

DROIT DE LA CONCURRENCE

Les tarifs réglementés sous tension

Par sa décision « Poweo » du 1er juillet 2010, le Conseil d'État a ordonné une hausse de certains tarifs réglementés applicables aux entreprises pour la période 2008-2009 et a rejeté l'hypothèse d'un effet ciseau créé par le tarif destiné aux particuliers. Le débat initié par cet arrêt pourrait toutefois se prolonger avec l'adoption de la loi devant prochainement réorganiser le secteur de l'électricité.



Sylvain Justier, avocat associé



Vincent Jaunet, avocat associé

SUR LES AUTEURS

Après avoir exercé chez CMS Bureau Francis Lefebvre et White & Case, Sylvain Justier et Vincent Jaunet ont fondé, en 2008, Magenta, société d'avocats exclusivement dédiée au droit de la concurrence, aux secteurs dérégulés, aux nouvelles technologies et aux médias. Comptant aujourd'hui 7 avocats, Magenta jouit d'une forte notoriété en droit de la concurrence et dans les secteurs des télécoms et de l'énergie.

A lors que le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (le « projet de loi NOME ») est toujours en cours d'examen devant le Parlement¹, le Conseil d'État a relancé le débat sur les tarifs réglementés de l'électricité par une décision du 1er juillet 2010 par laquelle il a partiellement censuré l'arrêt du 12 août 2008 fixant ces tarifs pour la période 2008-2009.

Pour mémoire², les tarifs réglementés désignent les tarifs de vente d'électricité appliqués par Électricité de France (« EDF »)³ aux clients n'ayant pas fait usage de leur faculté de choisir leur fournisseur d'électricité. Ces tarifs sont structurés en trois catégories, selon principalement la puissance souscrite : schématiquement le tarif bleu est destiné aux clients résidentiels et petits professionnels, le jaune pour les PME et PMI et le vert pour les grands consommateurs industriels. Ces tarifs sont fixés et révisés par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie.

C'est l'augmentation de deux de ces trois tarifs prévue par l'arrêt du 12

août 2008 qui a ainsi été jugée trop faible par le Conseil d'État au regard des coûts de production encourus par EDF, situation susceptible d'emporter des conséquences importantes pour les clients qui en bénéficiaient.

Le niveau des tarifs réglementés jaune et vert est jugé insuffisant alors que le tarif bleu est validé

Le Conseil d'État a tout d'abord dégagé, au regard notamment du décret du 29 juillet 1988 alors applicable⁴, le principe selon lequel les tarifs réglementés ne peuvent être inférieurs aux coûts moyens complets des opérateurs concernés, compte tenu, notamment, de l'évolution prévisible de ces coûts, ainsi que des éventuels écarts entre coûts moyens complets et tarifs constatés au titre des périodes précédentes. Appliquant ce principe aux tarifs jaune et vert, le Conseil d'État a estimé que leur augmentation résultant de l'arrêt attaqué était insuffisante pour assurer le rattrapage des insuffisances tarifaires précédentes, entraînant l'annulation de l'arrêt attaqué sur ce point.

Ce faisant, la décision du Conseil d'État va dans le sens d'un encadre-

ment strict du mode de fixation des tarifs réglementés, et correspond, en cela, à la position des autorités de concurrence, qui considèrent que des tarifs réglementés trop bas rendent les tarifs des opérateurs alternatifs sur le marché dit « libre » moins attractifs.

S'agissant du tarif bleu, Poweo soutenait que son niveau, bien qu'il permettait à EDF de couvrir ses coûts, plaçait cette dernière en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché de l'électricité en raison de l'existence d'un « ciseau tarifaire » avec les tarifs d'approvisionnement accordés aux fournisseurs alternatifs. En d'autres termes, les concurrents d'EDF ne pouvaient pas répliquer ce tarif compte tenu de leurs conditions d'approvisionnement sans encourir de pertes. Poweo sollicitait donc également de ce chef l'annulation de ce tarif (un acte administratif peut être déclaré illégal lorsqu'il entraîne automatiquement, et par lui-même, un abus de position dominante⁵). L'argumentation n'était pas dénuée d'intérêt puisque, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a très récemment rappelé dans son

LES POINTS CLÉS

- La décision Poweo du Conseil d'État annule partiellement l'arrêté sur les tarifs réglementés 2008-2009 au motif que l'augmentation des tarifs jaune et vert prévue ne permettait pas de couvrir les coûts moyens complets d'EDF.
- Un nouvel arrêté, à portée rétroactive, devait être pris en ce sens avant le 1^{er} septembre 2010 mais n'a toujours pas été adopté. Il devrait conduire à une régularisation à la hausse des bénéficiaires de ces deux tarifs pendant la période considérée.
- Le Conseil d'État a en revanche refusé d'annuler le tarif bleu, au motif que l'effet de ciseau tarifaire allégué était également dû aux conditions d'approvisionnement sur le marché amont.
- L'adoption du projet de loi NOME qui fixe de nouvelles règles de fixation des tarifs réglementés pourrait susciter de nouveaux débats.

arrêt Deutsche Telekom⁶, le grief de ciseau tarifaire peut être retenu en tant qu'abus de position dominante sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une pratique de prix excessifs ou de prix prédateurs.

Cependant, le Conseil d'État a considéré que l'effet allégué ne résultait pas uniquement de la fixation du tarif bleu au travers de l'arrêté contesté mais qu'il était également le fait des conditions d'approvisionnement en amont des opérateurs, conditions qui, si elles ont certes été aménagées pour partie par une décision du Conseil de la concurrence⁷, ne résultent à ce jour d'aucun texte réglementaire. En conséquence, le Conseil d'État juge que le tarif bleu fixé par l'arrêté ne pouvait créer à lui seul un effet de ciseau tarifaire et, partant, rejette la demande de Poweo sur ce point.

Des conséquences importantes pour les bénéficiaires des tarifs annulés

Le Conseil d'État a refusé de limiter dans le temps les effets de son annulation partielle (comme il l'a pourtant fait par le passé dans le secteur des télécommunications⁸), et a enjoint aux ministres concernés de prendre un nouvel arrêté fixant une augmentation des tarifs jaune et vert dans un délai de deux mois.

Ainsi, au 1^{er} septembre, un nouvel arrêté tarifaire augmentant, de manière rétroactive, la hausse des tarifs jaune et vert pour la période concernée (12 août 2008 au 12 août 2009) aurait dû être pris, ce qui aurait abouti à une rectification à la hausse des factures des clients concernés pendant cette période.

À l'heure où ces lignes sont écrites, le gouvernement ne s'est apparemment toujours pas plié à l'injonction de la Haute Juridiction. Une hausse des tarifs jaune et vert pour la période 2008-2009 est donc toujours à craindre pour leurs bénéficiaires. S'agissant des fournisseurs alternatifs, cette hausse insuffisante les a vraisemblablement impactés dans leur développement commercial en rendant plus difficile la concurrence avec les offres à tarifs réglementés. Aussi, ils pourraient envisager d'engager une action en responsabilité de l'État, étant toutefois rappelé que les conditions d'admission d'une telle action sont particulièrement strictes.

La Loi NOME pourrait renouveler la problématique

La question de la fixation des tarifs réglementés pourrait être renouvelée avec l'adoption de la loi NOME. En effet, le projet de loi prévoit que les tarifs réglementés seront « *construits par addition des coûts d'approvisionnement en électricité, du prix régulé*

pour la part d'accès régulé à l'électricité de base et du coût du complément de la fourniture intégrant la garantie de capacité, des coûts d'acheminement, des coûts de commercialisation ainsi que d'une rémunération raisonnable ». Toutefois, cet objectif ne doit être atteint qu'à l'issue d'une période de transition devant se terminer au plus tard le 31 décembre 2015, date à laquelle les tarifs jaune et vert devraient disparaître.

Ce faisant, la loi risque de conduire, au moins durant ses premières années d'application, à ce que les fournisseurs alternatifs ne puissent toujours pas concurrencer frontalement les tarifs réglementés sauf à encourir des pertes (constat d'ailleurs partagé par l'Autorité de la concurrence⁹). Étonnant paradoxe lorsque l'on sait que ce texte vise à répondre aux dysfonctionnements du marché français !

Face à cette situation et selon les conditions et les évolutions de marché, l'argument tenant à l'existence d'un éventuel ciseau tarifaire pourrait alors retrouver de son intérêt dans le cadre d'une action dirigée contre les pouvoirs publics et/ou contre l'opérateur dominant.



© Heidi Baldrian - Fotolia.com

¹ Ce projet fait l'objet d'une seconde lecture par l'Assemblée nationale au moment où ces lignes sont écrites.

² Cf. notre chronique dans *Décideurs Stratégie Finance Droit* n°109 p.96-97.

³ Et par les distributeurs non nationalisés (« les DNN »).

⁴ Décret n°88-850 du 29 juillet 1988.

⁵ CE, 10 décembre 2007, Powéo, n°296191.

⁶ CJUE, 14 octobre 2010 – Deutsche Telekom c. Commission.

⁷ Décision n°07-D-43 du 10 décembre 2007.

⁸ CE, 25 février 2005, n°247866.

⁹ Avis n° 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.