 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. **Évaluation**

(8) La demande présentée par la Suède concerne la production ainsi que la vente (en gros et au détail) d'électricité.

(9) Le marché de gros de l'électricité en Suède est, dans une large mesure, intégré dans le marché nordique de l'énergie, qui comprend le Danemark, la Norvège, la Suède et la Finlande. Il consiste en un marché de transactions bilatérales entre, d'une part, les producteurs et, d'autre part, les fournisseurs et les sociétés industrielles, avec une Bourse de l'énergie privée pour les pays nordiques appelée «Nord Pool», qui dispose d'un marché spot et d'un marché à terme. La conception de marché intégré de «Nord Pool [3]» montre que l'évolution va clairement dans le sens d'un marché de gros régional nordique. Toutefois les goulets d'étranglement affectant le transport d'électricité (congestion) divisent parfois la région nordique en six zones tarifaires géographiquement distinctes, dont l'une est la Suède. La Suède possède cinq connexions principales entre ses réseaux et ceux d'autres régions de l'Espace économique européen (avec le Danemark occidental, le Danemark oriental, la Norvège méridionale, la Norvège septentrionale et la Finlande). En 2005, on observait une congestion variant de 52 % du temps, pour la connexion la plus saturée parmi les cinq, à 8 % du temps pour la moins saturée [4]. Toutefois, cette congestion a rarement touché les cinq connexions simultanément. Donc, selon les autorités suédoises, la Suède a constitué une zone tarifaire totalement distincte, c'est-à-dire sans connexion avec aucune autre zone tarifaire, pendant 0,5 % du temps en 2005. En outre, une synthèse du nombre de zones connectées avec la Suède depuis 2001 montre que la Suède était connectée à quatre des six autres zones tarifaires de l'époque — la Norvège était alors divisée en trois zones, au lieu de deux actuellement — pendant 82,4 % du temps [5]. Par conséquent, conformément à la pratique antérieure de la Commission [6], la question de savoir si le marché est national ou régional restera ouverte, étant donné que le résultat de l'analyse reste le même, qu'elle soit fondée sur une définition étroite ou sur une définition plus large.

(10) Essentiellement pour les mêmes raisons, la tendance est aussi nettement à la formation d'un marché régional nordique en ce qui concerne la production d'électricité, même si les goulets d'étranglement au niveau du transport et les limites de capacité des connexions entre les réseaux suédois et ceux d'autres régions de l'Espace économique européen — de l'ordre de 24 % des capacités de production installées en Suède — peuvent avoir pour effet de restreindre temporairement le marché au territoire suédois. Ici aussi, la question de savoir si le marché est national ou régional restera ouverte, étant donné que le résultat de l'analyse reste le même, qu'elle soit fondée sur une définition étroite ou sur une définition plus large.

[1] JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.
[2] JO L 176 du 15.7.2003, p. 37.
[3] Voir p. 334, paragraphe A.2 5) de la communication COM(2006) 851 final du 10.1.2007: Communication de la Commission: enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) nº 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité, ci-après dénommée «rapport final».
[4] Voir p. 333, paragraphe A.1, tableau c, du rapport final.
[5] Point 28 de l'affaire COMP/M.3867 Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22.12.2005.
[6] Voir l'affaire précitée COMP/M.3867, points 22 à 33, et la décision 2006/422/CE de la Commission du 19 juin 2006 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 production et à la vente d'électricité en Finlande, à l'exclusion des Îles Åland (JO L 168 du 21.6.2006, p. 33). Voir aussi, à cet égard, le rapport final, p. 334, paragraphe A.2.5.

(11) Ainsi que l'ont confirmé les autorités suédoises, le marché de détail couvre le territoire de la Suède, en raison, notamment, de différences en matière de fiscalité et en ce qui concerne les règles de responsabilité d'équilibre entre les pays nordiques. En outre, l'autorité de la concurrence Konkurrensverket déclare explicitement que le marché de détail «est national, principalement parce que plusieurs obstacles techniques et réglementaires empêchent le consommateur final d'acheter de l'électricité auprès de courtiers en énergie établis dans d'autres pays».

(12) 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 [1]», 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 [2]». Elle considère dès lors, en ce qui concerne la production d'électricité, que «la part de marché totale des trois plus grands producteurs […] est un indicateur de l'intensité de la concurrence sur les marchés nationaux [3]». D'après l'«annexe technique [4]», la part de marché cumulée des trois plus grands producteurs dans la production totale de la région nordique s'élève à 40 % [5], ce qui constitue un niveau suffisamment faible. Par rapport au territoire suédois, la part de marché totale des trois plus importants producteurs est bien entendu supérieure et s'établissait à 86,7 % [6] en 2004. Toutefois, les périodes au cours desquelles le marché suédois est isolé ne dépassaient pas 0,5 % du temps en 2005 [7]. La pression de la concurrence sur le marché suédois s'exerce donc durant une grande partie de l'année en raison de la possibilité d'importer de l'électricité produite hors du territoire suédois, d'autant plus qu'aucune redevance de transport n'est pratiquée entre les pays nordiques. En raison des liaisons fréquemment exemptes de congestion entre la Suède et d'autres zones tarifaires, il n'est pas possible d'investir dans le secteur de l'électricité sur le territoire suédois sans tenir compte des autres producteurs présents sur le marché nordique. Ces facteurs sont dès lors à considérer comme des indices de l'exposition directe à la concurrence du marché de la production, en ce qui concerne tant le marché national suédois que le marché régional naissant.

(13) Le degré de concentration constitue également un bon indicateur de la concurrence sur le marché de gros de l'électricité, à l'instar du degré de liquidité. À l'échelon régional, en 2004-2005, Nord Pool Spot AS (la Bourse de l'énergie privée nordique décrite au considérant 9) a réalisé des ventes correspondant à 42,82 % de la consommation d'électricité des pays nordiques [8]. D'après le rapport final, avec ce type de Bourse de l'énergie, «la concentration de la production se traduit directement […] par une concentration *équivalente* [9] très stable des échanges d'électricité [10]». Pour les trois plus importants producteurs de la région nordique, cela représente 40 % [11], ce qui, pour un marché régional, constitue un niveau satisfaisant. Par rapport au seul marché suédois, la part de marché totale des trois principaux acteurs sur le marché de gros est bien entendu supérieure et s'établissait à 86 % [12] en 2006. Il faudrait toutefois insister sur le fait qu'il existe une concurrence entre les trois grands acteurs et plusieurs autres de moindre envergure sur le marché suédois. De plus, en ce qui concerne la connexion avec la région nordique, il faut noter que les problèmes de goulets d'étranglement susmentionnés (congestion) ne sont pas constants, mais seulement intermittents. Il existe donc, en plus de la concurrence intérieure, une pression concurrentielle externe fréquente sur le marché suédois, qui découle de la possibilité d'obtenir de l'électricité d'origine étrangère. Cela est d'autant plus vrai que la Suède est le troisième importateur net d'électricité dans l'Union européenne, en pourcentage de sa consommation nationale [13], et qu'aucune redevance de transport n'est perçue entre les pays nordiques. Il faut en outre remarquer que les conditions de la concurrence sur le marché de gros de l'électricité sont aussi fortement influencées par les transactions sur l'électricité dans la zone géographique du marché qui, en termes de volumes négociés via Nord Pool, représentaient environ deux fois la quantité consommée dans les pays nordiques en 2005 [14] [et même plus de cinq fois cette quantité si l'on tient compte d'autres transactions identifiées, comme les ventes directes ou hors Bourse [15]]. Dans l'annexe technique [16], un tel niveau de liquidité était considéré comme satisfaisant ou, en d'autres termes, comme un indicateur du bon fonctionnement du marché et du jeu de la concurrence sur ce marché. Compte tenu de la solidité des liens entre le marché de gros suédois et le marché nordique, ce degré de liquidité doit aussi être considéré comme générant une pression concurrentielle sur le marché suédois. Le rapport final classe aussi Nord Pool parmi «les marchés de gros de l'électricité les plus liquides et efficaces [17]». Ces facteurs sont dès lors à considérer comme des indicateurs d'une exposition directe à la concurrence du marché de gros, en ce qui concerne tant le marché national suédois que le marché régional naissant.

(14) Par rapport à sa superficie, le pays compte un nombre relativement élevé d'opérateurs économiques sur le

[1] COM(2005) 568 final du 15.11.2005.
[2] Le rapport de 2005, p. 2.
[3] Voir le rapport de 2005, p. 7.
[4] Document de travail des services de la Commission, annexe technique au rapport 2005, SEC(2005) 1448.
[5] Annexe technique, tableau 41, p. 44.
[6] Selon le rapport final, annexe C, p. 338.
[7] Voir considérant 9.
[8] Rapport final, p. 126, paragraphe 380, tableau 16.
[9] Italiques ajoutés pour faciliter la lecture.
[10] Voir p. 141, paragraphe 424.
[11] Annexe technique, tableau 4.1, p. 44.
[12] D'après les informations transmises par les autorités suédoises.
[13] Rapport final, p. 112, paragraphe 319.
[14] Rapport final, p. 127, paragraphe 383, tableau 17.
[15] Rapport final, p. 127, paragraphe 383, tableau 17.
[16] P. 44-45.
[17] P. 193, paragraphe 581.

marché de détail ([1]) (environ cent trente selon les autorités suédoises, dont un nombre élevé proposent leurs services sur l'ensemble du territoire national); nombreuses aussi sont les sociétés dont la part de marché est supérieure à 5 %. À la fin de 2004, la part de marché totale des trois plus importants fournisseurs, en termes d'approvisionnement de toutes les catégories de consommateurs (grands consommateurs industriels, petites et moyennes entreprises et très petits clients commerciaux et ménages) s'établissait à un niveau suffisamment bas, à 50 % ([2]). Selon les informations des autorités suédoises, la part totale des trois principaux fournisseurs sur le marché de détail suédois représentait 43 % du nombre de clients en 2006. Il convient de considérer ces facteurs comme indiquant une exposition directe à la concurrence.

(15) En outre, 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 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. Ces problèmes sont encore aggravés lorsque les utilisateurs du réseau ne sont pas en mesure d'adapter leur position en temps quasi réel ([3]).» Il existe un marché d'équilibrage presque totalement intégré dans la région nordique pour la fourniture d'énergie d'équilibrage et ses principales caractéristiques — tarification en fonction des forces du marché, délais de clôture par heure, c'est-à-dire la possibilité pour les utilisateurs du réseau d'adapter leur position toutes les heures, et un faible écart entre le prix d'achat du GRT et le prix de vente — sont telles qu'il devrait être considéré comme l'indice d'une exposition directe à la concurrence.

(16) 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. 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 ([4])». 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 ([5])».

(17) Selon un récent document des services de la Commission ([6]), «le changement de fournisseur est très répandu sur le marché de détail de l'électricité en Suède. Au total, 54 % des clients ont soit renégocié leurs contrats, soit changé de fournisseur depuis la réforme du marché, en 1996. D'une manière générale, la concurrence entre fournisseurs auprès des clients finaux est considérée comme effective ([7])». En outre, il n'y a pas de contrôle des prix facturés au consommateur final ([8]) en Suède; cela signifie que les prix sont fixés par les acteurs économiques eux-mêmes et ne doivent pas être approuvés par une quelconque autorité avant leur application. La situation en Suède est dès lors satisfaisante en ce qui concerne les changements de fournisseur et le contrôle des prix pour le consommateur final et, partant, doit être considérée comme un indicateur de l'exposition directe à la concurrence.

([1]) À titre de comparaison, au Royaume-Uni il existe six grands fournisseurs actifs sur le marché des ménages, et plusieurs autres entreprises actives dans le secteur des grands consommateurs (voir la décision 2007/141/CE 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 (JO L 62 du 1.3.2007, p. 23), tandis que le nombre d'opérateurs économiques sur le marché de détail en Finlande est de plus de soixante (voir la décision 2006/422/CE précitée).

([2]) Annexe technique, p. 45.

([3]) Annexe technique, p. 67-68.

([4]) Rapport 2005, p. 9.

([5]) Annexe technique, p. 17.

([6]) SEC(2006) 1709 du 10.1.2007 — «Accompanying document to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Prospects for the internal gas and electricity market COM(2006) 841 final — Implementation Report» et «Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen — Perspectives du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM(2006) 841 final». Ces deux documents seront dénommés ci-après, respectivement, «document des services de la Commission de 2007» et «communication de 2007».

([7]) Document des services de la Commission de 2007, p. 158.

([8]) Annexe technique, p. 124.

IV. **Conclusions**

(18) Au vu des facteurs examinés dans les considérants 8 à 17, la condition d'exposition directe à la concurrence énoncée à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE devrait être considérée comme remplie en ce qui concerne la production et la vente (en gros et au détail) d'électricité en Suède.

(19) En outre, la condition de l'accès sans restriction au marché étant réputée satisfaite, la directive 2004/17/CE ne devrait pas s'appliquer lorsque des pouvoirs adjudicateurs attribuent des marchés destinés à permettre la production ou la vente (en gros et au détail) d'électricité en Suède, ni lorsqu'ils organisent des concours en vue de l'exercice d'une telle activité dans ce même pays.

(20) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de juin à août 2007, telle qu'elle résulte des informations transmises par le Royaume de Suède, 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, à la 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,

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 production ou la vente d'électricité en Suède.

Article 2

Le Royaume de Suède est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 29 octobre 2007.

Par la Commission

Charlie McCREEVY

Membre de la Commission