



**Avis n° 04-A-11 du 22 juin 2004  
relatif au projet de décret relatif aux tarifs  
de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés**

Le Conseil de la concurrence (Section I),

Vu la lettre en date du 15 décembre 2003 enregistrée le 16 décembre 2003 sous le numéro 03/0089A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 410-2 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu les articles 86 et 87 du Traité ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 24 mars 2003 ;

Les représentants d'EDF, les représentants de l'Association Nationale des Régies de services publics (ANROC) et les représentants de la Fédération Nationale des Sociétés d'Intérêt Collectif Agricole d'Electricité (FNSICAE) entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

## **I. Le cadre juridique du projet de décret**

1. La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (ci-après la « *loi du 10 février 2000* ») a partiellement ouvert à la concurrence le marché français de l'électricité en autorisant les gros consommateurs d'électricité, consommant plus de 16 giga wattheures (GWh) selon le décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, à choisir leur fournisseur d'électricité. Ce seuil a été abaissé à 7 GWh par le décret n° 2003-1000 du 5 février 2003.
2. Sous certaines conditions, les distributeurs non nationalisés (ci-après « *DNN* ») ont également été reconnus éligibles. En effet, conformément aux exigences de l'article 19, paragraphe 3, 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, l'article 22, II, 3<sup>ème</sup> tiret de la loi du 10 février 2000 a reconnu éligibles les DNN mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (ci-après la « loi du 8 avril 1946 ») mais uniquement « en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles situés dans leur zone de desserte ».

3. Plus récemment, la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, en particulier son article 48, a étendu la liberté des DNN. En effet, dorénavant, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sont reconnus éligibles « en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles et non éligibles situés dans leur zone de desserte lorsque la consommation totale de ces clients est supérieure au seuil mentionné au I ainsi que pour les pertes d'électricité des réseaux qu'ils exploitent ». Le seuil en question est aujourd'hui de 7 GWh par an.
4. L'article 22, II, 3<sup>ème</sup> tiret de la loi du 10 février 2000 modifiée dispose encore que « un décret en Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles ces distributeurs peuvent continuer à bénéficier des tarifs de cession mentionnés à l'article 4 de la présente loi ».
5. L'article 4, I, de la loi 10 février 2000 prévoit à cet égard que « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> 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 mentionné 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 ».
6. Les DNN, encore appelés « Entreprises locales de distribution » (ELD), sont, à ce jour, au nombre de 165. Ils représentent environ 5 % de la distribution électrique en France métropolitaine, soit 17 TWh. Ils desservent au total trois millions d'habitants sur près de 2 500 communes et représentent environ 7 000 emplois. Les DNN ne constituent pas un ensemble homogène. Au contraire, il existe de fortes disparités liées à leur taille (le plus gros DNN, Electricité de Strasbourg, représente à lui seul plus de 35 % des ventes alors que les 60 plus petits totalisent moins de 1 % des ventes), à leur compétence territoriale (ils desservent de une à près de quatre cents communes), à leur statut juridique (sociétés anonymes, sociétés civiles, sociétés d'économie mixte, régies avec ou sans personnalité morale, sociétés d'intérêt collectif agricole d'électricité ou encore services municipaux), à leur structure de consommation (part de la consommation industrielle, en particulier part de consommation éligible pouvant varier de 0 à près de 70 %), à la structure de leurs réseaux (souvent plus long que les réseaux d'EDF pour la desserte d'un abonné basse tension) ou encore à leurs caractéristiques d'alimentation (le nombre de points de raccordement avec le ou les réseaux amont pouvant varier de 1 à plus de 40). Les DNN sont représentés par trois associations ou fédérations : l'Association Nationale des Régies de services publics (ANROC) représentant cent dix DNN, la Fédération Nationale des Sociétés d'Intérêt Collectif Agricole d'Electricité (FNSICAE) représentant une quinzaine de Sociétés d'Intérêt Collectif Agricole d'Electricité (SICAE), et la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR).

## **A. LES TARIFS APPLIQUÉS AUX DISTRIBUTEURS NON NATIONALISÉS SOUS LE RÉGIME ACTUEL**

7. En attendant l'adoption et l'entrée en vigueur des tarifs de cession de l'électricité mentionnés à l'article 4 de la loi du 10 février 2000, les DNN sont soumis aux dispositions du cahier des charges de la concession du réseau d'alimentation générale de 1994 relatives à la vente de l'énergie.
8. Il en résulte que les DNN acquièrent aujourd'hui leur électricité au tarif vert (tarif applicable aux gros consommateurs finals). L'assimilation avec les industriels n'est toutefois pas totale puisque les DNN bénéficient d'un certain nombre d'ajustements tarifaires, d'origine réglementaire et contractuelle.
9. Au 1<sup>er</sup> janvier 2003, selon les calculs effectués par EDF sur la base des données de 2002, le tarif de cession intégré des DNN était de 36,9 €/MWh, la part relative à l'accès au réseau représentant 9,9 €/MWh et la part relative à la fourniture, obtenue par différence, représentant 27 €/MWh. Suivant la hausse de 3 % des tarifs de vente hors taxes de l'électricité intervenue en juillet 2003<sup>1</sup>, le tarif de cession intégré a été augmenté dans la même proportion, passant ainsi de 36,9 €/MWh à 38 €/MWh. Etant donné que la part représentée par le coût d'accès au réseau n'a pas évolué, il est possible d'en déduire que la part représentée par la fourniture était à cette date de 28,1 €/MWh.
10. Toutefois, cette hausse de 1,1 €/MWh de la part fourniture des tarifs de cession s'est accompagnée d'une augmentation des tarifs de vente aux consommateurs finals de 2,25 €/MWh. Dans ces conditions, pour ne pas augmenter la marge des DNN, il a été décidé de neutraliser cet effet en diminuant de 7 % à 4,2 % le « *rabais Daurès* » dont ils bénéficiaient depuis 1997, ce qui majore la part fourniture du tarif de cession de 1,1 €/MWh.
11. Il résulte de ce qui précède que, après l'augmentation de 3 % des tarifs de cession et la baisse du rabais Daurès, le tarif de cession acquitté par les DNN est estimé par EDF à 29,2 €/MWh après le 4 juillet 2003.

## **B. LES PREMIERS ÉLÉMENTS DE LA RÉFORME TARIFAIRE**

12. L'adoption de la loi du 10 février 2000, libéralisant partiellement le secteur de l'électricité, a entraîné une profonde réforme tarifaire, et ce à plusieurs niveaux.
13. D'une part, la réforme tarifaire a porté sur les tarifs de transport et de distribution. Dans ce cadre, le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution a posé les principes de la tarification et le décret n° 2002-1014 du 19 juillet 2002 a fixé les tarifs d'utilisation desdits réseaux. Consulté sur le premier de ces décrets, le Conseil de la concurrence a rendu un avis n° [00-A-21](#), le 6 septembre 2000.
14. D'autre part, la réforme a porté sur la tarification des clients non éligibles. Ces clients doivent s'acquitter, pour l'achat de l'électricité qu'ils consomment, d'un tarif de vente intégré, constitué de trois composantes de coûts : d'une part, les coûts de transport et de distribution (calculés sur la base des décrets évoqués précédemment), d'autre part, les

---

<sup>1</sup> Arrêté du 30 juin 2003 relatif au prix de l'électricité, JO du 2 juillet 2003, p. 11115.

coûts de production et, enfin, les coûts de commercialisation et les frais de gestion de la clientèle. Les grands principes de cette tarification ont été fixés par le décret n° 2001-678 du 26 juillet 2001 relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles dit « *décret-cadre* ». Le Conseil de la concurrence a rendu un avis n° [00-A-21](#), le 6 septembre 2000, sur ce décret-cadre. Le décret-cadre précise, en son article 2, que les nouveaux tarifs doivent être fixés par un deuxième décret en Conseil d'Etat, après avis de la Commission de régulation de l'énergie et du Conseil de la concurrence. Ces deux décrets doivent entrer en vigueur simultanément, les tarifs étant applicables 30 jours après la date de leur publication au Journal Officiel.

15. Le second décret en question a été soumis au Conseil de la concurrence par le ministre de l'économie des finances et de l'industrie le 24 février 2003, qui a rendu un avis n° 03-A-10 le 11 juillet 2003. Ce projet de décret fixant les tarifs de vente aux clients non éligibles n'a, à ce jour, toujours pas été adopté.
16. Enfin, cette réforme tarifaire se poursuit à présent par l'adoption du projet de décret relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux DNN.

## **II. Le projet de décret soumis au Conseil**

17. C'est dans ce contexte que le Conseil de la concurrence a été saisi pour avis par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du projet de décret relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux DNN (ci-après le « *projet de décret* »).

### **A. LE PRINCIPE D'UNE RÉGLEMENTATION TARIFAIRE**

18. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce, « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Toutefois, dans les secteurs où les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison 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 [...]* ».
19. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé dans un avis n° 87-A-08 du 18 septembre 1987 portant sur le décret du 29 juillet 1988 et dans ses avis n° [00-A-20](#) du 6 septembre 2000 et n° 03-A-11 du 11 juillet 2003 relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, la concurrence par les prix entre les différentes formes d'énergie est limitée, d'une part, par l'existence au profit d'EDF d'une situation de monopole légal à la production et à la fourniture pour les consommateurs non éligibles et, d'autre part, par la faible sensibilité des consommateurs aux variations des prix entre les différentes énergies. Il en résulte que la concurrence par les prix que peuvent faire les autres énergies à l'électricité est effectivement limitée au sens de l'article L. 410-2 du code de commerce susvisé.

## **B. LES MODALITÉS DE LA RÉGLEMENTATION TARIFAIRE**

### **1. LE CHAMP D'APPLICATION DES TARIFS**

20. Le champ d'application personnel du projet de décret est défini par son article 1<sup>er</sup>. Celui-ci dispose que les tarifs de cession hors taxes de l'électricité s'appliquent à l'électricité vendue à un DNN mentionné à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946.
21. Le champ d'application matériel du projet de décret est, quant à lui, défini par ses articles 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup>. D'une part, l'article 1<sup>er</sup> prévoit que les tarifs de cession ne s'appliquent que pour la portion d'électricité pour laquelle un DNN n'exerce pas les droits à l'éligibilité accordés à l'article 22-III de la loi du 10 février 2000. D'autre part, l'article 2 du projet de décret précise trois éléments.
22. Premièrement, cet article prévoit qu'un DNN « *peut exercer ses droits à l'éligibilité accordés à l'article 22-III de la loi du 10 février 2000 susvisée partiellement ou totalement* ».
23. Deuxièmement, l'article 2 du projet de décret énonce que les tarifs de cession s'appliquent, selon le choix du DNN concerné, soit à l'intégralité de l'électricité achetée par le DNN, éventuellement diminuée des pertes d'électricité des réseaux qu'il exploite, soit à la seule électricité achetée par le DNN en vue de l'approvisionnement effectif sans sa zone de desserte de ses clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité, éventuellement augmentée des pertes d'électricité des réseaux qu'il exploite.
24. Troisièmement, l'article 2 du projet de décret indique que les tarifs de cession ne s'appliquent pas à un DNN qui exerce totalement ses droits à l'éligibilité.
25. Finalement, le projet de décret précise dans son article 3 que, dans le cas où le DNN recourt aux tarifs de cession pour une partie de ses achats, la courbe de charge correspondant à cette quantité d'électricité doit pouvoir être distinguée.

### **2. LE « DROIT DE RETOUR » AUX TARIFS DE CESSION**

26. Le projet de décret organise, sous certaines conditions, l'exercice d'un « *droit de retour* » des DNN aux tarifs de cession après avoir exercé leurs droits à l'éligibilité.
27. Ce droit de retour est circonscrit puisque, aux termes de l'article 4, 1<sup>er</sup> alinéa, du projet de décret, il est interdit à un DNN qui a exercé ses droits à l'éligibilité en vue de l'approvisionnement effectif de ses clients éligibles de bénéficier ultérieurement des tarifs de cession pour cet approvisionnement.
28. En revanche, selon l'article 4, alinéa 2, du projet de décret, un DNN qui exerce ses droits à l'éligibilité en vue de l'approvisionnement de l'ensemble de ses clients peut prétendre, après une durée d'un an et sous réserve de pouvoir distinguer la courbe de charge correspondante, bénéficier ultérieurement des tarifs de cession pour l'approvisionnement effectif dans sa zone de desserte des clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité.
29. De même, aux termes de l'article 4, alinéa 3, du projet de décret, un DNN qui exerce ses droits à l'éligibilité pour l'achat des pertes des réseaux qu'il exploite peut prétendre, après une durée d'un an, bénéficier ultérieurement des tarifs de cession pour cet achat.

30. Par ailleurs, l'article 5 du projet de décret fixe les modalités d'exercice de ce droit de retour. Ainsi, il dispose que, lorsqu'un DNN demande à bénéficier à nouveau des tarifs de cession, le contrat de vente aux tarifs de cession précise les modalités relatives aux indemnités dues en cas de résiliation du contrat par le DNN avant une durée de trois ans. Bien qu'il soit renvoyé au contrat de vente aux tarifs de cession pour préciser les modalités relatives aux indemnités, l'article 5 du projet de décret prévoit que cette indemnité est égale au montant intégral des primes fixes annuelles dues jusqu'au terme normal du contrat.

### **3. LA DÉFINITION DES OPTIONS TARIFAIRES**

31. Les tarifs de cession, proposés par le projet de décret, comportent plusieurs options tarifaires. Ainsi, on distingue les options en fonction du nombre de postes (4, 5, 6 ou 8 postes), correspondant à des découpages horosaisonniers, en fonction du caractère modulable ou non du tarif (c'est-à-dire pour lesquels la pointe est ou non mobile) et en fonction de l'adhésion ou non à un système EJP (évitement des jours de pointe). Enfin, les tarifs de cession prévoient une facturation des dépassements des quantités d'énergie ou de puissance souscrites, variant notamment en fonction du type de comptage du DNN.

### **4. LA MODIFICATION DES TARIFS**

32. L'article 8 du projet de décret soumet toute évolution des tarifs à des arrêtés conjoints des ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie.
33. Ces évolutions doivent, aux termes de l'article 9 du projet de décret, tenir compte des évolutions de la part relative à la production dans les tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles et refléter les variations des coûts supportés pour la production de l'électricité, du fait notamment des charges d'investissement, des gains de productivité obtenus ou recherchés, ainsi que de l'évolution des charges de combustibles.

### **5. LE SORT DES CONTRATS EN COURS**

34. Le projet de décret prévoit, en son article 10, qu'à l'exception des contrats négociés dans le cadre de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 et dans un délai de six mois à compter de la publication du projet de décret, les contrats en cours pour la fourniture des DNN feront l'objet d'une renégociation entre les parties en vue de leur remplacement, d'une part, par un contrat d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution et, d'autre part, par un contrat de fourniture aux tarifs de cession, le terme de ce dernier étant le même que celui du contrat en cours.
35. Toutefois, pour un DNN qui n'a pas exercé ses droits à l'éligibilité ou qui les a exercés partiellement, les tarifs de fourniture objets des contrats signés en application de l'article 25 du cahier des charges de la concession à EDF du réseau d'alimentation générale en énergie électrique, seront remplacés par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution et par les tarifs de cession.
36. En revanche, dans l'hypothèse où un DNN déciderait d'exercer ses droits à l'éligibilité, l'article 10 du projet de décret prévoit que, conformément à l'article 49 de la loi du

10 février 2000, les contrats signés en application de l'article 25 du cahier des charges de la concession à EDF du réseau d'alimentation générale en énergie électrique sont résiliés.

### C. LE NIVEAU ET LA STRUCTURE DES TARIFS

37. S'agissant du niveau des tarifs, il convient tout d'abord de rappeler que, comme il a été dit au paragraphe 11, le niveau moyen des tarifs de cession actuel est de 29,2 €/MWh, ce qui correspond en fait au niveau moyen de la part représentée par la production dans les tarifs d'achat intégrés actuels des DNN.
38. Pour élaborer le projet de décret et les tarifs qui y sont annexés, il a d'abord été nécessaire d'élaborer une « *cible tarifaire* » à atteindre pour les tarifs de cession. Cette cible tarifaire pour les tarifs de cession doit se calculer à partir de la part représentée par les coûts de production dans les tarifs de vente aux consommateurs finals non éligibles. Les DNN doivent, en effet, se rémunérer sur les coûts de commercialisation et de gestion (3<sup>ème</sup> composante des coûts évoqués au point 14) en transmettant au consommateur final le coût de transport (1<sup>ère</sup> composante) et celui de la production (2<sup>ème</sup> composante) sans les majorer par l'application d'une marge.
39. Afin de déterminer cette part représentée par les coûts de production dans les tarifs de vente aux consommateurs finals non éligibles, il est nécessaire de se reporter à la cible tarifaire calculée pour les tarifs intégrés de vente à ces clients et d'en soustraire les coûts de transport et de distribution ainsi que les coûts de commercialisation et les frais de gestion de la clientèle. D'après les informations fournies par EDF, cette part production est estimée en moyenne à 32,5 €/MWh.
40. Cette cible tarifaire, ainsi calculée pour les clients non éligibles, devrait aussi constituer la cible tarifaire du tarif de cession aux DNN. D'après les informations fournies par EDF, cette dernière s'élève à 31,4 €/MWh et non aux 32,5 €/MWh de la part production des clients finals non éligibles. La différence de 1,1 €/MWh s'expliquerait par le fait que les DNN s'approvisionnent au tarif vert alors qu'ils revendent l'électricité ainsi achetée à des clients majoritairement au tarif bleu.
41. Si le niveau des tarifs de cession cible pour les DNN est de 31,4 €/MWh, le projet de décret soumis au Conseil de la concurrence ne réalise qu'une partie du chemin vers la cible puisque le niveau moyen des tarifs de cession qu'il prévoit s'élèverait, dans une première étape, à 29,8 €/MWh. D'après les informations transmises au Conseil, il serait convenu d'atteindre la cible de 31,4 € avec la seconde étape devant intervenir un an après la première.
42. La structure des tarifs de cession proposée par le projet de décret comporte une part fixe et une part proportionnelle à l'énergie vendue, variant notamment en fonction de la puissance souscrite par le distributeur et en fonction du mode d'utilisation de ladite puissance au cours de l'année (périodes horosaisonnnières).
43. Cette structure tarifaire correspond à celle de la cible. Elle demeure néanmoins relativement proche de la structure actuelle, la principale innovation consistant en une réduction de la saisonnalité des tarifs. Cette modification conduit, à l'instar du projet de tarifs applicables aux consommateurs finals non éligibles, à une augmentation des tarifs en été et à une baisse en hiver.

### III. L'analyse concurrentielle

#### A. SUR LE CHAMP D'APPLICATION DES TARIFS DE CESSION

##### 1. SUR LE CARACTÈRE TOTAL OU PARTIEL DE L'ÉLIGIBILITÉ

44. L'article 2 du projet de décret prévoit qu'un DNN « *peut exercer ses droits à l'éligibilité accordés à l'article 22-III de la loi du 10 février 2000 susvisée partiellement ou totalement* ».
45. A cet égard, il importe de relever que l'article 22, II, de la loi du 10 février 2000 disposait, dans sa version initiale, qu'étaient éligibles « *les distributeurs non nationalisés [...] en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles situés dans leur zone de desserte* ». A présent, l'article 22, II, de la loi du 10 février 2000 modifié par l'article 48 de la loi du 3 janvier 2003 dispose que sont reconnus éligibles « *les distributeurs non nationalisés [...] en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles et non éligibles situés dans leur zone de desserte lorsque la consommation totale de ces clients est supérieure au seuil mentionné au I ainsi que pour les pertes d'électricité des réseaux qu'ils exploitent [...]* ». Il résulte de ce qui précède que, dans sa version du 10 février 2000, la loi ne permettait aux DNN d'être éligibles que partiellement. Aux termes de la nouvelle rédaction issue de la loi du 3 janvier 2003, cette limitation a disparu.
46. Dans son avis du 8 janvier 2004, la Commission de régulation de l'énergie (ci-après « CRE ») considère que « *avec la notion d'éligibilité "partielle", le projet de décret introduit une nouvelle définition de l'éligibilité des DNN qui n'est pas envisagée par la loi. Cette notion est inutile pour atteindre les objectifs visés par le présent projet de décret. En conséquence, la CRE préconise de supprimer dans le projet de décret les références à l'éligibilité partielle des DNN* ».
47. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité juridique de l'article 2 du projet de décret avec les dispositions législatives. Toutefois, il lui revient d'apprécier l'impact concurrentiel des dispositions, prévues à l'article 2. En outre, comme on le verra aux paragraphes 50 à 57 ci-dessous, l'analyse concurrentielle de l'éligibilité partielle conduit le Conseil à recommander une modification plus substantielle des dispositions prévues à cet article.
48. S'il était jugé que l'article 2 du projet de décret est conforme aux dispositions législatives, le Conseil considère que son application n'est pas de nature à entraîner de restriction de concurrence. En effet, tous les DNN, qu'il s'agisse de ceux qui ont exercé leur éligibilité avant la loi du 3 janvier 2003 (exercice qui ne pouvait être que partiel) ou de ceux qui l'ont exercée postérieurement, seront dans la même situation. De plus, l'obligation pour les DNN de choisir d'exercer totalement ou de ne pas exercer du tout leur éligibilité n'aurait pas nécessairement un effet positif sur la concurrence dans la mesure où un tel choix implique une prise de risque importante pour les DNN, en particulier pour les plus petits d'entre eux. Dans ces conditions, il n'est pas exclu qu'un grand nombre de DNN préfèrent bénéficier totalement des tarifs de cession plutôt que d'exercer totalement leur éligibilité. Le Conseil rappelle toutefois la nécessité de s'assurer que les DNN qui choisiront d'exercer partiellement leur éligibilité ne tirent pas profit de cette situation sur le marché concurrentiel, notamment en pratiquant des subventions croisées.

49. Si l'article 2 du projet de décret était, en revanche, jugé non conforme aux dispositions législatives et modifié dans le sens préconisé par la CRE, le Conseil relève qu'il en résulterait une différence de traitement entre les DNN. En effet, les DNN qui choisiront d'exercer leur éligibilité après l'entrée en vigueur du décret devront l'exercer pour l'intégralité de leur consommation, alors même que les DNN qui auront exercé leur éligibilité à l'époque où celle-ci ne pouvait s'exercer que partiellement continueront de bénéficier des tarifs de cession pour une part de leur approvisionnement. Par ailleurs, le Conseil observe que, dès lors que le projet de décret prévoit la mise en place d'un droit de retour, il est possible qu'à l'avenir certains DNN qui auront pu faire jouer leur éligibilité décident d'exercer ce droit de retour. Dans ce cas, selon le projet de décret, ils bénéficieront des tarifs de cession uniquement pour l'approvisionnement effectif de leurs clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité. Ils exerceront donc en quelque sorte une éligibilité partielle.

## **2. SUR LA POSSIBILITÉ POUR LES DNN DE BÉNÉFICIER DES TARIFS DE CESSION POUR APPROVISIONNER DES CLIENTS ÉLIGIBLES AYANT EXERCÉ LEURS DROITS À L'ÉLIGIBILITÉ**

50. L'article 2 du projet de décret énonce que les tarifs de cession s'appliquent, selon le choix du DNN concerné, soit à l'intégralité de l'électricité achetée par le DNN, éventuellement diminuée des pertes d'électricité des réseaux qu'il exploite, soit à la seule électricité achetée par le DNN en vue de l'approvisionnement effectif sans sa zone de desserte de ses clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité, éventuellement augmentée des pertes d'électricité des réseaux qu'il exploite. Il résulte, donc, de cette disposition que les DNN qui n'ont pas encore exercé leur éligibilité pourront continuer à bénéficier du tarif de cession, non seulement pour l'électricité qu'ils consomment eux-mêmes ou qu'ils achètent en vue de l'approvisionnement effectif dans leur zone de desserte de leurs clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité, mais également en vue de l'approvisionnement effectif dans leur zone de desserte des clients éligibles ayant exercé leurs droits à l'éligibilité et ayant choisi leur DNN comme fournisseur.
51. Le Conseil considère que cette situation, qui permet aux DNN qui n'ont pas encore exercé leur éligibilité d'acquérir de l'électricité à un tarif réglementé pour la revendre à des clients éligibles sur le marché, est contestable. S'approvisionner à un prix administré, c'est à dire plus stable et plus aisément prévisible que le prix du marché, représente un avantage qui constitue la juste contrepartie de l'obligation de vendre à la clientèle des non éligibles ou des éligibles n'ayant pas exercé leur droit à l'éligibilité à un prix lui aussi administré, indépendamment du marché. Mais servir la clientèle ayant opté pour le marché en laissant ouverte la possibilité de s'approvisionner, pour le service de cette clientèle, au prix administré (le tarif de cession), serait accorder aux DNN une « *option gratuite* » d'achat, à la charge de EDF, option dont les bénéfices pourraient être source de subventions croisées, lorsque les prix du marché sont supérieurs aux tarifs de cession comme c'est aujourd'hui le cas. La rupture de l'équilibre entre l'avantage et l'obligation réciproque pourrait avoir des effets anticoncurrentiels.
52. En effet, d'une part, cette situation offre aux DNN la possibilité de revendre à un client éligible, qui a exercé son éligibilité, de l'électricité, sans limitation de quantité, à un prix attractif alors même que les autres fournisseurs sur le marché ne bénéficient pas d'une telle possibilité. Il en résulte donc une distorsion de concurrence sur le marché de la fourniture.

53. D'autre part, cette situation peut conduire indirectement à traiter différemment les clients éligibles, selon qu'ils sont situés ou non dans la zone de desserte d'un DNN. En effet, dans un contexte où les prix du marché sont supérieurs aux tarifs de cession, les clients éligibles situés dans la zone de desserte d'un DNN auront de bons arguments pour demander à ce DNN de leur vendre de l'électricité à un prix proche du tarif de cession, ce que les clients éligibles situés sur d'autres parties du territoire ne pourront obtenir.
54. D'autre part et à nouveau, cette situation conduit à traiter différemment les DNN selon qu'ils ont déjà exercé leur éligibilité ou selon qu'ils l'exerceront après l'entrée en vigueur du futur décret sur les tarifs de cession. En effet, seuls les seconds bénéficieront des possibilités offertes par le projet de décret.
55. Enfin, dans un contexte où les prix du marché sont supérieurs aux tarifs de cession, il n'est pas exclu que la situation dans laquelle un DNN qui proposerait à un client éligible ayant exercé son éligibilité de le fournir à un prix proche du tarif de cession, afin par exemple de récupérer ce client ayant changé de fournisseur, puisse constituer une aide susceptible d'entraver la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité.
56. Certes, il pourra toujours être objecté que ce traitement particulier s'explique pour différentes raisons et, notamment, par la nécessité pour les DNN, en particulier pour les plus petits d'entre eux, de s'adapter progressivement à la libéralisation en cours, par le besoin pour les petits DNN de conserver le ou les quelques clients éligibles situés sur leur zone de desserte pour préserver leur équilibre financier, en particulier quand ce ou ces clients représentent une part élevée des ventes d'électricité du DNN ou encore par la nécessité de compenser certains désavantages, liés par exemple à leur statut, par rapport à d'autres fournisseurs.
57. Toutefois, quelque soit la pertinence de ces arguments, le Conseil considère que les difficultés auxquels ils font référence doivent pouvoir trouver d'autres solutions que celle qui résulte de l'application de l'article 2 du projet de décret.

### **3. SUR LA QUANTITÉ D'ÉLECTRICITÉ QUE LES DNN DOIVENT ACHETER AUX TARIFS DE CESSION**

58. Un débat a pu naître sur la possibilité ou non pour les DNN d'acheter aux tarifs de cession une partie seulement de l'électricité destinée à l'approvisionnement effectif de leurs clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité. Ainsi, dans son avis, la CRE précise que *« les tarifs de cession ne doivent pas être appliqués à une partie seulement de la quantité d'électricité achetée en vue de la fourniture aux tarifs réglementés, mais à la totalité de cette quantité »*.
59. La CRE considère, en effet, que, dans l'hypothèse d'un achat partiel de cette quantité aux tarifs de cession, le DNN ne résilierait jamais son contrat souscrit aux tarifs de cession et aurait nécessairement tendance, tout en conservant un approvisionnement minimum aux tarifs de cession, à arbitrer entre ces tarifs et les prix de marché, au détriment d'EDF.
60. Le Conseil estime sur ce point que, au plan concurrentiel, deux questions doivent être distinguées. La première concerne l'obligation pour les DNN d'acheter la totalité de l'électricité destinée aux clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité aux tarifs de cession et la seconde concerne le risque d'arbitrage entre ces tarifs et les prix de marché.

61. S'agissant en premier lieu de la quantité d'électricité que les DNN doivent acheter aux tarifs de cession, le Conseil estime que, pour favoriser le développement de la concurrence, la quantité d'électricité acquise aux tarifs de cession n'a pas besoin d'être rigoureusement égale à la consommation des clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité mais qu'elle peut lui être inférieure. En effet, en recherchant pareille égalité pour l'approvisionnement de cette catégorie de clients, les DNN sont placés face à l'alternative suivante : soit acquérir l'intégralité de l'électricité destinée à ces clients sur le marché en optant pour l'éligibilité totale, soit en acquérir l'intégralité aux tarifs de cession. Autrement dit, le projet de décret n'offre d'autre choix aux DNN que de prendre un risque élevé en s'approvisionnant intégralement sur le marché pour revendre au prix administré du tarif intégré ou de ne prendre aucun risque en s'approvisionnant aux tarifs de cession. Cette alternative pourrait conduire bon nombre de DNN, en particulier les plus petits d'entre eux, à ne pas exercer leur éligibilité. Dans ces conditions, le Conseil considère que le projet de décret devrait permettre aux DNN de bénéficier des tarifs de cession pour approvisionner les clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité selon la fraction de leur choix, pouvant aller jusqu'à l'intégralité. Cette solution devrait permettre à un nombre plus important de DNN d'exercer leur éligibilité et, partant, de favoriser le développement de la concurrence.
62. S'agissant, en second lieu, du risque d'arbitrage par les DNN entre les tarifs de cession et les prix de marché, le Conseil estime que cette possibilité d'arbitrage doit être strictement encadrée, faute de quoi les DNN se verraient attribuer une « *option gratuite* » d'achat analogue à celle envisagée plus haut (point 51) ; EDF se trouvant contrainte de supporter les coûts des variations du volume de sa production générées par les variations des achats des DNN, à leur seul bénéfice. En outre, permettre aux DNN d'acheter partiellement ou totalement sur le marché l'électricité destinée aux clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité et de revenir sans contrainte aux tarifs de cession conduit à annuler le bénéfice recherché puisque les DNN ne prendront plus aucun risque en exerçant leur éligibilité. Cette problématique rejoint en fait la problématique plus générale, liée au droit de retour qui sera examiné dans les développements qui suivent.

#### 4. SUR L'APPLICATION DES TARIFS DE CESSION À L'APPROVISIONNEMENT DES PERTES D'ÉLECTRICITÉ

63. Le Conseil considère que le projet de décret pourrait opportunément apporter des précisions en ce qui concerne l'application des tarifs de cession à l'approvisionnement des pertes d'électricité. En effet, il résulte des termes de l'article 2 du projet de décret qu'un DNN, qu'il achète ou non l'intégralité de son électricité aux tarifs de cession, a toujours la possibilité d'acheter l'électricité nécessaire à l'approvisionnement de ses pertes à ces tarifs.
64. Dans la mesure où l'article 14, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, dont le délai de transposition expirera le 1<sup>er</sup> juillet 2004, prévoit que les gestionnaires de réseau de distribution « *se procurent l'énergie qu'ils utilisent pour couvrir les pertes d'énergie [...] dans leur réseau selon des procédures transparentes, non discriminatoires et reposant sur les règles du marché* », le projet de décret pourrait utilement préciser que ses dispositions n'exonèrent en rien les DNN de leur obligation de recourir à des procédures transparentes, non discriminatoires et reposant sur des règles de marché. Dans ces conditions, et comme le suggère la CRE dans son avis, le tarif de cession ne devrait trouver à s'appliquer qu'après

que les DNN auront mis en œuvre les procédures prévues par la directive et que celles-ci auront permis de considérer que les tarifs de cession constituent la meilleure offre.

65. Cette solution présente l'avantage de permettre un respect des exigences de la directive 2003/54/CE tout en garantissant aux DNN, et tout particulièrement aux plus petits d'entre eux dont les pertes représentent de faibles quantités d'électricité, qu'ils trouveront une offre d'énergie pour compenser leurs pertes.
66. Par ailleurs, s'agissant de l'achat des pertes, le Conseil rappelle que, dans son avis n° [00-A-29](#) du 30 novembre 2000 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, de transport et de distribution d'électricité, il a considéré que « *les DNN, pour les achats auprès d'EDF d'électricité destinés à compenser leurs pertes, doivent bénéficier des mêmes conditions que celles qui résultent des relations entre les centres de distribution EDF-GDF et enfin, EDF Production, ce que les informations comptables devront permettre de garantir* ».

## **B. SUR LE DROIT DE RETOUR**

67. Le projet de décret permet aux DNN de bénéficier d'un droit de retour, droit qui n'est explicitement prévu ni par la loi du 10 février 2000 modifiée ni par les décrets pris pour son application.
68. Dans son avis, la CRE soutient que « *l'article 22 de la loi du 10 février 2000 dispose qu'un décret en Conseil d'Etat " précise les conditions dans lesquelles ces distributeurs peuvent continuer à bénéficier des tarifs de cession", c'est-à-dire les conditions du maintien des tarifs de cession pour les DNN. Les dispositions du décret ne doivent donc pas s'appliquer à un DNN qui n'a plus de contrat aux tarifs de cession* ».
69. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité juridique de l'article 4 du projet de décret avec les dispositions de la loi du 10 février 2000. En revanche, il lui revient d'apprécier l'impact concurrentiel d'une telle mesure.
70. A cet égard, le Conseil considère que l'existence d'un droit de retour au profit des DNN n'est pas, dans les conditions définies par le projet de décret, de nature anticoncurrentielle.
71. En effet, cette situation offre la possibilité aux DNN de s'approvisionner sur le marché concurrentiel, renforçant ainsi la concurrence sur le marché de la fourniture. Dans le même temps, le projet de décret prévoit que les DNN qui ont choisi d'exercer leur éligibilité ne peuvent bénéficier du droit de retour qu'au-delà d'une période d'un an, ce qui limite les arbitrages qu'ils pourraient être tentés de faire entre les différentes saisons de l'année (étant entendu que l'électricité est plus chère l'hiver que l'été).
72. Ensuite, il importe de souligner que ce droit de retour est circonscrit au seul approvisionnement effectif dans la zone de desserte des DNN des clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité. Le marché de la fourniture aux clients éligibles n'est donc en rien affecté.
73. Par ailleurs, cette mesure permet d'éviter que, en cas de hausse trop brutale des prix de marché, le DNN se retrouve dans une situation financière délicate susceptible de mettre en cause son existence. Il est vrai que la disparition d'un DNN, en tant que fournisseur, ne devrait en principe pas se traduire par une rupture d'approvisionnement des clients non éligibles, puisque, soit ce DNN subsisterait en qualité de gestionnaire du réseau de distribution qui pourrait continuer à assumer cette mission, soit EDF se substituerait à lui.

Toutefois, dans son avis n° 03-A-10 du 11 juillet 2003, le Conseil de la concurrence a insisté sur la nécessité de ne pas « *compromettre la pérennité de ces acteurs du marché, devenus éligibles depuis le début de l'année et donc ferments possibles de concurrence* ».

74. D'aucuns pourront toujours objecter que ce droit de retour introduit une discrimination entre les consommateurs d'électricité puisque seuls les DNN bénéficient d'un tel droit. A cet égard, le Conseil rappelle qu'en droit de la concurrence, il ne peut y avoir de discrimination qu'entre consommateurs placés dans une situation équivalente. Or, en l'espèce, les DNN qui ont l'obligation d'approvisionner les clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité situés dans leur zone de desserte ne sont pas dans la même situation que les clients éligibles qui achètent de l'électricité pour leurs propres besoins et qui ne sont pas soumis à une telle obligation de service public.
75. Enfin, le Conseil observe également qu'aux termes de l'article 5 du projet de décret, lorsqu'un DNN demande à bénéficier du droit de retour aux tarifs de cession, il lui est particulièrement difficile de retourner ensuite s'approvisionner aux prix de marché. En effet, une indemnité égale au montant intégral des primes fixes annuelles dues jusqu'au terme normal du contrat sera due par le DNN en cas de résiliation du contrat avant une durée de trois ans.
76. Dans ces conditions, un DNN qui choisirait d'exercer son éligibilité devrait l'exercer pour une durée d'un an et s'il décidait ensuite d'exercer son droit de retour, il ne pourrait plus retourner sur le marché avant une durée de trois ans, sauf à s'acquitter d'une lourde indemnité. Le Conseil estime que la nature de ce dispositif permet un partage des risques équilibré entre les DNN et EDF. En effet, les DNN, tout en bénéficiant d'une certaine sécurité, ne peuvent se livrer continuellement à des arbitrages entre les tarifs de cession et les prix de marché en raison du montant de l'indemnité. Mais, il n'est pas au pouvoir du Conseil de dire si ces durées d'un an et de trois ans sont les durées pertinentes qui permettent à EDF d'anticiper et de programmer adéquatement les capacités de production qu'il devra mobiliser afin d'approvisionner les DNN aux tarifs de cession.
77. Le Conseil rappelle également que si l'existence d'un droit de retour au profit des DNN n'est pas, dans les conditions définies par le projet de décret, de nature anticoncurrentielle, il importe de veiller à ce que l'exercice de ce droit de retour ne fausse pas la concurrence. Ainsi, il convient de s'assurer que les profits réalisés par le DNN en raison des approvisionnements effectués à des prix de marché plus avantageux ne sont pas utilisés à des fins de subventions croisées.

### **C. SUR LE NIVEAU DE MARGE DES DNN**

78. La méthode retenue pour calculer les tarifs de cession est étroitement dépendante de la méthode retenue pour calculer les tarifs de vente d'électricité aux clients non éligibles. En effet, pour obtenir le tarif de cession, EDF a pris pour base de calcul les tarifs de vente d'électricité aux clients non éligibles, desquels il a soustrait une estimation des coûts d'utilisation du réseau ainsi que des coûts commerciaux et des frais de gestion de la clientèle supportés par les DNN. Ainsi, le tarif de cession cible correspond en principe à la part production dans les tarifs aux clients non éligibles.
79. En théorie, pour ce qui concerne la part production, les DNN ne devraient tirer aucun profit ni subir aucune perte du fait de ses variations, leur rémunération devant, en principe, se caler uniquement, d'une part, sur les activités d'exploitation des réseaux et, d'autre part,

sur les activités de commercialisation et de gestion de la clientèle : la part production sert à calculer le tarif de cession et elle est refacturée aux clients finals.

80. Dans ces conditions, fixer le tarif de cession au niveau de la part production des tarifs de vente aux consommateurs non éligibles est cohérent. Toutefois, la mise en œuvre de cette méthode semble conduire à favoriser dans une certaine mesure les DNN. En effet, le calage du tarif de cession sur la part production du client final n'est pas absolu. Comme il a été dit précédemment, la différence entre la part production moyenne des tarifs des clients non éligibles et la cible tarifaire des tarifs de cession est de 1,1 €/MWh en faveur des DNN. Par ailleurs, d'après les analyses effectuées par la CRE sur la base du projet de décret, cette marge moyenne de 1,1 €/MWh ne recouvrait pas une dispersion telle que certains DNN aient une marge négative à la cible.
81. Si cette situation semble favoriser les DNN, il convient toutefois de relever qu'elle comporte plusieurs éléments d'incertitude. Tout d'abord, les coûts de commercialisation et les frais de gestion de la clientèle évoqués précédemment ont été calculés à partir de la moyenne des coûts d'EDF pour la distribution, ceux des DNN n'étant pas connus. Dans ces conditions, on ne peut exclure que ces coûts aient été sous-estimés. Ensuite, selon les déclarations d'EDF lui-même, il existerait une certaine marge d'erreur dans les calculs auxquels il s'est livré. Cette marge d'erreur, bien que relativement faible (de l'ordre 0,2 à 0,3 €/MWh selon EDF) s'expliquerait par différentes raisons, et en particulier par le fait, d'une part, qu'il est délicat de recenser la consommation exacte de tous les DNN et, d'autre part, que le périmètre de ces DNN est mouvant dans la mesure où des clients éligibles peuvent décider d'exercer leur éligibilité à tout moment.
82. Ainsi, bien qu'il s'agisse de données théoriques et que chaque DNN présente en général des caractéristiques propres, le Conseil constate que les DNN bénéficient, globalement, d'une marge qui ne rémunère, en fait, aucune prestation. Cette situation, qui prend place sur la partie du marché pour laquelle les clients ne sont pas encore éligibles ou n'ont pas encore exercé leur éligibilité, ne paraît pas en elle-même entraver le fonctionnement de la concurrence. Il convient néanmoins de prendre les dispositions nécessaires afin d'éviter qu'elle ne puisse conduire à favoriser des distorsions de concurrence. En effet, en permettant aux DNN de bénéficier d'une telle marge, le projet de décret augmente les risques de subventions croisées. Par ailleurs, cette situation revient à faire supporter à EDF une partie des coûts qui pèsent normalement sur les DNN alors qu'EDF et les DNN, et en particulier les plus gros d'entre eux, sont en concurrence sur le marché de la fourniture.
83. Dans ces conditions, le Conseil rappelle, d'une part, que les profits ainsi réalisés par le DNN ne doivent, en aucun cas, pouvoir être utilisés pour financer des activités exercées en concurrence sur les marchés, sous peine de constituer des subventions croisées prohibées par le droit de la concurrence. D'autre part, le Conseil considère que, pour limiter le niveau de cette marge, il convient d'atteindre plus rapidement la cible tarifaire pour les tarifs de cession. Une telle mesure est d'autant plus souhaitable que l'ouverture des marchés doit très prochainement s'accélérer (le 1<sup>er</sup> juillet 2004, tous les professionnels seront éligibles, ce qui représente environ 3,5 millions de sites) et que, par ailleurs, même à la cible, les DNN continueront de réaliser une certaine marge.

#### **D. SUR LA VÉRIFICATION DE L'ABSENCE DE SUBVENTIONS CROISÉES**

84. Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans différents avis, et en particulier dans son avis n° 03-A-10 du 11 juillet 2003, « *d'un point de vue théorique général, les voies*

*couramment préconisées pour prévenir les subventions croisées sont principalement d'ordre structurel et consistent en une séparation des activités sous monopole et des activités concurrencées, avec différents degrés : séparation juridique et création de deux entités, séparation fonctionnelle au sein d'une même entreprise, chaque secteur bénéficiant d'une autonomie de gestion, simple séparation comptable. Ces mesures ne constituent pas des garanties absolues et nécessitent un contrôle des pratiques. A fortiori, la simple réglementation des tarifs aux clients non éligibles ne suffit pas, à elle seule, à garantir l'absence de subventions croisées. C'est pourquoi, il est important de mettre en place une dissociation comptable permettant de procéder aux contrôles nécessaires afin d'éloigner les suspicions de subventions croisées à partir du secteur réservé au monopole, très large actuellement en France, contrairement aux autres pays européens ».*

85. S'agissant plus spécifiquement des DNN, il existe deux sources principales de subventions croisées. La première est le risque du financement des activités concurrencées à partir des profits réalisés par le gestionnaire du réseau. La seconde consiste pour un DNN à utiliser les profits réalisés sur les clients captifs sur le marché des clients éligibles.
86. A cet égard, le Conseil rappelle que l'article 25, premier alinéa, de la loi du 10 février 2000 dispose que « [...] *les distributeurs non nationalisés [...] tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés au titre, respectivement, de la production, du transport et de la distribution d'électricité ainsi que, le cas échéant, un compte séparé regroupant l'ensemble de leurs autres activités* ».
87. Le Conseil rappelle également que, dans son avis n° [00-A-29](#) du 30 novembre 2000, il a précisé que « *indépendamment des exigences légales qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause, l'établissement de comptes séparés pour les DNN lorsqu'ils n'ont pas de clients éligibles et qu'ils n'exercent que des activités sous monopole (distribution et fourniture aux clients non éligibles) n'est pas indispensable au regard du droit de la concurrence, en l'absence de risque de subventions croisées. Le Conseil souligne, par ailleurs, que les petits DNN doivent trouver, en liaison avec le régulateur, des solutions adaptées à leur taille afin que les obligations comptables mises à leur charge ne soient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi* »
88. A la suite de cet avis, la CRE a décidé, par une délibération du 15 février 2001 relative aux principes de dissociation comptable, que « *les distributeurs non nationalisés (DNN), desservant au plus un client éligible, ne sont pas tenus d'établir des comptes dissociés pour leurs activités électriques. Les opérateurs sur le réseau desquels transitent moins de 250 GWh par an peuvent établir leurs comptes dissociés de façon extra-comptable. Les DNN, qui ne disposent pas en direct de capacité de production ou qui produisent moins de 10 % de l'énergie transitant sur leur réseau et moins de 50 GWh par an, sont autorisés à publier des comptes où l'activité de commercialisation n'est pas séparée de l'activité de distribution. Des comptes dissociés de l'activité de commercialisation sont néanmoins communiqués à la CRE* ».
89. Dans ce cadre, le Conseil rappelle la nécessité pour les DNN de tenir des comptes séparés pour leur activité de commercialisation et de dissocier, en leur sein, les charges et produits afférents aux clients éligibles de ceux propres aux clients non éligibles. Cette distinction paraît, en effet, indispensable pour vérifier l'absence de subventions croisées.
90. Une telle exigence est, d'ailleurs, prévue par les dispositions de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 précitée applicables dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004. En effet, l'article 19, paragraphe 3, de ladite directive énonce que « *les entreprises d'électricité tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour chacune de leurs activités de transport et de distribution, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées*

*par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence. Elles tiennent également des comptes, qui peuvent être consolidés, pour les activités de fourniture aux clients éligibles et les activités de fourniture aux clients non éligibles. Les revenus de la propriété du réseau de transport/distribution sont mentionnés en comptabilité. Le cas échéant, elles tiennent des comptes consolidés pour d'autres activités en dehors du secteur de l'électricité. Elles font figurer dans cette comptabilité interne un bilan et un compte de résultats pour chaque activité ».*

91. En outre, l'activité de fourniture à destination des clients non éligibles est une activité support de services d'intérêt économique général, financée notamment par le monopole de vente des DNN aux clients non éligibles situés dans leur zone de desserte<sup>2</sup>. Les surcoûts de ces charges par rapport aux recettes provenant de la part relative à la production dans les tarifs de vente aux clients non éligibles sont compensés par une contribution additionnelle sur les factures des clients captifs. L'évaluation de ces coûts, pour permettre le contrôle au titre des articles 86 et 87<sup>3</sup> CE, nécessite donc une identification comptable claire du coût de ces missions dans chacune des activités supports. La présence de coûts communs aux activités, relevant de missions différentes, nécessite la mise en place de comptabilités analytiques de structure comparable entre les différents DNN, et auditées par un tiers.

#### **E. SUR LA DISTINCTION DES COURBES DE CHARGE ET LA FACTURATION DES DÉPASSEMENTS DE PUISSANCE**

92. L'article 3 du projet de décret énonce que « *dans les cas où le distributeur non nationalisé recourt aux tarifs de cession pour une partie de ses achats, la courbe de charge correspondant à cette quantité d'électricité doit pouvoir être distinguée* ». La distinction des courbes de charge revêt une importance particulière en matière de concurrence. En effet, il faut éviter que les DNN ne puissent imputer les consommations de telle catégorie de clients à telle autre catégorie. Dans ce but, la situation idéale serait d'identifier la courbe de charge de chaque client. Or, si cette solution était envisageable à l'époque où seuls les gros clients étaient éligibles, ces derniers étant équipés de compteurs télérelevés à courbe de charge indiquant, toutes les dix minutes, la puissance consommée, elle n'est plus possible dès lors que deviennent éligibles des petits clients qui ne sont équipés que de compteurs à index donnant uniquement l'énergie consommée entre deux relevés du gestionnaire du réseau (période pouvant aller de un mois à un an).
93. En vue de préparer l'ouverture du marché à tous les clients professionnels au 1<sup>er</sup> juillet 2004, la CRE a, en association avec les acteurs du marché, engagé des travaux afin de mettre en place un système dit de « *profilage* » permettant de reconstituer les courbes de charge des différents clients. Le profilage est défini comme « *le système utilisé par les gestionnaires de réseau pour calculer les consommations, demi-heure par demi-heure, des clients qui ne sont équipés que de compteurs à index, relevés sur des périodes plus longues (par exemple, 6 mois), en vue de la détermination des écarts de leurs fournisseurs. Ce système est basé sur la détermination, pour des catégories de clients, de la forme réputée de leur consommation (les profils)* ». Dans son avis, la CRE estime que le projet de décret, notamment en ce qu'il envisage de facturer des dépassements de

---

<sup>2</sup> V. en particulier l'article 2, III, de la loi du 10 février 2000.

<sup>3</sup> V. sur ce point l'arrêt de la Cour de justice du 23 juillet 2003, Altmark Trans, C-280/00.

puissance sur la base de données de comptage (et non d'une courbe de charge estimée) relevées toutes les dix minutes (et non sur une base de trente minutes), n'est pas compatible avec le mécanisme de profilage qu'elle entend mettre en place.

94. Il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur les modalités techniques de ces mécanismes particulièrement complexes. Toutefois, le Conseil rappelle que le système destiné à calculer le tarif applicable au dépassement de puissance doit, en tout état de cause, être adapté aux conditions d'ouverture du marché, ne pas constituer un frein à cette ouverture, refléter le plus fidèlement possible les dépassements de puissance de chaque client et, enfin, être construit de manière à respecter les exigences de non-discrimination, de transparence et de neutralité vis-à-vis des fournisseurs et des clients.

#### **F. SUR LA RENÉGOCIATION DES CONTRATS AVEC EDF**

95. Il ressort de l'article 10, alinéa 4, du projet de décret que « *dans un délai maximum de six mois à compter de la publication du présent décret et à l'exception des contrats négociés dans le cadre de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 susvisée, les contrats en cours pour la fourniture des distributeurs non nationalisés font l'objet d'une renégociation entre les parties en vue de leur remplacement, d'une part, par un contrat conclu selon les dispositions du II de l'article 5 du décret du 26 avril 2001 susvisé et, d'autre part, par un contrat de fourniture aux tarifs de cession, le terme de ce dernier étant le même que celui du contrat en cours* ».
96. La renégociation des contrats de cession en cours doit donc intervenir dans les six mois qui suivent la publication du décret. Si la question des tarifs sera réglée par le décret en question, de nombreux autres éléments contractuels devront en revanche être négociés par EDF et les DNN. Parmi ces éléments, certains revêtent une importance notable, en particulier dans un contexte lié à la position dominante d'EDF, comme par exemple, les délais de paiement, les modalités de souscription, les conditions d'engagement de la responsabilité des parties, l'encadrement des recours ou encore, le sort de certaines clauses spécifiques comme les mécanismes contractuels de ré-optimisation *a posteriori* des puissances souscrites permettant d'ajuster les abonnements des DNN en fonction des dépassements constatés.

#### **G. SUR LE BESOIN DE COHÉRENCE ET DE VISIBILITÉ DES RÉFORMES TARIFAIRES**

97. La loi de transposition de la directive 96/92/CE est intervenue le 10 février 2000, soit près d'un an après la date limite de transposition. Plus de quatre années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de cette loi. Par ailleurs, depuis cette date, le cadre juridique national et communautaire a largement évolué. En effet, d'une part, le 3 janvier 2003 a été adoptée la loi relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service de l'énergie et, d'autre part, le 26 juin 2003 a été adoptée la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE. Cette directive doit être transposée, en droit national, au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 2004.
98. Force est de constater que l'ensemble des textes d'application de la loi du 10 février 2000 ne sont toujours pas adoptés. Tel est le cas en particulier des tarifs de cession d'électricité aux DNN, qui fait l'objet du projet de décret soumis pour avis au Conseil. Or, l'absence

d'un cadre juridique clair et pérenne est de nature à limiter le développement de la concurrence, en raison, notamment, des incertitudes et de l'absence de visibilité qu'elle engendre. Par ailleurs, le Conseil rappelle qu'il existe une relation très forte entre les différents éléments de la réforme tarifaire, en particulier entre les tarifs de vente et les tarifs de cession ou encore entre ces tarifs et les tarifs d'accès aux réseaux de transport et de distribution. La cohérence d'ensemble entre ces textes, notamment celle de leur évolution constitue une condition indispensable à l'instauration et au maintien d'une situation totalement pro-concurrentielle.

## CONCLUSION

99. Le Conseil est d'avis de modifier la rédaction de l'article 2 du projet de décret afin :
- d'exclure la possibilité pour les DNN de bénéficier des tarifs de cession pour approvisionner des clients éligibles ayant exercé leurs droits à l'éligibilité ;
  - de permettre aux DNN d'alimenter leurs clients non éligibles et éligibles n'ayant pas exercé leurs droits à l'éligibilité en s'approvisionnant dans la proportion de leur choix aux tarifs de cession ou sur le marché, à condition que EDF soit informée des changements dans les choix ainsi opérés par les DNN avec des durées de préavis adéquates ;
  - de préciser que, en vue de se conformer aux exigences de la directive 2003/54/CE, la possibilité pour les DNN d'acheter l'électricité nécessaire à l'approvisionnement de ses pertes aux tarifs de cession ne les exonère en rien de leurs obligation de recourir à des procédures transparentes, non discriminatoires et reposant sur des règles de marché.
100. Il estime que l'existence d'un droit de retour aux tarifs de cession, tel que prévu par le projet de décret, ne constitue pas en lui-même une atteinte à la concurrence.
101. Il attire l'attention du Gouvernement sur les difficultés liées à la méthode, retenue pour calculer les nouveaux tarifs de cession, qui conduit à accorder aux DNN une marge qui ne rémunère aucune prestation. En particulier, le Conseil rappelle que les profits ainsi réalisés par le DNN ne doivent en aucun cas pouvoir être utilisés pour financer des activités exercées en concurrence sur les marchés, sous peine de constituer des subventions croisées. Par ailleurs, il considère que, pour limiter le niveau de cette marge, il convient d'atteindre le plus rapidement possible la cible tarifaire pour les tarifs de cession.
102. Il rappelle la nécessité de s'assurer, pour le bon fonctionnement de la concurrence, de l'absence de subventions croisées. Pour les DNN, ceci implique notamment qu'ils tiennent des comptes séparés pour leur activité de commercialisation et de dissocier, en leur sein, les charges et produits afférents aux clients éligibles de ceux propres aux clients non éligibles. Le Conseil souligne que ces comptes séparés doivent être basés sur des comptabilités analytiques harmonisées et auditées.
103. Il invite le Gouvernement à s'assurer que le projet de décret est compatible avec les mécanismes qui se mettent en place en vue de la facturation des dépassements de puissance et qu'il est adapté sur ce point aux conditions d'ouverture du marché.
104. Le Conseil souligne, enfin, la nécessité de parvenir le plus rapidement possible à une adoption complète des textes d'application de la loi du 10 février 2000 et rappelle que le maintien de la cohérence d'ensemble entre ces textes est une condition essentielle à l'instauration et au maintien d'une saine concurrence.

Délibéré, sur le rapport de M. Lemaire, par M. Nasse, vice-président, MM. Bidaud, Charrière-Bournazel et Piot.

Le rapporteur général,  
Thierry Dahan

Le vice-président, présidant la séance  
Philippe Nasse

---

© Conseil de la concurrence