

Jeudi 06 Septembre 2001

COMMUNICATION DE LA CRE RELATIVE A LA LIBERTE DU NEGOCE D'ELECTRICITE

La CRE a été saisie par différentes parties intéressées par le marché français de l'électricité de la question des conditions dans lesquelles l'activité de négoce (achat pour revente) d'électricité peut s'exercer en France. La CRE estime que cette activité peut se développer librement dans le cadre de la loi du 10 février 2000 et contribuer, ainsi, de façon essentielle, au renforcement de la concurrence.

I - L'intensification de la concurrence sur le marché de l'électricité français passe par le développement du négoce.

Sur plusieurs marchés européens, la concurrence a bénéficié d'un développement très significatif de l'achat pour revente (négoce) qui a accompagné le développement de marchés boursiers (Nordpool, Neta, LPX...), permettant à des opérateurs commerciaux (adossés ou non à une capacité de production) de s'approvisionner sur un marché de gros. Ces marchés organisés ont favorisé la concurrence en fournissant des indices de prix, permettant aux clients de comparer leurs conditions de fourniture à celles offertes sur le marché. La réalisation de transactions de gros entre les différentes places européennes, grâce auxquelles négociants et fournisseurs ajustent leurs approvisionnements et leurs ventes en volume et en prix, a permis d'intensifier les échanges à l'échelle européenne. La France, compte tenu de sa place centrale sur le marché européen et de la vitalité de ses exportations, ne peut rester à l'écart de cette intensification du commerce. De plus, une vision restrictive du régime du négoce conforterait en Europe l'idée déjà trop répandue d'une réticence de la France envers la construction du marché unique de l'électricité.

Le marché français de l'électricité est caractérisé par une surcapacité de production : EDF exporte chaque année environ 70 TWh, alors que l'entreprise assure plus de 90% des besoins français (430 TWh). De même, le marché européen, au moins sur la " plaque continentale ", est suréquipé. Cette surcapacité sera, en outre, accrue par les investissements dans les sources d'énergie renouvelables (notamment éoliennes) et la cogénération, grâce aux subventions dont elles bénéficient, alors que la consommation d'électricité n'augmente que faiblement et que l'arrêt de capacités de production, notamment en France, est assez rare.

L'ouverture à la concurrence du marché français, imposée par la directive du 19 décembre 1996 et mise en œuvre par la loi du 10 février 2000, ne peut donc raisonnablement se traduire par l'arrivée sur le marché d'opérateurs qui construiraient de nouvelles capacités de production classique. L'acquisition de capacités existantes d'importance significative n'est pas non plus possible. Les seules possibilités d'opération sur actif auraient pu concerner la SNET, qui, comme la CNR, n'a pour l'instant noué qu'un partenariat. L'effet sur la concurrence de l'autonomie recouvrée par ces deux opérateurs, pour être réel, n'en sera cependant que modeste (5% des capacités françaises).

A ce stade, c'est donc uniquement sur le plan commercial que la concurrence peut se développer en France. La CRE avait formulé ce constat dès son premier rapport d'activité et l'a renouvelé lors du second. C'est sur cette base qu'elle a consacré des efforts importants en vue de

- mettre en place des règles de marché pour l'utilisation des interconnexions ;
- soutenir le projet de marché spot Powernext ;
- réduire les entraves aux échanges intra européens (mécanisme de taxation des transits purs supprimant l'addition de péages aux frontières des réseaux) ;
- veiller à ce que la cession de 6000 MW de capacités virtuelles imposée à EDF par la Commission européenne puisse intéresser le plus grand nombre d'opérateurs ;
- égaliser les conditions de concurrence entre fournisseurs (création du responsable d'équilibre).

Il résulte des données existantes que les fournisseurs étrangers ont pris environ 12% des 30% ouverts à la concurrence (y compris la compensation des " pertes techniques " que RTE achète aux enchères sur le marché européen). Ces derniers ont pu se substituer à EDF auprès de plus d'une centaine de sites éligibles, qui sont, pour l'essentiel, des entreprises, souvent de dimension européenne, les mieux à même de profiter pleinement de la concurrence. Les entreprises de taille plus modeste (notamment celles qui deviendront éligibles en 2003) devront pouvoir bénéficier de la même liberté de choix de leurs fournisseurs. Pour répondre aux besoins des consommateurs, ces fournisseurs devront s'installer en France, pour concurrencer efficacement le dense réseau commercial d'EDF. Seul, le négoce leur permettra de présenter une offre compétitive.

Il est donc essentiel, en tenant compte de ce contexte, de favoriser les instruments qui permettront à la concurrence commerciale de se développer, au bénéfice des consommateurs.

En conduisant cette analyse, la CRE considère que la question de la possibilité de se livrer à une opération d'achat pour revente en France est, en effet, cruciale pour le développement du marché. L'achat pour revente d'électricité est l'opération par laquelle un opérateur (qui peut être un producteur, un consommateur ou un opérateur extérieur au système électrique etc., sous réserve des limitations propres à son statut) achète de l'électricité, non pour la consommer, mais pour la revendre à un tiers, qui peut, lui-même, soit la consommer, soit la revendre.

L'effet de la vente des 6000 MW de capacités virtuelles par EDF serait affaibli si l'achat pour revente n'était pas légalement possible. En effet, même si l'acheteur est étranger, le fait de vendre à un client français le conduit à réaliser non une opération d'import-export, mais un acte d'achat pour revente. L'implantation en France de concurrents d'EDF (qu'il s'agisse de nouveaux fournisseurs ou des alliés de la SNET ou de la CNR) serait compromise si, pour fournir leurs clients, ils ne pouvaient s'appuyer sur un marché de gros. Enfin, la place centrale de la France sur le marché européen serait menacée si les grandes firmes d'achat pour revente ne pouvaient y développer leurs activités en continuité avec les autres places et pays européens, notamment sur le marché spot.

Il convient donc de souligner que la possibilité de l'achat pour revente est une condition essentielle du développement du marché français de l'électricité. On notera que les opérateurs avec lesquels la CRE est en contact partagent cette appréciation et que, sans attendre la dissipation d'éventuelles incertitudes, certains, se sont déjà engagés dans la voie de l'achat pour revente en France, pour des volumes croissants.

II - L'achat pour revente d'électricité peut librement se développer dans le cadre de la loi du 10 février 2000.

La loi du 10 février 2000 ne mentionne l'achat pour revente de façon explicite qu'en son article 22.

1°) Celui-ci définit au I les consommateurs éligibles par une consommation sur un site, complète cette définition au II par une éligibilité de droit de certaines catégories (producteurs et leurs filiales se livrant à l'achat pour revente, DNN pour approvisionner leurs éligibles, gestionnaires de certains réseaux de transport).

2°) il pose au III le principe de la liberté de choix de son fournisseur pour un éligible 3°) il dispose enfin dans son IV que : " Les producteurs visés au II du présent article ou les filiales de ces producteurs au sens de l'article 354 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée qui, afin de compléter leur offre, achètent pour revente aux clients éligibles doivent, pour exercer cette activité, obtenir une autorisation délivrée pour une durée déterminée par le ministre chargé de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'électricité. Pour obtenir cette autorisation, ils établissent que la quantité d'électricité achetée pour être revendue aux clients éligibles est inférieure à un pourcentage, défini par décret en Conseil d'Etat, de l'électricité produite à partir de capacités de production dont ils ont la disposition ". Toutefois, on peut assimiler à de l'achat pour revente l'autorisation donnée, par le 2ème tiret du II du même article 22, aux distributeurs non nationalisés d'acheter de l'électricité aux fournisseurs de leur choix " en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles situés dans leur zone de desserte ". Il incombe au ministre de veiller au respect de ces dispositions, en sanctionnant leur violation, aux termes de l'article 41 de la loi. A la connaissance de la CRE, aucune procédure de sanction n'a, à ce jour, été engagée.

Ces dispositions ont pu conduire à une interprétation de la loi du 10 février 2000 comme interdisant l'achat pour revente à tout autre qu'à un producteur d'électricité, dans la limite de 20% de la production qu'il a à sa disposition, aux termes du décret du 30 octobre 2000 ou à un DNN dans les conditions prévues à l'article 22.

Cette interprétation repose essentiellement sur deux ordres d'arguments :

- les travaux préparatoires au vote de la loi du 10 février 2000 indiqueraient que telle était l'intention du législateur ;
- la cohérence interne du texte de la loi interdirait qu'on puisse considérer que l'achat pour revente est autorisé implicitement, bien qu'aucune disposition ne l'interdise expressément.

Conformément à la directive de 1996 et aux missions que la loi lui a confiées, la CRE, dans son souci de favoriser la concurrence au profit des consommateurs, estime qu'il est non seulement souhaitable, mais également possible, de reconnaître une grande latitude aux opérateurs dans la pratique de l'achat pour revente, sans méconnaître ni la loi du 10 février 2000, ni un quelconque autre texte.

Le rapporteur du projet qui devait devenir la loi du 10 février 2000 déclarait, devant l'Assemblée Nationale, n'être pas " convaincu de la nécessité d'ouvrir le marché français au trading " (rapport de Monsieur BATAILLE, 4 février 1999, page 205). Le négoce, en première lecture, n'a été autorisé expressément qu'à titre de " complément, de marge de souplesse ", au seul profit des " producteurs souhaitant compléter leur offre " (JO AN, séance du 16 février 1999 page 1483), avec l'accord du gouvernement pour les mêmes motifs ibidem, (page 1761). Les débats ultérieurs ont maintenu ces appréciations, notamment en dernière lecture (JO AN 25 janvier 2000 page 316).

Celles -ci ne suffisent cependant pas à trancher la question de la légalité de l'activité d'achat pour revente. Le texte législatif doit, en effet, se voir conférer toute la portée utile de ses

dispositions, et rien qu'elle, pour autant que ces dispositions soient claires. Le recours aux travaux préparatoires n'est nécessaire qu'en cas d'obscurité du texte (selon une jurisprudence bien arrêtée du Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1971, Barrat, p 387 ; Assemblée, 3 février 1967, confrontation générale des vigneron du midi et autres ; section, 21 juin 1985, Req. 48051 ; en concluant sur ce dernier arrêt, le président Chahid-Nourai rappelait le principe : " la règle bien établie est d'en rester aux textes eux mêmes s'ils sont clairs, même si ce faisant l'on côtoie l'absurde, car le juge doit toujours s'incliner devant la loi, qu'elle qu'elle soit " (RJF 85 8.9 p 595).

Or, la lecture de la loi du 10 février 2000, dont ont été rappelées les seules dispositions concernant l'achat pour revente, permet de constater, en première analyse, qu'aucune de ses dispositions n'interdit l'achat pour revente. En second lieu, les deux dispositions qui encadrent le régime pour deux catégories d'opérateurs (les producteurs et leurs filiales ; les DNN) ne sont pas libellées de façon telle qu'elles établiraient une exclusivité à leur profit. Il n'est pas douteux que les parlementaires qui se sont exprimés voulaient que seuls les producteurs autorisés (et, dans un autre registre, les DNN) fussent habilités à se livrer au négoce. Mais force est de constater qu'ils n'ont pas ainsi écrit le IV de l'article 22, qui énonce seulement que les producteurs autorisés qui veulent se livrer au négoce doivent y être autorisés. Il résulte clairement de ces dispositions que la loi du 10 février 2000 n'a pas interdit explicitement l'achat pour revente.

Il convient alors de vérifier s'il était nécessaire qu'elle le fit, soit parce que le négoce serait, par ailleurs, interdit, soit parce que la loi, dans d'autres dispositions que celles régissant l'achat pour revente, l'interdirait implicitement mais nécessairement.

En ce qui concerne le premier point, aucun texte ne semble avoir interdit ou réglementé l'activité d'achat pour revente d'électricité. Le principe général du droit de la liberté du commerce et de l'industrie amène donc à considérer que le fait qu'une loi (celle du 10 février 2000) a réglementé cette activité pour certains acteurs ne permet pas de déduire qu'elle est interdite pour tous les autres, faute de l'existence d'un texte général en ce sens. En particulier on notera que la loi du 8 avril 1946 n'a pas posé une telle interdiction. L'aurait elle fait que son effet sur ce point serait paralysé : l'article 53 de la loi du 10 février 2000, indique que les " activités de production, d'importation et d'exportation d'électricité, ainsi que les activités de fourniture d'électricité aux clients éligibles ", s'exercent dans les conditions fixées par la loi du 10 février 2000, écartant ainsi l'application, dans ces domaines, de la loi de 1946.

C'est donc du second point - l'examen des autres dispositions de cette loi - qu'il faudrait déduire l'interdiction implicite du négoce. On pourrait alors soutenir que, pour que l'achat pour revente soit libre, il faut que l'achat le soit. Le III de l'article 22 pose le principe de liberté d'achat pour les éligibles. Or ces clients éligibles sont limitativement énumérés (consommateurs finals au dessus d'un seuil, producteurs et filiales autorisés à pratiquer l'achat pour revente, DNN pour approvisionner leurs éligibles, propriétaires et gestionnaires de réseaux ferrés et de transports collectifs). Dans cette liste, les premiers et derniers opérateurs visés ne peuvent revendre, car leur éligibilité est liée à leur consommation alors que, les deuxième et troisième sont explicitement autorisés par la loi à revendre. De ce fait, les négociants seraient des clients non éligibles. A ce titre, ils seraient tenus d'acheter à EDF ou aux DNN, au tarif fixé dans les termes prévus par l'article 4 de loi.

Cette analyse repose cependant sur une erreur de définition, qui découle de la séparation opérée, en examinant l'achat pour revente, entre achat, d'une part, et revente, d'autre part, séparation qui, précisément, ne peut être effectuée sans vicier le raisonnement.

Compte tenu du caractère non stockable de l'électricité, on doit, en réalité, distinguer deux types d'achat d'électricité, juridiquement et physiquement différents. Le premier est l'achat pour consommation. Il est le fait de toute personne connectée à un réseau qui acquiert de l'électricité pour qu'elle lui soit livrée au point de connexion, où il la consommera. En dehors de quelques cas particuliers (filiales d'un producteur, réseaux de transports) où l'éligibilité est déterminée par la loi, c'est la mesure de cette consommation à un point de connexion qui détermine l'éligibilité, par rapport à un seuil réglementaire. On ne peut donc être classé dans la catégorie éligible/non éligible qu'en étant à la fois connecté au réseau et consommateur au point de connexion.

L'achat pour revente est de nature complètement différente. L'acheteur, dans ce cas, n'entend pas consommer ce qu'il achète, mais le revendre à des tiers (pour leur consommation ou pour qu'ils revendent à leur tour). L'électricité ne lui est pas livrée à un point de connexion. Il peut, d'ailleurs, ne pas être connecté au réseau. L'opération à laquelle il se livre s'analyse, en fait, comme une réservation de la production d'électricité que produira une capacité, dont la vente à un tiers autorisera ce dernier (si c'est un consommateur final) à soutirer cette quantité que le producteur s'est engagé à injecter simultanément sur le réseau. On constate qu'il est impossible de déterminer si l'acheteur pour revente est éligible ou pas - il ne consomme pas et peut même n'être pas connecté au réseau. L'achat pour revente n'a aucun impact physique sur le réseau, ni sur la sécurité d'approvisionnement. Il relève donc d'une autre catégorie d'analyse. Cette catégorie a d'ailleurs été définie par la directive du 19 décembre 1996 (article 2, point 8) comme celle des " clients grossistes ", qui achètent ou vendent de l'électricité. Au sein de l'ensemble des clients, elle se distingue de celle des clients finals (qui consomment) selon le point 9) de cet article 2 . De ce fait, on doit constater que, si la loi du 10 février 2000 régit précisément la capacité d'achat pour consommation, elle ne le fait aucunement (en dehors des cas particuliers précités) pour les activités d'achat pour revente. Ce serait méconnaître la réalité physique que de les assimiler abusivement aux premiers pour en déduire l'impossibilité.

En conséquence, aucun texte n'interdisant directement ou indirectement le négoce, la liberté de cette activité doit s'exercer pleinement au nom de la liberté du commerce et de l'industrie.

Il résulte de cette lecture une discrimination entre, d'une part, les producteurs et leurs filiales et, d'autre part, l'ensemble des autres opérateurs. Ce constat est malheureusement incontestable, mais il résulte des termes mêmes de la loi qui, au demeurant, n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule discrimination créée par la loi (entre entreprises françaises et étrangères, entre éligibles et non éligibles, entre entreprises organisées en un ou plusieurs sites...). On observe néanmoins que l'effet de cette discrimination aurait pu être réduit en adoptant des seuils supérieurs aux 20 % retenus par le décret du 30 décembre 2000. En tout état de cause, on constate que, dans les faits, les trois producteurs français concernés ont déjà créé ou peuvent créer des structures de négoce qui, n'étant pas leurs filiales au sens de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, les délivrent de toute contrainte (SNET pour SETNE, etc.). La discrimination, dans les faits, n'existe donc pas.

On pourrait enfin alléguer que les garanties de livraison que les négociants sont en mesure de fournir seraient inférieures à celles de producteurs. Il est difficile de partager ce point de vue, qui ne paraît d'ailleurs pas corroboré par l'expérience, la CRE n'ayant pas connaissance de défaillances de livraison dûes au fait que le fournisseur serait un négociant plutôt qu'un producteur. En réalité, sauf à ce qu'un négociant vende sans pouvoir réaliser un achat à la même hauteur, le risque est identique, qu'on s'adresse à lui, ou directement au producteur. Même la défaillance d'une contrepartie du négociant n'aboutirait pas à un défaut de livraison, mais à un règlement d'écart, très pénalisant pour le négociant et sans conséquence pour le consommateur. Compte tenu des volumes de transaction observés sur les marchés comparables (par exemple, en Allemagne, 972 TWh en 2000) il est difficile de croire que cette activité présente le moindre risque quant aux garanties de livraison.

En conclusion, la CRE constate que les consommateurs, en France comme en Europe, bénéficient d'une concurrence accrue grâce au développement du négoce. Elle estime que l'achat pour revente est une activité qui peut, dans le cadre de la loi du 10 février 2000, s'exercer sans restrictions autre que celles posées à l'article 22.

Jean SYROTA