



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Nome acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

Tendances | Concurrences N° 1-2011 – pp. 12-29

Michaël COUSIN

michael.cousin@ashurst.com

| *Avocat à la Cour*

Christophe LEMAIRE

christophe.lemaire@ashurst.com

| *Avocat à la Cour, Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne*

Philippe de LADOUCETTE

olivier.beatrix@cre.fr

| *Président de la Commission de régulation de l'énergie*

Simon GENEVAZ

simon.genevaz@autoritedelaconcurrence.fr

| *Chef adjoint du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence*

David SPECTOR

davidmspector@yahoo.fr

| *Associate Professor, Paris School of Economics, Chargé de recherches, CNRS*

François LÉVÊQUE

francois.leveque@mines.paristech.fr

| *Professeur d'économie à Mines ParisTech*

Michaël COUSIN
michael.cousin@ashurst.com

Avocat à la Cour

Christophe LEMAIRE
christophe.lemaire@ashurst.com

Avocat à la Cour
Maître de conférences à l'Université
Paris I Panthéon Sorbonne

Philippe DE LADOUCKETTE
olivier.beatrix@cre.fr

Président de la Commission
de régulation de l'énergie

Simon GENEVAZ*
simon.genevaz@autoritedelaconcurrence.fr

Chef adjoint du service des concentrations de
l'Autorité de la concurrence

David SPECTOR
davidmspector@yahoo.fr

Associate Professor, Paris School of Economics
Chargé de recherches, CNRS

François LÉVÊQUE
francois.leveque@mines.paristech.fr

Professeur d'économie à Mines ParisTech

Abstract

The law establishing a New Organisation for the Electricity Market provides for a temporary regulation which aims at removing the obstacles to the development of competition on the French electricity market. Its purpose is in particular to solve the margin squeeze resulting from the difference between the prices of the base electricity sold on the wholesale market and the price applied to that same electricity in EDF's regulated tariffs. The papers gathered in this section illustrate the debates on the Institutional aspects of the new regulated framework and the economic choices that underlie it. This being said, the law is only the first act of the market opening which exact features will be mainly decided in the implementing regulation

La loi sur la Nouvelle Organisation du Marché de l'Électricité se donne pour objectif de lever au moyen d'une régulation temporaire les obstacles au développement de la concurrence sur le marché français de l'électricité. Il s'agit en particulier de remédier au ciseau tarifaire résultant de l'écart entre les conditions d'approvisionnement en électricité de base sur les marchés de gros et le prix de cette même électricité tel qu'il est pris en compte dans les tarifs réglementés d'EDF. Les contributions réunies dans cette rubrique illustrent les débats sur les aspects institutionnels du nouveau cadre régulé et sur les choix économiques qui le sous-tendent. Pour autant, la loi n'est que le premier acte de l'ouverture dont les contours se décideront en grande partie dans les règlements d'application.

* Les opinions exprimées sont purement personnelles et ne représentent pas celles de l'Autorité de la concurrence. L'auteur remercie Pierre Debrock et Julien Neto pour leurs commentaires. Il reste seul responsable des opinions exprimées.

NOME acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

INTRODUCTION

Michaël COUSIN, Christophe LEMAIRE

Avocat à la Cour, Avocat à la Cour et Maître de conférences à l'Université
Paris I Panthéon Sorbonne

1. Deux ans et demi après l'ouverture totale du marché français de la fourniture d'électricité, le constat s'impose : les concurrents d'EDF peinent toujours à se développer¹. Plus qu'au caractère encore récent de l'ouverture, cela tient à un ensemble d'obstacles économiques et juridiques que seule une régulation *ex ante* pouvait efficacement corriger. Tel est l'objectif de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (ci-après, "loi NOME").

2. Il était impossible de ne pas consacrer la rubrique "Tendances" à ce texte qui représente un enjeu fondamental pour la concurrence dans le secteur électrique français. Les débats qu'il suscite sont en effet particulièrement vigoureux, comme cette même rubrique s'en était fait l'écho à l'époque de sa préparation². Ils promettent de durer au moins jusqu'à l'adoption des règlements d'application pour lesquels des choix cruciaux devront être faits. En effet, comme nous le verrons, la loi fixe un cadre général contenant certaines souplesses. Le réglage fin du dispositif relève en revanche du niveau réglementaire.

3. Les contributions qui suivent montrent que ces débats portent tout autant sur les aspects institutionnels du nouveau cadre que sur son contenu matériel.

4. Sur le plan institutionnel, la principale question posée est celle de la place du régulateur sectoriel dans le nouveau dispositif. La lecture croisée des contributions de son président, M. Philippe de Ladoucette et du professeur François Lévêque illustre l'importance de l'enjeu. L'économiste a en effet choisi, de façon inédite, de concentrer son propos sur ce qu'il estime être une "mise à l'écart" du régulateur. Le président de la CRE souligne à l'inverse le rôle joué par son autorité dans la préparation de la loi et la responsabilité qu'elle est appelée à assumer dans le traitement des aspects les plus épineux du dispositif, à savoir le prix et le volume de l'ARENH ainsi que le niveau des tarifs réglementés.

5. Quant au contenu précis du dispositif mis en place, le second économiste sollicité dans cette rubrique, M. David Spector, pointe les lacunes de la loi qui, selon lui, "ne résoudra pas de manière satisfaisante les problèmes de concurrence posés par la position quasi monopolistique détenue par EDF à tous les échelons du marché de l'électricité en France". M. Simon Genevaz souligne quant à lui les insuffisances du cadre libéralisé européen dans lequel s'inscrit la loi NOME. L'auteur souligne que celui-ci est centré sur l'ouverture à l'aval au détriment de la production sur laquelle il n'existe pas de vraie logique de marché unique.

6. Pour introduire ces débats, il semble utile de revenir sur les circonstances qui ont présidé à l'adoption de la loi NOME (I.) et d'en décrire les axes principaux (II.).

1 Selon l'observatoire des marchés de la Commission de régulation de l'énergie ("CRE") pour le 3^e trimestre 2009, ils fournissent 5,2 % des quantités consommées par les clients résidentiels et 14,9 % de celles consommées par les non résidentiels (entreprises, administrations, etc.).

2 V. Tendances, "La réglementation des tarifs d'électricité, un débat électrique", *RLC* n° 4-2009, pp. 11-34.

I. Nécessité de la régulation

7. La courbe de consommation des clients de l'électricité fait apparaître deux composantes : un "ruban" de consommation de base, qui correspond au minimum d'électricité appelé en permanence sur une période donnée, et la "forme", qui désigne les variations entre ce ruban et les pointes de consommation.

8. EDF alimente le ruban de base de ses clients pour l'essentiel au moyen d'un parc de centrales nucléaires largement amorti et dont le coût marginal est faible comparé à celui des centrales thermiques. Ces dernières produisent une électricité plus chère mais, étant aussi plus souples d'utilisation, elles sont privilégiées pour servir les pointes de consommation.

9. Les nouveaux entrants souhaitant offrir un ruban de base compétitif au marché de masse ne peuvent se passer du nucléaire. Même s'ils veulent investir dans ce type d'énergie, choix difficile à court terme et qui ne donnera pas de résultats immédiats³, ils doivent recourir aux marchés de gros. Le niveau des prix sur ces marchés est toutefois très élevé. Il trouve en effet son équilibre au niveau du prix des moyens de production marginaux, c'est-à-dire des derniers moyens de production mis en œuvre pour satisfaire la demande à un instant donné. Or, ces unités marginales sont le plus souvent thermiques et donc bien plus coûteuses que les centrales nucléaires⁴.

10. En aval, les marchés de détail sont dominés par les tarifs réglementés d'EDF qui concernent toujours 93 % des sites et deux tiers de la consommation nationale (sans compter le tarif réglementé transitoire d'ajustement au marché, "TaRTAM")⁵. Or, la part "fourmure" de ces tarifs (prix de l'énergie), qui reflète les coûts d'un parc de production composé à 80 % d'unités nucléaires, est largement inférieur aux prix pouvant être obtenus sur les marchés de gros par les nouveaux entrants. Ces derniers ne peuvent donc pas s'aligner sur les conditions d'EDF.

11. Ce ciseau tarifaire est la cause principale du sous-développement de la concurrence dans le secteur électrique français.

12. Or, les outils classiques du droit de la concurrence, mis en œuvre dans la décision *Direct Énergie*⁶, n'ont à ce jour pas permis d'y remédier. On se souvient en effet que cette affaire ne concernait que le ciseau tarifaire rencontré sur le segment des clients petits professionnels ayant opté pour une offre au prix de marché. Les engagements rendus obligatoires en l'espèce par l'Autorité de la concurrence ne concernaient pas la problématique du ciseau entre les prix de gros et les tarifs réglementés⁷.

13. Dans son avis sur le projet de loi NOME, l'Autorité pousse plus loin son analyse en soulignant l'absence d'autonomie d'EDF quant à la fixation des tarifs réglementés, ce dont on déduit qu'EDF ne serait pas responsable du ciseau tarifaire auquel ces tarifs contribuent⁸. Cette conclusion n'est pas si évidente qu'il n'y paraît. On rappellera que dans sa décision *Deutsche Telekom*, récemment confirmée par la CJUE⁹, la Commission européenne ("la Commission") expose que le caractère réglementé des deux branches d'un ciseau tarifaire n'exclue pas la qualification d'abus lorsque l'opérateur dominant dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour fixer au moins une de ces branches et est ainsi en position de remédier au ciseau tarifaire.

14. Toujours est-il que l'AdIC n'est pas la seule à s'être penchée sur les conditions d'ouverture du marché français de l'électricité. Le 12 décembre 2006, la Commission a adressé un avis motivé à la France pour transposition incorrecte des directives "électricité" en critiquant la persistance de tarifs réglementés pour les clients professionnels¹⁰. Ces tarifs font en outre l'objet d'une procédure d'enquête au titre des aides d'État, initiée en juin 2007¹¹.

15. Voyant les nuages s'accumuler dans le paysage électrique français, le gouvernement a confié à une commission présidée par M. Paul Champsaur le soin de faire des propositions pour un meilleur développement de la concurrence. Le rapport de cette commission¹² confirme la nécessité d'une régulation *ex ante* et propose, entre autres solutions envisagées, la mise en place d'un accès régulé des tiers à la production d'origine nucléaire d'EDF avec maintien des tarifs régulés pour les clients résidentiels.

16. C'est ce mécanisme qui a été repris par le gouvernement dans le projet de loi déposé le 14 avril 2010 et adopté après huit mois d'intenses débats.

3 V. AdIC, déc. n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France, pt 21 ; avis précité du 17 mai 2010, pt 19.

4 Selon les estimations de la Commission de régulation de l'énergie (ci-après "CRE"), le prix moyen de l'électricité de base sur le marché de gros serait compris, en 2011, entre 55 et 60 euros le mégawattheure (ci-après, "€/MWh"). Or, le coût du ruban implicite, tel qu'il est pris en compte dans les tarifs réglementés applicables aux clients résidentiels et petits professionnels (tarifs "bleus") est égal, en moyenne, à 35 €/MWh toujours selon la CRE.

5 CRE, "Observatoire des marchés", 3^e trimestre 2010, p. 8.

6 AdIC, déc. n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France, pt 21.

7 Déc. 07-D-43 précitée, pt. 128.

8 AdIC, avis n° 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, pt 29.

9 Comm. UE, déc. n° 2003/707/CE, aff. 37.451, 37.478 et 37.479 du 21 mai 2003, JOUE n° L263, 14 oct. 2003 ; CJUE, 2^e ch., 14 oct. 2010, aff. C-280/08 P, *Deutsche Telekom*.

10 IP/06/1768.

11 IP/07/815 et IP/09/376.

12 Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité, présidée par Paul Champsaur, avril 2009.

II. Contenu de la régulation

17. La loi NOME vise à remédier au ciseau tarifaire qui prévaut sur les marchés de la fourniture d'électricité en mettant en place un accès régulé à l'électricité nucléaire historique ("ARENH") (1.) tout en réformant les tarifs réglementés (2.). Elle crée en outre certaines incitations à l'investissement dans les moyens de production (3.).

1. Ouverture encadrée à l'amont : L'ARENH

18. La loi offre à tout fournisseur d'électricité, jusqu'au 31 décembre 2025, un droit d'accès à l'électricité dite "nucléaire historique", à savoir l'électricité produite par les centrales nucléaires existant au moment de l'entrée en vigueur de la loi¹³. La destination de l'électricité achetée est strictement encadrée, de même que son volume et son prix, dont la combinaison s'avérera cruciale pour la résorption du ciseau.

1.1. Destination de l'électricité achetée

19. L'électricité issue de l'ARENH peut être utilisée pour alimenter des clients finals, résidentiels ou non¹⁴, à l'exclusion de toute activité de négoce. L'ARENH est en outre conçu pour ne bénéficier qu'à des clients situés sur le territoire métropolitain continental, et ce, pour une raison claire : la France ne souhaite pas partager sa rente nucléaire avec le reste de l'Europe, qui n'a pas investi autant qu'elle dans cette énergie. La compatibilité de ce choix avec les règles du marché intérieur est toutefois incertaine. En effet, même si la Commission semble avoir informellement rassuré le gouvernement et le Parlement sur ce point¹⁵, le débat n'est peut-être pas totalement clos, et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, il n'est pas dit que la Commission ait approuvé sans réserve ce dispositif qui s'apparente à une clause de destination. D'autre part, même en l'absence d'initiative de la Commission, rien ne permet d'exclure que la CJUE puisse se trouver saisie par voie préjudicielle à l'occasion d'un contentieux ultérieur portant sur l'application du dispositif.

20. À cet égard, il faut souligner que le fait d'utiliser l'électricité issue de l'ARENH à d'autres fins que celles qui ont été prises en compte pour le calcul des volumes accordés

entraîne de lourdes conséquences pour les opérateurs¹⁶. La loi prévoit tout d'abord un complément de prix à payer sur l'énergie ainsi utilisée, destiné à combler la différence entre le prix de l'ARENH et le prix de marché.

21. Ce complément sera ensuite majoré en fonction de l'ampleur de l'écart constaté. Cette majoration, qui s'analyse comme un instrument de dissuasion contre les abus du recours à l'ARENH, pose deux questions. La première consiste à savoir si elle sera versée à EDF au même titre que le complément de prix lui-même. Une telle option serait discutable, car elle conférerait un avantage injustifié à l'opérateur historique, comme l'a relevé l'Adic¹⁷. La seconde question tient à la justification du complément dans un contexte où la CRE pourra également infliger des sanctions pécuniaires aux fournisseurs ayant intentionnellement détourné l'ARENH de sa finalité¹⁸. On peut se demander si cette sanction administrative ne suffit pas à elle seule à prévenir les abus.

22. Il faut souligner que l'élaboration de prévisions de consommations pour des entreprises dont l'activité est émergente est un exercice particulièrement délicat et des écarts sont inévitables. Une répression excessive pourrait conduire les entreprises à des stratégies conservatrices peu compatibles avec l'exigence d'ouverture rapide du marché.

1.2. Volumes accordés

23. Le volume maximum concerné par l'ARENH sera fixé par arrêté après avis de la CRE en fonction du développement de la concurrence¹⁹. Il ne pourra excéder 100 térawattheures, soit environ un quart de la production nucléaire d'EDF.

24. La CRE calculera chaque année le volume maximal accessible à chaque fournisseur puis leur notifiera, au cours de l'année, les volumes effectivement cédés²⁰. Ces volumes seront calculés en fonction des caractéristiques et des prévisions d'évolution de la consommation du portefeuille de clients de l'opérateur et de la part de production nucléaire incluse dans cette consommation²¹.

25. L'ajustement des quantités livrées aux besoins réels des fournisseurs pour une période donnée est un exercice complexe. Il est pourtant crucial pour la résorption du ciseau tarifaire. En effet, comme l'explique M. de Ladoucette dans sa contribution, tout écart entre la partie du ruban couverte par l'ARENH et les besoins réels du fournisseur donnera

13 Ce qui exclut les futurs EPR de Flamanville et de Penly. Les autres moyens de production de base et en particulier les centrales hydroélectriques au fil de l'eau sont exclus du dispositif pour des raisons multiples (difficulté d'un prix unique pour des moyens présentant des structures de coûts différents, redevance de 24 % déjà applicable à l'hydroélectrique, concurrence existant déjà au niveau de l'attribution des concessions).

14 S'agissant des professionnels dont la puissance souscrite est supérieure à 36kVA, seuls les contrats conclus ou renégociés après la promulgation de la loi pourront être pris en compte (loi du 10 février 2000, art. 4-1. – IV). Il s'agit d'éviter que l'ARENH ne soit utilisé pour alimenter des clients payant un prix reflétant l'achat de la base au prix de marché.

15 Un échange de lettres a eu lieu entre Mme Nellie Kroes et le Premier ministre le 15 juin 2009. V. Rapport n° 2557 fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi NOME par M. Jean-Claude Lenoir, 26 mai 2010, p. 62. V. également le rapport n° 2446 de M. Philippe Marini au nom de la Commission des finances du Sénat, p. 18. Le rapport Champsaur fait également allusion aux assurances fournies par les représentants de la Commission auditionnés par la Commission (p. 14).

16 Loi n° 2000-108 du 10 février 2000, art. 4-1 - V.

17 Avis n° 10-A-08 précité, pt 179.

18 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 40 1°).

19 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4-1. – II. Certains ajustements des volumes cédés sont prévus pour tenir compte des quantités livrées au consortium Exeltium et celles que le fournisseur pourrait négocier de gré à gré avec EDF. Un ajustement à la hausse interviendra en revanche pour tenir compte des quantités fournies aux gestionnaires de réseaux pour leurs pertes.

20 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4-1. – III.

21 Ibid, alinéa 2. De façon transitoire et jusqu'au 31 décembre 2015, le calcul de ce volume tient compte, à certaines conditions, des catégories et du profil de consommation des clients du fournisseur.

lieu à un approvisionnement complémentaire sur le marché de gros. En renchérissant ses coûts, il désavantagera ce fournisseur par rapport à EDF.

26. Sur ce point, relevons que jusqu'au 31 décembre 2015, comme le prévoit le texte, afin de refléter la modulation de la production des centrales nucléaires, le calcul du volume accordé aux fournisseurs tiendra compte à certaines conditions “des catégories et du profil de consommation des clients du fournisseur”²². On peut en déduire que la CRE aura la possibilité, pendant cette période et pour un prix de l'ARENH donné, de calculer les volumes en fonction des catégories de clients d'un fournisseur de façon à minimiser le risque de ciseau tarifaire sur chacune de ces catégories. Après le 31 décembre 2015, la prise en compte des coûts du parc nucléaire dans le prix de l'ARENH et la mise en cohérence des tarifs réglementés avec celui-ci devraient rendre ces ajustements moins primordiaux.

1.3. Prix

27. Le futur prix de l'ARENH constitue la pierre angulaire de la réforme et, de façon peu surprenante, l'aspect le plus débattu. Le gouvernement a d'ores et déjà demandé à M. Paul Champsaur d'y travailler.

28. Sur le plan formel, le prix sera fixé par arrêté conjoint des ministres chargés de l'Énergie et de l'Économie, après l'avis motivé de la CRE dans un premier temps puis, après trois ans, sur proposition de celle-ci²³. Il sera réexaminé chaque année.

29. Si l'objectif de ce calcul est clairement fixé par la loi (mettre les fournisseurs dans une situation équivalente à celle d'EDF tout en tenant compte de l'ensemble des coûts supportés par cette dernière²⁴), sa réalisation n'est pas des plus aisées. Le premier travail consistera à identifier les coûts d'EDF devant intervenir dans le calcul. La loi se limite ici à fixer des catégories de charges²⁵ dont le détail sera identifié selon une méthode fixée par décret en Conseil d'État²⁶. La CRE pourra préciser ces règles sur la base de documents dont elle pourra exiger la production auprès d'EDF²⁷.

30. Cette collecte d'informations sur les coûts du parc nucléaire prendra du temps. Dans l'attente de ces résultats, l'ARENH sera initialement fixé “en cohérence” avec le TARTAM²⁸, dont on sait qu'il est bien supérieur au niveau des tarifs réglementés proprement dits²⁹. On en déduit que le

22 *Ibid.*, art. 4-1. – III. alinéa 2.

23 Loi du 10 février 2000, art. 4-1. – VII.

24 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4-1. – I. et II.

25 Rémunération des capitaux, coûts d'exploitation, coûts des investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée de l'autorisation de l'exploitation, coûts prévisionnels liés aux charges pesant à long terme sur les exploitants des installations nucléaires (gestion des déchets radioactifs).

26 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4-1. – X.

27 *Ibid.*, art. 37 7° et 4-1. – VII.

28 *Ibid.*, art. 4-1. – VII. dernier alinéa.

29 Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, art. 30-1.

législateur a renoncé à garantir la résorption immédiate du ciseau tarifaire entre les prix de gros et ces tarifs. Toutefois, la marge de manœuvre dont pourrait disposer la CRE pour ajuster les volumes livrés en fonction des catégories et profils de clients (voir ci-dessus), pourrait permettre de tendre vers cette résorption.

2. Dérégulation maîtrisée à l'aval : La réforme des tarifs réglementés³⁰

31. L'objectif du législateur était ici double : il convenait de garantir l'absence de ciseau tarifaire en mettant ces tarifs en cohérence avec le prix de l'ARENH tout en mettant fin aux procédures communautaires visant les tarifs pour les professionnels.

32. S'agissant de ce dernier point, la loi programme la suppression du TARTAM pour le lendemain de la mise en place effective de l'ARENH³¹. Elle fixe en outre au 1^{er} janvier 2016 celle des tarifs réglementés pour les professionnels ayant souscrit une puissance supérieure à 36 kVA (tarifs “jaune” et “vert”)³². D'ici à cette date, les consommateurs qui n'auront pas souscrit à une offre de marché continueront à bénéficier de ces tarifs. Pour les autres, la réversibilité sera possible après une période d'un an. Le bénéfice de ces tarifs sera en toute hypothèse supprimé le 1^{er} janvier 2016 pour les sites raccordés au réseau métropolitain continental.

33. La loi maintient en revanche les tarifs réglementés pour les clients résidentiels et les petits professionnels, qui auront droit à la réversibilité sans condition. À partir du 8 décembre 2015, la CRE sera compétente pour proposer le niveau de ces tarifs au ministre (elle ne rend pour l'instant qu'un avis).

34. La mise en cohérence de ces tarifs avec le prix de l'ARENH ne se fera que progressivement jusqu'au 31 décembre 2015³³. Ici encore, le législateur a renoncé à garantir la résorption immédiate du ciseau tarifaire auquel contribuent les tarifs bleus même si, comme on l'a indiqué, le jeu combiné du prix de l'ARENH, son volume et l'ajustement possible aux profils de consommation pourraient permettre de l'exclure sinon de le minimiser.

3. Traitement inachevé des questions d'investissement

35. Le législateur faisait face à deux impératifs en matière d'investissement.

36. Le premier tenait à la nécessité d'assurer les dépenses à venir pour étendre la durée de vie du parc existant d'EDF et, sur le plus long terme, pour renouveler celui-ci. La loi dispose à cette fin qu'en 2015 et en 2020 le gouvernement

30 Sur ces tarifs, voir la rubrique Tendances précitée, note 2.

31 Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, art. 30-1.

32 Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 66. – III.

33 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4 II.

pourra proposer au parlement “d’associer les fournisseurs aux investissements de prolongation de la durée d’exploitation des centrales nucléaires”³⁴, ce qui entraînera leur prise en compte dans le prix de l’ARENH³⁵, et d’intégrer dans le prix de l’électricité pour les consommateurs finals “les coûts de développement de nouvelles capacités de production d’électricité de base et de mettre en place un dispositif spécifique permettant de garantir la constitution des moyens financiers appropriés pour engager le renouvellement du parc nucléaire”³⁶.

37. L’AdIC a critiqué ces dispositions qui sont source d’instabilité du dispositif et créent un manque de visibilité préjudiciable aux nouveaux entrants³⁷. Au-delà, on peut s’interroger sur les contreparties qui pourraient être demandées par les nouveaux entrants pour contribuer ainsi à maintenir et à étendre un parc de production dont EDF détient le monopole³⁸.

38. Le second impératif imposé au législateur, non moins crucial dans une optique de libre concurrence, consistait à encourager les nouveaux entrants à se doter de moyens de production permettant de concurrencer efficacement EDF à l’expiration de la période régulée.

39. Sur ce point, la loi n’est pas totalement satisfaisante. Elle se borne à imposer aux fournisseurs, sous peine de sanction, des garanties de capacité de production nécessaires pour assurer, particulièrement en période de pointe, l’équilibre offre/demande³⁹. Ce mécanisme, qui prévoit des échanges possibles de certificats de capacité et donc la création d’un marché secondaire, incitera certes les opérateurs à investir dans leurs propres moyens de production afin d’en tirer le meilleur parti. Toutefois, comme l’a relevé l’Autorité, ces investissements s’orienteront plus probablement vers les moyens de production de pointe moins coûteux⁴⁰. La question de l’investissement des nouveaux entrants dans les moyens de base est donc laissée ouverte.

40. On l’aura compris, la loi NOME fixe un cadre, mais ne constitue que le premier acte de l’ouverture du marché, de nombreuses problématiques ne trouveront en effet leur réponse qu’avec les décrets et arrêtés d’application. La Commission ne s’y est d’ailleurs pas trompée en indiquant que si la loi va “au moins clarifier au plan juridique” la position française, en revanche, “en pratique, on ne sait pas ce que ça va donner”⁴¹. Il faut donc attendre encore un peu... La préparation de ces textes est en cours, et fait d’ailleurs l’objet d’une consultation avec les parties intéressées. Le ministre de l’Énergie a indiqué mi-janvier que “l’objectif est bien que le dispositif soit pleinement déterminé dans trois mois, en vue d’une mise en œuvre au plus tard au 1^{er} juillet 2011”⁴². Rendez-vous est donc pris pour le prochain acte (qui ne sera sans doute pas le dernier). ■

34 Loi du 10 février 2010 précitée, art. 3-1 VIII, 6°).

35 Comme le souligne l’exposé des motifs du projet de loi.

36 Loi du 10 février 2010 précitée, art. 3-1 VIII, 7°).

37 Pts 116-124.

38 On peut imaginer que cette contribution s’accompagne d’une prise de participation dans ces moyens de production, ce dernier scénario ayant été régulièrement soutenu au cours des débats parlementaires (v. Sénat, rapport n° 643 rédigé par M. Ladislav Poniatowski au nom de la commission de l’économie, du développement durable et de l’aménagement du territoire, 7 juillet 2010, p. 39-40).

39 Loi du 10 février 2000 précitée, art. 4-2.

40 V. spéc. pts 197 et 209.

41 Propos tenus par Mme Anne Houtman, chef de la représentation en France de la Commission européenne, lors du colloque “Nome an 1”, organisé à Paris par le Club Énergie & Développement et rapportés par *Enerpresse*, 19 janvier 2011, p. 1.

42 *Ibid.*

NOME acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

UNE OPPORTUNITÉ POUR OUVRIR LE MARCHÉ FRANÇAIS DE L'ÉLECTRICITÉ

Philippe de LADoucETTE

Président de la Commission de régulation de l'énergie

1. Le nouveau cadre de régulation offert par la loi dite "NOME" constitue sans nul doute l'un des changements majeurs de l'organisation du marché français de l'électricité de ces dernières années.

2. Il ne semble pas inutile, en cette période de mise en place de ce nouveau dispositif, d'apporter l'éclairage du régulateur de l'énergie en France sur un sujet qui va amplement occuper son activité dans les mois et les années qui viennent.

3. Le contexte européen qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité dite loi "NOME" est bien connu. La Commission européenne a ouvert, en 2007, une procédure d'enquête approfondie au titre des aides d'État qui a porté sur le maintien des tarifs réglementés de vente de l'électricité et notamment du tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché dit "TaRTAM" applicables aux grandes et moyennes entreprises. Cette enquête se situe également dans le prolongement de la procédure engagée par la Commission en 2006 sur la question de la transposition en droit français de la directive 2003/54 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

4. En substance, la Commission estimait que les entreprises grandes ou moyennes bénéficiaient de manière illimitée de prix réglementés inférieurs aux prix de marché par le biais des offres du fournisseur historique. Un tel avantage constituant, à ses yeux, une aide d'État.

5. Elle constatait également qu'en l'état actuel des coûts de production du parc nucléaire historique, non seulement l'existence du système des tarifs réglementés mais également l'insuffisance de l'accès des concurrents d'EDF à des sources d'électricité aussi compétitives que le parc électronucléaire historique constituaient des obstacles au développement de la concurrence sur le marché de détail de l'électricité.

6. L'objectif, aujourd'hui poursuivi, par la loi NOME, est d'abord de répondre très directement aux procédures engagées par la Commission européenne et d'y mettre fin. D'une certaine façon, son adoption par le Parlement traduit le fait que l'organisation du marché de l'électricité,

telle qu'elle a été conçue par les directives européennes et notamment par la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003, et transposée en France par six textes de loi successifs, ne permet pas une ouverture effective du marché dans la mesure où EDF, opérateur historique du marché, se trouve en situation de quasi-monopole sur le secteur de la production d'électricité en France.

7. Dans ce contexte, la loi NOME, issue des travaux de la Commission Champsaur, ambitionne de fixer un nouveau cadre d'organisation du marché permettant de concilier trois priorités.

8. Prenant acte des procédures en cours et du "diagnostic" opéré par la Commission européenne, la loi NOME fixe, comme première priorité, celle de permettre un accès à la production d'électricité d'origine nucléaire à l'ensemble des fournisseurs alternatifs.

9. Plus précisément, il s'agit de donner aux fournisseurs alternatifs un droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (dit "ARENH") de manière transitoire et limité en volume à des conditions équivalentes à celles dont bénéficie le fournisseur historique EDF.

10. Le pari de la loi NOME est de permettre l'accès à la production de l'électricité nucléaire pour les fournisseurs alternatifs afin de permettre une vraie concurrence en aval et sur tous les segments de clientèle, particuliers et professionnels.

11. En second lieu, la loi vise à permettre la préservation de l'outil industriel que constitue l'existence d'un parc nucléaire. Il est, en effet, indispensable que cet accès à l'électricité nucléaire préserve l'outil industriel que constitue le parc nucléaire historique d'EDF. Il s'agit d'assurer le financement du parc existant en permettant à EDF de sécuriser ses engagements à long terme pour le démantèlement et la gestion des déchets et également de réaliser les investissements nécessaires à l'allongement de la durée d'exploitation des réacteurs de son parc historique.

12. Enfin, le dernier objectif est le maintien en France de prix compétitifs pour les consommateurs finals.

13. L'objet de ce propos est donc d'apporter l'éclairage du régulateur sur les enjeux de ce dispositif et notamment sur les conditions pour atteindre les trois priorités assignées par le législateur à l'ARENH.

I. Les trois piliers du dispositif ARENH

14. L'efficacité de l'accès à l'ARENH par les fournisseurs alternatifs est subordonnée au dimensionnement correct du dispositif de l'ARENH pour lequel le régulateur français est amené à jouer un rôle essentiel.

15. Un dimensionnement optimal du dispositif repose en réalité sur trois piliers : un volume d'ARENH assurant l'égalité des acteurs du marché de l'énergie, un prix de l'ARENH reflétant les conditions économiques de production de l'électricité issue des centrales nucléaires et, enfin, une nouvelle architecture des tarifs réglementés favorisant l'émergence des offres alternatives.

1. Un volume de l'ARENH pour chaque fournisseur permettant une égalité des acteurs du marché de l'électricité

16. L'objectif poursuivi par le législateur ne manque pas d'ambition. Le volume global d'ARENH à répartir entre les fournisseurs sera au plus égal à 100 TWh, soit près de 30 % de la production nucléaire française annuelle, qui sera augmenté progressivement à partir du 1^{er} août 2013 en prenant en compte les quantités d'électricité fournies aux gestionnaires de réseau pour l'achat de leurs pertes.

17. S'agissant du partage de cette production entre les acteurs, la loi prévoit que les volumes d'énergie, qui seront attribués par la CRE à chaque fournisseur au prix ARENH, que l'on peut appeler "part ARENH", seront calculés sur les prévisions d'évolution du portefeuille de clients de chaque fournisseur. La part "ARENH" correspond donc à un certain pourcentage de la consommation d'électricité annuelle de ce portefeuille.

18. Ce calcul du volume est un élément central du dispositif dans la mesure où il ne doit pas créer de distorsion de concurrence entre les fournisseurs alternatifs et EDF. À titre d'exemple, si l'on attribue au portefeuille d'un fournisseur alternatif une part ARENH représentant 60 % de la consommation de son portefeuille mais que, par ailleurs, EDF utilise pour ses propres clients 70 % d'électricité nucléaire historique pour fournir ce même portefeuille de clients, il en résultera un avantage compétitif évident pour le fournisseur historique, car cela obligerait le fournisseur alternatif à faire appel au marché pour 10 % de plus qu'EDF. Inversement, si le fournisseur alternatif bénéficiait au titre de ce même portefeuille d'une part ARENH de 80 %, c'est EDF qui supporterait le surcoût.

19. Le développement de la concurrence effective dépend donc de la "part ARENH" qui sera attribuée à chaque fournisseur en fonction des caractéristiques de son portefeuille.

2. Un prix de l'ARENH reflétant les conditions économiques de production de l'électricité des centrales nucléaires

20. S'agissant de la question du prix de l'ARENH, la presse nationale s'est fait l'écho des diverses opinions exprimées par les opérateurs, et le régulateur a, lui-même, été invité à deux reprises par les commissions parlementaires compétentes pour s'exprimer sur ce sujet.

21. Au-delà d'une discussion sur un niveau de prix, le débat mérite aujourd'hui d'être clarifié sur les grands principes applicables à la détermination du prix de l'ARENH.

22. Le premier grand principe, qui ne prête guère à discussion, c'est le but poursuivi par le législateur. Le prix de l'ARENH doit mettre les fournisseurs alternatifs et l'opérateur historique sur un pied d'égalité en matière d'accès à l'électricité produite par les centrales nucléaires. C'est ce qu'indiquent clairement les dispositions du VII de l'article 4-1 de la loi du 10 février 2000 telles que modifiées par la loi du 7 décembre 2010 qui disposent que ce prix est "*représentatif des conditions économiques de production d'électricité par les centrales [nucléaires] sur la durée du dispositif [...]*".

23. Le second grand principe, c'est celui d'un prix construit par addition des coûts et reposant sur une méthode de coût courant économique. À cet égard, la loi précise que ce prix, réexaminé chaque année, tient compte de l'addition des coûts suivants : les coûts d'exploitation des centrales, les coûts d'investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée d'autorisation d'exploitation, les coûts prévisionnels de démantèlement des centrales et de gestion des déchets et, enfin, le coût de rémunération des capitaux immobilisés. Le prix de l'ARENH repose donc sur une méthode de coût courant économique, mais qui exclut très clairement les coûts liés au renouvellement du parc nucléaire.

24. Compte tenu des prochains résultats des travaux de la mission Champsaur, demandée par le gouvernement, il n'est nullement ici question d'aller plus avant dans la discussion sur les niveaux des diverses composantes du prix de l'ARENH, mais il faut souligner d'emblée que le poids respectif de ces diverses composantes dans le calcul du prix n'est pas équivalent. On pense immédiatement, par exemple, à l'enjeu que représente la détermination de l'assiette des capitaux immobilisés à rémunérer, c'est-à-dire la valeur des actifs nucléaires historiques à prendre en compte ou bien encore au montant et au mode de prise en compte des investissements de prolongation de la durée d'exploitation des centrales.

25. Le troisième grand principe est relatif à la fixation initiale du prix de l'ARENH. La loi dispose que le prix initial est fixé "*en cohérence*" avec le TaRTAM tel qu'il existe à la date

du 31 décembre 2010. De la notion de cohérence, diverses interprétations ont été données.

26. Ce prix initial dépend essentiellement des prix de marché retenus, du portefeuille de clients au TaRTAM, et de la quantité d'ARENH concernée.

27. La déclinaison de ces grands principes suscite aujourd'hui des discussions légitimes, mais il reviendra au régulateur d'émettre un avis sur le prix de l'ARENH. Il le fera en étant fidèle au texte et en gardant à l'esprit que le prix de l'ARENH conditionnera non seulement l'accès immédiat à la production d'électricité d'origine nucléaire, mais également la trajectoire future des tarifs réglementés.

3. Une architecture nouvelle des tarifs réglementés

28. Le dernier pilier de ce dispositif ARENH repose, précisément, sur une architecture nouvelle des tarifs réglementés. La création de l'ARENH emporte en effet deux évolutions majeures sur les tarifs réglementés d'électricité.

29. La première conséquence de l'adoption du dispositif ARENH, est la disparition immédiate du TaRTAM et l'extinction progressive des tarifs réglementés de vente de l'électricité pour les grandes et moyennes entreprises (les actuels tarifs "vert" et "jaune").

30. Ce point répond à la demande de la Commission européenne et vise à mettre fin aux procédures en cours contre la France sur le fondement des aides d'État et du manquement lié à l'insuffisante transposition des directives européennes.

31. En outre, pour les plus gros consommateurs, le maintien des tarifs réglementés de vente n'apparaît plus nécessaire dès lors que la concurrence permettra de leur garantir un prix de l'électricité reflétant la compétitivité du parc de production à laquelle les fournisseurs ont accès par le dispositif régulé.

32. Cette disparition est assortie d'une modification des dispositions de la loi du 13 juillet 2005 par la loi NOME en permettant de consacrer le principe dit de "réversibilité" pour les consommateurs, y compris, sous certaines conditions, les consommateurs souscrivant une puissance supérieure à 36 kVA. Cette disposition est indéniablement de nature à renforcer les conditions de concurrence en sécurisant le consommateur, assuré de retourner s'il le souhaite au tarif.

33. La deuxième évolution majeure tient aux nouvelles modalités de construction des tarifs réglementés. Les tarifs réglementés seront désormais fixés par l'addition de tous les coûts liés à la fourniture de l'électricité à ce tarif au consommateur final.

34. L'article 13 de la loi du 7 décembre 2010 décline cette règle en précisant que *"dans un délai s'achevant au plus tard le 31 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont progressivement établis en tenant compte de l'addition du prix régulé à l'électricité nucléaire historique [le prix de l'ARENH], du coût du complément de fourniture d'électricité*

qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération normale".

35. L'application de ce principe constitue, à n'en pas douter, un élément structurant de réussite du dispositif. Pour que la concurrence se développe de manière effective sur l'ensemble des segments de clientèle, y compris les particuliers et les "petits professionnels", les tarifs réglementés de vente doivent intégrer le prix de l'ARENH et reposer sur le principe d'empilement des coûts.

36. Toutefois, la CRE et l'Autorité de la concurrence ont souligné qu'en prévoyant un délai de cinq ans pour la mise en œuvre de ce principe, l'efficacité du dispositif était nécessairement amoindrie.

II. Le rôle pivot de la CRE : Une mécanique en deux temps

37. Force est donc de constater à la lecture de quelques éléments précités que la réussite du dispositif ARENH repose largement sur des modalités techniques sur lesquelles le régulateur est amené à travailler depuis de nombreuses semaines.

1. La CRE : Cheville ouvrière de la mise en place du dispositif ARENH

38. La CRE est, aujourd'hui, impliquée très fortement dans la mise en place de la nouvelle organisation du marché électrique.

39. Il convient de souligner qu'en sa qualité d'autorité de régulation, la CRE a joué pleinement son rôle dans le processus qui a conduit à l'adoption du texte par le Parlement. Sans être membre de la Commission Champsaur -ce qui aurait nécessité l'inclusion de l'ensemble du collège de la CRE au sein de cette commission. - elle a été auditionnée et a pu exprimer son opinion propre.

40. Elle a été associée aux travaux conduits par le Parlement, sans être saisie formellement du projet de la loi, ce qui n'est pas prévue par les textes en vigueur. Dans les prochaines semaines, elle sera amenée, selon les cas, à rendre un avis ou à bien à proposer les textes de mise en œuvre de la loi NOME dont, au surplus, beaucoup de commentateurs ont estimé qu'ils constituaient la pierre angulaire de la réussite de la loi NOME.

41. La loi du 7 décembre 2010 précise ainsi que le décret d'application du dispositif de l'ARENH sera pris après avis de la CRE. Elle indique également que la CRE sera chargée de proposer au ministre de l'Énergie un arrêté définissant les conditions dans lesquelles s'effectue la vente de l'ARENH. Enfin, la CRE rendra son avis sur les modalités de calcul du complément de prix devant être versé par les fournisseurs qui auraient obtenu des droits supérieurs aux droits correspondant à la consommation constatée de leur portefeuille de clientèle.

42. Au-delà des textes d'application, la CRE aura un rôle central de mise en œuvre du dispositif lui-même.

2. La CRE et la régulation des tarifs

43. En premier lieu, l'article 1^{er} de la loi du 7 décembre 2010 prévoit une période transitoire de trois ans au cours de laquelle la CRE donnera un avis sur le prix de l'ARENH fixé par le ministre. D'aucuns regretteront peut-être cette phase transitoire qui octroie au régulateur un strict pouvoir consultatif, mais l'expérience passée de la CRE démontre que les avis du régulateur ont un poids de plus en plus importants et sont examinés attentivement par les différents acteurs du marché et par la Commission Européenne. Passé ce délai, c'est la CRE qui proposera le prix de l'ARENH. Cela constitue naturellement une nouvelle responsabilité pour le régulateur.

44. Au-delà du prix de l'ARENH, la CRE sera également pleinement en charge - à partir de 2016 - de fixer l'ensemble des tarifs réglementés de vente par le biais d'une proposition motivée adressée aux ministres compétents et qui sera réputée acquiescée en l'absence d'opposition de l'un ou l'autre dans un délai de trois mois suivant la réception de la proposition.

45. La lecture de ces traits marquants du dispositif ARENH souligne, à l'évidence, la responsabilité éminente du régulateur français dans la réussite de ce nouveau modèle d'organisation du marché de l'électricité en France.

46. Pour la CRE, l'adoption de la loi NOME traduit également la confiance du législateur dans le travail entamé par le régulateur depuis l'ouverture du marché et, d'une certaine façon, la reconnaissance du sérieux de son expertise.

On ajoutera, enfin, que l'année 2011 sera une année riche pour les équipes de la CRE, non seulement pour permettre la mise en œuvre dans les meilleures conditions de la loi NOME, mais également pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions du 37^e paquet énergie qui constitue le deuxième chantier majeur du régulateur. ■

NOME acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

LES ARBITRAGES DE LA LOI NOME

Simon GENEVAZ

Chef adjoint du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence

1. Avec la loi sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité ("NOME"), la France assume l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité. Cette ouverture reste encadrée et particulière : si la loi programme, en aval, la disparition de certains tarifs réglementés de vente, elle prévoit en revanche, en amont, de donner aux nouveaux fournisseurs un droit de tirage sur le parc nucléaire d'EDF à un tarif de gros réglementé⁴³. La France se caractérise en effet par l'importance de sa production nucléaire, contrôlée par EDF, capable de couvrir la grande majorité de la demande nationale à un coût plus faible que celui de la plupart des autres techniques de production. En réorganisant de la sorte les secteurs de la production et de la vente d'électricité, la France s'engage dans un exercice d'organisation des marchés électriques libéralisés auquel se sont essayés plusieurs États avant elle, avec des résultats parfois satisfaisants et parfois désastreux.

2. Dans notre cas, cet exercice est imposé, puisque l'initiative de la loi NOME est indirectement imputable à plusieurs procédures engagées par la Commission européenne contre le régime tarifaire français : une procédure en manquement pour défaut de transposition de la directive électricité n° 2003/54, qui reproche à la France d'entraver l'ouverture des marchés de détail en offrant des tarifs réglementés inférieurs aux prix du marché libre⁴⁴ et deux procédures au titre des aides d'État, à l'encontre des tarifs applicables aux grandes et moyennes entreprises et du TarTAM⁴⁵. Aussi, quelles que soient les critiques qu'il est possible d'adresser à la loi NOME, force est de constater que l'exécutif et le législateur ont dû élaborer la loi en composant avec un cadre européen à la fois contraignant et lacunaire (I.). Au carrefour de plusieurs influences (II.), la loi NOME matérialise les arbitrages du législateur pour la naissance d'un nouveau modèle de marché (III.).

I. Une libéralisation lacunaire

3. La libéralisation du secteur de l'électricité consiste à distinguer les secteurs concurrentiels, la production et la vente, des secteurs qui continuent de fonctionner sous un

régime de monopole légal, le transport et la distribution. La transition d'anciens monopoles légaux à des marchés concurrentiels dans la production et la vente d'électricité appelle des mesures d'accompagnement. Les textes européens traitent cependant à cet effet davantage de l'aval que de l'amont : alors que les directives européennes ont organisé, en l'aval, une ouverture progressive des marchés, en l'amont, en revanche, elles postulent l'ouverture à la concurrence sans organiser de transition particulière entre le monopole légal et le marché libre. Or l'émergence de fournisseurs alternatifs viables est tributaire de leur accès à des capacités adéquates de production ou à un marché de gros suffisamment liquide et concurrentiel pour couvrir leurs besoins. La structure concurrentielle des marchés de la production, composante essentielle du processus de libéralisation⁴⁶, a néanmoins été largement délaissée par les textes européens.

4. Cette lacune est problématique à deux égards. Premièrement, à l'heure de l'ouverture des marchés, tous les opérateurs ne disposent pas des mêmes parcs de production. En France, le marché est alimenté pour près de 80 % de la demande par la production nucléaire d'un parc largement amorti et produisant actuellement à un coût marginal inférieur aux autres moyens de production. Or, le parc nucléaire est contrôlé par EDF, seule entreprise capable de vendre de l'électricité à un prix inférieur au niveau observé sur le marché de gros, sur lequel doivent pourtant s'approvisionner ses rivaux. S'abstenir de traiter les conséquences économiques qui découlent de cette inégalité handicape le développement de la concurrence en aval. En effet, parmi les coûts couverts par le prix final de l'électricité celui de la production est le plus important⁴⁷, et on ne peut donc libéraliser les activités de vente en éludant la question de l'accès des nouveaux fournisseurs à un parc de production compétitif. L'ouverture du marché aval, en l'état des textes européens, ne pouvait donc qu'être bancale en faisant s'affronter les nouveaux fournisseurs, dépendants du marché de gros, au fournisseur historique, seul opérateur suffisamment intégré pour déconnecter sa structure de coût des prix du marché de gros.

43 Il s'agit de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, ou "ARENH".

44 MEMO/06/481, 12 décembre 2006, *The Commission to act over EU energy markets*.

45 Procédure aide d'État n° C 17/07, JOCE du 18 juillet 2007, n° C-164/9 et extension, JOCE du 25 avril 2009, n° C-96/18.

46 Paul L. Joskow, "Lessons Learned From Electricity Market Liberalization", *The Energy Journal*, 2008, p. 12.

47 Le prix final de l'électricité couvre schématiquement trois coûts : l'énergie (c'est-à-dire la production), le coût du transport/distribution et le coût de commercialisation.

5. Deuxièmement, en éludant la question de l'inégalité des États membres dans la composition de leurs parcs de production, les textes communautaires ne se donnent pas les moyens de réaliser un marché unique de l'électricité. Cette lacune renvoie également à la question du nucléaire : alors que la France a investi massivement dans un parc nucléaire et en tire actuellement un avantage concurrentiel, d'autres États s'interdisent la production nucléaire. En l'état de ces divergences, le marché unique de la production d'électricité ne peut exister.

6. Les autorités européennes n'ont pourtant pas souhaité traiter ces questions. Ainsi, le président de la Commission européenne déclarait en 2007 que " *les États membres ne peuvent éluder la question de l'électricité nucléaire. [...] Ce n'est pas le rôle de la Commission de décider en lieu et place des États membres s'ils doivent ou non recourir à l'énergie nucléaire*"⁴⁸. L'Union européenne renvoie donc aux États membres l'arbitrage de l'avenir des marchés européens de la production. De fait, en attaquant les tarifs réglementés français au motif que leur niveau relativement bas, qui reflète l'avantage de coût tiré du nucléaire, constitue une entrave à la libéralisation, la Commission contraint les pouvoirs publics français à traiter les questions posées par le parc de production.

II. Vers un modèle de marché compromis

7. Le vide laissé par les textes de libéralisation a poussé les instances françaises à s'intéresser au marché de la production, d'abord par le contentieux de la concurrence⁴⁹, ensuite par le biais du projet qui a abouti à la loi NOME. Le texte de la loi résulte donc de quatre influences : l'influence européenne, celle de l'Autorité de la concurrence et, enfin, celles, déterminantes, de l'exécutif et du législateur.

8. De la Commission européenne est venue l'impulsion initiale, par le biais de la menace contentieuse, selon laquelle il faut lever tout obstacle au développement de la concurrence dans la vente au détail d'électricité. Selon la logique européenne, cet objectif implique la suppression de tarifs réglementés susceptibles de battre les prix sur le marché libre.

9. L'Autorité de la concurrence a eu au moins trois apports. Le premier résulte de son traitement d'une affaire de 2007 qui mettait en jeu un comportement de ciseau tarifaire et la position d'EDF dans la production⁵⁰. En l'espèce, le Conseil de la concurrence avait remédié à ses préoccupations de concurrence en mettant en place un accès par enchères à la production nucléaire d'EDF destiné aux fournisseurs alternatifs. La loi s'est inspirée de cette expérience pour mettre en place l'ARENH.

48 José Manuel Barroso, *Europe's energy policy and the third industrial revolution*, 1^{er} octobre 2007 (traduit de l'anglais).

49 Décisions du Conseil de la concurrence n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 et n° 07-D-43 du 10 décembre 2007.

50 Id.

10. Le deuxième apport de l'Autorité a été d'orienter le modèle de marché émergent au bénéfice du consommateur final. Ainsi, dès 2007, le Conseil de la concurrence s'était refusé à donner aux concurrents d'EDF un droit de tirage sans restriction sur son parc nucléaire puisqu'un tel droit aurait conduit " *à un transfert d'EDF vers ses rivaux sans intensifier la concurrence et sans profiter aux consommateurs finals*"⁵¹. De même, dans son avis au législateur sur le projet de loi NOME, l'Autorité a relevé que le dispositif d'accès à la production nucléaire d'EDF devait se garder d'instaurer un simple transfert de marge de l'opérateur historique aux nouveaux concurrents⁵², mais devait au contraire garantir la transmission au consommateur du bénéfice de la compétitivité tirée du nucléaire sur le marché libre⁵³.

11. Le troisième apport de l'Autorité a été de prendre la mesure du caractère transitoire de la loi NOME. Cet apport n'est pas trivial : l'Autorité ne pouvait admettre que la loi instaure l'ARENH que pour accompagner l'émergence d'un marché de la production dans lequel la concurrence est envisageable à terme. Pour l'Autorité, la loi NOME était nécessaire parce que la contestation à court terme de la position d'EDF dans la production d'électricité nucléaire n'est pas possible, mais elle devait se garder de perpétuer la dépendance des nouveaux opérateurs à la production d'EDF. L'Autorité s'est donc attachée à démontrer que l'animation effective de la concurrence en aval suppose l'émergence de producteurs-fournisseurs intégrés. Afin d'éviter que la configuration actuelle du secteur perdure, l'Autorité a ainsi suggéré de préparer les nouveaux concurrents à l'échéance de la loi NOME en les incitant à investir dans leurs propres moyens de production et en réduisant progressivement les volumes d'électricité que la loi impose à EDF de leur vendre⁵⁴.

12. L'exécutif, ensuite, a pris l'initiative de la loi en chargeant une commission présidée par Paul Champsaur de poser les jalons de l'évolution du régime tarifaire français, en conciliant l'ouverture des marchés européens et l'intérêt des consommateurs. Le "rapport Champsaur" a ainsi été remis au gouvernement en avril 2009. L'exécutif s'est fondé sur ses recommandations pour élaborer son projet de loi.

13. Le législateur a enfin fait les arbitrages qui ont donné naissance à la loi.

III. Les réponses de la loi NOME

14. L'arbitrage essentiel rendu par le législateur consiste à faire passer la régulation de l'aval à l'amont. La logique européenne imposait la disparition des tarifs réglementés de vente au détail dans leur forme actuelle ; c'est chose faite : les tarifs aux grandes et moyennes entreprises disparaîtront en 2016 et les tarifs aux consommateurs résidentiels et petits

51 Décision n° 07-D-43, §108.

52 Marge résultant de la différence entre le coût de production nucléaire et le prix de marché reflétant le coût de production plus élevé de la dernière centrale utilisée pour satisfaire la demande.

53 Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-08, §165.

54 Id., §186-193, 204-215.

professionnels seront modifiés de manière à refléter les mêmes coûts que ceux assumés par les fournisseurs sur le marché libre (y compris le prix de l'ARENH).

15. La réglementation aval se relâche, mais celle de l'amont émerge et son objectif est de mettre les opérateurs du secteur sur un pied d'égalité dans l'accès au parc nucléaire installé. Pour réaliser cet objectif, la loi instaure un droit de tirage plafonné des nouveaux fournisseurs sur le parc nucléaire installé d'EDF afin d'en mutualiser l'avantage compétitif.

16. Ce choix recouvre trois arbitrages. Le premier est évidemment de favoriser l'activité des nouveaux fournisseurs. La loi leur confère un droit de tirage gratuit, puisqu'ils ne paieront que le prix de leur approvisionnement sans autre "coût d'entrée" et sans concurrence entre eux pour obtenir cet approvisionnement. Or, l'accès à la production nucléaire d'EDF a une valeur en soi, surtout pour des opérateurs qui n'ont pas investi dans le parc de production et qui ne supportent pas les risques industriels qui y sont associés.

17. Ce droit est cependant conditionné : les fournisseurs alternatifs ne peuvent bénéficier de l'ARENH que s'ils revendent l'électricité tirée sur le parc nucléaire d'EDF aux consommateurs finals. À défaut, ils la revendront plutôt sur le marché de gros pour empocher la marge qui résultera de la différence entre le prix de l'ARENH et le prix libre. C'est le deuxième arbitrage du législateur, qui consiste à neutraliser les effets d'opportunité inhérents au droit de tirage pour garantir que la loi bénéficiera au consommateur. La loi intègre donc l'impératif concurrentiel mis en exergue par l'Autorité de la concurrence en instaurant un dispositif, calqué sur un mécanisme similaire mis en place par le Conseil de la concurrence en 2007, selon lequel l'électricité nucléaire qui n'est pas revendue au consommateur final est valorisée au prix du marché de gros et un "complément de prix" est facturé à ce titre.

18. Le troisième arbitrage consiste à inciter l'investissement dans la production. Le législateur a intégré le fait que les décisions d'investissement dans la production sur un marché libre échappent dans une large mesure aux pouvoirs publics et passent à des opérateurs privés soumis à des impératifs de rentabilité. Or, les incertitudes qui découlent de la très forte volatilité des prix de l'électricité et des aléas de consommation troublent l'émergence de signaux adéquats d'investissement. Le législateur a donc adopté une mesure de correction en imposant aux fournisseurs de garantir qu'ils détiennent un niveau de capacité suffisant pour couvrir leurs besoins. Ces garanties de capacités sont échangeables, et l'entrée en vigueur de la loi devrait donner naissance à un marché de la capacité.

19. De même, la loi, en instaurant l'ARENH, n'a pas mis en cause l'intégration verticale production-fourniture d'EDF. Il est concevable que le législateur ait ainsi souhaité préserver la capacité de l'entreprise de réinvestir dans une filière nucléaire très capitalistique. Mais la loi envisage également, à terme, que de nouveaux opérateurs soient associés à l'investissement tant dans le renouvellement de la filière nucléaire que dans le prolongement du parc existant.

20. Reste le prix de l'ARENH. La loi n'en fixe que les éléments constitutifs et la procédure de détermination. Le prix lui-même sera fixé par les ministres chargés de l'Énergie et de l'Économie sur proposition de la CRE. Ce prix n'est pas encore connu, mais son niveau fait déjà l'objet de débats. Un groupe d'expert, à nouveau présidé par Paul Champsaur, a actuellement pour mission de remettre un rapport sur ce sujet au gouvernement. Mais quel que soit le résultat de cette nouvelle expertise, il faut espérer que la nouvelle organisation du marché de l'électricité permettra, à terme, de corriger les lacunes du régime actuel. À défaut, la période de transition ouverte par la loi NOME ne fera que repousser la remise en cause de notre modèle de libéralisation. ■

NOME acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

VERS LA CONCURRENCE, EN FREINANT DES QUATRE FERS

David SPECTOR

Associate Professor, Paris School of Economics Chargé de recherches, CNRS

1. Le principal changement introduit par la loi NOME sur le marché français de l'électricité est le dispositif d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique ("ARENH"). Au-delà du principe général de cet accès régulé, bien des incertitudes subsistent après le vote de la loi, fin 2010. La principale concerne le prix auquel EDF cédera l'électricité à ses concurrents, fournisseurs des clients finals. Si la loi énumère les paramètres (liés aux coûts de production) que devra prendre en compte la Commission de régulation de l'énergie ("CRE") pour calculer le tarif de cession qu'elle proposera au gouvernement, la mise en œuvre du calcul est encore imprécise, et nul ne peut prévoir aujourd'hui le niveau qui sera finalement retenu. La mission confiée à Paul Champsaur (dite mission "Champsaur II", pour la distinguer de la première mission qui a abouti à la loi NOME) devrait clarifier la méthode de calcul, mais une incertitude résiduelle devrait encore subsister par la suite, y compris lors des révisions annuelles, tant le diable se niche dans les détails.

2. Le prix de cession focalise pour l'instant la plupart des commentaires. Il est l'enjeu d'une lutte acharnée entre EDF, selon lequel un prix inférieur à 42 euros par mégawattheure (MWh) relèverait du "pillage", et ses concurrents, qui affirment qu'un prix supérieur à 35 euros ne leur permettrait pas de concurrencer les tarifs régulés destinés aux consommateurs domestiques. L'enjeu n'est pas mince : les 7 euros de différence, compte tenu du plafond annuel fixé à 100 térawattheures (TWh), représentent un montant potentiel de 700 millions d'euros par an.

3. Mais le niveau du prix de cession est loin de constituer le seul sujet important et non encore tranché. Trois autres questions, déterminantes elles aussi pour le fonctionnement du marché et le développement de la concurrence, sont encore floues.

4. Il s'agit tout d'abord du niveau de granularité du calcul des volumes qui seront attribués aux différents fournisseurs. La loi précise qu'ils dépendront de la catégorie et du profil de consommation des clients de chaque fournisseur "dans la mesure où cela ne conduit pas à ce que la part du volume global maximal [...] attribuée au titre d'une catégorie de consommateurs s'écarte de manière significative de ce que représente la consommation de cette catégorie de consommateurs dans la consommation totale du territoire métropolitain continental." Outre la complexité

de cette réserve, le terme "significatif" autorise toutes les incertitudes.

5. Une autre incertitude porte sur le fonctionnement du mécanisme d'ARENH si les fournisseurs concurrents d'EDF se développent au point que la consommation d'électricité de base de leurs clients excède le plafond de 100 MWh prévu par la loi. Dans ce cas, "la Commission de régulation de l'énergie répartit ce dernier entre les fournisseurs de manière à permettre le développement de la concurrence sur l'ensemble des segments du marché de détail", ce qui n'est pas très précis.

6. *Last but not least*, la loi ne prévoit pas de résorption rapide du ciseau tarifaire entre les tarifs régulés d'EDF sur le marché de détail et les prix sur le marché de gros, qui pourrait subsister malgré le dispositif d'ARENH, selon le prix de cession retenu. En effet, la CRE est seulement tenue de présenter, avant le 31 décembre 2015, un rapport examinant notamment "la cohérence entre le prix des offres de détail et le prix régulé d'accès à l'électricité nucléaire historique."

7. Dans sa forme actuelle, et malgré les incertitudes susmentionnées (ou parfois à cause d'elles), on peut d'ores et déjà craindre que la loi NOME ne résolve pas de manière satisfaisante les problèmes de concurrence posés par la position quasi monopolistique détenue par EDF à tous les échelons du marché de l'électricité en France.

8. Concernant le ciseau tarifaire, en premier lieu, il faut relever une contradiction entre la loi NOME et l'esprit du droit de la concurrence. Dans l'affaire *Direct Énergie*, le Conseil de la concurrence avait rendu une décision de mesures conservatoires, enjoignant à EDF de proposer dans un délai court une offre d'accès à l'énergie de base, afin de résorber le ciseau dont se plaignait Direct Énergie. On peut critiquer le dispositif d'enchères appliqué à la suite des engagements d'EDF (acceptés par le Conseil), puisque c'est bien son insuffisance qui a rendu nécessaire une nouvelle loi. Mais il reste que le problème du ciseau tarifaire avait été considéré comme suffisamment urgent pour justifier une décision de mesures conservatoires. À l'inverse, la loi NOME prévoit benoîtement de laisser un éventuel ciseau subsister jusqu'en 2015, soit près de cinq ans. On voit donc que la mise en place d'une concurrence effective n'est pas une urgence pour le gouvernement.

9. Certes d'un point de vue juridique, ainsi que le notait le Conseil de la concurrence dans sa décision *Direct Énergie*, le ciseau tarifaire doit s'apprécier en mettant en regard les coûts d'approvisionnement des fournisseurs auprès d'EDF (en amont) avec les prix de détail d'EDF sur le marché libre (en aval) – et non avec les prix de détail régulés. Mais, outre le fait qu'en pratique les prix de détail "libres" d'EDF sont proches des prix régulés, cette distinction est peu convaincante sur le plan économique. En effet, c'est bien l'impossibilité de concurrencer les tarifs régulés qui bloque la concurrence sur le marché de détail des consommateurs domestiques. La lenteur avec laquelle la loi NOME prévoit la résorption du ciseau entre tarif d'accès en amont et prix régulés en aval signifie donc que le développement de la concurrence devrait être lent au moins jusqu'en 2015, sauf intervention de la Commission européenne.

10. Selon les concurrents d'EDF, un prix d'accès de 35 euros serait nécessaire pour supprimer le ciseau tarifaire, car ce niveau correspondrait à la part implicite du prix de l'électricité de base (correspondant à une puissance constante au cours du temps) dans la part énergie du tarif régulé. Mais EDF soutient qu'un tel prix ne lui permettrait pas de couvrir ses coûts, et demande un prix supérieur à 42 euros.

11. L'argument d'EDF ne résiste pas à l'examen. En effet, même s'il était vrai qu'un prix inférieur à 42 € ne couvre par les coûts (point sur lequel nous ne nous prononçons pas), un tel constat ne permettrait pas à EDF de crier au "pillage". Pour apprécier son impact sur les comptes d'EDF, le prix de cession ne doit en effet pas être comparé aux coûts de cette entreprise, mais au prix auquel l'électricité en question serait vendue si la loi NOME n'était pas mise en œuvre. Or, en l'absence de dispositif d'accès régulé à l'électricité de base, la concurrence ne se développerait pas, et EDF continuerait à être le fournisseur de la quasi-totalité des consommateurs pouvant bénéficier de tarifs régulés (c'est-à-dire notamment les consommateurs domestiques et les petits consommateurs professionnels). La part implicite de la base dans les tarifs régulés étant d'environ 35 euros, c'est bien à ce prix qu'EDF devrait vendre son électricité de base à ses clients en l'absence de loi NOME. La possibilité de la vendre plus cher à des fournisseurs concurrents serait donc de nature à augmenter les profits d'EDF, et ce même si le prix de cession était inférieur aux coûts de production.

12. La question de la granularité du calcul effectué pour calculer la quantité d'électricité que les différents fournisseurs auront le droit d'acquérir au titre de l'ARENH est importante, quant à elle, en raison de son impact sur l'incitation qu'auront les concurrents d'EDF à proposer des offres innovantes.

13. À voir exclusivement le développement de la concurrence comme un objectif imposé par la Commission européenne, on tend à oublier sa raison d'être. L'électricité est un bien homogène, mais la concurrence peut conduire à une innovation dans les modes de tarification, susceptible de conduire à une meilleure répartition de la consommation dans le temps. En termes économiques et environnementaux, il s'agit d'un objectif aussi important que la réduction globale de la consommation d'énergie, parce que la consommation

marginale, pendant les pointes de demandes, mobilise des unités de production coûteuses et polluantes. En fournissant à ses clients une incitation à répartir leur consommation de manière efficace dans le temps, au travers de la tarification heures pleines/heures creuses, EDF avait fait figure de pionnier. L'un des principaux bienfaits de la concurrence pourrait être de stimuler le développement d'offres poussant cette logique plus loin, par exemple en proposant aux petits consommateurs une granularité temporelle plus fine (saisonnière, ou distinguant le week-end et la semaine). Mais le développement de ces offres se heurte à deux obstacles. Tout d'abord, en attendant la généralisation des compteurs intelligents, chaque nouvelle offre de ce type exige l'accord du Réseau de transport de l'électricité parce qu'elle nécessite une intervention sur les compteurs individuels. Ensuite, l'incitation d'un fournisseur à proposer une telle offre dépendra de la manière dont son droit à l'ARENH sera affecté. Par exemple, les clients d'un fournisseur proposant une option heures pleines/heures creuses devraient avoir une consommation mieux répartie dans le temps, et donc avec une part de base plus importante. La part de la consommation de ces clients éligible au mécanisme d'ARENH devrait être plus importante. En outre, si un fournisseur consent un effort tarifaire plus agressif que celui d'EDF, en diminuant davantage le prix des heures creuses, on devrait s'attendre à ce que la consommation de ses clients comprenne une part de base encore plus élevée. Le volume éligible à l'ARENH serait-il augmenté en conséquence, par référence aux volumes réellement consommés pendant les heures creuses ? Ce point n'est pas clair pour l'instant, alors qu'il aura une incidence sur l'efficacité économique globale.

14. Le plus grave problème de la situation actuelle ne tient pas à la loi NOME, mais à son contexte. En général, les obligations d'accès sont imposées pour pallier temporairement l'insuffisante incitation des entrants sur un marché récemment libéralisé à investir dans les infrastructures. Certaines dispositions de la loi NOME s'inscrivent d'ailleurs dans cet esprit puisque celle-ci stipule que la CRE devra examiner, dans son rapport à rendre en 2015, les modalités d'une sortie du dispositif, concomitante d'un développement des investissements des fournisseurs concurrents d'EDF dans le renouvellement et le développement des moyens de production de base.

15. Mais la politique énergétique actuelle va en sens inverse. Sans aucune raison technique ni aucune base juridique, le gouvernement a en effet décidé que seul EDF avait le droit d'effectuer de nouveaux investissements nucléaires, interdisant notamment à son principal concurrent sur le marché national de participer à la relance du programme nucléaire autrement qu'au travers de participations financières non opérationnelles. Quelles que soient les péripéties législatives, ce choix, lourd de conséquences, risque de limiter la concurrence en France pour les décennies à venir, et contredit frontalement les objectifs affichés dans la loi NOME. ■

NOME acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité

UN RÉGULATEUR À L'ÉCART DES DISCUSSIONS ET DES DÉCISIONS

François LÉVÊQUE

Professeur d'économie à Mines ParisTech

1. La France vient d'adopter une nouvelle loi de l'électricité qui bouleverse l'organisation actuelle du marché. La Commission de régulation de l'énergie a cependant été largement absente des débats de cette réforme. Restée à l'écart, elle ne l'a guère influencée. Elle est également éloignée des premières décisions cruciales de sa mise en œuvre. L'article met en évidence ce retrait du régulateur et s'interroge brièvement sur ses causes et effets.

Introduction

2. La Commission de régulation de l'énergie (ci-après, "CRE") exerce un rôle qui va bien au-delà de la régulation de l'accès aux réseaux. Elle surveille les bourses de gaz et de l'électricité et les échanges aux frontières, elle évalue les coûts des missions de service public, elle suit les tarifs administrés de vente aux consommateurs. Elle connaît donc très bien les marchés de l'énergie et leurs acteurs. De plus, accompagnant au jour le jour le processus d'ouverture à la concurrence depuis 10 ans, elle dispose d'un point de vue unique sur les difficultés rencontrées et les obstacles qui restent à franchir. Elle est donc particulièrement bien placée pour concevoir et évaluer des solutions. Elle n'a pourtant participé de façon très modeste aux réflexions et aux discussions qui ont entouré la réforme majeure introduite par la loi sur la nouvelle organisation du marché de l'électricité (ci-après, "NOME"). Elle est également en retrait sur la question centrale du nouveau tarif administré que doit appliquer EDF pour la vente des KWh de ses centrales nucléaires. La première partie (I.) de l'article est consacrée aux faits. Elle établit la faible implication générale de la CRE du début de l'élaboration de la réforme à son adoption par le Parlement. La seconde partie (II.) se concentre sur la fixation du prix du KWh nucléaire historique et le rôle de la CRE. La troisième partie (III.) s'interroge sur les raisons objectives de la très faible implication du régulateur et tente d'en évaluer les effets.

I. Une réforme sans la CRE

3. Deux années ont été nécessaires pour concevoir, élaborer et adopter la réforme électrique. La CRE n'est intervenue de façon publique qu'à la fin de ce processus, lors des débats parlementaires.

4. Le tout début de la loi NOME démarre par une lettre⁵⁵ des ministres en charge de l'Économie et de l'Énergie adressée à Paul Champsaur, ancien président de l'Autorité de régulation des télécommunications. Les ministres confient à ce haut fonctionnaire de l'État la présidence d'une commission chargée de réfléchir au "cadre tarifaire et [aux] évolutions législatives et réglementaires éventuellement souhaitables pour permettre à la France de disposer d'un cadre clair et stable pour le marché électrique [...]". Les autres membres de la commission, également nommés par les ministres, sont des parlementaires et des personnalités qualifiées. Aucun des 9 membres du collège de la CRE ne siège donc dans cette commission *ad hoc*. Sa seule participation officielle est d'avoir été auditionnée aux côtés de 38 autres personnalités physiques ou morales.

5. Le rapport de la commission Champsaur publié en avril 2009⁵⁶ contient la pièce maîtresse de la future loi NOME : l'instauration d'une régulation en prix et en quantité d'une partie de la production électronucléaire du parc historique d'EDF. La CRE ne réagit pas officiellement à la publication du rapport⁵⁷. Elle ne délivre aucune prise de position publique sur ses recommandations.

6. La CRE n'a pas non plus porté d'appréciation publique sur l'avant-projet de loi NOME qui a circulé en janvier 2010. Il semble par ailleurs qu'elle n'ait pas été consultée au titre des parties prenantes sur cet avant-projet. Nulle réaction publique enfin à la diffusion du projet de loi lui-même et de son étude d'impact⁵⁸ en avril 2010⁵⁹.

7. Il faudra attendre l'audition du Président de la CRE auprès de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée

55 Rapport de la commission présidée par Paul Champsaur sur l'organisation du marché de l'électricité, avril 2009, ci-après Rapport Champsaur, Annexe 1, p. 19.

56 Rapport Champsaur, voir *supra*, note 56.

57 Pour une prise de position académique sur le rapport Champsaur, voir C. Crampes, J.-M. Glachant, C. von Hirschhausen, F. Lévêque, D. Newberry, I. Perez-Arriaga, P. Ranci, S. Stoft, B. Willems (2009), "Where the Champsaur Commission has got it wrong", *The Electricity Journal*, v. 22, p. 81-86.

58 Étude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation du marché électrique, ci-après Étude d'impact, avril 2010.

59 Notons que pour sa part l'Autorité de la concurrence a émis un avis sur le projet de loi NOME (avis n° 10-A-08 du 17 mai 2010, ci-après avis de l'ADLC), et ce, à la demande de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

nationale, pour connaître la position du régulateur sur la réforme électrique⁶⁰ et la fin de son silence. Elle sera suivie peu de temps après, en juillet 2010, par une seconde audition, au Sénat⁶¹, cette fois. Devant les représentants des deux chambres, Philippe de Ladoucette reconnaît la nécessité du nouveau projet de loi. Il exprime son accord sur son contenu. Il indique que *“le projet de loi NOME n’est pas parfait”*⁶² et qu’il est prêt à l’appliquer, mais *“sans enthousiasme”*⁶³. Il souligne à plusieurs reprises que la solution choisie était la seule possible. Aux yeux du président de la CRE, la réussite de la réforme tient à la concurrence effective qu’elle instaurera sur l’ensemble des segments de marché.

8. Il est naturellement vraisemblable qu’au cours de cette période de deux ans la CRE, sollicitée ou non, ait fait part de ses vues à des membres du gouvernement, de l’administration ou des chambres. Des notes blanches ont pu même être rédigées par ses services sur des aspects techniques, par exemple sur les coûts ou les consommations. L’absence de position publique n’est pas nécessairement synonyme d’absence d’implication. Il est à peu près certain cependant que les interventions des membres du collège de la CRE n’ont exercé aucune influence décisive sur le contenu de la réforme. Son centre névralgique a été le ministère en charge de l’énergie, jamais le régulateur indépendant français.

II. La CRE provisoirement hors jeu sur l’ARENH

9. La fixation du tarif d’accès que les fournisseurs rivaux d’EDF devront payer au producteur historique est une décision majeure. Trop bas, ce tarif d’Accès régulé à l’électricité nucléaire historique (ci-après, “ARENH”) risque de freiner les investissements dans le parc nucléaire ; trop haut il risque d’empêcher le développement de la concurrence dans la fourniture. Rappelons qu’en début d’application de la loi NOME le seul segment de marché nouvellement contestable sera celui des clients industriels bénéficiant auparavant du tarif dit TaRTAM. La Loi NOME prévoit en effet que le niveau initial de l’ARENH soit cohérent avec le niveau de ce tarif. L’extension progressive de la concurrence⁶⁴ à d’autres consommateurs bénéficiant de tarifs administrés de détail dépendra de leurs augmentations ainsi que de l’évolution du tarif ARENH qui doit s’ajuster aux coûts de production d’EDF.

10. Dans ses interventions devant les parlementaires, Philippe de Ladoucette a précisé que le tarif ARENH initial devrait se situer autour de 38 euros par MWh. Il a également indiqué que les tarifs de détail au consommateur final devraient significativement augmenter s’ils devaient être alignés avec un tel niveau. Ce dernier propos lui a valu des remontrances de la part du gouvernement⁶⁵ qui soutient à l’inverse que la nouvelle loi ne se traduira pas par des augmentations de prix pour le consommateur⁶⁶.

11. En tout état de cause, ce n’est pas le régulateur qui a aujourd’hui la main sur la détermination du prix de l’ARENH.

12. La loi NOME prévoit que son niveau initial sera fixé par un décret en Conseil d’État. Dans les faits, il sera décidé par le ministre en charge de l’énergie. Ce dernier a d’ailleurs demandé à être éclairé dans son choix. Il aurait pu, comme l’a suggéré Philippe de Ladoucette lui-même⁶⁷ se tourner vers la CRE. Il a préféré de nouveau faire appel à Paul Champsaur⁶⁸. Le rôle officiel de la CRE se limitera à émettre un avis sur le projet de décret.

13. Au-delà de 2011, le tarif ARENH sera arrêté par le ministre en charge de l’énergie sur avis de la CRE dans un premier temps, puis sur proposition de la CRE à partir de 2014. Rappelons qu’un avis laisse une plus grande marge de manœuvre au gouvernement qu’une proposition. Dans le premier cas, le gouvernement peut maintenir sa position et adopter un tarif différent de celui avancé par la CRE, dans le second cas, il peut seulement le refuser, et demander à la CRE de lui remettre une nouvelle proposition.

14. Pendant les trois premières années d’application de la loi NOME, la CRE disposera ainsi d’une marge de manœuvre très réduite dans la détermination du niveau de l’ARENH.

III. Quelques observations sur le retrait de la CRE

15. La CRE aurait-elle pu jouer et aurait-elle dû jouer un plus grand rôle ?

16. Il semble qu’il n’y ait pas de contrainte objective à une plus grande implication de la CRE. Parmi ses missions, le

60 Audition de M. Philippe de Ladoucette, in Rapport n° 2557 du 26 mai 2010 fait par M. J.-C. Lenoir au nom de la Commission des affaires économiques de l’Assemblée nationale sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l’électricité, ci-après Rapport de l’Assemblée nationale, p.13-30.

61 Voir le Rapport du Sénat n° 643 du 7 juillet 2010 fait par M. Ladislas Poniatowski au nom de la Commission de l’économie, du développement durable et de l’aménagement du territoire, ci-après Rapport du Sénat.

62 Rapport de l’Assemblée nationale, voir *supra* note 61, p. 28.

63 Rapport du Sénat, voir *supra* note 62, p. 173.

64 Pour une analyse du développement de la concurrence consécutif à la loi NOME, voir l’avis de l’ADLC (*supra*, note 60) et F. Lévêque, “France’s new electricity act: a barrier against the market and the European Union”, *EPRG Working Paper* n° 1036, Cambridge University, December 2010, section 5.

65 Le ministre en charge de l’Énergie a vivement réagi en démentant *“les rumeurs relatives aux tarifs de l’électricité”* ajoutant que *“le Gouvernement est responsable de la détermination des tarifs réglementés et nul autre n’a autorité pour établir des orientations à ce sujet”*. *Les Échos*, 14/05/2010.

66 En séance à l’Assemblée nationale, le représentant du gouvernement a insisté à de nombreuses reprises sur l’absence de hausse des tarifs consécutive à la loi NOME. Citons par exemple le secrétaire d’État *“Je réjette en commission et le répéterai en séance publique, le texte n’entraînera pas de modification tarifaire pour le client final”* (voir Rapport de l’Assemblée nationale, *supra* note 61, p. 95).

67 Lors de son audition par la Commission des affaires économiques, du développement durable et de l’aménagement du territoire, Philippe de Ladoucette a répondu au sénateur Martial Bourquin qui l’interrogeait sur le tarif d’accès : *“Quoi qu’il en soit, ce n’est pas la CRE qui fixera [C]e niveau [...] pour la première fois, en 2011 ; c’est le gouvernement. Celui-ci peut lui demander une expertise, mais cela s’arrête là”*. Voir Rapport du Sénat, *supra* note 62, p. 174.

68 Intervention d’Eric Besson du 1^{er} décembre 2010, consultable sur http://www.minefe.gouv.fr/discours-presse/discours-communiqués_finances.php?type=discours&id=762.

législateur lui a demandé de “*concour[ir], au bénéfice du consommateur [...] au bon fonctionnement des marchés de l'électricité [...]*”. La Loi NOME cherche justement à l'améliorer et a été précédée d'un diagnostic, porté par la commission Champsaur, pointant les dysfonctionnements des marchés. La CRE aurait pu de son propre chef réaliser de façon analogue un état des lieux et émettre des propositions.

17. Bien entendu, on peut admettre que le régulateur n'est pas toujours le mieux placé pour avancer des idées audacieuses. S'il veut que l'industrie qu'il régule bénéficie d'une certaine stabilité, il se doit d'être conservateur. De ce point de vue, il est justifié de faire appel à des personnalités extérieures à la CRE pour plancher sur le contenu d'une réforme. Il est en revanche surprenant qu'aucun membre de la commission Champsaur n'ait été choisi parmi le collège de la CRE. Une expertise unique a ainsi été mise de côté. Les connaissances du régulateur auraient par exemple été utiles pour porter une appréciation sur la faisabilité d'un accès régulé à l'électricité nucléaire et comparer cette solution à d'autres options.

18. À défaut, la CRE aurait pu se prononcer sur le rapport de la commission Champsaur. Il est pour le moins surprenant qu'un régulateur indépendant ne fasse pas part aux parties prenantes et au public de son avis sur le bien-fondé d'instaurer d'une mesure aussi radicale que l'accès régulé à l'électricité nucléaire. Un avis positif aurait pu favorablement accélérer son adoption, un avis négatif aurait pu influencer les rédacteurs du projet de loi et le gouvernement.

19. Naturellement, le projet de loi lui-même doit être rédigé indépendamment du régulateur. Ce n'est pas à lui d'écrire la loi qui statuera notamment sur ses missions et prérogatives. En revanche, il n'est pas censé rester muet sur les effets à venir possibles ou probables des mesures de réforme envisagées, en particulier sur le plan des prix de l'électricité, du développement de la concurrence et des investissements. Seuls le ministre à travers l'étude d'impact, plaider *pro domo*⁶⁹ en faveur de la NOME, et l'Autorité de la concurrence par son avis éclairé se sont exprimés par écrit. Ainsi, les députés ont disposé avant les débats de documents de plus de 100 pages chacun du ministre et de l'Autorité de la concurrence, contre un texte de moins de 10 pages du régulateur de l'énergie, compte-rendu partiel⁷⁰ de son audition en commission !

20. Notons qu'une prise de parole officielle de la CRE sur le projet de loi aurait dû être facilitée par le fait qu'il prévoyait de dissoudre le collège existant deux mois après la date de publication de la loi NOME. Cette fin de mandat avant terme des membres du collège aurait pu les inciter à livrer collectivement et librement leur point de vue. L'éventualité qu'ils puissent faire partie de la nouvelle Commission de régulation de l'énergie ne s'est ouverte qu'à l'issue du débat à l'Assemblée nationale. Les députés ont adopté un

amendement levant expressément l'interdiction de nommer pour un nouveau mandat les membres de l'ancien collège⁷¹. Une fois introduit, cet amendement incite évidemment à la discrétion et à la prudence. Il est légitime que certains membres du collège souhaitent ne pas quitter leur fonction prématurément et espèrent être de la prochaine équipe.

21. Quelle que soit la nouvelle composition de la commission de régulation, la mise à l'écart de la CRE de la détermination du niveau de l'ARENH est critiquable.

22. Premièrement, elle n'est pas fondée. Le régulateur de l'énergie n'est pas un débutant. Il a acquis 10 années d'expérience en matière d'évaluation des coûts et de calcul de tarifs. Introduire une période transitoire de 3 années avant de lui confier la responsabilité de proposer le tarif d'ARENH ne peut se justifier par un manque de maturité. Le régulateur de l'énergie n'est pas non plus inféodé à un groupe d'intérêt particulier. Il a fait preuve dans ses décisions passées de la prise en compte, comme la loi le lui dicte, de l'intérêt des consommateurs pris dans leur ensemble, particuliers et industriels, consommateurs d'aujourd'hui et consommateurs de demain. Il est également rassurant d'observer que les partisans d'EDF dénoncent sa capture par les nouveaux entrants et que les adversaires de l'opérateur historique accusent la CRE de servir uniquement les intérêts de l'ancien monopole. En bref, le régulateur français a su naviguer à travers les groupes d'intérêt. Pourquoi serait-il dès lors moins indépendant des lobbies que le ministre en charge de l'énergie ? Pourquoi n'est-il pas dès lors digne de confiance ?

23. En second lieu, la mise à l'écart du régulateur est préjudiciable à la stabilité censée être apportée par le nouveau cadre réglementaire. L'intérêt d'un régulateur indépendant est aussi d'être éloigné des pressions du pouvoir politique. Ce dispositif offre ainsi l'avantage de ne pas perturber les décisions en matière de tarifs par des considérations d'agenda du pouvoir exécutif. Les tarifs sont des signaux qui doivent faciliter les décisions d'investissements des entreprises et des ménages. Il est coûteux sur le plan économique qu'ils subissent des à-coups au gré du calendrier électoral (e.g., il n'est jamais bon d'augmenter des prix administrés de détail la veille d'élection) ou des réorientations politiques de court terme (e.g., il est bon d'augmenter le tarif du producteur historique avant son introduction en bourse). Cet avantage est d'autant plus précieux en France que le gouvernement doit en permanence équilibrer son rôle d'actionnaire majoritaire de l'opérateur historique, et ses rôles en matière de politique macroéconomique sur l'emploi et le revenu des ménages, de politique fiscale de l'énergie, de politique industrielle, etc. En bref, tenir à distance le régulateur de la détermination du niveau de l'ARENH, a pour effet d'hypertrophier sa dimension politique et de prendre insuffisamment en compte sa dimension technico-économique liée aux coûts.

⁶⁹ Voir Lévêque et Sagan (2010), “Analyse critique de l'impact de la loi NOME”, Document de travail 2010-09, CERNA, juin.

⁷⁰ Le compte-rendu accessible sur le site de l'Assemblée nationale ne contient pas les scénarios présentés par Philippe de Ladouette chiffrant les relèvements des tarifs de détail nécessaires au développement de la concurrence sur l'ensemble des segments de marché de la fourniture d'électricité. La mention de ces chiffres n'apparaît qu'au détour d'une intervention de madame la députée Frédérique Massat (voir *supra* note 61, p. 5) et de celle de Philippe Ladouette lui-même à son audition au Sénat (voir *supra* note 62, p. 174).

⁷¹ Cet amendement portant le numéro 153 a été présenté en commission par monsieur le Rapporteur Jean-Claude Lenoir. Il est inséré comme suit dans l'article 8 titre II “*Par dérogation au deuxième alinéa de l'article 28 de la loi n° 2000-108 [...], le président et les membres en fonction lors de l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent faire partie des premiers membres du collège nommés après la date de promulgation de la présente loi*”. Pour la discussion de cet amendement, voir *supra* Rapport de l'Assemblée, note 61, p. 137-138.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...*

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHEL, Penelope PAPANDROPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

Chroniques

ENTENTES

Michel DEBROUX
Laurence NICOLAS-VULLIERME
Cyril SARRAZIN

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY
Anne-Lise SIBONY
Anne WACHSMANN

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY
Mireille DANY
Marie-Claude MITCHELL
Jacqueline RIFFAULT-SILK

DISTRIBUTION

Nicolas ERESE
Dominique FERRÉ
Didier FERRIÉ

CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL
Christophe LEMAIRE
Agnès MAÏTREPIERRE
Chantal MOMÈGE

RÉGULATIONS

Joëlle ADDA
Emmanuel GUILLAUME
Jean-Paul TRAN THIET

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	405 €	484,38 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	150 €	153,15 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	585 €	699,66 €
---	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	755 €	902,98 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i>	855 €	1 022,58 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France

24. Concluons par un souhait pour l'avenir. Dans un article récent⁷², je pronostique une durée de vie courte de la loi NOME, en particulier du fait du risque d'incompatibilité au droit européen de la concurrence et de l'énergie et du risque de transfert d'une partie de la rente nucléaire aux fournisseurs alternatifs. Nous ne doutons pas que la future CRE pourra et saura s'exprimer sur les contours et les mesures de cette probable nouvelle réforme. ■

⁷² F. Lévêque (2011), "France's new electricity Act : a potential windfall profit for electricity suppliers and a potential incompatibility with the EU law.", *The Electricity Journal*, March issue.