

Communication sur l'ouverture du marché français de l'électricité du 18 mai 2000

La directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité devait être transposée aux termes de son article 27, avant le 19 février 1999.

Cette transposition a débuté, en France, par l'adoption de la loi 2000-108 du 10 février 2000 qui pose les bases de l'organisation du marché. Elle ne sera cependant achevée que par la publication d'une trentaine de décrets d'application, dont la moitié au moins sont essentiels à la mise en œuvre effective des dispositions de la directive.

Il serait cependant inexact d'en déduire que, dans les faits, le marché ne serait pas ouvert et que seule la parution de l'ultime décret d'application réaliserait son ouverture. En effet, les directives communautaires produisent, quand la période allouée aux Etats pour leur transposition est écoulée, des effets directs, même en l'absence de toute mesure nationale de transposition. De même, la loi, en déterminant un certain nombre de principes, crée des droits au profit tant des producteurs que des consommateurs, qui peuvent s'en prévaloir alors même que les décrets de mise en œuvre de ces principes ne sont pas adoptés. Enfin, la mission générale confiée à la Commission de régulation de l'électricité de veiller au bon fonctionnement du marché, dans son domaine de compétences avec le concours du Conseil de la concurrence, lui permet dans cette période intermédiaire de prendre les dispositions nécessaires pour assurer le fonctionnement effectif, même incomplet ou selon des règles provisoires de la concurrence sur le marché.

La Commission a pu observer au terme de divers contacts avec des opérateurs (producteurs, consommateurs, distributeurs) que la plupart des acteurs du marché demeurent incertains sur l'exact degré d'ouverture du marché, voire sont persuadés qu'elle reste à opérer et que les instruments nécessaires ne sont pas encore disponibles.

Dans ce contexte, la commission pense utile de préciser à l'intention des opérateurs désireux d'être actifs dans la période de transition actuelle, les règles ou principes dont elle estime qu'ils gouvernent le fonctionnement du marché en l'état actuel du droit. L'attention doit être attirée sur le fait que cette appréciation décrit les possibilités offertes par la directive et la loi et que les décrets à intervenir pourront, au titre du pouvoir d'appréciation reconnu par la loi au gouvernement, comporter des disposition plus restrictives reflétant les choix faits parmi ces possibilités.

- A- Les clients éligibles peuvent choisir librement un fournisseur autre que l'opérateur historique (producteur déjà installé, nouveau producteur, un producteur étranger).
- B- Les producteurs d'électricité peuvent installer de nouvelles capacités et prospecter les clients éligibles.
- C- Le réseau de transport peut fonctionner en offrant l'essentiel des garanties de non discrimination et de sûreté nécessaires.
- D- Tant les fournisseurs que les consommateurs peuvent librement accéder aux réseaux électriques publics et, à cette fin, conclure un contrat avec le gestionnaire de réseau concerné.

A – Les clients éligibles peuvent choisir librement un fournisseur autre que l’opérateur historique

Le seuil minimal d’ouverture imposé par la directive communautaire, aujourd’hui en application, doit être défini de façon à ce que la part du marché français ouvert à la concurrence soit équivalente à la part de marché que constituent au niveau communautaire l’ensemble des sites dont la consommation annuelle est supérieure à 20 GWh. Ce ne sont donc pas les sites consommant plus de 20 GWh qui sont aujourd’hui éligibles, mais ceux dont la consommation cumulée constitue une part équivalente à la part communautaire ainsi évaluée. Le gouvernement ayant indiqué souhaiter retenir le seuil de 16 GWh, on peut raisonnablement estimer que celui-ci détermine la part de marché français équivalente.

La commission note que la disposition du I de l’article 22 de la loi qui impose que le seuil d’éligibilité soit fixé à un niveau qui garantit l’ouverture exigée par la directive et qui assure que l’ouverture est limitée à celle exigée par la directive est d’application difficile, seul le hasard pouvant garantir que le niveau retenu permette le respect simultané de ces exigences. Dans ces conditions, la commission estime que la prééminence de la directive dans la hiérarchie des normes applicables doit conduire à considérer que seule l’exigence d’ouverture du marché au moins au niveau de la part communautaire permet de déterminer ce seuil.

En l’absence de précisions sur le régime d’éligibilité, la commission considère que les entreprises peuvent elles-mêmes déterminer leur éligibilité en prenant en compte les éléments suivants :

- le « site » peut être défini par référence au numéro d’immatriculation au répertoire national des entreprises ou établissements
- la consommation peut être évaluée à partir de la consommation moyenne sur une période de 12 mois.
- L’éligibilité ainsi définie doit faire l’objet d’une « reconnaissance » par l’administration qui n’est pas une autorisation mais permet simplement de procéder à la publication et à l’actualisation permanente de la liste des éligibles. En l’attente des dispositions définitives, il est souhaitable que les entreprises éligibles procèdent à l’information de l’administration par simple lettre indiquant le site concerné et les éléments sur lesquels l’éligibilité est fondée. La commission escompte que la liste des éligibles ayant une consommation de plus de 16 GWh sera prochainement rendue publique, afin de donner à tous les fournisseurs une information sur les entreprises qu’ils peuvent prospector : la mise à disposition de ces informations, même sous forme provisoire, est une condition essentielle de l’exercice effectif de la concurrence, à la réalisation de laquelle les autorités compétentes veilleront attentivement.

L’attention des entreprises éligibles doit être attirée sur l’article 49 de la loi du 10 février 2000 qui prévoit que le recours, même partiel, à un fournisseur autre qu’EDF entraîne la résiliation de plein droit des contrats existants avec EDF. Il va de soi que cette disposition destinée à ne pas pénaliser l’opérateur historique, en ne l’obligeant pas à maintenir en vigueur des conditions de fourniture qui ne correspondraient plus aux circonstances résultant de l’ouverture du marché, interdisent en rien la renégociation immédiate de contrats avec EDF, qui devront évidemment être non discriminatoires et ne pas avoir pour effet induit de pénaliser le client ayant fait appel à la concurrence. La commission veillera, en liaison avec le Conseil de la concurrence, au caractère loyal et équitable de ces négociations conformément à l’article 20-2 de la directive 96/92.

B- Les producteurs d'électricité peuvent installer de nouvelles capacités et prospecter les clients éligibles.

A/liberté d'installation

La loi prévoit un régime d'autorisation (pour les installations de puissance supérieure à 4,5 MW ou les augmentations de puissance conduisant à franchissement de seuil) ou de simple déclaration (en-dessous de ce seuil).

Dès lors que les demandeurs se sont mis en conformité avec la législation applicable (dépôt des demandes relatives notamment à l'application de la législation sur les installations classées ou sur l'urbanisme) – ou, en cas de déclaration, ont effectivement obtenu les autorisations requises, rien ne fait obstacle au dépôt d'une demande d'autorisation (ou d'une déclaration) dès lors qu'elle comportera les éléments nécessaires dans les conditions prévues à l'article 7 : identification du demandeur et informations permettant au ministre de rendre publiques les caractéristiques en termes de capacité de production et de localisation. L'administration ne peut refuser d'instruire ces demandes (a fortiori d'enregistrer les déclarations) au motif que le décret qui en précisera le régime n'a pas encore été adopté et est tenue d'y répondre (ou de donner acte des déclarations) dans le délai de droit commun de deux mois. Ces autorisations et déclarations peuvent et doivent également être demandées à l'occasion de l'acquisition (achat, apport d'actifs, fusion ...) de capacités de production. Les critères d'octroi sont définis à l'article 9 de la loi.

B/Liberté commerciale

Tous les producteurs de l'Union européenne existant ou qui s'installent peuvent commencer aujourd'hui commencer à prospecter les clients éligibles sans restriction, pour leur offrir la fourniture répondant à tout ou partie de leurs besoins.

L'exigence législative (III, art.22) de conclure ces contrats de fourniture « dans un cadre contractuel » d'une durée minimum de trois ans doit être interprétée comme imposant que les clauses contractuelles essentielles (conditions générales de vente, caractéristiques techniques ...) soient garanties pour trois ans. En aucun cas, elles n'imposent que les parties soient contraintes à une clause d'exclusivité pour trois ans, soient empêchées de résilier le contrat durant ces trois années, soient obligées de se fournir pour cette durée, ou que les conditions de prix ou de quantité soient déterminées pour cette période.

C - Le réseau de transport peut fonctionner en offrant l'essentiel des garanties de non discrimination et de sûreté nécessaires.

La constitution progressive du GRT au sein d'EDF sera menée très rapidement. D'ores et déjà, les garanties que les opérateurs sont en droit d'attendre sont offertes et la CRE est en mesure de veiller à leur respect.

Sur le plan technique, les dispositions en vigueur antérieurement à l'adoption de la loi du 10 février 2000, relatives au fonctionnement du réseau comme aux conditions techniques de raccordement demeurent valides pour autant que leur application ne contrevienne pas aux principes énoncés par la loi ou la directive (ainsi, toute utilisation de ces règles techniques qui ferait entrave au libre jeu de la concurrence devrait être réprimée).

Sur le plan juridique, l'obligation d'assurer la confidentialité des informations commercialement sensibles, qui en vertu de la directive 1996, doit être protégée par le GRT, sera précisée par un décret ;, mais s'applique d'ores et déjà, la loi fixant le régime pénal de sa violation. Les personnels du futur GRT et plus largement toute personne qui est dépositaire de ces informations sont donc tenus de préserver leur confidentialité ; les opérateurs concluant un contrat avec le GRT sont donc assurés de l'existence des conditions de confidentialité nécessaires.

La CRE exerce dès à présent la plénitude de ses pouvoirs en matière d'accès au réseau. Elle doit recevoir communication des contrats et protocoles d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution (art.23). Elle peut dès maintenant être saisie de règlement de différends liés à l'accès aux réseaux (art.38) et, à ce titre, jouer un rôle dans l'interprétation du droit applicable à la période intérimaire actuelle sous le contrôle du juge. Elle dispose également pleinement de son pouvoir de sanctions.

La commission peut préciser en tant que de besoin, les règles applicables à la conclusion des contrats et protocoles d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution. Sur la base des contrats et protocoles dont elle recevra communication et en fonction des avis des opérateurs qu'elle consultera sur ce point, la commission envisage de faire usage dès l'automne de son pouvoir réglementaire pour clarifier les difficultés qui pourraient résulter de la mise en œuvre de l'article 23 garantissant le droit d'accès aux réseaux électriques publics.

D - Tant les fournisseurs que les consommateurs peuvent librement accéder aux réseaux électriques publics et, à cette fin, conclure un contrat avec le gestionnaire de réseau concerné.

La loi du 10 février 2000 prévoit la constitution au sein d'EDF d'un service gestionnaire du réseau de transport (GRT) qui, aux termes de la directive, doit être géré comme s'il était une entreprise indépendante et en s'abstenant de toute discrimination envers les opérateurs . La CRE est investie de nombreuses responsabilités pour la mise en place et le bon fonctionnement du GRT.

Un tarif provisoire de transport a été publié par EDF. La commission adoptera prochainement les propositions de tarif d'utilisation du réseau qu'il reviendra au ministre d'approuver. Destinés à couvrir la période de mise en place des principaux éléments d'ouverture du marché, ces tarifs seront révisés au vu de l'expérience sur le marché, au cours de l'année 2001 et la commission s'efforcera alors de mettre en place un tarif et des règles d'évolution de celui-ci pour une période plus longue (3 à 5 ans) afin d'assurer un environnement prévisible aux acteurs du marché.

Les producteurs et les fournisseurs ainsi que les entreprises disposant d'un site éligible peuvent donc d'ores et déjà accéder au réseau et conclure avec le GRT les contrats nécessaires pour l'exécution des contrats de fourniture qu'ils viendraient à conclure.

La commission souhaite souligner que, pour être appelée à évoluer, l'ouverture du marché de l'électricité n'en est pas moins désormais effective. Elle invite les opérateurs à s'engager sur ce marché, dans le bon fonctionnement duquel elle s'investira pleinement.