

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-21 du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 7 août 2000 sous le numéro A 311 par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement du 2° alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret ayant pour objet de réglementer les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de l'Union des industries utilisatrices d'énergie (UNIDEN), de la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies (FNCCR) et de EDF-RTE entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, lors de la séance du 6 septembre 2000,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 7 août 2000, le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement du 2° alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret ayant pour objet de réglementer les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité.

Ce texte est pris en application du I de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

I. - Le contexte dans lequel s'inscrit le projet de décret

A. - Le principe d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de

l'électricité, transposant la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, a partiellement ouvert, en France, le marché de la production d'électricité à la concurrence ; le décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 a autorisé les gros consommateurs d'électricité, consommant plus de 16 gigawattheures, à choisir leur fournisseur d'électricité. A ce jour, seuls 10 % des 130 sites " éligibles " concernés par l'ouverture du marché (13) ont changé de fournisseurs au profit d'autres producteurs d'électricité, tels Electrabel, SNET (filiale de Charbonnage de France) : c'est ainsi par exemple que Svenska Cellulosa a choisi de contracter avec RWE et que le cimentier Calcia a contracté avec Charbonnage de France. La fourniture de l'électricité aux autres consommateurs, notamment aux ménages, demeure un monopole de l'opérateur historique EDF.

L'activité d'acheminement de l'énergie électrique des producteurs d'électricité jusqu'aux consommateurs finals, qui reste placée sous le régime du monopole, implique l'utilisation des lignes de haute tension (réseau de transport) et des lignes de moyenne et basse tension (réseaux de distribution), lignes qui ne peuvent être facilement dupliquées en raison de leurs coûts et des contraintes environnementales et qui constituent, selon la théorie économique, des facilités essentielles. Ces réseaux appartiennent à EDF ou aux collectivités locales et sont gérés, sous le régime de la concession, par " EDF-RTE " pour le réseau de transport, et par les centres intégrés EDF distribution ou les distributeurs non nationalisés (DNN) pour les réseaux de distribution.

Le gestionnaire du réseau public de transport est un service autonome interne à l'établissement public EDF, appelé " EDF-RTE ", indépendant sur le plan de la gestion des autres activités d'EDF. En vertu de l'article 14 de la loi, il exploite, entretient et développe le réseau public de transport, afin de permettre le raccordement des producteurs d'électricité concurrents d'EDF, des réseaux publics de distribution et des consommateurs finals, ainsi que l'interconnexion avec les autres réseaux. Il doit garantir techniquement l'accès au réseau public de transport (article 23 de la loi).

Les gestionnaires des réseaux publics de distribution sont, d'une part, EDF, qui exploite les concessions de distribution de l'électricité aux clients finals sous le contrôle des autorités concédantes dans 95 % des communes dans ses centres de distribution intégrés et, d'autre part, les distributeurs non nationalisés (DNN) mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946. Ils exploitent, entretiennent et développent les réseaux publics de distribution dans chacune de leur zone de distribution exclusive, afin de permettre le raccordement des producteurs d'électricité concurrents d'EDF, des consommateurs finals ainsi que l'interconnexion avec les autres réseaux, en vertu de l'article 18 de la loi. Ils doivent garantir techniquement l'accès aux réseaux publics de distribution (article 23).

Afin de permettre l'acheminement de l'énergie produite par les producteurs d'électricité concurrents d'EDF, dits producteurs " indépendants ", jusqu'aux consommateurs éligibles, l'accès aux réseaux de transport et de distribution doit être ouvert à ces nouveaux acteurs. Les conditions techniques et économiques d'accès aux réseaux jouent donc un rôle déterminant pour l'ouverture du marché et l'effectivité de la concurrence. La loi a opté pour un accès réglementé des tiers aux réseaux (ATR).

En vertu du I de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, les tarifs d'utilisation des réseaux sont réglementés par les pouvoirs publics : " *Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du*

1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, aux tarifs de secours mentionnés au 2° du III de l'article 2 de la présente loi et aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution ".

B. - Les tarifs appliqués au transport et A LA distribution de l'électricité

- sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la directive :

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, les prix du transport et de la distribution n'étaient pas individualisés dans les tarifs de fourniture d'électricité d'EDF. Le tableau suivant retrace la part afférente à ces coûts, selon le niveau de tension de raccordement, d'après les données fournies par EDF :

(Données moyennes de consommation 96/97)	Production (hors pertes)	Transport	Distribution
Vert C (THT)	90 %	10 %	0 %
Vert B (HT)	85 %	10 %	5 %
Vert A (MT)	75 %	15 %	10 %
Basse Tension (Jaune + Bleu)	50 %	15 %	35 %

La méthode de calcul utilisée pour évaluer les coûts d'acheminement de l'électricité était la méthode du coût marginal de développement : une fois connus les coûts unitaires des ouvrages utiles au transport de l'électricité aux différents niveaux de tension et les quantités d'ouvrage nécessaires pour assurer le transit d'un kW à chaque niveau, des coûts d'infrastructure pouvaient être définis par niveau, auxquels s'ajoutaient des pertes en lignes. La part imputable aux coûts de réseaux dans le tarif était alors obtenue en sommant coûts d'infrastructure et pertes jusqu'au niveau de raccordement des clients concernés. Ces coûts étaient ensuite répartis sur les différents postes horo-saisonniers du tarif.

- pendant la période transitoire : le barème provisoire d'utilisation des réseaux

La loi de transposition de la directive n'ayant été adoptée qu'en février 2000, soit avec un an de retard sur la date limite fixée par la directive (le 19 février 1999), et la transposition n'étant pas encore achevée, en raison des nombreux décrets encore en préparation, il a été considéré qu'un certain nombre de dispositions de la directive avaient un effet direct. EDF a mis en place un " Bureau d'accès au réseau " dont la mission était de négocier avec les tiers autorisés (industriels consommant plus de 100 gigawatts par site) les conditions techniques de raccordement et d'utilisation du réseau de transport, ainsi que les conditions de facturation. Ce Bureau a publié un barème provisoire applicable pendant la période transitoire.

Ce barème distingue, pour la première fois, ainsi que la directive l'exige, les coûts de l'acheminement de l'électricité des coûts de la fourniture d'électricité. Il est calculé à partir des coûts comptables et non plus des coûts marginaux. De structure binôme, il comporte un tarif longue utilisation, courtes utilisations et une modulation horo-saisonnière.

La plupart des clients éligibles ont conclu un contrat d'acheminement de l'électricité avec le Bureau d'accès au réseau d'EDF sous ce régime provisoire.

Indépendamment des conditions financières, il convient de souligner que la gestion technique de l'accès au réseau (gestion des écarts entre le plan de charge annoncé et celui exécuté, gestion de la congestion) peut être l'occasion de pratiques anticoncurrentielles qui résulteraient d'obligations injustifiées imposées aux producteurs d'électricité par le gestionnaire de réseau.

C. - Travaux préparatoires à la fixation des nouveaux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Pour préparer la mise en place du nouveau cadre réglementaire, le ministre de l'économie et le secrétaire d'Etat à l'industrie ont confié, en avril 1999, à un groupe d'experts, présidé par M. Champsaur, directeur général de l'INSEE, une mission de réflexion sur les modalités de tarification de l'utilisation des réseaux de transport et de distribution de l'électricité, ainsi que sur la tarification de la fourniture d'électricité aux consommateurs non éligibles. Ce dernier, qui a remis son rapport en janvier 2000, préconise à court terme une tarification de l'usage des réseaux de type " timbre-poste ", aménagée pour régler les problèmes de congestion, tout en souhaitant une évolution vers une tarification nodale.

Le 25 mai 2000, la Commission de régulation de l'électricité a lancé une consultation publique sur la base de ses propositions concernant les principes de tarification de l'utilisation des réseaux électriques publics. Elle conseille dans un premier temps de " *recouvrir les charges des réseaux à raison de leurs conditions moyennes d'utilisation caractérisées par les flux moyens de puissance et d'énergie qui transitent à chaque niveau de tension* ". Il s'agit donc d'une tarification fondée sur les coûts, qui s'éloigne du système de la tarification nodale, indépendante de la distance et des contrats de fourniture.

Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil fixe les grands principes à appliquer aux tarifs d'utilisation de ces réseaux.

II. - Le projet de décret soumis au Conseil

A. - En ce qui concerne le principe d'une réglementation

Aux termes du premier alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, " *L'ordonnance n° 45-*

1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence (...) ".

Les dispositions du I de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoient que : "*Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, aux tarifs de secours mentionnés au 2° du III de l'article 2 de la présente loi et aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution* ".

Les réseaux de transport et de distribution de l'électricité demeurent, sous l'empire de la nouvelle loi, dans une situation de monopole. L'accès à ces réseaux conditionne l'ouverture du marché à la concurrence. En effet, la seule alternative à l'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution serait la construction de lignes directes, dont le principe est strictement réglementé par l'article 24 de la loi. Ces lignes devraient permettre d'assurer l'exécution des contrats de fourniture d'électricité entre un client éligible français et son fournisseur étranger (importations) ou entre un client éligible étranger et un exportateur installé sur le territoire national, producteur ou fournisseur autorisé (exportations), ou encore entre un producteur et ses établissements ou ses filiales ou sa société mère. La construction de telles lignes (de quelques kilomètres de long) ne dispense pas totalement du raccordement aux réseaux publics, nécessaire pour garantir la qualité de la fourniture (services systèmes), mais permet aux opérateurs de souscrire une puissance bien inférieure et donc de payer des tarifs moins élevés. Le retour sur investissements est extrêmement rapide (moins d'un an). La possibilité de construire ces lignes constitue donc une exception au principe de péréquation des coûts des réseaux d'acheminement de l'électricité, en vertu duquel tout consommateur qui utilise le réseau paie l'intégralité des coûts des réseaux " amont " à son branchement, quel que soit le niveau de raccordement du producteur qui l'alimente. De trop nombreuses exceptions à ce principe renchériraient le coût des réseaux pour les autres opérateurs, y compris les distributions desservant les consommateurs captifs, et pourraient éventuellement constituer des barrières à l'entrée pour les nouveaux producteurs d'électricité. C'est la raison pour laquelle l'article 24 de la loi prévoit une procédure administrative d'autorisation et des motifs de refus assez larges : "*impératifs d'intérêt général ou bon accomplissement des missions de service public* ". Il est donc fort probable que ces lignes directes ne seront autorisées qu'en petit nombre et n'entameront qu'à la marge le monopole du réseau de transport et de distribution.

Il résulte de ce qui précède que la concurrence par les prix est limitée par ces situations de monopole au sens du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée.

B. - En ce qui concerne les modalités de la réglementation

1. Cadre de la consultation

Le III de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 dispose : *" Dans le respect de la réglementation mentionnée au I du présent article, les décisions sur les tarifs et plafonds de prix sont prises conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité pour les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, et sur son avis pour les autres tarifs et les plafonds de prix "*.

Le Conseil constate que le projet de décret relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux sur lequel il est consulté, constitue la première étape du processus réglementaire ci-dessus, se limite à fixer les principes de la future tarification et ne comporte aucune formule tarifaire précise. Le texte qui lui est soumis ne lui permettra donc pas de se prononcer sur le fond de la réglementation. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'un certain nombre d'options tarifaires peuvent avoir un effet direct sur la concurrence, telle par exemple la répartition des charges d'accès entre producteurs (injection) et consommateurs (soutirage).

Le projet de décret dispose en son article 8 : *" Les premiers tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixés par décret en Conseil d'Etat, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité. Les évolutions des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont arrêtés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité "*.

Le dispositif retenu est donc celui d'un " décret-cadre " pris sur l'avis simple de la Commission de régulation de l'électricité, les propositions tarifaires de cette dernière n'étant prises en considération que dans un deuxième temps pour arrêter, dans un décret ultérieur et dans le cadre des principes généraux définis par le premier décret, les modalités concrètes de la tarification.

Le Conseil estime que ce dispositif est éloigné de la procédure réglementaire prévue par la loi, qui situe la proposition de la Commission de régulation de l'électricité en amont du processus d'élaboration de la tarification et ne requiert qu'un avis simple de l'autorité de régulation sur les autres tarifs réglementés, même si les principes retenus dans ce premier décret ne semblent pas en contradiction avec les propositions de la Commission de régulation de l'électricité, telles qu'elles résultent du document soumis à consultation publique.

Le Conseil rappelle que dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, il avait préconisé l'instauration d'une autorité administrative autonome de régulation sur les *" questions relatives à l'accès aux réseaux, à la gestion du système électrique et des marchés associés ainsi qu'au contrôle de l'opérateur historique sur le marché libre du kilowatt/heure "*, *" cruciales pour un développement de la concurrence "*. Le rapport Champsaur a, par ailleurs, souligné que *" l'organisation efficace du secteur électrique ne sera atteinte que si, dans les faits, le rôle pivot en matière de régulation est reconnu à la Commission de régulation de l'électricité "*, et notamment sur les questions relatives à l'accès aux réseaux : *" le GRT demeurant intégré au sein d'EDF, la Commission de Régulation de l'électricité a un rôle essentiel à jouer, non seulement pour contrôler les coûts et favoriser la productivité du GRT, mais surtout pour assurer que le GRT remplit bien*

son rôle ".

2. Les grands principes tarifaires

Le Conseil de la concurrence a défini les grands principes tarifaires à appliquer aux redevances d'accès à une infrastructure essentielle dans une décision du 3 septembre 1996, Heli Inter assistance (n° 96-D-51), confirmée par la cour d'appel de Paris, le 9 septembre 1997. Le Conseil a sanctionné dans cette affaire l'abus de l'exploitant d'un hélicoptère qui avait établi un prix d'accès injustifié à ses infrastructures, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs.

S'agissant de l'organisation de l'accès aux réseaux de transport et de distribution publics d'électricité, la loi a retenu un certain nombre de principes qui avaient été suggérés par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, à savoir : le principe d'un accès réglementé au réseau, une tarification du transport axée sur les coûts (pertes et réglages inclus), selon un système dit du " timbre-poste ", indépendant de la distance, transparent et non discriminatoire.

L'article 4 de la loi dispose en son II : *" Les tarifs (...) sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts liés à ces fournitures ; les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs sont calculés de manière non discriminatoire à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux. Figurent notamment parmi ces coûts les surcoûts de recherche et de développement nécessaires à l'accroissement des capacités de transport des lignes électriques, en particulier de celles destinées à l'interconnexion avec les pays voisins et à l'amélioration de leur insertion esthétique dans l'environnement (...). "*

a) Le principe de couverture des coûts

L'article 2 du projet de décret reprend le principe du calcul des tarifs à partir de l'ensemble des coûts et en énumère les composantes. Les règles de séparation comptable entre les activités de transport et de distribution n'étant pas encore définies, l'article 2 anticipe donc sur le prochain décret à venir pour définir le périmètre des activités de distribution et de transport. Le Conseil de la concurrence observe que le présent avis ne le lie aucunement pour l'examen futur des principes de dissociation comptable, sur lesquels son avis sera obligatoirement requis, en vertu des articles 25 et 26 de la loi.

Le gestionnaire du réseau de transport est à la fois opérateur du système électrique et opérateur de l'infrastructure de transport. En tant qu'opérateur du système électrique, il gère les flux d'énergie sur le réseau en appelant en temps réel les installations de producteurs et les sources d'importation, sur la base d'un programme établi la veille, afin de satisfaire la demande des consommateurs. Il doit en permanence ajuster l'offre et la demande, l'électricité n'étant pas stockable. A cet effet, il doit traiter les congestions qui apparaissent en certains points du réseau en demandant aux utilisateurs de modifier leur programme ; il doit

traiter les pertes qui apparaissent par effet Joule sur les lignes, gérer les écarts entre les programmes de production et de consommation annoncés et exécutés sur la base d'un système de comptage, gérer les services systèmes (coûts de réglage et d'équilibrage), nécessaires au bon fonctionnement du réseau et garants des bons niveaux de fréquence, de la tension et de la stabilité du réseau et enfin gérer les interconnexions internationales, en coopération avec les gestionnaires des réseaux de transport étrangers.

Il est aussi responsable de l'exploitation, de l'entretien, du développement du réseau et du raccordement des consommateurs. Ses coûts comprennent donc aussi des coûts de maintenance, de développement et de renforcement des réseaux publics. " *y compris lorsque ces renforcements sont liés au raccordement de nouveaux utilisateurs* ".

Le Conseil est d'avis que les coûts identifiés dans l'article 2 correspondent bien à ces différentes fonctions du gestionnaire de réseau et qu'ils peuvent donc figurer dans la définition des coûts des réseaux de transport et de distribution.

Le Conseil note que le projet de décret retient le principe de la " mutualisation " des coûts de renforcement du réseau amont liés au raccordement de nouveaux utilisateurs et que cette solution est favorable aux nouveaux entrants et à la concurrence.

Le Conseil rappelle qu'il serait contraire au principe de non discrimination affiché à l'article 3 de facturer aux utilisateurs des coûts dont ils ne profitent pas. C'est ainsi que les coûts afférents aux interconnexions internationales ne peuvent être imputés aux utilisateurs, par le biais de la " mutualisation " de ces coûts, que si ces interconnexions peuvent réellement être utilisées par eux. Or, il semble que tel ne soit pas le cas aujourd'hui des interconnexions entre la France et l'Angleterre et entre la France et l'Espagne saturées par EDF pour l'exécution des contrats dits du " grand-père ".

b) Le principe de non discrimination

En vertu de l'article 3 du projet de décret, " *Les tarifs d'utilisation des réseaux publics permettent de répartir de façon non discriminatoire les coûts mentionnés à l'article 2 du présent décret entre les différents utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution, comprenant : 1°) les consommateurs finals d'électricité qui sont raccordés aux réseaux publics et qui prélèvent de l'électricité sur ces réseaux ; 2°) les producteurs qui sont raccordés aux réseaux publics et qui injectent de l'électricité sur ces réseaux ; 3°) les producteurs ou les consommateurs finals qui ont recours aux services de réglage et d'équilibrage mis en œuvre par les gestionnaires des réseaux publics, en particulier pour assurer le maintien de la tension et de la fréquence* ".

L'article 3 du projet de décret ne retient donc pas, au nombre des " *utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution* " auxquels les tarifs ont vocation à s'appliquer, les gestionnaires des réseaux de distribution.

L'article 5 du projet instaure, en ce qui les concerne, un processus spécifique de reversement, au gestionnaire

du réseau public de transport, " *de la part de leurs recettes provenant des tarifs d'utilisation des réseaux publics qui est relative au réseau public de transport* ". Selon ce dispositif, les gestionnaires des réseaux de distribution ne régleront pas directement les prix d' " *utilisation* " du réseau de transport au gestionnaire du réseau de transport " EDF-RTE ", comme les clients éligibles, mais, après avoir perçu auprès de leur clientèle finale l'intégralité du règlement des coûts d'acheminement de l'électricité, ils devront reverser au gestionnaire du réseau de transport la part qui lui revient. Les tarifs applicables aux " *utilisateurs* ", et définis à l'article 4, s'appliqueraient au calcul de ces reversements, " *sous réserve de prise en compte des particularités présentées par les réseaux publics de distribution, et notamment de l'existence de plusieurs points de raccordement ou d'ouvrages exploités au même niveau de tension que les ouvrages du réseau public de transport auxquels ils sont raccordés* ".

La lecture combinée de ces deux articles appelle de la part du Conseil les observations suivantes :

Les gestionnaires des réseaux publics de distribution sont clairement, d'après l'article 14 de la loi, des utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution : le gestionnaire du réseau public de transport (lignes haute tension) est un service interne à l'établissement public EDF, indépendant sur le plan de la gestion des autres activités d'EDF, qui exploite, entretient et développe le réseau public de transport, afin de permettre le raccordement des producteurs d'électricité concurrent d'EDF, des réseaux publics de distribution et des consommateurs finals ainsi que l'interconnexion avec les autres réseaux.

Sous l'empire de l'ancien cahier des charges de la concession à Electricité de France du Réseau d'alimentation générale en énergie électrique (RAG), les services et entreprises de distribution sont considérés comme des " clients " du RAG, sur le même plan que les " clients directs ", même si l'article 23 du cahier des charges prévoit, en leur faveur, un mécanisme de compensation particulier qui tient compte de leur spécificité.

Les implications de l'exclusion des gestionnaires de réseaux de distribution opérée par le projet de décret sont les suivantes, si l'on prend en considération les conséquences juridiques que la loi attache à cette qualité d'"utilisateurs" :

- les relations juridiques entre le gestionnaire du réseau de transport et les gestionnaires des réseaux de distribution sortent du champ d'application de la loi et échappent au contrôle de la Commission de régulation de l'électricité. En effet, seules les relations entre le gestionnaire du réseau de transport et les " utilisateurs " sont réglementées par l'article 23 de la loi et régies par les conventions ou protocoles (prévues au même article) transmis à la Commission de régulation de l'électricité. Le projet de décret en tient d'ailleurs compte, puisqu'est prévue, à l'article 5, une clause stipulant que " *des conventions relatives à ces reversements sont conclues entre chaque gestionnaire de réseaux publics de distribution et le gestionnaire du réseau public de transport* ". Cette disposition fait échapper les relations entre le gestionnaire du réseau de transport et les gestionnaires de réseaux de distribution au dispositif de régulation mis en place par la loi.

- la Commission de régulation de l'électricité n'aurait plus aucune compétence pour connaître des litiges entre les gestionnaires de réseaux publics de distribution et le gestionnaire du réseau public de transport (article 38 de la loi) ou pour sanctionner d'éventuelles pratiques d'un gestionnaire de réseau de distribution en tant qu'utilisateur du réseau de transport (article 40 de la loi).

Au plan de l'analyse concurrentielle, le Conseil est d'avis que les conséquences de ces dispositions sont les suivantes.

Le principe du traitement non discriminatoire des opérateurs n'est pas garanti, dès lors que certains clients du gestionnaire de réseau de transport ont la qualité d'utilisateurs, et d'autres non. Cette différence de traitement n'est pas justifiée par des raisons objectives et clairement identifiées. Même si le projet de décret prévoit que les versements effectués par les gestionnaires des réseaux publics de distribution seront calculés à partir des tarifs, la formule " *sous réserve de la prise en compte des particularités présentés par les réseaux publics de distribution* " est par trop imprécise et autorise des différences de traitement non justifiées, d'autant plus que le décret ne contient aucune disposition sur le mode de régulation, sans doute interne à l'administration de tutelle, qui s'appliquerait aux gestionnaires des réseaux publics de distribution, ainsi que sur le mode de calcul du versement. Par ailleurs, les experts entendus en séance le 6 septembre 2000 n'ont pas fourni d'éléments permettant de justifier cette différence de traitement, le représentant de EDF-RTE ayant, notamment, précisé que les distributions publiques étaient, pour le gestionnaire du réseau de transport, des utilisateurs comme les autres. Le classement indu de certaines parties du réseau de moyenne tension (HTA : tensions comprises entre 1 et 50 kV) dans les réseaux de distribution appelle une révision urgente du périmètre des deux réseaux et ne peut servir de justification à une discrimination entre usagers de ces réseaux.

La Cour de justice a rappelé, dans un arrêt du 19 mars 1991 (C-202/88 : France contre Commission, paragraphe 51), qu' " *un système de concurrence non faussé tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée* ". C'est ainsi qu'au regard de la jurisprudence communautaire ou nationale des autorités de concurrence, toute différence de traitement tarifaire entre opérateurs doit être dûment justifiée par des raisons objectives, à peine de constituer une discrimination anticoncurrentielle. Dans une décision du 10 février 1999 (1999/198/CE-IV/35.767 - IImailulaitos/Luftfartverket), la Commission des communautés européennes a ainsi sanctionné le système de rabais sur les redevances d'atterrissage mis en place par l'administration de l'aviation civile à l'aéroport de Bruxelles comme discriminatoire et constitutif d'un abus de position dominante ; la Commission, après un examen détaillé, a considéré que les justifications avancées à l'appui de cette discrimination tarifaire, tenant aux différences de coûts entre vols intérieurs et vols internationaux, n'étaient pas fondées et ne pouvaient donc autoriser le versement de redevances différentes selon l'origine du vol. De même, dans une décision n° 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997, le Conseil de la concurrence a sanctionné les conditions tarifaires privilégiées d'accès au réseau Numéris octroyées par France Télécom à la société Transpac, comme contraires aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et aussi aux articles 85 et 86 du traité de Rome (devenus respectivement 81 et 82).

L'absence d'une régulation indépendante confiée à la Commission de régulation de l'électricité en ce qui concerne les gestionnaires de réseaux publics de distribution, qui, à l'exception des DNN, demeurent, comme le gestionnaire du réseau public de transport, intégrés dans l'entreprise publique EDF, semble contraire à l'esprit de la directive ; le manque de transparence dans les relations entre les gestionnaires de réseaux publics de distribution et le gestionnaire du réseau public de transport qui en résulterait ne pourrait que

favoriser la suspicion et le contentieux. En outre, l'absence de contrôle de la Commission de régulation de l'électricité sur un secteur dont les charges représentent environ 75 % des revenus du gestionnaire du réseau de transport GRT et sur lequel repose l'intégralité des missions de service public d'acheminement de l'électricité risque de soulever des problèmes de concurrence, tant au niveau national que communautaire : la difficulté d'identification des coûts d'utilisation des réseaux de distribution, résultant de l'opacité du système, rendra facilement contestable le calcul des coûts résultant des missions de service public non couverts par les tarifs, qui ont vocation à être compensés par le fonds de péréquation de l'électricité, en vertu du II 1° de l'article 5 de la loi et pourrait faciliter des transferts anticoncurrentiels entre catégories d'utilisateurs.

Le Conseil estime donc indispensable que les gestionnaires de réseaux publics de distribution figurent au nombre des utilisateurs du réseau de transport et se voient appliquer, dans la plus grande transparence, et sous le contrôle de la Commission de régulation de l'électricité, les mêmes principes tarifaires que les autres utilisateurs, les consommateurs éligibles par exemple, raccordés au point de frontière entre les deux réseaux. Il considère que, si leur spécificité justifie certains traitements particuliers, ceux-ci doivent être expertisés sous le contrôle de la Commission de régulation de l'électricité. Cette spécificité permet déjà aux gestionnaires de réseaux publics de distribution de bénéficier du regroupement tarifaire des points de connexion, avantage qui est également revendiqué par les consommateurs éligibles, au nom du principe de non discrimination et d'égalité des chances entre opérateurs. Cette revendication, qui pourrait déboucher sur des contentieux en droit national et communautaire de la concurrence, rend encore plus urgente et impérieuse la remise à plat du système et l'étude des coûts de réseau imputables à chaque opérateur, "*au regard du foisonnement éventuel des demandes de soutirage de chaque point de connexion*".

c) Transparence tarifaire

L'article 5 du projet de décret prévoit que "*les tarifs d'utilisation des réseaux publics dus par un utilisateur donnent lieu à facturation à cet utilisateur par le gestionnaire du réseau public auquel cet utilisateur est raccordé*".

Le Conseil estime qu'il conviendrait que soient distingués, pour les utilisateurs des réseaux publics de distribution, la part du transport et la part de la distribution.

3. La structure des tarifs

L'article 4 du projet de décret définit la structure des tarifs d'utilisation des réseaux comme binôme, comprenant une "*composante fonction de la puissance souscrite par l'utilisateur et une composante fonction de l'énergie injectée ou prélevée par ce même utilisateur*". "*Ils sont fonction de la tension de raccordement*".

Le projet de décret n'explicite pas le principe général de tarification retenu ; la référence aux coûts comptables permet toutefois de déduire qu'il s'agit de la méthode de tarification aux coûts comptables de type "*timbre-poste*". S'agissant de la structure binôme des tarifs, le Conseil a déjà souligné, dans un avis

n° 97-A-09 du 26 mars 1997, qu'une composante des tarifs fonction de la puissance pouvait décourager les entrées sur le marché et constituer pour les nouveaux opérateurs une barrière à l'entrée, si elle était fixée à un niveau excessif et représentait une part importante du tarif total. Par ailleurs, une part puissance importante peut pénaliser les productions ou consommations occasionnelles et favoriser les productions ou consommations en bande, c'est-à-dire uniformes toute l'année.

a) L'imputabilité des tarifs

Le projet de décret ne prend pas parti sur la répartition de la tarification entre les producteurs (injection) et les consommateurs (soutirage), alors que la Commission de régulation proposait de n'appliquer les tarifs qu'aux consommateurs, dans un premier temps, afin de ne pas désavantager les producteurs français par rapport à leurs concurrents étrangers, dans la plupart des cas exonérés.

b) Les critères de modulation

Le projet de décret retient un certain nombre de modulations que la Commission de régulation de l'électricité avait résolu d'écarter dans un premier temps : les tarifs " *peuvent dépendre de la période horo-saisonnière, ainsi que de la zone géographique, pour tenir compte du déséquilibre de l'offre et de la demande dans cette zone et de la congestion des réseaux publics* ". En outre, le III de l'article 4 prévoit des tarifs de proximité " *lorsqu'un producteur et son consommateur éligible sont raccordés à un même poste des réseaux publics* ". Le Conseil note que ce cas constitue une véritable dérogation au principe de tarification dit " *au timbre-poste* ", puisqu'elle est conditionnée par l'existence d'un lien contractuel entre le producteur et son consommateur éligible. Cette exception qui procure un certain avantage pour la production de proximité ne concernera en France que peu de producteurs décentralisés, ces derniers ne pouvant que difficilement trouver un possible client éligible raccordé au même poste.

Le Conseil note qu'il est important d'afficher dans un premier temps, un tarif simple et transparent, afin de permettre aux investisseurs éventuels de forger leurs anticipations, seule une observation fine du marché et des comportements des opérateurs permettant ensuite d'affiner le mode de tarification. Une tarification trop peu transparente pourrait être considérée comme anticoncurrentielle. Le Conseil a déjà estimé, dans les avis n° 98-A-21 du 1^{er} décembre 1998 et n° 97-A-09 du 26 mars 1997, que " *le barème des redevances, s'il intègre des critères de modulation, (doit) indiquer avec précision les objectifs poursuivis par chacun des éléments de la modulation, ainsi que ses conditions d'amplitude, afin que ces critères ne soient pas susceptibles de conduire à des discriminations entre opérateurs ayant une efficacité identique et que la multiplication des paramètres de variation des redevances ne conduise pas à une tarification complexe génératrice d'une insuffisance de transparence* ".

L'article 6 du projet de décret prévoit, par ailleurs, un " *abattement forfaitaire sur le montant annuel dû au titre de la composante des tarifs d'utilisation des réseaux publics en fonction de la puissance souscrite* " lorsqu'" *un utilisateur subit une interruption de fourniture imputable à une défaillance des réseaux publics* ".

de transport et de distribution " ; il précise également que " seules les interruptions de fourniture d'une durée supérieure à six heures donnent lieu à un abattement " .

Le Conseil note, d'une part, que ce texte, qui se réfère à la seule *" interruption de fourniture d'une durée supérieure à six heures "* peut laisser penser que les autres défaillances dans l'exécution de la mission de service public de fourniture de l'électricité ne pourraient donner lieu à réparation. Or, des coupures de courant de durée plus brève ou une mauvaise qualité de la prestation de fournitures peuvent également être préjudiciables aux utilisateurs et le Conseil a déjà estimé, dans une décision n° 90-D-31 du 18 septembre 1990, qu'une clause limitative de responsabilité imposée par un prestataire de service public, l'ODA, détenteur d'un monopole sur le marché des espaces publicitaires dans les pages jaunes, à ses cocontractants, de manière *" quasi-administrative "* sans négociation possible de leur part, alors qu'ils ne disposaient pas de solutions équivalentes, était susceptible de les détourner d'une action en réparation auprès des juridictions compétentes et qu'elle pouvait permettre au prestataire de limiter artificiellement le risque financier qu'il encourait en cas de non-exécution d'un élément essentiel du contrat et de diminuer les coûts associés au contrôle de la qualité de ses prestations. Le Conseil a qualifié cette pratique d'abus de position dominante.

La disposition de l'article 6 du projet de décret, qui paraît relever du contrat, pourrait, dans le silence de la loi, se prêter à une application anticoncurrentielle en permettant à l'opérateur dominant de limiter de manière discriminatoires les coûts associés à la qualité des prestations fournies, et cela d'autant plus que la qualité standard du service public attendue en contrepartie des tarifs n'est nullement explicitée à ce jour dans une disposition réglementaire ou un cahier des charges.

Le Conseil est donc d'avis que la rédaction de l'article 6 devrait être modifiée, afin de ne donner en aucun cas prise à une conception restrictive de la responsabilité de l'opérateur dominant tenu d'une obligation de résultat.

CONCLUSION

Le Conseil de la concurrence recommande :

- que les gestionnaires des réseaux publics de distribution figurent parmi les utilisateurs du réseau de transport et donc :
- qu'ils soient mentionnés à l'article 3 du projet dans la catégorie des utilisateurs et aussi des utilisateurs ayant recours aux services de réglage et d'équilibrage prévus au 3°) ;
- que le II de l'article 5 soit supprimé ;

- que l'article 6 soit modifié afin qu'il ne puisse être interprété comme restreignant la responsabilité du gestionnaire de réseau ;
- qu'au I de l'article 5 alinéa 3, la dernière phrase soit ainsi rédigée : "*Pour ces clients, le montant correspondant aux tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution est identifié sur les factures, au plus tard à compter du 1^{er} janvier 2002*".

Le Conseil souligne enfin qu'en l'absence de précisions suffisantes dans le projet, notamment sur la formule tarifaire retenue ainsi que sur l'assiette, l'imputabilité et les dérogations aux principes tarifaires, il n'est pas en mesure d'indiquer si le dispositif mis en place est de nature à garantir un accès non discriminatoire des consommateurs à l'infrastructure des réseaux publics d'acheminement de l'électricité.

Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Jenny, Cortesse, vice-présidents, Mmes Flüry-Herard, Mouillard, MM. Bidaud, Ripotot, Robin, Sloan, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Patrick Hubert

Marie-Dominique Hagelsteen