

PREMIER MINISTERE

 Autorité de Régulation du
 Sous-secteur de l'Electricité
 (ARSE)

 Conseil de Régulation

BURKINA FASO

 Unité - Progrès - Justice

DECISION N°2014-01 DU CONSEIL DE REGULATION
 RELATIVE AU DIFFEREND OPPOSANT LA COOPERATIVE
 FASO DEMBE AU MINISTERE DES MINES ET DE
 L'ENERGIE, AU FONDS DE DEVELOPPEMENT DE
 L'ELECTRIFICATION ET A LA SONABEL

Le Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation du Sous-secteur de l'Electricité (ARSE),

Vu la demande d'arbitrage, enregistrée le 12 août 2013 sous le numéro 066, présentée par la Coopérative FASO DEMBE ;

Par laquelle le requérant a saisi l'ARSE du différend qui l'oppose au Ministère des Mines et de l'Energie, au Fonds de Développement de l'Electrification (FDE) et à la Société Nationale d'Electricité du Burkina Faso (SONABEL), sur d'une part, les motifs du retrait envisagé par le Ministère des Mines et de l'Energie de ses concessions d'électrification rurale, et d'autre part, du traitement discriminatoire reproché au FDE ;

*

Il ressort des pièces du dossier que la Coopérative FASO DEMBE est bénéficiaire de deux (02) concessions pour l'électrification des localités rurales de N'Dorola et Kourouma dans la province du Kéné Dougou.

Dans ses observations, la Coopérative FASO DEMBE expose que la SONABEL, dans le cadre de la mise en œuvre de son Projet de Renforcement des Infrastructures Electriques et d'Electrification Rurale (PRIELER), envisage d'alimenter les usines de la Société Burkinabé des Fibres Textiles (SOFITEX) implantées dans le ressort territorial des deux (02) concessions dont elle est attributaire.

Pour ce faire, le Ministère en charge de l'Energie envisagerait de retirer lesdites concessions afin de permettre à la SONABEL d'intervenir dans ces localités rurales.

Enfin, la Coopérative FASO DEMBE évoque le refus du FDE de l'accompagner dans la réalisation de son projet d'électrification rurale contrairement à d'autres coopératives d'électricité (COOPEL) et de ce fait s'estime être victime de discrimination.

En conséquence, pour les faits ci-dessus exposés, la Coopérative FASO DEMBE a sollicité l'intervention de l'ARSE pour le règlement de ce litige.

*

Vu les lettres de Madame la Présidente de l'ARSE en date du 17 octobre 2013 rappelées le 11 novembre 2013, par lesquelles elle demandait au Ministre des Mines et de l'Energie, au Directeur Général de la SONABEL et au Directeur Général du FDE, de présenter leurs observations écrites sur la plainte de la coopérative FASO DEMBE et pour laquelle celle-ci sollicitait son arbitrage ;

Vu les observations en défense, enregistrées respectivement les 14 et 20 novembre 2013, présentées par le Ministre des Mines et de l'Energie, le Directeur Général de la SONABEL et le Directeur Général du FDE ;

Le Ministère des Mines et de l'Energie soutient que la livraison de l'électricité par la SONABEL à la Coopérative FASO DEMBE qui se chargera de développer son propre réseau pour alimenter les usines cotonnières et les populations situées sur son périmètre, engendrerait deux types de problèmes :

- Au titre du patrimoine, il indique que « *contrairement au FDE qui contribue au financement d'ouvrages au profit des COOPELS, la SONABEL constitue un patrimoine propre avec les ouvrages qu'elle réalise sur ses fonds (propres ou prêts) ; de ce fait, les ouvrages réalisés dans le cadre du PRIELER font partie intégrante de son patrimoine* ».
- Au titre de l'exploitation, il précise que « *l'exploitation des ouvrages réalisés par la SONABEL lui revient de facto au regard de son statut actuel de société dont les activités sont verticalement intégrées* ».

Par ailleurs, pour le Ministère chargé de l'Energie, en raison du fait que les populations de certaines localités réclament la SONABEL en remplacement de leur COOPEL, il exprime la crainte que l'exploitation éventuelle des ouvrages par la Coopérative FASO DEMBE ne soit pas avantageuse pour les populations bénéficiaires et suscite en conséquence des réactions contre-productives de leur part.

Enfin, il indique qu'il est tout à fait normal qu'un meilleur service public de l'électricité soit accordé aux populations de Kourouma et de N'Dorola.

Concernant le grief de discrimination de FASO DEMBE à l'encontre du FDE, le Ministère des Mines et de l'Energie estime que cette accusation ne saurait prospérer pour principalement la raison ci-après.

« La requête de financement de juillet 2010 d'un montant de 756 000 000 FCFA introduite auprès du FDE par la Coopérative d'électricité FASO DEMBE détentrice de deux concessions d'électrification des localités précitées et dont le mode d'électrification consistait en un système isolé avec un service partiel était très élevée au regard des crédits disponibles. Spécifiquement pour ce qui est de la localité de N'Dorola inscrite dans le document du contrat plan signé entre l'Etat et le FDE pour l'électrification des 205 localités du Burkina et dont fait cas FASO DEMBE, il convient de noter que non seulement le mode d'électrification retenu était le système isolé par centrale diesel mais aussi l'année de mise en œuvre était prévue en 2012. Le fait donc de rendre la localité de N'Dorola éligible dans le projet PRIELER dès l'année 2010 a permis donc d'anticiper sur son électrification par raccordement au réseau national avec bien sûr un service continu ».

Sur le plan législatif et réglementaire, le Ministère des Mines et de l'Energie soutient que l'article 14 des arrêtés n°08-210/MCE/DGE du 13 juin 2008 et n°08-122/MCE/SG/DGE du 10 novembre 2008 portant octroi de concessions d'électrification rurale de service public à la coopérative FASO DEMBE dispose que le financement des ouvrages du système d'électrification rurale décentralisée est à la charge de la coopérative d'électricité. Elle a, par la suite droit à l'accompagnement du FDE en fonction de critères prédéfinis et des possibilités de ce dernier.

Il relève par ailleurs que lesdites concessions ont été octroyées à la coopérative FASO DEMBE depuis 2008, soit depuis cinq (05) ans et qu'à ce jour celle-ci n'a érigé aucune infrastructure sur ses périmètres concédés.

Pour ce faire, il rappelle que conformément aux dispositions de l'article 13 des arrêtés précités portant octroi de concessions, le défaut de mettre en service les installations après un retard de six mois peut conduire au retrait de ladite concession.

Il indique enfin que le Président de la Coopérative FASO DEMBE lui aurait affirmé le lundi 21 mai 2013 ne pas disposer de financement pour réaliser les ouvrages d'électrification des localités de N'Dorola et de Kourouma.

Qu'au regard des arguments ci-dessus développés, la meilleure solution pour l'Administration et la population consisterait à retirer la concession et permettre l'électrification de ces localités dans les meilleures conditions, notamment par la SONABEL.

Toutefois, il ajoute avoir « *instruit la SONABEL et le FDE de racheter le matériel déjà acquis par FASO DEMBE et éventuellement les études menées à condition qu'ils soient réutilisables et que les prix proposés soient en adéquation avec ceux pratiqués par ces deux structures* ».

Quant au FDE, en réaction à la plainte de la Coopérative FASO DEMBE l'accusant de traitement discriminatoire par le refus de financement de l'électrification des localités de Kourouma et de N'Dorola contrairement à d'autres localités, son Directeur Général, par lettre n°2013-671/FDE/DG/PRM du 18 novembre 2013, réfute cette accusation pour des motifs liés essentiellement à ses missions, aux contraintes budgétaires et aux objectifs du projet PRIELER.

Le FDE argumente que la création des coopératives d'électricité relève de la politique du gouvernement qui vise à permettre aux populations bénéficiaires de s'impliquer et d'être acteurs du développement. Qu'à ce titre, « *les coopératives d'électricité sont créées par le FDE en attendant la mise en place de leur système électrique (les coopératives d'électricité ne sont pas antérieures au FDE). L'objectif du FDE est d'électrifier toutes les localités du Burkina Faso. En 2008, par décret n°2008-608/PRES/PM/MCE, un contrat plan a vu le jour entre l'Etat et le FDE et parmi les 205 localités à électrifier figure la localité de N'Dorola. Il n'y a donc pas de discrimination* ».

Il soutient par ailleurs que « *les localités de Kourouma et N'Dorola dans la province du Kénédougou figurent donc dans la liste des 160 localités du PRIELER dont le protocole d'accord de financement a été signé le 15 septembre 2010 entre l'Etat Burkinabé et la Banque Africaine de Développement* ».

Que contrairement au mode d'électrification envisagé par la Coopérative FASO DEMBE qui est le système isolé par centrale diesel, celui retenu par le projet PRIELER est le raccordement des localités bénéficiaires dudit projet, au réseau national interconnecté qui assure un service continu de 24H/24, et dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par la SONABEL. Que pour ce faire, le FDE a signifié à la Coopérative FASO DEMBE que son mode d'exploitation ne serait plus « optimal ».

Enfin, et à l'instar de son Ministère de tutelle technique, le FDE estime que « *la requête de financement de juillet 2010 d'un montant de 756 000 000 FCFA introduite auprès du FDE par la coopérative d'électricité FASO DEMBE détentrice des deux concessions d'électrification et dont le mode d'électrification consiste en un système isolé avec un service à temps partiel est très élevée au regard des crédits disponibles. Ce qui représente plus du double de l'allocation budgétaire annuelle alors que ces localités sont déjà programmées sur un financement déjà acquis auprès de la BAD. Cela n'est donc pas un refus d'accompagner nonobstant les textes existants* ».

Concernant la SONABEL, son Directeur Général indique que ses observations sur ce différend ont été transmises au Ministère des Mines et de l'Energie pour réponse.

*
* *

Vu les pièces du dossier ;

Vu la loi n°053-2012/AN du 17 décembre 2012 portant réglementation générale du sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso ;

Vu le décret n° 2008-369/PRES/PM/MCE/MEF/MCPEA du 24 juin 2008 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation du Sous-secteur de l'Electricité ;

Vu le décret n° 2008-370/PRES/PM/MCE/MEF/MCPEA/MATD du 24 juin 2008 portant conditions d'octroi de licences et autorisations, de conclusion des contrats de concession ou d'affermage et d'obligation de déclaration d'installations dans le sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso ;

Vu l'arrêté n°02-93/MCE/SG/DGE/DEE du 05 décembre 2002, portant fixation des conditions générales d'obtention d'une concession

de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique pour les systèmes d'électrification rurale de service public ;

Vu l'arrêté n°2011-001/ARSE/CR du 24 février 2011 portant Règlement intérieur du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation du Sous-secteur de l'Electricité ;

*

Les parties ayant été régulièrement convoquées à la séance publique, qui s'est tenue le 11 mars 2014 dans la salle de réunion de l'ARSE, sise au 1090, avenue du Professeur Joseph KI-ZERBO, Ouagadougou, du Conseil de Régulation, composé à cet effet, de :

- *Madame Mariam Gui NIKIEMA, Présidente,*
- *Monsieur Adama BARRY,*
- *Monsieur Adama OUEDRAOGO,*
- *Monsieur Benoit SAWADOGO, membres,*

en présence de :

- *Monsieur Seydou KONATE, Président de la Coopérative FASO DEMBE ;*
- *Monsieur Moussa OUATTARA, Conseiller technique du Ministre des Mines et de l'Energie,*
- *Monsieur Pascal ZOMBRE, Conseiller technique du Ministre des Mines et de l'Energie;*
- *Madame Cécile KABORE, Chef du Département Juridique de la SONABEL ;*
- *Monsieur Roger OUEDRAOGO, Chef de service études électriques de la SONABEL;*
- *Monsieur Boubacar TAMBOURA, Juriste au FDE ;*
- *Monsieur Gervais OUOBA, Directeur technique du FDE*
- *Et Monsieur Léonard SANON, Directeur des affaires juridiques et du contentieux de l'ARSE, rapporteur.*

Aucun report de séance n'ayant été sollicité ;

Après avoir entendu :

- Le rapport de Monsieur Léonard SANON, présentant les moyens et les conclusions des parties ;
- Les observations de Monsieur Seydou KONATE pour la Coopérative FASO DEMBE ; la Coopérative FASO DEMBE persiste dans ses moyens et conclusions ;

- Les observations de Monsieur Moussa Bala OUATTARA et Pascal ZOMBRE pour le Ministère des Mines et de l'Energie, ensuite de Madame Cécile KABORE et de Monsieur Roger OUEDRAOGO pour la SONABEL et enfin de Messieurs Boubacar TAMBOURA et Gervais OUOBA pour le FDE ; le Ministère des Mines et de l'Energie, la SONABEL et le FDE persistent dans leurs moyens et observations ;

Le Conseil de Régulation en ayant délibéré après que les parties et le public se sont retirés, a fixé et communiqué à ceux-ci que son délibéré sera rendu public le 08 avril 2014.

*

* *

Sur la question du retrait des concessions de la Coopérative FASO DEMBE par le Ministre des Mines et de l'Energie

Aux termes des dispositions de l'article 9 de loi n°053-2012/AN du 17 décembre 2012 portant réglementation générale du sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso, les périmètres d'exercice des activités du sous-secteur de l'électricité sont regroupés en deux (02) segments :

- Premier segment : *« l'ensemble des périmètres gérés par la Société nationale d'électricité du Burkina »* ;
- Second segment: *« l'ensemble des périmètres non situés dans le premier segment et dont la gestion est assurée par toute structure ayant obtenu une concession ou une autorisation conformément aux textes en vigueur »*.

Ainsi, la création d'un périmètre relevant du second segment est subordonnée à l'obtention d'une concession ou d'une autorisation.

La concession de service public de l'électricité est définie par la loi précitée comme étant un contrat par lequel l'Etat ou toute autre entité désignée par l'Etat délègue à une personne physique ou morale (le concessionnaire), sa compétence d'exercer des activités de service public pour un périmètre et une période d'exercice donnés dans le respect d'un cahier des charges quant aux conditions d'exercice. La rémunération du concessionnaire est assurée sur les recettes générées par l'exploitation. Il incombe au concessionnaire de prendre en charge les investissements d'établissement, d'entretien et de développement.

En outre, aux termes de l'article 22 du Décret n°2008-370/PRES/PM/MCE/MCPEA/MATD du 24 juin 2008 portant conditions d'octroi de licences et autorisation, de conclusion des contrats de concession ou d'affermage et d'obligation de déclaration d'installation dans le sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso, la concession de service public d'électricité est accordée entre autre sur la base de la capacité de l'opérateur à mener à bien les activités pour lesquelles la concession est accordée.

Par ailleurs, en tant que contrat administratif, la satisfaction de l'intérêt général est une exigence essentielle qui pèse sur le concessionnaire du service public.

Qu'aux termes de l'article 26 du décret précité, l'autorité concédante peut, *« pour un motif d'intérêt général, même sans faute du concessionnaire »* résilier le contrat de concession. Toutefois, cette résiliation est soumise à l'avis de l'organe de régulation et *« le concessionnaire a toujours droit, dans ce cas à une indemnité couvrant les pertes subies et le gain manqué »*.

En l'espèce, les deux (02) concessions ont été octroyées à la coopérative FASO DEMBE pour l'électrification des localités de N'Dorola et de Kourouma. Ces concessions ayant pour finalité la réalisation du service public de l'électricité, les activités concédées à cette coopérative visent alors un intérêt général.

Au regard de ce qui précède, précisément sur le fondement de la nécessité de satisfaire l'intérêt général, l'autorité concédante peut retirer les concessions de la Coopérative FASO DEMBE aux fins d'intégrer les localités concédées, en l'espèce celles de N'Dorola et de Kourouma dans le premier segment, toutefois, sous le contrôle de l'ARSE et après une indemnisation de la coopérative FASO DEMBE.

L'indemnité compensatrice de la résiliation pour motif d'intérêt général, doit tenir compte des pertes subies et du gain manqué et doit être évaluée sous l'arbitrage de l'ARSE.

Sur le grief de discrimination à l'encontre du FDE

Les arrêtés portant octroi de concessions d'électrification rurale de service public à la coopérative FASO DEMBE ont respectivement visé l'arrêté n°02-93/MCE/SG/DGE/DEE du 05 décembre 2002, portant

fixation des conditions générales d'obtention d'une concession de production, de transport et de distribution de l'énergie électrique pour les systèmes d'électrification rurale de service public.

L'article 4 d) de cet arrêté fixant les conditions d'octroi d'une concession stipule que *« l'activité d'électrification rurale décentralisée reçoit une subvention à l'investissement qui sera calculée en fonction du type d'équipement ou d'infrastructures retenu pour l'approvisionnement électrique (production par groupe diesel avec mini-réseau associé, alimentation par ligne à partir du réseau cohérent de SONABEL, systèmes solaires photovoltaïques) »*.

Cependant, tout en posant le principe d'une subvention et de son mode de calcul, ce texte n'a pas organisé les conditions et critères de jouissance de cet appui.

Le service public étant régi par le principe d'égalité, celui-ci signifie que toute personne a un droit égal à l'accès au service, participe de manière égale aux charges financières résultant du service, et enfin doit être traitée de la même façon que tout autre usager du service. Ainsi, le défaut de neutralité, principe qui est un prolongement du principe d'égalité, constitue une grave faute déontologique.

Il y aurait donc discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner pour les mêmes motifs un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres.

Il ressort de la pratique au niveau du FDE, contre qui le grief de discrimination est soulevé, que les conditions et critères d'octroi de la subvention sont fixés par voie contractuelle, sur la base essentiellement d'étude technique préalable et des disponibilités financières du Fonds.

En ce qui concerne spécifiquement les concessions accordées par l'Administration aux fins d'électrification des localités concédées, il ressort des dispositions de l'article 9 de la loi n°053-2012 du 17 décembre 2012 portant réglementation générale du sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso, prévues antérieurement par l'article 02 du décret n°2008-370/PRES/PM/MCE/MCPEA/MATD du 24 juin 2008 portant conditions d'octroi de licences et autorisation, de conclusion des contrats de concession ou d'affermage et d'obligation de

déclaration d'installation dans le sous-secteur de l'électricité au Burkina Faso, qu' *« il incombe au concessionnaire de prendre en charge les investissements d'établissement, d'entretien et de développement »*.

A ce titre, l'article 8 -1°) des arrêtés portant octroi de concession à la Coopérative FASO DEMBE stipule que l'octroi d'une concession d'électrification rurale décentralisée impose à la COOPEL le respect de l'obligation de *« contribuer au financement du système d'électrification rurale décentralisée à la hauteur d'un certain pourcentage du montant des investissements initiaux. Les modalités de cette participation seront définies dans un protocole d'accord signé entre la coopérative d'électricité, l'organe en charge de la promotion de l'électrification rurale décentralisée et le partenaire au développement associé au projet à l'issue des études de faisabilité »*.

L'article 14 des mêmes arrêtés précise que *« le financement des ouvrages du système d'électrification rurale décentralisé est à la charge de la coopérative d'électricité. La coopérative d'électricité peut bénéficier d'une subvention de l'Administration (Fonds de Développement de l'Electrification) sous certaines conditions »*.

Ainsi, les charges inhérentes à l'exécution d'une concession d'électrification pèsent principalement sur le bénéficiaire de ladite concession ; la subvention octroyée par l'Etat étant simplement subsidiaire.

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier ainsi que des débats d'audience que la Coopérative FASO DEMBE n'a supporté que les charges relatives aux études ainsi qu'aux poteaux bois destinés à l'électrification des localités de Kourouma et de N'Dorola, sur un budget évalué à la somme de sept cent cinquante six millions (756 000 000) FCFA.

En conséquence, la demande de financement adressée par la Coopérative FASO DEMBE au FDE, n'a pas subi un traitement discriminatoire.

*

* *

D E C I D E :

Article 1^{er}- Afin de satisfaire l'intérêt général en électricité des populations de N'Dorola et de Kourouma, l'autorité concédante peut retirer les concessions de la Coopérative FASO DEMBE aux fins d'intégrer les localités concédées, en l'espèce celles de N'Dorola et de Kourouma dans le premier segment après indemnisation de la Coopérative FASO DEMBE.

Article 2 La procédure de retrait des concessions et d'indemnisation de la Coopérative FASO DEMBE s'effectuera sous le contrôle de l'ARSE.

Article 3- La demande de financement adressée par la Coopérative FASO DEMBE au FDE, n'a pas subi un traitement discriminatoire.

Article 4- La présente décision sera notifiée à la Coopérative FASO DEMBE, au Ministère des Mines et de l'Énergie, à la SONABEL et au FDE. Elle sera publiée au bulletin de l'ARSE.

Fait à Ouagadougou, le 08 avril 2014

Pour le Conseil de Régulation,
La Présidente,

Madame Mariam Gui NIKIEMA

Chevalier de l'Ordre National