

Avis n° 16-A-02 du 19 janvier 2016
relatif à des projets d'ordonnance portant sur un dispositif de
continuité de fourniture d'électricité et de gaz aux
consommateurs à la fin des offres de marché transitoires

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 15 décembre 2015, enregistrée sous le numéro 15/0122 A, par laquelle le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence sur deux projets d'ordonnance portant sur un dispositif de continuité de fourniture d'électricité et de gaz aux consommateurs à la fin des offres de marché transitoires en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code de l'énergie ;

Vu la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, notamment son article 25 ;

Vu la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 28 mai 2015 portant décision sur les missions des gestionnaires de réseaux de distribution de gaz naturel relatives à la sortie des offres transitoires prévues par les dispositions de l'article 25 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ;

Vu l'avis n° 15-A-17 de l'Autorité de la concurrence du 2 décembre 2015 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 13 janvier 2016 ;

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

1. Le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique a saisi, le 15 décembre 2015, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») d'une demande d'avis sur les modalités de gestion de la fin du dispositif d'offre transitoire mis en place par la loi dans le cadre de l'extinction des tarifs réglementés de vente de l'électricité et du gaz naturel pour certaines catégories de clients professionnels.
2. Cette saisine fait suite à l'avis n° 15-A-17 relatif au dispositif d'extinction des tarifs réglementés de vente de l'électricité et du gaz naturel, rendu par l'Autorité le 2 décembre 2015 (ci-après « le précédent avis »), auquel il est renvoyé pour la présentation générale du processus d'extinction partielle des tarifs réglementés (paragraphe 3 à 23).
3. Aux termes de sa saisine, le gouvernement envisage de prendre une ordonnance dans le but de « *s'assurer que tous les clients visés par la loi du 17 mars 2014 sont bien passés en offre de marché* ». Cette saisine porte sur deux projets alternatifs d'ordonnance ayant vocation à compléter le dispositif actuel. Le choix de présenter deux projets au lieu d'un seul, arbitré par le gouvernement, est ainsi justifié : « *Au regard des questions juridiques particulièrement complexes qui ne permettent pas d'écarter à ce jour l'une ou l'autre option et qui ne pourront être tranchées que par le Conseil d'Etat, il a été décidé de consulter l'Autorité de la concurrence sur la base de ces deux versions alternatives* ».

I. Les projets d'ordonnance soumis à l'avis de l'Autorité

4. Compte tenu du retour d'expérience de la première étape de suppression des tarifs du gaz achevée en juillet 2015, les pouvoirs publics ont souhaité mettre en place un dispositif de gestion des clients qui pourraient rester inertes à l'issue de la deuxième étape d'extinction des TRV du gaz et de l'électricité qui s'est achevée au 31 décembre 2015, pour la phase normale, et se poursuivra jusqu'au 30 juin 2016, pour la phase transitoire.
5. Le besoin d'un dispositif réglementaire dédié à cet objectif particulier s'explique par le fait que la coupure de l'approvisionnement des clients restés inertes, possibilité prévue par la loi de 2014, est une solution à laquelle le gouvernement ne souhaite pas recourir, même si le nombre de sites concernés se révélait très limité. L'hypothèse de coupures ponctuelles semble également écartée malgré le fait qu'elles n'auraient à intervenir qu'en été. Ce qui l'a conduit à prévoir un dispositif nouveau applicable au terme de la période transitoire.
6. Les deux solutions alternatives envisagées pour organiser une période post-transitoire entre le 1^{er} juillet 2016 et le 1^{er} juillet 2017, sont les suivantes :
 - une réallocation des clients restés inertes au 1^{er} juillet 2016 à des fournisseurs retenus selon une procédure de mise en concurrence organisée par la Commission de Régulation de l'Energie (CRE), « *les prix payés par les consommateurs [étant] à cet effet majorés par rapport aux offres de marché usuelles* » de manière à ne pas renforcer l'attentisme des clients n'ayant pas souscrit de leur propre initiative une offre de marché ;
 - une pénalisation financière des clients restés en offre transitoire auprès de l'opérateur historique au 1^{er} juillet 2016, visant « *à mettre l'accent sur une majoration progressive et significative des prix, pour atteindre 50% au plus* », mesure qui serait appliquée en période post-transitoire.

7. Les deux solutions prévoient un renforcement des informations préalables aux clients, une possibilité de sortie du contrat sans pénalités, une restitution de la « *majoration* » du prix à la collectivité et une obligation de fourniture des données (notamment de consommation) des clients concernés à tout fournisseur qui en ferait la demande.
8. Les deux versions du projet d'ordonnance se distinguent donc essentiellement par le fait que, dans la première (ci-après option de l'appel d'offres), la période post-transitoire est précédée d'une phase de réallocation des clients inertes par appel d'offres, alors que, dans la seconde (ci-après option de la prolongation), elle n'est qu'une prolongation de la période transitoire pendant laquelle tous les inertes continuent d'être gérés par l'opérateur historique qui est autorisé à leur imposer des conditions tarifaires plus sévères jusqu'à leur passage à une offre de marché.
9. Enfin, les deux versions présentent le même défaut structurel en se limitant à organiser une période post-transitoire, qu'elle soit gérée par plusieurs opérateurs ou par l'opérateur historique, alors que la priorité est de rendre plus efficace la période transitoire elle-même afin de rendre inutile ou résiduelle la gestion des clients inertes après le 1^{er} juillet 2016.

II. Analyse concurrentielle

10. Dans son précédent avis, l'Autorité avait indiqué que la « *situation de clients restés inertes à l'issue de la première phase a certes posé des problèmes inattendus auxquels les administrations n'étaient pas préparées mais l'ampleur du phénomène, qui reste limité au regard de la taille du marché, conduit à s'interroger sur la nécessité de mettre en place un dispositif législatif nouveau pour la seconde phase* ».
11. Elle avait, en outre, observé que les avantages et les inconvénients des différentes options mises à l'étude par les pouvoirs publics ne pouvaient être raisonnablement appréciées qu'au regard de l'ampleur des problèmes auxquels ils devaient remédier, ce qui conduisait à s'interroger sur l'opportunité de recourir à des solutions très intrusives en matière de droit des contrats et présentant, à ce titre, des risques juridiques disproportionnés pour traiter le stock résiduel des clients inertes.
12. Elle avait également attiré l'attention du gouvernement sur les possibilités offertes par le cadre légal actuel qui n'étaient pas suffisamment exploitées (paragraphe 87 à 96).
13. Il convient donc, préalablement à l'examen des projets de texte, de déterminer si l'analyse développée dans le précédent avis est toujours pertinente au regard des derniers chiffres disponibles concernant l'évolution des marchés concernés.

A. L'ÉVOLUTION DE LA SITUATION SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS

14. Lors de la séance relative au précédent avis, l'administration avait estimé que le nombre des clients qui pourraient basculer dans l'offre transitoire au 1^{er} janvier 2016, faute d'avoir souscrit une offre de marché, pourrait être compris entre 15.000 et 25.000 sites pour le gaz naturel et autour de 200.000 sites pour l'électricité.

15. Par une délibération du 13 janvier 2016, la CRE a publié des chiffres constatés au 1^{er} janvier 2016 qui, sans être définitifs, sont suffisamment précis pour être pris en compte en vue de la préparation de l'étape suivante.

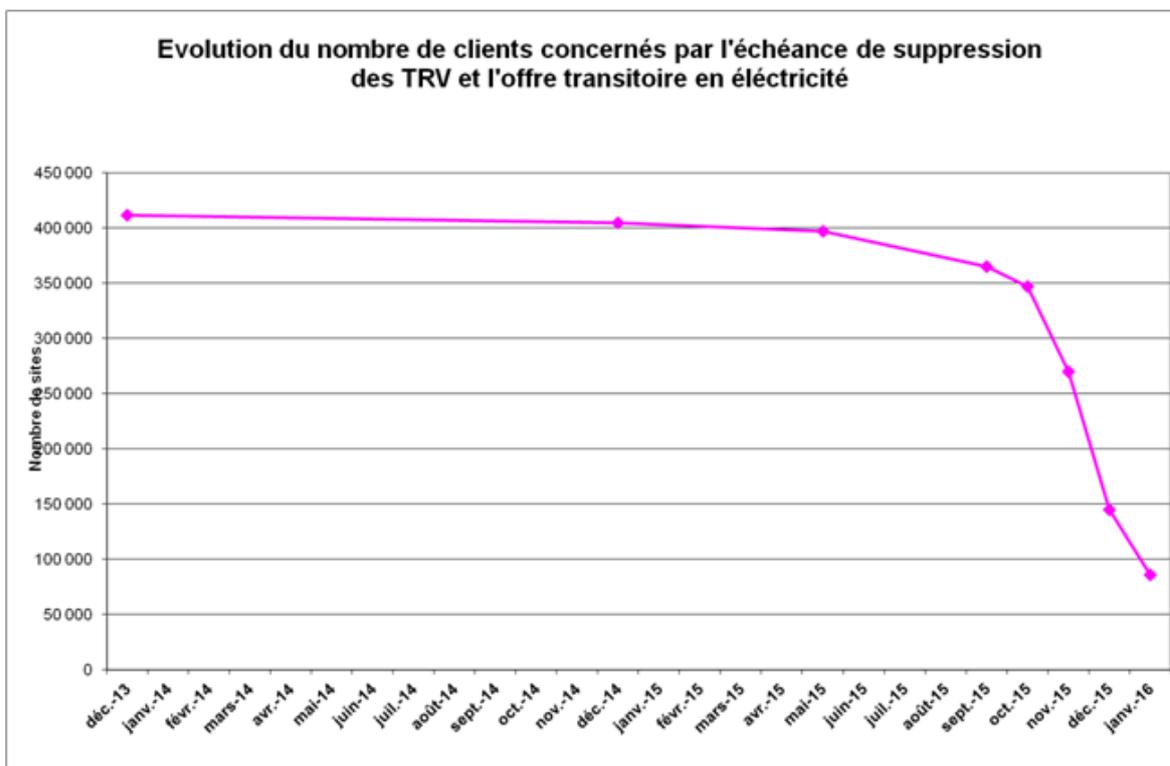
En ce qui concerne le marché du gaz

16. Dans sa délibération, la CRE indique que « *Au 1^{er} janvier 2016, environ 20.000 sites ont basculé en offre transitoire, soit environ 18% des sites concernés* ». Ce chiffre est confirmé par un décompte communiqué par GRDF à la mi-janvier, qui fait état de 17.261 clients en offre transitoire au 1^{er} janvier 2016, auxquels il faudrait ajouter les clients inertes des ELD pour obtenir le total national.
17. Autrement dit, au moins 82 % des sites ont déjà spontanément basculé vers les offres de marché sans intervention administrative. Ce résultat est conforme aux prévisions de l'administration.
18. Le stock résiduel à traiter pendant la période transitoire, d'environ 20.000 sites, est donc du même ordre de grandeur que celui de 2015, ce qui permet de faire l'hypothèse raisonnable que le stock résiduel de clients inertes au 1^{er} juillet 2016 sera, comme au 1^{er} juillet 2015, seulement de quelques milliers de sites sur les 115.000 initialement concernés, soit un taux de bascule probablement supérieur à 95 %.
19. Aux termes de son analyse et en se basant sur cette hypothèse de 20.000 sites, aujourd'hui vérifiée, l'Autorité avait estimé que « *les enjeux concurrentiels attachés au traitement du stock résiduel de clients inertes de la deuxième phase sont très limités pour le gaz en ce qui concerne le nombre de sites et insignifiants en ce qui concerne le volume d'énergie vendue* ».
20. Il n'y a pas lieu de modifier cette appréciation.

En ce qui concerne le marché de l'électricité

21. Dans sa délibération, la CRE indique que « *Au 1^{er} janvier 2016, environ 100.000 sites ont basculé en offre transitoire, soit environ 22 % des sites concernés* ». Ce chiffre est confirmé par les derniers décomptes communiqués par ERDF, qui font état de 91.706 clients en offre transitoire au 4 janvier 2016 et de 85.831 clients au 16 janvier 2016, auxquels il faudrait ajouter les quelques milliers de clients inertes des ELD pour obtenir le total national.
22. Autrement dit, au moins 78 % des sites ont déjà spontanément basculé vers les offres de marché sans intervention administrative. Ce résultat est bien meilleur que les prévisions de l'administration, qui anticipait le double de sites en offre transitoire (autour de 200.000), et même meilleur que la prévision la plus optimiste de l'Autorité qui avait considéré dans son premier avis qu'on pourrait « *passer sous la barre des 150 000 clients résiduels au début 2016, si les résultats enregistrés au début du mois de novembre sont confirmés en décembre 2015 et en janvier 2016* ».
23. Le fait que le résultat soit inférieur de moitié à la prévision de l'administration doit être pris en compte pour évaluer le stock résiduel à traiter au terme de la période transitoire.
24. Dans son précédent avis, l'Autorité avait noté que, partant d'un stock de 200.000 clients inertes au 1^{er} janvier 2016, « *l'administration travaille sur une hypothèse conservatrice d'environ 40 000 clients inertes au terme de la période transitoire qui s'achèvera le 30 juin 2016* », ce qui paraissait un stock important d'un point de vue numérique même s'il ne représentait, en valeur relative, qu'un faible pourcentage du marché concerné.

25. Mais elle avait aussi relevé qu'« *en retenant d'autres hypothèses, plus favorables, par exemple un plancher de 20.000 clients, également évoqué devant l'Autorité lors de la séance, l'ampleur du sujet serait réduite à moins de 2% du total des sites non résidentiels passés aux offres de marché, aussi bien en nombre de sites qu'en volume* ».
26. Dès lors que le stock effectivement constaté au 1^{er} janvier 2016 est de moins de 100.000 sites et non de 200.000, l'hypothèse d'un point d'arrivée à 20.000 inertes au 1^{er} juillet 2016 au lieu de 40.000 gagne en crédibilité. On peut donc considérer que le taux de passage aux offres de marché devrait être supérieur à 95 % au terme de la période transitoire.
27. Au vu des chiffres constatés, on ne peut d'ailleurs plus exclure que le basculement des clients soit quasiment total avant même l'échéance du 1^{er} juillet 2016, surtout si des mesures incitatives plus énergiques sont prises rapidement pour avoir un effet en cours de période transitoire.
28. Cette hypothèse est d'autant plus sérieuse que la situation constatée avant octobre 2015 ne reflète pas la dynamique réelle du marché puisque le basculement vers les offres de marché s'est amplifié à l'approche de l'échéance du 31 décembre 2015.
29. Le graphe ci-dessous montre que l'accélération du mouvement de sortie des TRV constatée en octobre 2015 s'est confirmée en novembre et décembre :



30. La pente observée en fin d'année confirme qu'une échéance clairement annoncée mobilise les clients retardataires. Même si un ralentissement était observé sur les premiers mois de 2016, ce qui ne semble pas encore être le cas début janvier qui reste sur un rythme de sortie soutenu, cela ne remettrait pas en cause le constat selon lequel les comportements d'inertie ne sont pas structurels et peuvent très vite disparaître. Il suffit que d'autres échéances clairement identifiées soient prévues en cours de période transitoire, accompagnées d'incitations suffisantes, pour se donner les moyens de vider le stock de clients inertes par étapes successives avant le 1^{er} juillet 2016.

31. Dans son précédent avis, l’Autorité avait estimé que *« malgré une incertitude plus forte sur le comportement des entreprises concernées pour l’électricité que pour le gaz, faute de précédent, la conclusion raisonnable qui découle de ces éléments est que les enjeux concurrentiels attachés au traitement du stock résiduel de clients inertes en fin de période transitoire seront très limités en nombre de clients et insignifiants en volume d’énergie vendue »*.
32. L’incertitude sur le volume d’inertes à attendre ayant été en partie levée dans un sens encore plus favorable que ce qu’avait anticipé l’Autorité, il convient non seulement de maintenir cette appréciation mais même de la renforcer en considérant que le marché de l’électricité, qui avait été présenté comme le plus problématique en termes de sortie des tarifs, pourrait être celui qui posera le moins de problème, conformément aux arguments techniques qui avaient été exposés aux points 57 à 61 du précédent avis, à condition de prévoir les bonnes incitations et de les appliquer rapidement.

B. LE MAINTIEN D’UNE INCERTITUDE SUR LES OBJECTIFS POURSUIVIS

33. Dans son précédent avis, l’Autorité avait noté que *« les enjeux concurrentiels du stock de clients inertes résiduels en fin de période transitoire sont faibles, quelles que soient les hypothèses retenues. Pourtant, c’est la crainte d’une atteinte à la concurrence qui est à l’origine de la demande d’avis. Il faut donc clarifier les objectifs des mesures mises à l’étude avant de répondre à la question posée »* (paragraphe 67).
34. Elle avait également souhaité *« que le gouvernement clarifie les objectifs qu’il entend poursuivre à l’occasion de la sortie des TRV. Les dispositifs évoqués jusqu’à présent doivent, en effet, recevoir une appréciation différente selon qu’ils sont destinés à simplement s’assurer que tous les clients visés par la loi de 2014 sont bien passés à une offre de marché ou qu’ils sont destinés, à l’occasion de ce passage, à procéder à une redistribution administrative des clients entre les fournisseurs »* (paragraphe 106).
35. Comme l’indique la lettre de saisine, les deux projets sont présentés comme alternatifs et sont donc réputés poursuivre des objectifs identiques : *« s’assurer que tous les clients visés par la loi du 17 mars 2014 sont bien passés en offre de marché »* et, le cas échéant, *« disposer d’un mécanisme assurant la continuité de fourniture, en gaz et en électricité, à compter du 1^{er} juillet 2016 »*.
36. Aucun objectif supplémentaire de régulation des marchés à l’occasion de la suppression des TRV pour certaines catégories de clients professionnels n’est officiellement annoncé. Si on devait s’en tenir à cette saisine, il faudrait donc considérer qu’un tel objectif, auquel l’expression *« rebattre les cartes »*, relevée dans le précédent avis, avait donné une certaine consistance, n’a jamais été poursuivi ou a été abandonné. Il faut relever que le maintien d’un tel objectif aurait probablement rendu plus fragile la validité de la loi d’habilitation comme l’avait déjà relevé le précédent avis (paragraphe 84 à 86).
37. Toutefois, il demeure une différence importante entre les deux projets : l’option de la prolongation de la période transitoire assortie d’une pénalité est complètement écrite dans le projet d’ordonnance, alors que l’option de recours à un appel d’offres pour opérer une répartition administrative des clients inertes ne l’est pas. L’option de l’appel d’offres demande donc de prendre des textes complémentaires pour connaître la physionomie de l’ensemble du dispositif et mieux en apprécier les effets potentiels.

38. Ainsi, le II de l'article 1^{er} du projet d'ordonnance impose la rédaction d'un « *cahier des charges de la procédure de mise en concurrence* » par la CRE et son V prévoit qu'« *un arrêté des ministres en charge de l'économie et de l'énergie précise, en tant que de besoin, les conditions d'application du présent article* ».
39. Or, compte-tenu du flou du projet d'ordonnance sur l'objectif poursuivi par l'appel d'offres, le cahier des charges, encadré ou non par un arrêté, ne sera pas un simple texte technique d'application d'un dispositif dont les principes auront été entièrement fixés au niveau législatif ou quasi-législatif.
40. Si l'ordonnance elle-même se limite à prévoir un dispositif destiné à « *s'assurer que tous les clients visés par la loi du 17 mars 2014 sont bien passés en offre de marché* », la CRE sera conduite à fixer les règles du jeu « *pour favoriser l'ouverture du marché* » selon des objectifs complémentaires qu'elle devra définir elle-même.
41. Notamment, s'agissant des critères de désignation des fournisseurs à l'issue de l'appel d'offres, le cahier des charges « *peut prévoir un allotissement par zone géographique et par type de sites de consommation* ». On ne sait néanmoins pas comment ces zones et ces catégories pourraient être définies. De même, la CRE « *peut fixer un plafond du nombre de consommateurs finals, de lots, ou des volumes susceptibles d'être attribués à chaque fournisseur* », mais on ne sait pas sur quels critères.
42. Dans sa délibération du 13 janvier 2016, la CRE donne des indications sur la façon dont elle pourrait concevoir son rôle en indiquant que l'allotissement devrait être conçu « *de manière à limiter le nombre de lots attribuables à chaque fournisseur* », permettant ainsi de répartir « *les sites concernés entre plusieurs fournisseurs* ». Elle justifie cet objectif en observant que, pour l'électricité, « *le nombre de fournisseurs en mesure de proposer des offres sur l'ensemble des segments du marché est très limité* ».
43. Il faut donc comprendre que le découpage des lots pourrait permettre de pallier ce handicap en privilégiant des critères asymétriques et non des critères symétriques plus neutres. Le règlement de l'appel d'offres conduirait alors à « *limiter le nombre de lots attribuables à chaque fournisseur* », ce qui est un objectif de répartition de marché et non simplement d'ouverture du marché
44. Selon la même délibération, le plafonnement permettrait de s'assurer « *qu'aucun fournisseur ne pourra remporter l'intégralité des sites* ». Cet objectif *a minima* n'est pas équivalent avec celui, plus poussé, d'une répartition des sites « *entre plusieurs fournisseurs* ». Or, entre s'assurer qu'il y aura au moins deux fournisseurs retenus pour servir les clients inertes, dont le plus important ne dépassera pas un certain seuil, et les répartir entre plusieurs fournisseurs, dont certains pourraient être privilégiés pour tenir compte de l'asymétrie du marché, il y a toute une palette de solutions intermédiaires entre lesquelles le gouvernement pourrait choisir en fonction de son idée du chemin que doit suivre l'ouverture du marché. Le projet d'ordonnance étant silencieux sur ce point, la CRE devra faire ces choix à la place du gouvernement.
45. Ainsi, le cadre général de l'appel d'offres n'est fixé de manière contraignante, ni sur ses éléments matériels (« *peut* » et non « *doit* »), ni sur les objectifs poursuivis, par exemple le choix d'une régulation asymétrique plutôt que d'une régulation symétrique. Le dispositif envisagé présente donc un risque juridique d'incompétence négative puisqu'il prévoit de déléguer à une autorité administrative indépendante, qui disposera pour cela d'une large liberté d'appréciation, la responsabilité d'une procédure dont un des effets sera de porter atteinte à la liberté contractuelle sans encadrer cette délégation par des critères, des objectifs, des conditions et les limites fixés dans un texte de niveau législatif.

46. Enfin, on relèvera que « *favoriser l'ouverture du marché* », pour reprendre les termes du II de l'article 1^{er} du projet d'ordonnance dans sa version « appel d'offres », est un objectif très général que remplit déjà la loi de 2014 pour les clients professionnels visés par la suppression des tarifs. Il n'est ni soutenu, ni même suggéré que cette ouverture serait spontanément défailante et nécessiterait une intervention législative supplémentaire.
47. La délibération de la CRE relève d'ailleurs, qu'au 1^{er} janvier 2015, 30 % des professionnels concernés ont spontanément choisi les offres des opérateurs alternatifs pour l'électricité, ce qui semble cohérent avec leur part de marché nationale pour cette catégorie de clients. Cette fluidité des sorties spontanées par libre choix des clients s'accompagne, et ce point est très important, de leur libre répartition entre les différents opérateurs alternatifs selon les mérites de ces derniers et non à partir de critères administratifs.
48. Dans ces conditions, on peut penser qu'un appel d'offres, surtout si ses modalités poursuivent un objectif spécifique ou asymétrique, entrainera par construction une distorsion par rapport au contrefactuel le plus pertinent du point de vue de la concurrence qui est la liberté de choix individuel des clients. L'Autorité renvoie sur ce point aux paragraphes 76 à 86 de son précédent avis qui peuvent être repris sans changement.
49. Pour toutes ces raisons, l'Autorité est défavorable au recours à un dispositif exceptionnel de réallocation des clients contre leur volonté par un système d'appel d'offres, qui présente en outre des inconvénients sur le fonctionnement de la période transitoire, pendant laquelle les incitations à quitter les TRV pourraient faire l'objet d'un conflit d'objectifs.

C. LA RECOMMANDATION PRINCIPALE DE L'AUTORITÉ VALANT POUR LES DEUX PROJETS

50. Les deux projets souffrent du même défaut dans l'appréciation des priorités que devrait suivre l'ordonnance. Ils n'envisagent des actions fortes pour gérer les clients inertes qu'à partir du 1^{er} juillet 2016. Aucune intensification des incitations, par le tarif ou par l'amélioration de l'information des clients, n'est prévue avant cette date.
51. Or, le précédent de 2015 a montré qu'il était possible de prendre des mesures nouvelles en cours de période transitoire même sans recourir à la loi. Ceci aurait dû conduire à rechercher tous les leviers pour mettre à profit le délai de six mois de la période transitoire afin de faire diminuer le stock de clients encore inertes et de se donner les moyens d'atteindre, avant le 30 juin 2016, l'objectif premier du dispositif (« *s'assurer que tous les clients visés par la loi du 17 mars 2014 sont bien passés en offre de marché* »).
52. Cette priorité donnée au renforcement de la période transitoire elle-même serait d'autant plus logique que le délai court dans lequel le gouvernement entend faire adopter une ordonnance lui garantit que les modifications du cadre législatif ainsi décidées pourront avoir un effet utile entre mars et juin 2016. Dès lors que le gouvernement recourt à une procédure d'urgence pour adopter des dispositions nouvelles, on doit s'attendre à ce que des moyens énergiques soient mis en œuvre immédiatement, dans un calendrier conforme à l'urgence, et pas seulement pour une application différée entre juillet 2016 et juillet 2017.
53. L'Autorité est donc d'avis de mettre en place une échéance intermédiaire en cours de période transitoire, par exemple au 1^{er} mai 2016, en prévoyant un premier palier de pénalisation des retardataires d'un niveau suffisant pour constituer un avertissement incitatif, par exemple une pénalité de 20 %.

54. De même, il conviendrait, comme le suggère justement la CRE, qu'un nouveau palier de pénalité soit mis en place dès le 1^{er} juillet 2016, sans attendre que la période post-transitoire soit suffisamment engagée. Un passage à une pénalité financière de 30 % ou 40 %, annoncé à l'avance, pourrait utilement marquer la fin de la période transitoire.
55. Ces propositions sont cohérentes avec la position de la Commission européenne qui, selon les informations qui figurent dans les lettres de saisines adressées à la CRE, n'est pas opposée à la solution de la pénalité à conditions qu'elle soit « *suffisamment substantielle pour agir sur le comportement des clients, que le dispositif annonce clairement aux clients la hausse à venir et que le surcroît de recettes ne bénéficie pas aux fournisseurs historiques* ».
56. Les précédents de décembre 2014, juillet 2015 et décembre 2015 ont montré que lorsqu'une échéance est fixée à l'avance, que le changement qu'elle entraîne pour le client est visible et que la sanction est suffisamment dissuasive, on observe une accélération des sorties. Il convient donc de mettre à profit la période transitoire elle-même pour remplir les prescriptions de la loi et atteindre son principal objectif qui est de faire passer en offre de marché les clients visés par la loi du 17 mars 2014 dans le délai requis.

D. ANALYSE DE L'AUTORITÉ SUR LE PROJET D'ORDONNANCE PRÉVOYANT UN APPEL D'OFFRES

57. L'inconvénient principal de la solution par appel d'offres est que son objectif implicite entre en contradiction avec celui de réussite de la période transitoire. L'utilité d'un dispositif aussi exceptionnel est, en effet, décroissante au fur et à mesure que les consommateurs sortent des tarifs. Inversement, plus l'administration ou les opérateurs investiront dans le dispositif d'appel d'offres, moins ils seront incités à pousser les consommateurs à sortir volontairement des tarifs avant l'attribution des lots.
58. En outre, cette procédure est de nature à consommer des ressources importantes des administrations concernées, au premier rang desquelles la CRE, qui seront moins disponibles pour l'objectif prioritaire de sortie des tarifs.
59. Elle pourrait aussi avoir pour effet de décourager la prospection commerciale des opérateurs alternatifs à qui l'accès aux fichiers de clientèle des opérateurs historiques a pourtant été accordé dans ce but. La contradiction serait d'autant plus sensible que le projet d'ordonnance prévoit de renforcer cet accès pendant la période transitoire. Cette option risque donc d'encourager l'attentisme général pendant la période transitoire, chacun spéculant sur les avantages qu'il pourrait retirer des résultats de l'appel d'offres.
60. Cette solution paraît enfin d'autant moins pertinente que les chiffres encourageants de sortie spontanée des TRV observés fin 2015 confirment que le basculement complet des clients inertes vers les offres de marché est désormais un objectif réaliste.

E. ANALYSE DE L'AUTORITÉ SUR LE PROJET D'ORDONNANCE RENFORÇANT LA PÉRIODE TRANSITOIRE

1. SUR LE PRINCIPE D'UNE PÉNALITÉ ET SA MISE EN ŒUVRE

61. Le projet d'ordonnance renforçant la période transitoire permet de pénaliser financièrement l'inertie pour développer l'incitation des clients à la souscription volontaire d'offres de marché, en considérant que ce montant est une « *majoration de prix* ». Cette appellation est inadéquate et, comme elle l'avait déjà indiqué dans son précédent avis, l'Autorité juge préférable d'utiliser le terme de pénalité pour des raisons à la fois juridiques et psychologiques, qui pourraient au demeurant trouver une traduction en termes de communication politique.
62. Du point de vue de la relation commerciale qui sous-tend nécessairement l'utilisation du mot « prix », il est incontestable que le montant additionnel payé par le client inerte ne correspond ni à une augmentation contractuelle du prix de la fourniture, ni à la contrepartie d'un service supplémentaire, puisque la somme versée n'est pas conservée par le fournisseur d'énergie mais reversée à une caisse publique. Il ne s'agit donc pas d'un prix. Parler de majoration de prix est donc juridiquement faux et trompeur pour le client.
63. D'un point de vue psychologique, l'effet incitatif est également incertain. Une « *majoration de prix* », surtout si elle est de faible montant, pourrait être assimilée à une simple hausse de prix comme le client en subit périodiquement et être privée de tout effet incitatif en lui faisant perdre de vue qu'il a manqué à certaines échéances légales en s'abstenant de souscrire une offre de marché, ce que le mot « pénalité » lui ferait mieux comprendre.
64. Ainsi, comme l'indiquait l'Autorité dans son précédent avis, cette « *pénalité serait objectivement justifiée par le fait que le client inerte peut être vu comme fautif et sa passivité préjudiciable au système énergétique et à la collectivité en général, les pouvoirs publics, les fournisseurs et les gestionnaires de réseau devant mobiliser d'importants moyens pour assurer l'extinction légalement prévue* ».
65. Symétriquement, l'utilisation de l'expression « *majoration de prix* » fait peser sur le fournisseur historique la responsabilité de la décision de hausse. Cette confusion est doublement fâcheuse, d'abord pour le fournisseur lui-même qui n'en a décidé ni le principe ni le niveau, mais aussi pour le client qui peut y voir une réponse commerciale à la fin des tarifs réglementés. L'ouverture du marché à la concurrence pourrait alors être jugée responsable d'une hausse des prix.
66. L'Autorité s'interroge, par ailleurs, sur la formulation retenue de « *majoration moyenne* » au III bis du projet d'ordonnance. On ne comprend pas pour quelle raison et selon quels critères différents niveaux de majoration pourraient être définis, de sorte qu'il serait nécessaire d'en faire une moyenne. Dès lors, l'Autorité est d'avis qu'un niveau (en pourcentage) de pénalité unique devrait être retenu et que cette pénalité devrait être substantielle et progressive selon un calendrier court.
67. En tout état de cause, si le gouvernement voulait conserver la possibilité de différencier les « *majorations* » selon les clients, de sorte qu'une moyenne doive être définie, l'Autorité estime que les critères pouvant le cas échéant être utilisés devraient être fixés dans l'ordonnance afin d'éviter tout risque d'incompétence négative. En effet, des différences dans les niveaux de majoration qui auraient pour effet de pénaliser certains clients plus que d'autres pour un même retard devraient être justifiées au niveau législatif.

2. SUR LE RENFORCEMENT DE L'INFORMATION DES CLIENTS

68. De manière générale, le projet d'ordonnance renforce de manière opportune les possibilités d'information des clients sur les échéances contractuelles, les conséquences tarifaires de l'inertie et leurs droits à résiliation sans frais.
69. Ce point est essentiel car l'expérience montre que des relances systématiques finissent par porter leurs fruits. A cet égard, l'inertie des clients professionnels ou des collectivités semble davantage relever de la négligence ou de retards administratifs que d'une opposition idéologique au passage à des offres de marché.
70. Cette information plus systématique est également nécessaire pour rappeler aux clients concernés par les offres transitoires qu'ils demeurent libres de quitter à tout moment pour choisir une offre de marché sans pénalité. De même, il est important que soit précisé au client qu'en cas de changement contractuel, les nouvelles conditions sont réputées tacitement acceptées sauf opposition de sa part emportant la résiliation du contrat. Cette mention devrait systématiquement figurer dans les divers courriers d'information préalable envoyés aux clients.

3. SUR LES AUTRES POINTS

71. Le projet d'ordonnance établit le principe d'un accès effectif de tous les fournisseurs aux données de contact et de consommation des fournisseurs historiques nécessaires pour démarcher les clients restés inertes. Le projet répond ainsi de manière satisfaisante à une demande de l'Autorité présentée dans son précédent avis. Le fait que la CRE définisse les modalités d'exercice de cette exigence est une garantie supplémentaire que les informations utiles seront correctement identifiées et rendues accessibles.
72. En outre, le projet d'ordonnance retient la date du 1^{er} juillet 2017 comme limite après laquelle les fournisseurs seront libres de fixer le tarif de leur choix et ne devront plus reverser une partie du prix payé à l'Etat. Cette limitation dans le temps est une bonne chose car le nombre des clients encore concernés sera vraisemblablement insignifiant après 18 mois de période transitoire et post-transitoire. Il est donc inutile de prolonger au-delà du nécessaire l'intervention des pouvoirs publics dans les prix pratiqués, d'autant que la possibilité de changer de fournisseurs sans pénalité reste ouverte sans limitation.

III. Conclusion et recommandations

73. Si les deux projets d'ordonnance sont présentés comme des solutions alternatives pour résoudre un problème technique, ils ne le sont en réalité pas, puisque l'un d'entre eux poursuit en fait un objectif non explicité de régulation, qui pourrait d'ailleurs être une régulation asymétrique. Ceci conduit le gouvernement à négliger ce qui devrait être l'objectif prioritaire du texte, à savoir profiter d'une habilitation législative, si elle est validée, pour prendre toutes les mesures utiles pour faire disparaître le plus rapidement possible le problème technique rencontré.

74. En conséquence, l’Autorité souhaite faire les recommandations suivantes :
- les deux projets pêchant par l’absence de mesures incitatives applicables pendant la période transitoire elle-même, il est indispensable que, quelle que soit la solution retenue, une échéance intermédiaire assortie d’une pénalité suffisante permette d’accélérer le processus de sortie des tarifs dès le printemps 2016 et
 - après cela, le 1^{er} juillet devrait également être marqué par une hausse significative de la pénalité tarifaire, dont l’annonce permettra d’amplifier le mouvement de passage spontané aux offres de marché pouvant se produire à cette date.
75. Dans ces conditions, elle estime que :
- l’option de l’appel d’offres est juridiquement disproportionnée par rapport aux enjeux de concurrence résiduels, qui pourraient d’ailleurs devenir nuls avec une gestion plus volontariste de la période transitoire, et
 - l’option de la pénalité lors d’une période transitoire est acceptable sous réserve que le calendrier de l’annonce et de la mise en œuvre des pénalités soit avancé afin, d’une part, de débiter au printemps 2016 et, d’autre part, de se rapprocher du plafond de 50 % rapidement après le début de la période post transitoire.

Délibéré sur le rapport oral de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par M. Thierry Dahan, vice-président, président de séance, Mme Claire Favre, vice-présidente, et M. Emmanuel Combe, vice-président.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

Le vice-président,
Thierry Dahan