



**Avis n° 05-A-25 du 15 décembre 2005
relatif à un projet de décret fixant les règles tarifaires pour les
réseaux publics de transport et de distribution d'électricité**

Vu la demande d'avis, enregistrée sous le numéro 05/0067 A, sur un projet de décret tarifaire du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 25 août 2005, en application de l'article 4 de la loi 2000-108 du 10 février 2000;

Vu la loi 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par les lois 2003-8 du 3 janvier 2003, 2003-590 du 2 juillet 2003, 2004-803 du 9 août 2004 et 2005-781 du 13 juillet 2005 ;

Vu le décret 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ;

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

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 7 décembre 2005 ;

Les représentants d'Électricité de France et du Réseau public de Transport d'Électricité, entendus sur le fondement des dispositions de l'article L.463-7, alinéa 2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes.

1. Le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret modifiant le décret 2001-365 du 26 avril 2001, qui fixe les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.
2. L'acheminement de l'électricité des producteurs aux consommateurs finals, est placé sous un régime de monopole, détenu par le réseau national de transport (lignes haute tension de RTE) et les concessionnaires de réseaux de distribution (lignes moyenne et basse tension de EDF et des 176 régies et sociétés d'économie mixtes locales).
3. Les conditions techniques, juridiques et financières d'accès aux réseaux jouent donc un rôle déterminant pour l'ouverture à la concurrence de la production et de la vente d'électricité et l'effectivité du jeu concurrentiel, et ont donné lieu à une réglementation par la loi du 10 février 2000, que le décret de 2001 a mise en œuvre pour l'aspect tarifaire du droit d'accès aux réseaux de transport et de distribution.
4. Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil, tout en conservant l'architecture générale et l'essentiel du dispositif du texte de 2001, complète ou modifie ponctuellement la rédaction en vigueur. Les révisions apportées concernent la nature des coûts retenus pour le calcul des tarifs (article 2), les possibilités de modulation tarifaire (article 4), la facturation au consommateur final (article 5) et la procédure tarifaire (article 8).
5. Le Conseil centrera son commentaire sur la procédure pour la fixation de prix par décret, la mise en œuvre de la modulation tarifaire et la détermination des coûts à retenir dans les tarifs.

1 - La procédure de réglementation tarifaire

6. Le recours au décret découle du respect du parallélisme des formes mais aussi du caractère exceptionnel donné par l'article L.410-2 du code de commerce à une intervention réglementaire en matière de prix de vente d'un bien ou d'un service.
7. Ce caractère exceptionnel a conduit le législateur à faire précéder l'adoption du texte tarifaire de la saisine obligatoire du Conseil de la concurrence pour avis. Le Conseil apprécie si les conditions posées par l'article L.410-2 (existence d'un monopole, de difficultés durables d'approvisionnement, ou d'un texte spécifique) à une fixation des prix par voie réglementaire sont réunies, ainsi que l'impact sur le jeu de la concurrence pour les marchés en cause.
8. Le III de l'article 4 de la loi de 2000, dans sa rédaction modifiée par la loi 2005-781 du 13 juillet 2005, conduit à distinguer entre le décret pris sur la base de l'article L.410-2, qui fixe les règles pour déterminer les tarifs d'accès aux réseaux, et les décisions tarifaires proprement dites, qui font l'objet d'arrêtés ministériels sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie. La procédure pour l'adoption de ces dernières décisions est organisée par le nouvel article 8 du décret.

9. Ce dispositif juridique demande toutefois que l'ensemble des éléments constitutifs du tarif figure dans le décret et soit soumis à l'avis préalable du Conseil de la concurrence : « *Il paraît souhaitable, dans le respect de la loi et de la hiérarchie des normes juridiques, d'établir clairement la distinction entre les règles définissant les éléments d'assiette et leur mode de prise en compte nécessaires au calcul des tarifs et ayant une valeur pérenne, qui relèvent par nature du décret, et la fixation du montant des tarifs, susceptible d'être renvoyée à un acte réglementaire de rang inférieur, par exemple un arrêté qui pourra être adapté et ajusté de façon plus souple.* » (avis [04-A-05](#) du 30 janvier 2004, projet de décret fixant les tarifs de transport du gaz naturel).
10. A défaut, l'autorité responsable de l'établissement des tarifs ou les entreprises bénéficiaires disposeraient d'une marge excessive d'appréciation pour définir le prix de vente et pourraient donc le renchérir indûment. Le respect de la hiérarchie des normes rejoint ainsi une préoccupation propre à l'exercice et à l'efficacité du jeu de la concurrence. S'agissant du tarif d'accès à une infrastructure essentielle, qui permet aux concurrents de l'entreprise seule détentrice de cette infrastructure de livrer leurs clients, le Conseil doit être en mesure de vérifier le caractère objectif, transparent, non discriminatoire et économiquement raisonnable des règles tarifaires, comme le demandent les textes et sa jurisprudence (décision 96-D-51 du 3 septembre 1996, société Héli-Inter).

2 - La mise en place d'une modulation tarifaire

11. La nouvelle rédaction de l'article 4 du décret porte sur la modulation des tarifs en période de pointe de consommation (paragraphe I), et sur la suppression des tarifs de proximité (paragraphe III).
12. Le nouveau paragraphe I de l'article 4 reformule la prise en compte par les règles tarifaires d'une incitation faite aux clients de réduire leur consommation pendant les périodes de pointe, qui devient une option prévue par les tarifs au lieu d'une possibilité laissée au régulateur et aux opérateurs. La rédaction retenue reprend le dispositif du IV de l'article 4 de la loi de 2000, sans préciser les modalités d'application.
13. Trois remarques peuvent être faites à ce sujet.
14. Les réseaux actuels de transport et de distribution de l'électricité sont capables, selon les propos des entreprises recueillis lors de la séance, d'absorber les pics de consommation connus.
15. L'intérêt du secteur d'activité conduit, toutefois, à ne pas se priver de cet outil tarifaire, afin d'utiliser avec le plus d'efficacité et aux meilleurs coûts les capacités de production installées et de faire face à la croissance prévisible de la consommation d'électricité, tant au plan national que dans les zones de congestion locales déjà existantes.
16. La loi de 2000 introduit expressément la modulation des tarifs à des fins incitatives pour réduire les pics ponctuels de consommation. A défaut d'objectif et de principes fixés par le projet de décret, sa mise en œuvre est laissée au régulateur et aux entreprises.

17. Les garanties attachées à la procédure prévue par l'article L.410-2, et le respect des critères d'objectivité, de transparence et de non discrimination demandés à un tarif d'accès à une infrastructure essentielle, ne sont ainsi pas remplis sur ce point particulier de la modulation.
18. Enfin, une modulation tarifaire peut sous certaines conditions s'analyser en droit de la concurrence comme une discrimination, certains usagers étant exemptés des conditions tarifaires de droit commun.
19. Une discrimination tarifaire n'est pas condamnable par nature, mais elle doit être justifiée par des raisons objectives et rendues publiques pour ne pas être susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle : « [Le Conseil] souligne qu'il conviendrait que le barème des redevances, s'il intègre des critères de modulation, indique 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. » (avis [98-A-21](#) du 1 décembre 1998, interventions des collectivités locales dans le secteur des télécoms – ou dans le même sens, pour un projet de décret fixant le tarif d'accès à un réseau public : avis [97-A-09](#) du 26 mars 1997, Réseau Ferré de France).
20. La deuxième modification apportée à l'article 4 du décret de 2001 concerne la suppression du paragraphe III qui autorisait un tarif de proximité dans l'hypothèse où un consommateur et un producteur d'électricité sont raccordés à un même poste sur le réseau.
21. L'application d'un tarif de proximité apparaît contraire au principe d'une tarification indépendante de la distance arrêtée à l'échelle nationale (ou tarif « timbre-poste ») : « La tarification selon un système dit du « timbre poste », fixée indépendamment de la distance pour différents niveaux de tension, semble présenter les meilleures garanties d'ouverture à la concurrence. Le choix d'une telle méthode, se justifie par ailleurs par le maillage de l'ensemble du territoire en moyens de production ainsi que par la densité du réseau de transport sur le plan national. Il y a lieu d'observer, à ce sujet, que des systèmes de tarification non uniformes appliqués dans des pays voisins pourraient être la source de disparités de concurrence entre opérateurs situés dans différents Etats de l'Union européenne. » (avis [98-A-05](#) du 28 avril 1998, ouverture à la concurrence du marché de l'électricité).
22. Un recours habituel au tarif de proximité aurait aussi pour conséquence de remettre en cause l'équilibre économique des réseaux et la péréquation géographique instaurée.
23. Le problème économique et industriel posé à certaines entreprises doit toutefois être pris en compte, le transport et la distribution représentant environ la moitié du prix de l'électricité payé sur le marché libre. Une réponse partielle à ce problème de proximité géographique peut être trouvée avec la construction de lignes directes entre producteur et consommateur, admise par la directive 03/54 sur le marché de l'électricité du 26 juin 2003 (article 22/I) et la loi de 2000 modifiée (article 24).

3 - La détermination des coûts à retenir dans les tarifs

24. Le projet de décret complète la liste des coûts repris dans les tarifs d'accès aux réseaux établie à l'article 2, en ajoutant les coûts des nouveaux raccordements (nouvel alinéa 5-bis) et l'exécution des missions de service public (nouvel alinéa 5-ter).

a) Le caractère non exhaustif de la liste des coûts donnée par le texte :

25. L'énumération de la nature des coûts devant être couverts par les tarifs n'est pas limitative («*Ces coûts comprennent en particulier...*»), que ce soit dans le décret actuel ou sa version modifiée soumise au Conseil.

26. Pour calculer les tarifs, le régulateur doit connaître les chiffres et les informations fournies par RTE et les distributeurs. La définition par le décret d'une base de coûts la plus claire et la plus précise possible faciliterait la tâche du régulateur et éviterait les conflits avec les entreprises soumises à la régulation tarifaire : «*La régulation ne peut être efficace que si le régulateur a une connaissance suffisante des coûts réels de l'activité en cause (...). Le régulateur dépend largement des entreprises soumises à sa régulation, sauf à engager de lourdes campagnes d'audit.*» (avis [05-A-22](#) du 2 décembre 2005, privatisation des SEMCA).

27. Cette recommandation est aussi en accord avec la finalité de la procédure instaurée par l'article L.410-2, rappelée précédemment.

28. Le risque pour la concurrence est d'aboutir à une liste excessivement ouverte des coûts éligibles aux tarifs, c'est-à-dire permettant aux exploitants des réseaux d'imputer indûment leurs charges dans les tarifs d'accès réglementés et conduisant à les renchérir. Cela pénaliserait les nouveaux opérateurs présents dans la seule activité de vente de l'énergie par rapport aux opérateurs historiques intégrés. Le Conseil a souligné ce risque à plusieurs reprises (par exemple, avis [97-A-07](#) du 27 mai 1997 relatif à l'activité mobiles de France Télécom, ou avis [05-A-11](#) du 17 juin 2005 portant sur un décret tarifaire pour les installations de gaz naturel liquéfié).

29. L'autre difficulté tient à l'absence, récurrente dans les règles tarifaires, d'une incitation financière imposée à l'exploitant pour améliorer le prix et la qualité du service (mécanisme dit du «*price-cap*»), qui constitue la contrepartie habituelle d'un tarif fixé par voie réglementaire et basé sur le remboursement des charges de son exploitant.

30. Cet outil de régulation est d'autant plus nécessaire qu'il s'agit du tarif d'accès à une infrastructure sous monopole. Le Conseil l'a rappelé à de nombreuses occasions dans ses avis récents rendus sur des projets de décret tarifaire : «*Le maintien d'un remboursement non discriminant des charges d'exploitation (...) conjugués avec une absence d'incitation des opérateurs à améliorer leurs services, comporterait le risque d'un renchérissement anormal des tarifs. Une telle situation serait préjudiciable à la compétitivité des nouveaux entrants par rapport aux anciens monopoles présents sur tous les métiers gaziers. (...) Une situation de rente pourrait être créée au profit des transporteurs du fait d'un montant excessivement élevé des tarifs au regard des coûts supportés. L'écart de rentabilité obtenue entre les activités réglementées et les métiers soumis à la concurrence pourrait dès lors donner lieu à des pratiques de subventions croisées entre les activités.*» (avis

[05-A-04](#) du 4 février 2005, à propos d'un projet de décret fixant les tarifs de transport du gaz).

31. L'absence d'un « price-cap » rend d'autant plus pertinente l'obligation prévue par le I de l'article 5 du décret modifié, d'indiquer sur la facture du client le montant ou la part revenant au transport et celle de la distribution dans le prix total.
32. La transparence tarifaire demandée par la loi doit en effet permettre au consommateur de distinguer aisément le prix de l'énergie, dépense pour laquelle il pourra faire jouer la concurrence, et le prix des services sous monopole, vendus à un tarif non négociable et identique quel que soit le fournisseur d'électricité.
33. Par ailleurs, les fournisseurs utilisant plusieurs des 176 réseaux locaux de distribution pourront ainsi comparer les tarifs et exercer une contrainte extérieure pour obtenir une amélioration du rapport qualité-prix de ces services.

b) La prise en compte des coûts des nouveaux raccordements aux réseaux :

34. Le nouvel alinéa 5/bis impute aux tarifs la part des coûts de construction des raccordements, qui n'est pas couverte par le demandeur ou par la contribution versée au maître d'ouvrage du réseau.
35. Le II de l'article 4 de la loi de 2000 ne prévoit que la contribution versée au maître d'ouvrage.
36. La rédaction proposée introduit une confusion en voulant distinguer le cas où le bénéficiaire verse directement sa contribution à l'exploitant du réseau, de celui où il verse sa contribution à une collectivité territoriale qui assure la maîtrise d'ouvrage de l'extension du réseau dans le cadre d'une opération d'urbanisme complexe et reverse ce financement à l'exploitant du réseau. Dans les deux cas la différence ne porte que sur les modalités de versement de la contribution.
37. Les hypothèses dans lesquelles une maîtrise d'ouvrage relative à l'extension du réseau électrique est réalisé par une collectivité, contrairement à la règle générale confiant ce rôle à l'exploitant du réseau, sont explicitement traitées à l'article 18 de la loi de 2000 et correspondent aux opérations d'urbanisme prévues par les articles L.311-4 (ZAC), L.332-8 (zones d'activité), L.332-9 (programme d'aménagement d'ensemble) et L.332-11-1 (instauration d'une participation pour voirie et réseaux par la commune) de ce code.
38. L'article 2 du décret serait rendu plus lisible en mentionnant explicitement une contribution directe du demandeur ou un reversement par la collectivité, maître d'ouvrage, en visant les articles du code de l'urbanisme concernés.
39. Par ailleurs, le dispositif ajouté par l'alinéa 5/bis n'est pas exempt d'enjeux concurrentiels. L'impact de cette mutualisation partielle du raccordement des nouveaux utilisateurs, via les tarifs d'accès au réseau, doit être examiné sous l'angle de la création d'une discrimination éventuelle.

40. Lors de son avis [00-A-21](#) du 6 septembre 2000 précédant l'adoption du décret de 2001, le Conseil avait relevé qu'une mutualisation des coûts de renforcement du réseau était favorable à la concurrence, sous réserve que « *il serait contraire au principe de non discrimination affiché à l'article 3 [du décret de 2001] de facturer aux utilisateurs des coûts dont ils ne profitent pas* ».
41. Le gestionnaire de réseau étant dans tous les cas la filiale d'une entreprise intégrée (EDF ou un distributeur non nationalisé), cette entreprise présente dans toutes les activités peut compenser le surcoût de distribution lié à l'extension du réseau par un effort de marge sur son prix de vente de l'électricité. Cette réduction de marge sera plus faible si le surcoût est réparti sur un nombre élevé de clients livrés, en raison d'une part de marché importante.
42. A l'inverse, un renchérissement significatif des tarifs de distribution pourrait être préjudiciable à l'équilibre économique d'un nouvel entrant sur le marché de la fourniture d'électricité, qui n'est présent que sur la vente, dispose d'un portefeuille de clients limité, et se développe en reprenant des clients à l'opérateur historique.
43. La mutualisation des coûts des nouveaux raccordements ne deviendrait favorable au nouvel entrant que dans la mesure où les usagers nouvellement raccordés représenteraient un volume de vente intéressant et le choisiraient majoritairement comme fournisseur.

c) Le coût des missions de service public :

44. Le nouvel alinéa 5/ter de l'article 2 du décret prévoit la répercussion dans les tarifs des « *coûts résultant de l'exécution des missions et contrats de service public* ».
45. Cette disposition ne modifie pas la réglementation tarifaire, ne faisant que reprendre à l'identique la dernière phrase du 1^{er} alinéa du II de l'article 4 de la loi de 2000.
46. En séance, le commissaire du gouvernement a précisé que ce point 5/ter se référait au contrat de service public signé entre l'Etat et le groupe EDF (article 1 de la loi 04-803 du 9 août 2004).
47. Toutefois, l'extrême généralité de la rédaction retenue, qui n'est assortie d'aucune des modalités d'application normalement attendues d'un projet de décret en Conseil d'Etat, pourrait provoquer un renchérissement des tarifs d'accès aux réseaux avec une multiplication des dépenses reprises dans les tarifs.
48. L'absence de délimitation des missions de service public et la référence générale aux contrats administratifs confèrent un caractère beaucoup trop imprécis à ce point 5/ter, et doivent être rapprochées du grand nombre d'intervenants concernés.
49. La gestion de l'acheminement de l'électricité sous un régime de concessions est en effet confiée à RTE, EDF-Distribution et 176 distributeurs locaux, qui interviennent pour le compte de plusieurs milliers de collectivités concédantes. Ces dernières détiennent un large pouvoir d'initiative, reconnu par l'article L.2224-31/I du code des collectivités territoriales : « *Les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité (...) négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon*

accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions ».

50. Les demandes d'imputation de coût risquent donc d'être multiples, ainsi que difficiles à arbitrer et à contrôler par le régulateur.
51. Le Conseil rappelle que les critères d'objectivité, d'orientation vers les coûts directement liés à la fourniture de l'électricité et de transparence posés par les textes doivent être complétés par le caractère économiquement raisonnable du montant fixé pour le tarif. Le prix pratiqué doit être « *proportionné à la nature et à l'importance des services demandés* » (décision Héli-Inter, 96-D-51 du 3 septembre 1996, ou avis [97-A-07](#) du 27 mai 1997, relatif à l'activité mobiles de France Télécom pour les industries de réseau).
52. L'accès de nouveaux opérateurs au marché de l'électricité ne doit pas être entravé par des charges indûment imputées aux tarifs, car ne se rattachant pas directement à la vente et à la livraison d'électricité, qui pèseraient proportionnellement plus sur le dernier opérateur arrivé sur le marché.
53. Deux natures de charges doivent être ainsi distinguées : celles correspondant au fonctionnement des réseaux, couvertes par un tarif établi selon des règles d'assiette claires, objectives, non discriminatoires et d'un montant économiquement raisonnable par rapport au service obtenu, et les servitudes imposées aux exploitants pour des motifs d'intérêt général, demandant une compensation par un financement public.
54. La rédaction de l'alinéa 5/ter devrait donc être revue pour se référer au contrat de service public de EDF, ou alternativement fixer des normes en matière d'obligations de service public susceptibles d'être financées par les tarifs.
55. La réglementation des tarifs d'accès aux infrastructures essentielles que constituent les réseaux de transport et de distribution de l'électricité, est un enjeu déterminant pour l'effectivité et le développement de la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité.

En conclusion ,

56. Le projet de décret modifiant les règles tarifaires fixées par le décret du 26 avril 2001, soumis à l'avis du Conseil, appelle les recommandations suivantes :
57. En préalable, une pleine application doit être faite de la procédure prévue à l'article L.410-2 du code de commerce.
58. L'intervention du Conseil, sous la forme d'un avis préalable, permet de s'assurer que la restriction ainsi apportée à la liberté des prix est limitée au strict nécessaire, et que les règles tarifaires fixées garantissent un accès des tiers aux infrastructures de transport et de distribution sous monopole aux meilleures conditions.
59. Cette procédure et les garanties prévues doivent de même s'appliquer pour l'adoption des décrets qui introduiront d'autres modifications.

60. A titre général, le texte du décret modifié comporte deux insuffisances : d'une part il ne donne pas une liste non exhaustive des types de coûts devant être couverts par les tarifs, d'autre part il ne crée pas d'incitation financière pour les exploitants de réseaux à améliorer le prix et la qualité de leurs prestations en contrepartie du remboursement par les tarifs des coûts de fonctionnement supportés.
61. Le Conseil préconise ainsi qu'un mécanisme de contrôle de l'évolution pluriannuelle des tarifs d'accès aux réseaux (price-cap), confié au régulateur, soit introduit à l'article 2 du décret.
62. La modification de la prise en compte des coûts de raccordement dans les tarifs, prévue par le nouvel alinéa 5/bis, de l'article 2, mériterait une rédaction plus précise, transcrivant l'objectif poursuivi d'obtenir de la collectivité maître d'ouvrage d'une opération d'urbanisme, le reversement à l'exploitant du réseau de la participation financière que les bénéficiaires du raccordement ont versée directement à cette collectivité.
63. La référence, à l'alinéa 5/bis, aux dispositions légales correspondantes du code de l'urbanisme constituerait une solution possible.
64. Le Conseil appelle l'attention de l'autorité réglementaire sur le risque pour le jeu de la concurrence d'un renchérissement anormal des tarifs d'accès aux réseaux, résultant du nouvel alinéa 5/ter du même article.
65. L'imputation dans les tarifs des coûts des missions et des contrats de service public, définis de manière aussi générale, apparaît peu compatible avec l'existence d'un grand nombre d'autorités locales responsables de la définition de ces missions de service public.
66. Le texte proposé demande ainsi à être complété pour définir et encadrer les missions de service public concernées.
67. La modification de l'article 4 du décret permettant de moduler les tarifs pour inciter les clients à réduire leur consommation en période de pointe ne comporte aucune règle de mise en œuvre.
68. Il conviendrait que le décret indique l'objectif poursuivi et les conditions générales d'amplitude de la modulation. A défaut, ce dispositif prévu par la loi du 13 juillet 2005 modifiant la loi de 2000, qui apparaît nécessaire à un bon fonctionnement du marché de l'électricité, resterait inappliqué.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par M. Lasserre, président, Mme Aubert, Mme Perrot et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le président,
Bruno Lasserre