

Avis sur le projet de décret

relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution

La C.R.E. a été saisie le 20 juillet 2000 par le Secrétaire d'Etat à l'industrie d'un projet de décret relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, pris sur le fondement de l'article 4 de la loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Sur le rapport du Directeur juridique adjoint, la C.R.E. a rendu l'avis suivant :

Les dispositions du décret proposé sont en cohérence avec les principes de tarification de l'utilisation des réseaux électriques publics que la Commission a soumis à consultation. En particulier, la Commission approuve la structure des coûts mentionnés à l'article 2, et les critères de modulation du tarif tels qu'ils figurent à l'article 4. La Commission note très favorablement que l'article 5-I du décret prévoit que le montant correspondant aux tarifs d'utilisation des réseaux publics sera identifié sur les factures des clients éligibles qui n'ont pas encore mis en œuvre leur droit au libre choix de leurs fournisseurs d'électricité.

En revanche, la Commission s'est interrogée sur le champ d'application du tarif tel qu'il résulte de l'article 3 du décret. Cette disposition énumère les utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution et en exclut les gestionnaires des réseaux publics de distribution pour lesquels l'article 5-II instaure, en lieu et place de l'application directe du tarif d'utilisation des réseaux publics, un mécanisme de reversement destiné à assurer la rémunération de l'utilisation par les distributeurs du réseau de transport.

Ces dispositions suscitent, au regard de l'interprétation retenue par la Commission de la notion d'utilisateur au sens tant de la directive n° 96/92/CE du 19 décembre 1996 que de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, les plus expresse réserves.

Les distributeurs sont des utilisateurs de réseau

En vertu de l'article 2-15) de la directive, est un utilisateur du réseau, « toute personne physique ou morale alimentant un réseau de transport ou de distribution ou desservie par un de ces réseaux ». La notion d'utilisateur ne recouvre pas seulement celles de client et de producteur, par ailleurs définies au même article 2 : si telle avait été leur intention, les auteurs de la directive l'auraient clairement exprimée, ce qui ne présentait aucune difficulté rédactionnelle. Aucune disposition de la loi du 10 février 2000 ne permet de considérer que le législateur se serait écarté de cette définition. Un gestionnaire de réseau public de distribution est donc un utilisateur du réseau auquel il est raccordé, qui peut être soit le réseau public de transport, soit un autre réseau public de distribution. Or, l'article 7-5 de la directive dispose que « le gestionnaire du réseau [de transport] s'abstient de toute discrimination entre les utilisateurs du réseau ou les catégories d'utilisateurs du réseau, notamment en faveur de ses filiales ou de ses actionnaires ». Il résulte du projet de décret qu'une discrimination serait instituée par voie réglementaire entre catégories d'utilisateurs : les relations contractuelles et financières entre les gestionnaires des réseaux publics de distribution et le gestionnaire du réseau de transport seraient organisées selon des modalités spécifiques. Du seul fait du décret, le gestionnaire du réseau de transport serait nécessairement conduit à pratiquer une discrimination, du point de vue des modalités et des conditions de leur accès au réseau, entre catégories d'utilisateurs. La loi du 10 février 2000 précise pourtant clairement les conditions dans lesquelles les utilisateurs exercent leur droit d'accès aux réseaux électriques. L'article 23 de la loi garantit un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution, notamment pour assurer la mission de service public de fourniture d'électricité et pour assurer l'exécution des contrats conclus entre les clients éligibles et leurs fournisseurs. Pour exercer ce droit, les utilisateurs doivent conclure des contrats ou des protocoles avec les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution. L'article 23 ne prévoit pas d'autre type de relations entre un utilisateur de réseau et le gestionnaire du réseau auquel il est raccordé.

La fonction des distributeurs se caractérise certes par des spécificités du point de vue de la mission de service public dont les a investis le législateur, de leurs conditions de raccordement au réseau public de transport et de leur non éligibilité au sens de l'article 22 de la loi. Toutefois, ces spécificités n'emportent pas de conséquence sur leur qualité d'utilisateur du réseau public de transport et, par suite, sur l'obligation pour eux de conclure les contrats ou protocoles prévus par l'article 23.

La circonstance que les distributeurs soient, en vertu de l'article 2 de la loi du 10 février 2000, chargés de la mission de service public de la distribution est sans incidence tant sur leur qualité d'usager du service public, lié mais distinct, du transport, que sur celle d'utilisateur des réseaux électriques. Ce point ne paraît pas avoir soulevé de difficultés jusqu'à ce jour : les distributeurs ont été ainsi explicitement qualifiés d'usagers, par exemple, par l'article 10 du décret du 23 décembre 1994 approuvant le cahier des charges type de la concession à Electricité de France du réseau d'alimentation générale en énergie électrique, voire même de clients (note 2 du même décret). La participation au service public des distributeurs ne saurait donc les dispenser de conclure les contrats ou protocoles prévus par l'article 23, sauf à introduire une spécificité dans les relations entre les distributeurs et les gestionnaires de réseau dont la Commission ne perçoit pas comment elle pourrait se justifier au regard de la directive. Elle ne pourrait en particulier pas se fonder sur l'article 3-3 de la directive, qui permet aux Etats membres de ne pas appliquer certaines dispositions de la directive « dans la mesure où l'application de ces dispositions entraverait l'accomplissement,

en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général » : en effet, outre qu'il n'est nullement établi que la conclusion des contrats et protocoles constituerait un obstacle à l'exécution par les distributeurs de leur mission de service public, l'article 7 ne figure en tout état de cause pas au nombre des dispositions visées par l'article 3-3. Une interprétation littérale de l'article 23 impose, au contraire, la conclusion de tels contrats ou protocoles. En effet, cet article garantit un droit d'accès aux réseaux publics pour exécuter les missions de service public définies à l'article 2-III, et prévoit la conclusion de contrats ou protocoles pour l'exercice de ce droit ; or, les distributeurs assurent une mission de service public au titre de l'article 2-III ; par suite, dans le cadre du droit d'accès, s'impose à eux l'obligation de conclure un contrat ou un protocole, comportant des stipulations relatives à l'application de la tarification.

Les modalités d'application de la structure tarifaire, précisées dans les contrats et protocoles, seront parfaitement susceptibles de tenir compte de la situation particulière des distributeurs, tenant notamment, ainsi que le prévoit le décret proposé, à « l'existence de plusieurs points de raccordement ou d'ouvrages exploités au même niveau de tension que les ouvrages du réseau public de transport auxquels ils sont raccordés ». Les spécificités des conditions de leur raccordement au réseau public de transport n'interdit donc nullement de considérer les distributeurs comme des utilisateurs ; elles ne font pas obstacle à ce que le tarif leur soit appliqué directement, selon des modalités qui seront précisées dans les clauses des contrats ou protocoles qu'ils devront conclure au titre de l'article 23.

De la même manière, le fait que les distributeurs non nationalisés ne soient pas des consommateurs éligibles, est sans influence sur leur qualité d'utilisateur. Il résulte certes de la volonté clairement exprimée par le législateur que les distributeurs non nationalisés ne sont pas, sauf dans l'hypothèse particulière prévue par l'article 22-II de la loi, des clients éligibles : par suite, pour leur mission de fourniture d'électricité aux clients non éligibles, les distributeurs ne bénéficient pas de la liberté de choix de leurs fournisseurs. L'obligation de conclure un contrat ou un protocole d'accès au réseau, dans lequel les parties s'accorderaient notamment sur les modalités d'application du tarif d'accès, n'aurait, toutefois, nullement pour effet de remettre en cause cet état du droit, sauf à opérer une confusion sur les champs d'application respectifs des articles 22 et 23 de la loi du 10 février 2000. L'article 23 de la loi, relatif à l'accès aux réseaux publics, ne garantit pas un droit d'accès aux réseaux publics de distribution et de transport aux seuls éligibles : son champ d'application est donc plus large que celui de l'article 22 portant sur la liberté de choix pour les clients éligibles des fournisseurs placés en situation de concurrence. Par suite, les notions d'utilisateur de réseau au sens de l'article 23 et de client éligible en vertu de l'article 22 ne se confondent pas.

Dénier aux gestionnaires des réseaux de distribution la qualité d'utilisateur de réseau reviendrait surtout à supposer que l'Etat ne se serait que partiellement acquitté de son obligation de transposer la directive et pourrait, de ce fait, s'exposer au risque d'une action en manquement et d'une condamnation. L'article 20-3 de la directive prévoit en effet que les litiges relatifs à l'accès aux réseaux seront réglés par une autorité indépendante des parties ; l'article 38 de la loi du 10 février 2000 a procédé à la transposition de cette disposition, en prévoyant la compétence de la Commission de régulation de l'électricité pour régler les différends relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution « entre les gestionnaires et utilisateurs ». Si les distributeurs n'étaient pas regardés comme des utilisateurs de réseau, la C.R.E. serait alors incompétente pour trancher un différend qui opposerait un distributeur au gestionnaire du réseau de transport ou à un autre distributeur. Dans le cas d'un différend opposant un distributeur non nationalisé au gestionnaire du réseau de transport, cette

situation ne serait certes pas incompatible avec l'article 20-3 de la directive : une juridiction pourrait alors trancher le litige. En revanche, la solution ne saurait s'admettre, s'agissant des litiges susceptibles de survenir, par exemple en ce qui concerne leurs relations financières, entre les services de distribution d'E.D.F. et le gestionnaire du réseau de transport. Dans cette hypothèse, les « parties » seront liées, non par un contrat, mais par un protocole ; les tribunaux refuseraient alors de connaître d'une convention purement interne à E.D.F. ; à l'inverse, l'autorité de tutelle ne satisferait pas à l'exigence d'indépendance vis-à-vis des « parties ». En l'absence de toute autorité indépendante des « parties » compétente pour statuer, il faudrait par conséquent admettre que le législateur aurait imparfaitement transposé la directive : telle n'est pas la position de la C.R.E.

Compte tenu de cette interprétation de la loi du 10 février 2000 qui lui semble être la seule pleinement compatible avec la directive, la Commission considère donc que l'ensemble des titulaires du droit d'accès aux réseaux doivent être considérés comme des utilisateurs ; par suite, les utilisateurs visés par l'article 3 du décret proposé comprennent :

- les services d'Electricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 qui assurent la mission de service public de fourniture d'électricité ;
- les clients éligibles au sens de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 ;
- les producteurs qui sont raccordés aux réseaux publics de transport et de distribution ;
- les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale qui satisfont à partir de leurs installations de production et dans la limite de la production de ces installations, les besoins des services publics dont ils assurent la gestion directe.

Le tarif doit être appliqué à l'ensemble des utilisateurs dans le cadre des contrats et protocoles d'accès au réseau de transport conclus en vertu de l'article 23

Dès lors qu'ils sont des utilisateurs de réseau, les gestionnaires des réseaux publics de transport doivent se voir appliquer les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables à l'ensemble des utilisateurs et calculés, conformément à l'article 4 de la loi du 10 février 2000, de manière non discriminatoire à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux. Cette exigence de non-discrimination entre les différentes catégories d'utilisateurs de réseaux découle directement de la directive. La C.R.E. désapprouve donc l'instauration par l'article 5-II du projet de décret d'un mécanisme de reversement.

Le mécanisme de reversement nuirait à la transparence de la rémunération des gestionnaires de réseaux

En vertu de l'article 5-II du décret proposé, les tarifs s'appliquent aux reversements mentionnés à l'article 4. La C.R.E. s'interroge sur la portée exacte de cette disposition. Si son application devait conduire à une rémunération différente des coûts de réseaux pour les gestionnaires des réseaux publics de distribution, le décret créerait entre les distributeurs et les autres utilisateurs une discrimination qui ne se justifierait pas par les conditions objectives d'accès aux réseaux, et donc un risque de méconnaissance des règles du droit de la concurrence qui pourrait être sanctionnée par les autorités compétentes. A l'inverse, si cette disposition conduit à un résultat identique à celui que permettrait d'obtenir l'application du

système tarifaire aux distributeurs, la C.R.E. ne perçoit pas l'utilité de prévoir deux mécanismes distincts de rémunération de l'acheminement de l'électricité.

Par ailleurs, l'article 5-II du décret proposé prévoit la conclusion de conventions relatives aux reversements entre chaque gestionnaire de réseau public de distribution et le gestionnaire du réseau public de transport. Or, ces conventions, qui ne trouvent leur fondement que dans la seule volonté de ne pas qualifier les distributeurs d'utilisateurs de réseau, ne relèveraient pas, par là même, des contrats et protocoles devant être transmis à la Commission de régulation de l'électricité en vertu de l'article 23 de la loi du 10 février 2000. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le contrôle, par une autorité indépendante des parties, du montant des reversements, du respect de l'égalité de traitement entre les utilisateurs, voire de l'absence de discriminations entre les différents distributeurs, serait alors très largement hypothéqué. Faute d'un régulateur compétent en matière de reversement, l'indépendance du gestionnaire du réseau de transport, dont l'essentiel des recettes doivent provenir des contrats et protocoles d'accès au réseau, ne pourra qu'être amoindrie, si ce n'est compromise. Les distributeurs non nationalisés et la distribution d'E.D.F. représentent en effet environ les trois quarts du trafic sur le réseau de transport. Le dispositif proposé emporterait dès lors une double conséquence : la majeure partie des recettes du gestionnaire du réseau de transport serait déterminée par ces conventions et protocoles de reversement, tandis que le tarif d'utilisation des réseaux ne s'appliquerait directement qu'à une faible part de l'électricité transitant sur le réseau de transport.

Le mécanisme de reversement affaiblit la crédibilité de l'ouverture du marché de l'électricité

Du fait de ses modalités d'application, le mécanisme de reversement ne contribue pas à favoriser l'instauration de relations équilibrées entre le gestionnaire du réseau de transport et les distributeurs. Il ne permettra pas de prévenir efficacement l'apparition de pratiques discriminatoires et de garantir le respect d'une concurrence loyale entre l'ensemble des opérateurs du secteur électrique. A l'inverse, le choix opéré par la C.R.E., dans l'élaboration de sa proposition tarifaire, de traiter les distributeurs comme les autres catégories d'utilisateurs, n'a aucunement été contesté lors des consultations et auditions publiques organisées par la Commission : en particulier, ni la direction d'E.D.F., ni les distributeurs non nationalisés n'ont excipé des missions de service public que la loi leur confie pour tenter de se soustraire à l'application du tarif.

La C.R.E. estime donc que la mise en place entre les distributeurs et le gestionnaire du réseau de transport d'un mécanisme de reversement dont la transparence n'est pas avérée et que la loi n'a pas prévu, affaiblirait l'autonomie du gestionnaire du réseau de transport, susciterait le doute sur le caractère non discriminatoire de la répartition des coûts des réseaux, et porterait atteinte à la crédibilité de l'ouverture du marché français de l'électricité.

La Commission s'interroge enfin sur l'utilité des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 8 du décret proposé.

Le troisième alinéa de l'article 8 du décret proposé prévoit que les propositions relatives aux premiers tarifs et aux évolutions des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution pourront être effectuées à la demande des ministres chargés de

l'économie et de l'énergie et dans un délai fixé par eux. Or, en vertu de l'article 29 de la loi du 10 février 2000, le commissaire du Gouvernement auprès de la Commission « peut faire inscrire à l'ordre du jour de la Commission... toute question ... entrant dans les compétences de la commission. L'examen de cette question ne peut être refusé ». Par suite, le Gouvernement dispose déjà du pouvoir de demander à la Commission de régulation de l'électricité de procéder à l'examen de ses propositions tarifaires. En tout état de cause, l'article 8 ne devrait pas pouvoir s'interpréter comme apportant une limitation au pouvoir de la Commission d'apprécier l'opportunité de formuler une nouvelle proposition tarifaire.

La Commission ne perçoit, par ailleurs, pas l'utilité du dernier alinéa de l'article 8, qui prévoit que les gestionnaires des réseaux publics de transport ou de distribution peuvent faire des propositions d'évolution des tarifs d'utilisation des réseaux publics à la C.R.E. Il est en effet possible pour chaque utilisateur de faire de telles propositions. Certes, dans le cas où la proposition serait formulée par des gestionnaires de réseau public, elle devrait être transmise aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie. Toutefois, la méconnaissance de cette obligation n'est et ne peut être assortie d'aucune sanction. Par suite, sa portée pratique ne peut être que limitée.

En conclusion, la Commission est d'avis :

- que le tarif d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution s'applique aux distributeurs dans des conditions prévues dans des contrats signés, sur le fondement de l'article 23 de la loi du 10 février 2000, entre les distributeurs et le gestionnaire du réseau de transport ;
- qu'en conséquence, les distributeurs soient expressément mentionnés parmi les utilisateurs de réseau à l'article 3 du projet de décret, et que le mécanisme de reversement tel qu'il est prévu à l'article 5-II du décret proposé soit supprimé ;
- que la rédaction des articles 5-III et 6-II soit modifiée, afin de tenir compte de la suppression de l'article 5-II ;
- que les deux derniers alinéas de l'article 8 du décret proposé soient supprimés.