



**Avis n° 02-A-13 du 23 octobre 2002
relatif à un projet de décret fixant le tarif spécial de l'électricité
dit "produit de première nécessité"**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 11 juillet 2002 enregistrée sous le numéro 02/0065 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 sur la modernisation et le développement du service public de l'électricité ;

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

Vu le code de l'action sociale en ses articles L. 115-3, L. 115-5 et L. 621-4 ;

Vu le code de la sécurité sociale en ses articles L. 861-1 et R. 861-1 et suivants ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 8 octobre 2002 ;

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

Le ministre de l'économie des finances et de l'industrie a soumis au Conseil un projet de décret pris en application de la loi du 10 février 2000 sur l'électricité et fixant le tarif spécial de l'électricité dit « produit de première nécessité ».

La loi du 10 février 2000 a procédé à une réforme du cadre juridique qui régissait la production et la distribution de l'électricité en France depuis la loi de nationalisation de 1946, ainsi qu'à la transposition en droit interne du dispositif d'ouverture à la concurrence de ce secteur d'activité prévu par la directive européenne de 1996.

Elle redéfinit, en ses articles 1 et 2, la nature et les missions du service public de l'électricité autour de trois priorités : la production de l'électricité nécessaire à la couverture des besoins du territoire national, le transport public et la distribution de l'électricité, la fourniture d'électricité à tout demandeur sur l'ensemble du territoire.

Cette dernière mission repose sur la distinction entre les clients dénommés « éligibles », correspondant aux sites industriels de grande taille qui sont autorisés à faire jouer la concurrence pour leurs achats d'électricité, et les autres consommateurs dont les seuls fournisseurs sont EDF et les distributeurs non-nationalisés (environ 170 régies et sociétés d'économie mixte municipales desservant 200 communes et 5 % de la population française).

La mission de fourniture d'électricité à tout demandeur sur l'ensemble du territoire comporte un objectif de cohésion sociale (article 2/III 1^{er} paragraphe), qui s'exprime par trois moyens :

- une péréquation géographique des tarifs,

- la garantie du maintien de la fourniture d'électricité en cas de non paiement des factures dues pour les personnes en situation de précarité, instaurée par l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et réglée par l'article L. 261-4,

- la création d'un tarif spécial privilégié destiné aux personnes à faibles revenus prévue par l'article 4/I de la loi de 2000.

Le projet de décret, examiné par le Conseil, assure la mise en œuvre de ce troisième moyen.

Les prix de vente de l'électricité aux consommateurs non-éligibles sont réglementés à deux niveaux : les principes et les règles de tarification sont établis par décret adopté après avis du Conseil de la concurrence et de la CRE (article 4/I de la loi de 2000), et le montant de chaque prix de vente est fixé par arrêté du ministre de l'économie, pris sur proposition de la CRE pour les tarifs des réseaux publics de transport et après avis de la CRE pour les autres tarifs réglementés (article 4/III).

Tant en droit européen qu'en droit national, la fixation, par l'Etat des prix de vente au détail d'un bien ou d'un service, constitue une pratique exceptionnelle qui fait l'objet en tant que tel d'un strict encadrement juridique prévu par les textes et précisé par la jurisprudence.

Les règles énoncées à l'article 81 du Traité visent les pratiques des entreprises et non les lois et règlements des Etats membres, mais l'article 10 impose aux législations nationales de ne pas porter atteinte à l'application du droit communautaire ou de ne pas prendre des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (Cour de justice européenne, notamment : « chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers » 1985 et « Van Eycke » 1988). Une telle réglementation devra satisfaire trois conditions de mise en œuvre : la mesure répond à un objectif d'intérêt public, l'atteinte éventuelle à la concurrence reste proportionnelle à l'intérêt protégé et les entreprises concernées sont traitées sans discrimination quant à leur nationalité.

Le droit national applicable résulte de la conjugaison de l'article 4/I de la loi 2000 (renvoi à l'article 1^{er} de l'Ordonnance de 1986, devenu L. 410-2 du code de commerce) et de ce même article L. 410-2, qui prévoit la possibilité de réglementer les prix par décret, après avis du Conseil de la concurrence, dans deux hypothèses : une situation de concurrence par les prix, limitée du fait de l'existence d'un monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, ou en raison de l'existence d'un texte législatif ou réglementaire. L'article L.410-2 est d'interprétation stricte : la loi doit avoir directement et expressément autorisé les mesures réglementant les prix de vente d'un produit ou service.

Ces mesures doivent, par ailleurs, être considérées comme indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi, étant donné leur caractère exceptionnel par rapport au droit commun de la concurrence qui est fondé sur la libre détermination des prix par la confrontation de l'offre et de la demande : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Trois points seront successivement traités : la mise en œuvre juridique du tarif spécial créé par la loi, le contenu du projet de texte présenté au Conseil, ainsi que les conséquences éventuelles de ce dispositif sur le jeu de la concurrence entre les distributeurs d'électricité.

Le projet de décret examiné correspond à une des deux hypothèses prévues par l'article L. 410-2 pour une réglementation des prix, à savoir l'existence d'un texte législatif ou réglementaire disposant en ce sens.

L'habilitation législative est expressément prévue par la loi du 10 février 2000 en son article 4/I : « *Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance 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 (...)* ».

L'instauration du principe d'un tarif spécial destiné aux personnes en situation de précarité est, par ailleurs, prévue par cet article 4/I avec renvoi pour sa mise en place à un décret d'application : « *Les tarifs aux usagers domestiques tiennent compte, pour les usagers dont les revenus du foyer sont, au regard de la composition familiale, inférieurs à un plafond, du caractère indispensable de l'électricité en instaurant pour une tranche de leur consommation une tarification spéciale "produit de première nécessité". Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa dans le cadre des dispositions de l'article 43-6 de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 précitée* ».

L'article 4 la loi de 2000 soumet le tarif spécial à trois conditions, tenant au niveau de revenu des bénéficiaires potentiels, à la prise en compte de la composition familiale des foyers concernés, à la puissance électrique installée et à un volume de consommation électrique.

A partir des seuils retenus par le projet du Gouvernement, la CRE a estimé le public potentiel du tarif spécial à 1,5 million de foyers, leur procurant une réduction moyenne de la facture égale à 53 €HT par an, pour un coût annuel total de 80 millions €. Ces résultats sont à rapprocher d'un nombre total d'abonnés domestiques de 28 millions, représentant un chiffre d'affaires d'environ 10 Mds € en 2000.

Le point essentiel du texte concerne la définition des ressources du ménage et leur limitation par un plafond, en deçà duquel le bénéfice du tarif spécial est ouvert. Il permet d'établir l'intérêt public de la réglementation, qui est de participer à la politique menée contre la pauvreté et d'éviter l'exclusion des personnes connaissant une situation sociale difficile. La définition des ressources annuelles est calquée sur les règles retenues pour la couverture maladie universelle (articles L. 861-1 et R. 861-1 et suivants du code de la sécurité sociale). Le premier montant du plafond de 5520 € par an est fixé en annexe du décret et pourra être révisé par arrêté interministériel.

La tarification spéciale « produit de première nécessité » porte sur un volume limité à une puissance installée de 9 kVa et une consommation de 100 kWh/mois, correspondant à l'intention du législateur de couvrir les besoins d'un équipement domestique minimal. Ce seuil de consommation ne permet toutefois pas d'envisager la couverture de la consommation d'appareils de chauffage électrique. Dans le cas contraire, il aurait été nécessaire d'examiner l'éventualité d'une distorsion de concurrence entre les différentes énergies susceptibles d'être employées pour le chauffage. Ce plafond est inscrit dans l'annexe du décret et pourra évoluer par arrêté interministériel.

Enfin, la tarification spéciale proprement dite consiste dans un abattement tarifaire par rapport au tarif normal qui varie selon trois tranches, 30 %, 40 % ou 50 % de réduction, en fonction du nombre de personnes à la charge du foyer. Ces taux de réduction sont renvoyés en annexe du décret, ce qui appelle une réserve de forme.

En effet, le caractère exceptionnel, donné par l'article L. 410-2 du code de commerce aux interventions de l'État en matière de réglementation des prix, amène à conclure que les éléments constitutifs du dispositif de réglementation doivent relever du décret, et en premier lieu des modalités de calcul des prix réglementés. Tel n'est pas le cas dans le projet examiné puisque les taux de réduction, modulés en fonction de la composition du foyer, sont renvoyés en annexe et donc modifiables par arrêté, alors qu'aucune nécessité de réajustement périodique ne peut être invoquée pour justifier un tel renvoi.

Enfin, le projet de décret prévoit dans son article 5 que les caisses de sécurité sociale répercutent, aux distributeurs d'électricité, les coûts d'établissement de l'attestation annuelle de ressources pour les bénéficiaires du tarif spécial. Formellement, cette disposition pourrait s'analyser comme allant au-delà de la charge de service public (maintien par les distributeurs de la fourniture d'électricité aux personnes démunies) que la loi de 2000 a imposé aux distributeurs d'électricité. Il conviendra donc de veiller à ce que les surcoûts de gestion répercutés par les caisses de sécurité sociale sur les distributeurs d'électricité soient limités à la prestation prévue par ce texte et à ce que ce surcoût soit intégré dans les charges faisant l'objet de la péréquation finale du 5/II de la loi du 10 octobre 2000.

L'impact éventuel du dispositif sur la concurrence entre distributeurs d'électricité doit être apprécié au vu de la situation actuelle du marché de l'électricité en France, mais également en considération des évolutions prévisibles à moyen terme de ce marché. Actuellement, l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité se limite à la fourniture des grands consommateurs industriels (dénommés « clients éligibles » par la loi de 2000). EDF et les distributeurs non-nationalisés par la loi de 1946 disposent toujours d'un monopole de distribution dans leur zone territoriale exclusive pour l'ensemble des autres utilisateurs d'électricité.

La possibilité que cette situation se modifie à moyen terme, rend nécessaire de s'assurer que tous les distributeurs d'électricité appelés à mettre en œuvre le tarif spécial à des fins sociales supporteront les mêmes charges au titre de cette contrainte d'intérêt général qui leur est imposée par la collectivité de telle sorte que la répercussion finale de cette charge dans les tarifs ne soit pas différente selon les régions géographiques couvertes par le monopole des distributeurs, comme l'exige l'article 2/III 1° § de la loi du 10 février 2000.

Il paraît dès lors souhaitable d'examiner dès maintenant cette question de l'égalité des opérateurs devant les charges résultant des missions de service public à caractère social. Elle doit conduire à ce que l'ensemble des distributeurs, actuels et futurs, supporte un tarif spécial dans des conditions identiques et bénéficie d'une compensation de cette charge de service public permettant d'assurer la péréquation géographique des tarifs.

Le premier aspect ne comporte pas de difficultés, le décret rendant opposable le tarif spécial à tous les distributeurs.

En revanche, le second pose la question du financement de la charge de service public instituée. A priori elle ne devrait pas soulever de difficultés, puisque l'article 5/paragraphe II de la loi de 2000 établit la règle d'une compensation intégrale : « *Dans le cadre du monopole de distribution, les charges qui découlent des missions mentionnées au II de l'article 2 en matière d'exploitation des réseaux publics [desserte et raccordement de l'ensemble du territoire national] et au 1° du III de l'article 2 en matière de cohésion sociale [couvrant la péréquation géographique des tarifs, la garantie du maintien d'une fourniture minimale et le tarif produit de première nécessité] sont réparties entre les organismes de distribution par le fonds de péréquation de l'électricité institué par l'article 33 de la loi du 8 avril 1946 précitée. Ces charges comprennent : (...) 2°- la participation au dispositif institué en faveur des personnes en situation de pauvreté et de précarité* ».

Le fonctionnement de ce fonds de péréquation est régi par l'article 33 de la loi de 1946 : « *Il est créé entre les organismes de distribution d'énergie électrique visés aux articles 2 [EDF] et 23 [régies et sociétés d'économie mixte municipales] un fonds de péréquation de l'électricité, dont la gestion est assurée par EDF, service national. Ce fonds est alimenté par des prélèvements sur les recettes des organismes de distribution d'énergie électrique. Il verse à ces organismes des dotations de péréquation. Ces prélèvements et ces dotations sont inscrits au débit ou au crédit du compte d'exploitation de l'organisme de distribution d'énergie électrique qu'ils concernent (...)* ».

Une réserve est suscitée par la gestion du fonds par EDF. L'établissement est à la fois un distributeur d'électricité parmi d'autres (même s'il domine largement l'activité), appelé à bénéficier des compensations des charges de service public, et assure la régulation du financement de cette mission de service public.

Avec le développement présumé de l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité, le maintien de cette confusion des rôles n'apparaît pas souhaitable. Il se justifie d'autant moins qu'en matière de production d'électricité, les contraintes de service public font également l'objet d'une compensation spécifique qui a donné lieu à la création d'un « fonds du service public de la production d'électricité », dont le même article 5 de la loi de 2000 a confié la gestion à la Caisse des dépôts. Cette contradiction concernant des fonds répondant à des finalités identiques apparaît résulter pour le fonds destiné à financer les missions sociales, d'une rédaction se bornant à renvoyer à une loi ancienne existante sans mise en conformité de ce texte avec les principes nouveaux posés par la loi de 2000.

Une solution identique à celle retenue pour la production devrait prévaloir pour les contraintes de service public liées à la distribution de l'électricité.

Accessoirement, les visas précédant le projet de décret devront être mis à jour, le décret n°86-1309 du 29 décembre 1986 étant désormais abrogé.

Le Conseil émet un avis favorable sur ce projet de décret, sous réserve des remarques formulées quant aux dispositions de forme du texte (renvoi en annexe d'un point essentiel de la réglementation des prix et mise en conformité des visas) et à l'évolution souhaitable concernant l'entité responsable de la gestion du fonds de péréquation financière.

Délibéré sur le rapport oral de M Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Thierry Dahan

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence