

Consultation publique sur les conditions d'exercice de l'éligibilité
pour l'achat d'électricité et de gaz naturel

Note de consultation

La CRE est saisie depuis le 1^{er} juillet 2004, date de l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz naturel à l'ensemble des clients non résidentiels, de demandes d'information et de consultations sur les conditions d'exercice de l'éligibilité émanant de clients qui s'interrogent sur les pratiques des opérateurs électriques et gaziers.

Le nombre et l'importance des questions posées manifestent la situation d'incertitude juridique dans laquelle se trouvent nombre de consommateurs éligibles du fait de divergences dans l'interprétation des textes selon les interlocuteurs.

Compte tenu des conséquences sur l'ouverture des marchés de l'énergie que peuvent avoir ces questions, la CRE souhaite procéder à une consultation publique, afin de recueillir les observations des acteurs intéressés sur les difficultés rencontrées et sur les solutions qui peuvent leur être apportées, de clarifier la situation avant de prendre position et de proposer, le cas échéant, au gouvernement les évolutions réglementaires ou législatives qui pourraient s'avérer nécessaires.

De nombreuses questions sont posées sur les modalités d'exercice de l'éligibilité

Les personnes morales créées après le 1^{er} juillet 2004 s'interrogent sur le point de savoir si elles se trouvent placées d'emblée sous le régime des prix résultant du libre jeu de la concurrence ou si elles peuvent prétendre à l'application des tarifs réglementés.

De même, les clients qui étaient déjà en relation contractuelle avec un opérateur historique à la date d'acquisition de leur statut d'éligible se demandent si, pour un site nouvellement créé, ils relèvent du régime des prix de marché ou de celui des tarifs réglementés par les pouvoirs publics. Ils souhaitent également savoir si, lorsqu'ils déménagent, ils continuent de relever des tarifs réglementés pour leur nouveau site.

Ils se posent aussi la question de savoir s'il est normal que, lorsqu'ils changent de nom ou de raison sociale, les fournisseurs historiques leur imposent de changer de contrat et leur appliquent les prix de marché, au lieu de continuer à leur appliquer les tarifs réglementés. Des exploitants qui reprennent la gestion d'une chaufferie se demandent s'il est normal que le changement du titulaire du contrat de gestion entraîne automatiquement le basculement du site dans le domaine concurrentiel. Cette question est particulièrement délicate lorsque le site en cause se trouve dans une zone géographique où la concurrence n'existe pas en pratique.

Les personnes publiques qui ont plusieurs sites de livraison de l'énergie souhaitent savoir si elles peuvent exercer leur droit à faire jouer l'éligibilité pour certains sites seulement.

Ces quelques exemples n'épuisent pas la liste des incertitudes dans lesquelles se trouvent les clients éligibles. Ils illustrent néanmoins le besoin d'information sur les conditions de fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel après leur ouverture à l'ensemble des clients non résidentiels.

Les principes suivants qui découlent des lois et règlements¹ pourraient être retenus

- Bien que les directives du 26 juin 2003 se réfèrent à l'usage de l'énergie par le client final, le législateur a conservé la notion de site, combinée par les décrets du 18 mai 2004 et du 23 juin 2004 avec celle de l'usage de l'énergie, pour définir les critères de l'éligibilité à compter du 1^{er} juillet 2004. Un client est donc éligible par site de consommation, lorsque tout ou partie de l'énergie achetée est à usage non domestique.

- L'exercice de l'éligibilité est une option ouverte au client non résidentiel. Il a le choix entre faire jouer son éligibilité ou conserver, jusqu'à son terme, le contrat souscrit avec l'opérateur historique. L'exercice de l'éligibilité relève de la seule initiative du consommateur. Un opérateur n'est pas autorisé par la loi à résilier avant son terme un contrat souscrit par un client éligible qui ne souhaite pas faire jouer son éligibilité, y compris lorsqu'il s'agit d'un contrat renouvelable par tacite reconduction.

- Lorsqu'un consommateur a fait jouer son éligibilité pour un site donné, cette décision est irréversible parce que la loi a limité l'application des tarifs réglementés aux clients non éligibles et aux éligibles qui n'ont pas exercé leur éligibilité.

- Les clients qui ont plusieurs sites de consommation ne sont pas tenus, qu'ils soient privés ou publics, d'exercer leur éligibilité pour la totalité des sites. Ils ont la faculté de faire jouer la concurrence pour certains sites seulement et de continuer à être soumis au régime des tarifs réglementés pour les autres.

- Le régime d'éligibilité des personnes publiques a été aligné sur celui des personnes privées par l'article 30 de la loi du 9 août 2004, qui prévoit que les dispositions du code des marchés publics n'imposent pas aux personnes qui sont soumises à ce code d'exercer leur éligibilité. Cette règle s'applique également à l'expiration des contrats en cours, selon l'avis du Conseil d'Etat en date du 8 juillet 2004.

- Les personnes morales créées postérieurement au 1^{er} juillet 2004, ainsi que les sites créés postérieurement à cette date, sont tenus d'exercer leur éligibilité, puisqu'ils ne peuvent pas se prévaloir d'un contrat antérieurement souscrit avec l'opérateur historique. Ils ne peuvent donc pas prétendre juridiquement à se voir appliquer les tarifs réglementés. En revanche, rien n'interdit aux opérateurs historiques, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un prix prédateur, de proposer des prix de marché d'un niveau équivalent à celui des tarifs réglementés.

- En cas de déménagement, plusieurs solutions sont envisageables. Le déménagement, et dans la mesure où le contrat n'est pas substantiellement modifié, pourrait s'analyser comme la poursuite de l'exécution du contrat en cours sur un autre site. Dans cette hypothèse, le client ne serait pas tenu de faire jouer son éligibilité et pourrait continuer de se voir appliquer les tarifs réglementés. Cette solution est confortée par l'intention du législateur, qui a été de donner un caractère optionnel à la mise en œuvre de l'éligibilité. Toutefois, d'autres éléments pourraient conduire à retenir une solution différente, dans laquelle le déménagement serait assimilé au cas des sites créés postérieurement au 1^{er} juillet 2004. Dans cette hypothèse, le client serait tenu d'exercer son éligibilité et ne pourrait pas prétendre à se voir appliquer les tarifs réglementés. Ainsi, la pratique est, qu'en cas de déménagement, le contrat est résilié et le client souscrit un nouveau contrat pour son nouveau lieu d'établissement.

¹ Voir en annexe

Par ailleurs, l'éligibilité s'apprécie par site de consommation et le déménagement entraîne un changement de site. Enfin, il peut arriver que l'opérateur historique qui dessert le site d'accueil soit différent de celui du site de départ, ce qui entraîne la modification de l'une des parties au contrat.

- Le seul changement de nom ou de raison sociale d'une personne morale ne constitue pas une modification substantielle du contrat. Les intéressés peuvent donc continuer, dans de telles hypothèses, à se voir appliquer les tarifs réglementés s'ils le souhaitent.

- En application des principes ci-dessus rappelés, un certain nombre de clients sont obligés de se fournir sur le marché, alors que, dans la zone dans laquelle ils se trouvent, il n'existe pas de réelle concurrence. En l'absence de disposition spécifique dans les lois du 10 février 2000, du 3 janvier 2003 et du 9 août 2004, une telle situation n'est pas susceptible de faire obstacle à l'application des dispositions sur la mise en œuvre de l'éligibilité. La CRE veillera à ce que, dans cette hypothèse, les prix des offres commerciales proposées par les opérateurs historiques soient d'un niveau raisonnable. Le cas échéant, la CRE saisira le gouvernement qui peut, s'il l'estime justifié, réglementer les prix par décret en Conseil d'Etat, après avis du Conseil de la concurrence en application de l'alinéa 2 de l'article L. 410-2 du code de commerce.

Consultation

La CRE invite ceux qui le souhaitent à lui faire part de leurs observations et commentaires sur les divers cas de figure exposés dans la présente consultation, ainsi que d'autres questions qu'ils souhaiteraient voir évoquer à cette occasion, au plus tard le 25 novembre 2004.

Les personnes intéressées pourront adresser leur contribution, soit par courrier postal à la CRE - 2, rue du Quatre-Septembre 75084 PARIS Cedex 02 - soit par courrier électronique à l'adresse com@cre.fr, et demander, le cas échéant, à rencontrer les services compétents ou à être entendus par la Commission.

La synthèse des contributions à cette consultation pourra être rendue publique par la Commission, sous réserve des secrets protégés par la loi. A la demande des personnes consultées, la confidentialité de leur contribution et/ou l'anonymat de celles-ci seront garantis.

Eligibilité – Les textes applicables

I – Les critères de l'éligibilité

Article 2 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE

10) Clients résidentiels : les clients achetant de l'électricité pour leur propre consommation domestique, ce qui exclut les activités commerciales ou professionnelles.

11) Clients non résidentiels : les personnes physiques ou morales achetant de l'électricité non destinée à leur usage domestique. Cette définition englobe les producteurs et les clients grossistes.

12) Clients éligibles : les clients qui sont libres d'acheter de l'électricité chez le fournisseur de leur choix au sens de l'article 21 de la présente directive.

Article 21 de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003

1. Les États membres veillent à ce que les clients éligibles soient : (...)

b) à partir du 1^{er} juillet 2004 au plus tard, tous les clients non résidentiels ;

c) à partir du 1^{er} juillet 2007, tous les clients.

Article 2 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE

25) Clients résidentiels : les clients achetant du gaz naturel pour leur propre consommation domestique.

26) Clients non résidentiels : les clients achetant du gaz naturel non destiné à leur usage domestique.

27) Clients éligibles : les clients qui sont libres d'acheter du gaz naturel chez le fournisseur de leur choix au sens de l'article 23 de la présente directive.

Article 23 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003

1. Les États membres veillent à ce que les clients éligibles soient : (...)

b) à partir du 1^{er} juillet 2004, au plus tard, tous les clients non résidentiels ;

c) à partir du 1^{er} juillet 2007, tous les clients.

Article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

Un consommateur final, autre qu'un ménage, dont la consommation annuelle d'électricité sur un site est supérieure à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat est reconnu client éligible pour ce site. Ce seuil est défini de manière à permettre une ouverture à la concurrence du marché de l'électricité.

Article 3 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz naturel et de l'électricité et au service public de l'énergie

Sont reconnus comme clients éligibles : (...)

2°) les consommateurs finals, à l'exception des ménages, pour chacun de leurs sites dont la consommation annuelle de gaz naturel est supérieure à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

Décret n° 2004-597 du 23 juin 2004 a modifié le décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité

Pour l'application du premier alinéa du I de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 susvisée et sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent décret, tout consommateur final d'électricité est reconnu éligible sur un site de consommation, dès lors que tout ou partie de l'électricité consommée sur ce site est destinée à un usage non résidentiel. L'usage résidentiel de l'électricité correspond à la consommation d'un ménage pour un usage domestique. Le site de consommation d'électricité est constitué par l'établissement, identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 susvisé ou, à défaut, pour les sites qui ne sont ni industriels ni commerciaux, par le lieu de consommation de l'électricité.

Décret n° 2004-420 du 18 mai 2004 modifiant le décret n° 2003-302 du 1^{er} avril 2003 relatif à l'éligibilité des consommateurs de gaz naturel

Article 1^{er}

Pour l'application du 2° de l'article 3 de la loi du 3 janvier 2003 susvisée, tout consommateur final de gaz est reconnu éligible sur un site de consommation dès lors que tout ou partie du gaz consommé sur ce site est destiné à un usage non résidentiel et que sa consommation pendant l'année précédente a excédé le seuil fixé à l'article 2 ci-après. L'usage résidentiel du gaz correspond à la consommation d'un ménage pour un usage domestique. Le site de consommation de gaz est constitué par l'établissement, identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 susvisé, ou, à défaut, pour les sites qui ne sont ni industriels ni commerciaux, par le lieu de consommation du gaz.

Article 2

Le seuil mentionné à l'article 1^{er} est de 237 gigawattheures (calculés à partir du pouvoir calorifique supérieur). Il est abaissé à 83 gigawattheures à compter du 10 août 2003. Il est supprimé à compter du 1^{er} juillet 2004.

Article 30 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières

Les dispositions du code des marchés publics n'imposent pas à l'Etat, à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics d'exercer les droits accordés au III de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée et au dernier alinéa de l'article 3 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée.

II - Le régime de l'éligibilité

Article 4, I, 3^{ème} alinéa, de la loi du 10 février 2000

Lorsqu'un client éligible n'exerce pas les droits accordés au III de l'article 22 de la présente loi, il conserve le contrat en vigueur à la date à laquelle il devient éligible. Sans préjudice des stipulations relatives au terme ou à la résiliation de ce contrat, ses clauses tarifaires se voient, le cas échéant, appliquer les mêmes évolutions que celles applicables aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles.

Article 4 de la loi du 3 janvier 2003

Lorsqu'un client éligible n'exerce pas, pour un site, le droit de se fournir auprès d'un fournisseur de son choix ouvert par l'article 3, il conserve, pour ce site, le contrat en vigueur à la date à laquelle il devient éligible. Sans préjudice des stipulations relatives au terme de ce contrat, ses clauses tarifaires se voient, le cas échéant, appliquer les mêmes évolutions que celles applicables aux tarifs de vente de gaz aux clients non éligibles.

III – Le régime des prix de vente

Article L. 410-2 du code de commerce (ex-article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence)

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit 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.

Article 4 de la loi du 10 février 2000

I - Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, 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 du 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.

Ces mêmes dispositions s'appliquent aux plafonds de prix qui peuvent être fixés pour la fourniture d'électricité aux clients éligibles dans les zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental.

(...)

Les tarifs aux usagers domestiques tiennent compte, pour les usagers dont les revenus du foyer sont, au regard de la composition familiale, inférieurs à un plafond, du caractère indispensable de l'électricité en instaurant pour une tranche de leur consommation une tarification spéciale « produit de première nécessité ». Cette tarification spéciale est applicable aux services liés à la fourniture. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa.

II - Les tarifs mentionnés au premier alinéa du I du présent article sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures, en fonction des coûts liés à ces fournitures ;

(...)

Matérialisant le principe de gestion du service public aux meilleures conditions de coûts et de prix mentionné à l'article 1^{er}, les tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles couvrent l'ensemble des coûts supportés à ce titre par Electricité de France et par les distributeurs non

nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, en y intégrant notamment les dépenses de développement du service public pour ces usagers et en proscrivant les subventions en faveur des clients éligibles.

(...)

III - Dans le respect de la réglementation mentionnée au I du présent article, les décisions sur les tarifs et plafonds de prix sont prises conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie pour les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, et sur son avis pour les autres tarifs et les plafonds de prix. Les propositions et avis de la Commission de régulation de l'énergie, visés au présent article, sont motivés. Lorsqu'ils prennent les décisions sur les tarifs et plafonds de prix visés au présent article, les ministres chargés de l'économie et de l'énergie procèdent à la publication des propositions et avis de la Commission.

Pour l'accomplissement de cette mission, les avis de la Commission de régulation de l'énergie sont fondés sur l'analyse des coûts techniques et de la comptabilité générale des opérateurs.

Article 7 de la loi du 3 janvier 2003

I. - Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce s'appliquent aux tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution et des installations de gaz naturel liquéfié ainsi qu'aux tarifs de vente du gaz naturel aux clients non éligibles.

Les décisions sur les tarifs sont prises conjointement par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, notamment à la demande des opérateurs, pour les tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution et des installations de gaz naturel liquéfié, et sur son avis pour les autres tarifs visés au présent article. La Commission de régulation de l'énergie émet ses propositions et formule ses avis après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs du marché de l'énergie.

II. - Les tarifs de vente du gaz naturel aux clients non éligibles sont définis en fonction des caractéristiques intrinsèques des fournitures et des coûts liés à ces fournitures. Ils couvrent l'ensemble de ces coûts à l'exclusion de toute subvention en faveur des clients éligibles. Ils sont harmonisés dans les zones de desserte respectives des différents distributeurs. Les différences de tarifs n'excèdent pas les différences relatives aux coûts de raccordement des distributions au réseau de transport de gaz naturel à haute pression.