

À destination de la
Commission Européenne,
Secrétariat Général
B- 1049 Brussels

Cc
Commission Européenne
Direction Générale Énergie
B-1049 Bruxelles

15.06.2006

Plainte formelle et demande de procédure préliminaire ouverte pour violation du Traité en vertu de l'article 226 du Traité instituant la Communauté Européenne (TICE)

Plaignants :

EREF
European Renewable Energies Federation asbl
President Peter Danielsson
Avenue de la Fauconnerie
B-1170 Brussels

et

ENERCOOP
Société Cooperative d'Intérêt Collectif S.A.
Président-Directeur Général Patrick Behm
11 rue des Réglises
F-75020 Paris

Représentés par:
Dr. Dörte Fouquet
Avocate allemande
Cabinet d'avocats Kuhbier sprl
Bureau de Bruxelles
Avenue de la Fauconnerie 73

1170 Bruxelles

Avis important :

Les plaignants optent pour une procédure ouverte concernant le traitement de cette plainte

Introduction

Cette plainte est introduite au nom de EREF (European Renewable Energies Federation asbl) et de la société de droit français Enercoop, dont le siège social est situé 11 rue des Réglises, 75020 Paris.

EREF est la principale association européenne des entreprises de production d'électricité et de carburant à partir de toute source renouvelable à l'exclusion de la grande hydroélectricité. L'EREF représente une capacité installée de plus de 13 000 mégawatts en Europe. Ses associations membres regroupent au total plus de 10 000 producteurs.

Enercoop est une Société Coopérative d'Intérêt Collectif (SCIC) qui rassemble des producteurs d'électricité verte, des associations, des collectivités locales, des organisations et des particuliers, souhaitant agir ensemble en faveur des énergies renouvelables et la maîtrise de l'énergie. Elle a pour objet la vente et l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ainsi que la fourniture de services énergétiques dans l'objectif de diminuer les consommations d'électricité et d'augmenter la part des énergies renouvelables dans le bilan énergétique national.

Nous souhaitons attirer l'attention de la Commission Européenne sur la législation française en vigueur dans le secteur de l'électricité. Nous estimons que l'État français est à l'origine de plusieurs manquements au droit communautaire.

Argumentation

Manquements de l'État français aux prescriptions du Traité instituant la Communauté Européenne

Le cadre législatif et réglementaire français en vigueur dans le secteur de l'électricité contrevient aux principes énoncés par le Traité instituant la Communauté Européenne (TICE) et des directives Européens divers.

En particulier, la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par les lois n°2005-781 du 13 juillet 2005, n°2004-803 du 9 août 2004, n°2003-590 du 2 juillet 2003 et n°2003-8 du 3 janvier 2003, n'est pas conforme:

- à l'article 4 du TICE, qui pose le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre,
- aux exigences de protection de l'environnement, en particulier afin de promouvoir le développement durable, visées à l'article 6 du TICE,
- aux règles du droit communautaire de la concurrence et à l'article 86 du TICE qui dispose que « *les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité* » notamment celles relatives à la concurrence.

Manquements de l'État français aux prescriptions des directives 2001/77/CE relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité et 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

La situation française est, au regard de ses engagements communautaires en matière d'énergies renouvelables, extrêmement préoccupante. Dans l'état actuel des choses, il semble impossible que la France atteigne les objectifs fixés par la Directive 2001/77/CE en 2010.

Il est indispensable que l'État français permette à l'ensemble des acteurs du marché, et notamment aux fournisseurs qui le souhaitent, de contribuer au développement des énergies

renouvelables en achetant la production des petits producteurs d'électricité renouvelable et en proposant des offres vertes compétitives aux consommateurs.

L'article 3 de la directive 2003/54/CE dispose que: « *En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux.* ».

L'alinéa 4 de l'article 3 précise que « *Lorsqu'une compensation financière, d'autres formes de compensation ou des droits exclusifs offerts par un État membre pour l'accomplissement des obligations visées aux paragraphes 2 et 3 sont octroyés, ce doit être d'une manière non discriminatoire et transparente* ».

Les missions de service public visées à cet article sont définies en France par la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par les lois n°2005-781 du 13 juillet 2005, n°2004-803 du 9 août 2004, n°2003-590 du 2 juillet 2003 et n°2003-8 du 3 janvier 2003.

Cette loi pose, dans son article 5, le principe selon lequel les charges imputables aux missions de service public assignées aux opérateurs électriques sont intégralement compensées.

Dans cette perspective, la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 a instauré la contribution au service public de l'électricité (CSPE).

Les modalités de compensation des charges de service public de l'électricité sont fixées par le décret n°2004-90 du 28 janvier 2004, modifié par le décret n°2006-58 du 22 mai 2006.

Payée par l'ensemble des consommateurs finals (clients éligibles et auto-producteurs inclus), la CSPE doit servir à financer et à compenser aux opérateurs qui les supportent :

1. les surcoûts de production dans les zones non interconnectées au réseau électrique métropolitain continental, dus à la péréquation tarifaire nationale

2. les surcoûts résultant des politiques de soutien à la cogénération et aux énergies renouvelables (articles 8,10 et 50 de la loi du 10 février 2000) et les surcoûts résultant des contrats dits «appel modulable» (art 48).
3. les pertes de recettes et les coûts que les fournisseurs supportent en raison de la mise en oeuvre de la tarification spéciale « produit de première nécessité » (décret 2004-325 du 8 avril 2004) et de leur participation au dispositif institué en faveur des personnes en situation de précarité (arrêté du 24 novembre 2005).

La loi dispose que les bénéficiaires de la CSPE sont, pour l'essentiel, Électricité de France (EDF) et, dans le cadre de leur objet légal et dans leur zone de desserte exclusive, les distributeurs non nationalisés (DNN) visés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946.

Si la CSPE représente une solution efficace au regard des aides apportées aux producteurs d'électricité produite à partir de sources renouvelables, sans qu'il s'agisse pour autant d'une aide d'État, ses modalités de mise en oeuvre ont pour effet pervers de soustraire du marché la quasi-totalité de l'électricité renouvelable au bénéfice exclusif d'EDF et des DNN.

En effet, dans le cadre des missions de service public précédemment décrites, EDF et les DNN (pour les installations de production raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent) sont tenus, aux termes de l'article 10 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000, de conclure des contrats d'achat d'électricité avec les producteurs autonomes bénéficiant de l'obligation d'achat qui en font la demande.

Les autres fournisseurs présents sur le marché doivent, s'ils souhaitent commercialiser de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, s'approvisionner auprès de producteurs autonomes qui sont par définition éligibles au bénéfice de l'obligation d'achat.

Ils vont donc devoir proposer à ces producteurs des conditions d'achat identiques, voire plus avantageuses, que celles proposées par EDF et les DNN qui se voient rembourser:

- En ce qui concerne EDF, « la différence entre le prix d'acquisition de l'électricité payé en exécution des contrats en cause et les prix de marché de l'électricité »,
- En ce qui concerne les DNN, « la différence entre le prix d'acquisition de l'électricité payé en exécution des contrats en cause et le coût moyen pondéré qui résulterait de l'achat de la même quantité d'électricité aux tarifs de cession et aux prix de marché ».

Par conséquent, il résulte des dispositions de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 modifiée par les lois n°2005-781 du 13 juillet 2005, n°2004-803 du 9 août 2004, n°2003-590 du 2 juillet 2003 et n°2003-8 du 3 janvier 2003, une distorsion de concurrence au niveau de l'achat pour revente d'électricité entre, d'une part, Électricité de France et les distributeurs non

nationalisés et, d'autre part, les autres fournisseurs d'électricité qui ne bénéficient pas de la CSPE.

Les fournisseurs d'électricité comme Enercoop doivent faire face à des coûts plus importants pour accéder à l'électricité des producteurs d'énergie renouvelable. Ce surcoût empêche une concurrence effective entre les fournisseurs d'électricité sur le marché français et contrevient donc aux prescriptions de la directive 2003/54/CE.

Les fournisseurs qui ne bénéficient pas de la part de la CSPE destinée au soutien des énergies renouvelables doivent répercuter ce surcoût sur les tarifs aux consommateurs finals.

Parallèlement et paradoxalement, ils sont tenus de collecter la CSPE auprès de leurs clients pour le compte de la Caisse des Dépôts et Consignations qui reverse l'intégralité de ces montants à EDF et aux DNN.

La loi française prévoit déjà la possibilité pour tous les fournisseurs d'électricité (pas seulement EDF et les DNN) de participer aux missions de service public de l'électricité pour ce qui a trait au service minimum universel et prévoit pour eux la compensation des pertes de recettes et des coûts qu'ils supportent en raison de la mise en oeuvre de la tarification spéciale « produit de première nécessité » (décret 2004-325 du 8 avril 2004) et de leur participation au dispositif institué en faveur des personnes en situation de précarité (arrêté du 24 novembre 2005). Nous demandons simplement qu'il en soit de même pour cette autre mission de service public qui consiste à promouvoir les énergies renouvelables.

En outre, les fournisseurs exerçant leur activité en France payent, au titre de l'utilisation du réseau de transport et de distribution, la contribution tarifaire d'acheminement (CTA). Cette contribution est utilisée pour financer les retraites des agents des industries électriques et gazières notamment dans le cadre des activités de fournisseur. Cette mesure est donc similaire à une taxe dont les bénéficiaires exclusifs sont les concurrents directs des producteurs d'énergies indépendants, notamment EDF et GDF. Malgré les affirmations qui figurent sur la page <http://www.senat.fr/rap/a03-400/a03-4003.html> du site officiel du Sénat reproduite ci-dessous nous ne sommes pas convaincus que cette mesure spécifique ait été soumise à la DG Concurrence de la Commission Européenne pour évaluation et accord. Nous demandons donc une clarification de la Commission pour savoir si la France a bien introduit cette contribution spécifique tarifaire comme aide d'état dans la procédure concernant la restructuration d'EDF et de GDF.

« **LE RESPECT DE NOS SPÉCIFICITÉS** - La mise en conformité avec le droit européen, ci-dessus évoquée, s'effectue dans le respect des spécificités de notre système électrique et gazier et des intérêts des salariés concernés » ne clarifie point la situation concernant la CTA et surtout en vue des producteurs indépendants et des fournisseurs indépendant d'énergies renouvelables :

« **d) Une réforme qui a reçu l'aval de Bruxelles**

Les avantages acquis des salariés d'EDF et GDF ont été sauvegardés à l'issue de laborieuses mais fructueuses négociations avec Bruxelles. Le dialogue social a été conduit par le ministre d'Etat dans un esprit d'ouverture et d'efficacité tout à fait remarquable.

La Commission a jugé la réforme compatible avec les règles régissant les aides d'Etat aux termes d'une analyse ainsi résumée par un document d'information émanant du Parlement européen :

« Actuellement, la gestion des retraites des travailleurs du secteur électrique et gazier est assurée directement par EDF et financées par les cotisations salariales et la contribution d'équilibre qui incombe à toutes les entreprises de la branche.

« La réforme du régime de retraite de la branche industries électriques et gazières (IEG) prévoit son adossement au régime général de la sécurité sociale et le transfert des droits de retraite à une caisse de retraite autonome, nouvellement créée et dénommée « Caisse nationale des industries électriques et gazières » (CNIEG). L'ensemble des salariés et des employeurs de la branche y sera obligatoirement affilié.

« **Les autorités françaises ont pris l'engagement formel que cet adossement du régime des IEG aux régimes de droit commun sera neutre financièrement.** Le régime de droit commun versera les droits de base aux travailleurs de la branche en contrepartie du paiement des contributions patronales et salariales de droit commun. **La commission conclut qu'un tel changement est financièrement neutre et n'inclut pas d'aide d'Etat.**

« Les droits spécifiques IEG, correspondant à des prestations supplémentaires, resteront à la charge des entreprises. **Les droits spécifiques déjà acquis à la date de la réforme par les salariés affectés aux activités de transport et de distribution de l'électricité et du gaz seront toutefois financés par une contribution tarifaire instituée par la loi**, dont le fait générateur sera l'existence d'un raccordement à un réseau de transport ou de distribution d'électricité ou de gaz. Les droits spécifiques acquis par les salariés affectés à d'autres activités, ainsi que les droits futurs, continuent à être financés directement par les entreprises.

« **Cette réforme implique un avantage au secteur par rapport à sa situation actuelle, mais elle est conforme aux règles relatives aux aides d'Etat, dans la mesure où elle élimine la barrière à l'entrée que constitue l'obligation pour tout entrant de provisionner les droits des retraites déjà acquis par les travailleurs de toute la branche.**

« Ce faisant, la réforme des retraites s'avère proportionnée, et peut être considérée comme compatible avec les règles du traité ».... .

Il reste à s'assurer (cf. III) que ces changements n'avantagent pas, au sein de la branche, les deux opérateurs historiques les plus importants (EDF-GDF) par rapport aux entreprises non nationalisées anciennes (compagnie nationale du Rhône, et compagnie parisienne de chauffage urbain, notamment...).... »

Les entreprises de production d'électricité renouvelable, comme celles rassemblées au sein de l'association EREF, souffrent elles aussi de la situation française. Seuls EDF et les DNN sont en mesure d'assurer une rémunération correcte de leurs installations grâce à la CSPE. Les producteurs d'électricité renouvelable sont donc placés dans une situation de dépendance économique et doivent accepter d'EDF et des DNN des conditions contractuelles extrêmement contraignantes.

Les difficultés rencontrées de manière générale par les producteurs pour profiter des conditions d'achat d'EDF et des DNN et les délais souvent trop longs qui précèdent la conclusion de ces contrats aboutissent à une situation dommageable pour les énergies renouvelables.

La dépendance économique des producteurs d'électricité d'origine renouvelable vis-à-vis d'EDF ou des DNN s'avère, par ailleurs, doublée d'une dépendance juridique.

En effet, les modèles de contrat d'achat de l'électricité renouvelable par EDF et les DNN dans le cadre de l'obligation d'achat comportent systématiquement des clauses introduisant des pénalités en cas de rupture du contrat par le producteur.

Le décret n°2001-410 du 10 mai 2001, modifié par le décret n° 2003-282 du 27 mars 2003, n° 2004-1302 du 26 novembre 2004 et n° 2005-1149 du 7 septembre 2005, fixe les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat et dispose dans son article 6 que « *Le contrat d'achat mentionné à l'article 5 peut préciser les modalités relatives aux indemnités dues en cas de résiliation du contrat par le producteur avant le terme prévu* ».

Étant donné le caractère déséquilibré des relations contractuelles entre EDF et/ou les DNN et les petits producteurs d'électricité renouvelable, il serait souhaitable de plafonner le montant de ces clauses pénales.

Le mode de calcul de ces pénalités, approuvé obligatoirement par le Ministère de l'Industrie en charge de l'Énergie, se révèle manifestement disproportionné en comparaison des recettes

attendues de la vente d'électricité: l'indemnité de résiliation correspond parfois à plusieurs années du chiffre d'affaires attendu des moyens de production considérés.

Ces clauses pénales ont pour conséquence directe de rendre captifs les producteurs en les empêchant de changer d'acheteur, même si ce dernier pourrait bénéficier de la CSPE et offrirait des conditions identiques ou meilleures que celles du contrat initial.

Par ailleurs, l'absence de transposition en droit français de l'article 5 de la directive 2001/77/CE concernant les garanties d'origine interdit aux acheteurs d'électricité renouvelable qui le souhaiteraient de pouvoir rechercher des moyens de financement complémentaires sur le marché des certificats verts par exemple ou tout autre mécanisme adapté. Un projet de décret relatif aux garanties d'origine a été soumis à consultation des opérateurs et est actuellement examiné par le Conseil d'État qui doit en assurer sa publication. Or ce projet prévoit que *« le prix de la délivrance d'une garantie d'origine se compose d'une prime fixe de huit cent euros hors taxes pour les sites de production à partir d'énergies renouvelables et de mille euros hors taxes pour les sites de production par cogénération, à laquelle s'ajoute un montant de cinq centimes hors taxes par mégawattheure garanti par un gestionnaire de réseau de distribution et cinq dixième de centimes hors taxes par mégawattheure garanti par le gestionnaire de réseau de transport »*.

Cette disposition, si elle est définitivement adoptée, s'appliquera à tous les acheteurs mais créera une discrimination supplémentaire à l'égard des fournisseurs autres que EDF et les DNN puisqu'il devront subir un coût supplémentaire, particulièrement élevé dans le cas d'installations de petite puissance, pour avoir la possibilité de valoriser leur électricité de manière aléatoire sur un marché fluctuant et incertain, contrairement à EDF et aux DNN qui bénéficient d'une compensation intégrale, certaine et sur une longue durée.

En conséquence, il conviendrait, afin de rétablir les conditions d'une concurrence loyale entre les fournisseurs d'électricité agissant sur le territoire de la France tout en maintenant voire augmentant l'efficacité démontrée des tarifs d'achat en vue d'atteindre les objectifs de la Directive 2001/77/CE, d'ouvrir la possibilité d'accès à la CSPE à tous les fournisseurs d'électricité autorisés à agir sur le territoire français.

En outre, la responsabilité de l'État français est clairement engagée quant à cette entrave à la libre concurrence sur le marché français de l'électricité. En complément de l'ouverture de la CSPE à tous les fournisseurs, il conviendrait de limiter strictement le niveau de telles

pénalités aux frais réellement occasionnés à l'acheteur en cas de rupture unilatérale de contrat, tout en prévoyant, dans le cadre juridique et réglementaire de l'obligation d'achat, des modalités adaptées pour permettre le transfert d'un acheteur à un autre dans des conditions acceptables à la fois au regard des règles de la concurrence et des contraintes de la gestion des réseaux électriques.

Conclusion

Pour toutes ces raisons, un marché ouvert et non-discriminatoire de l'électricité renouvelable ne peut pas exister à l'heure actuelle en France. EDF et les entreprises non nationalisées telles que définies par la loi du 8 avril 1946 sont seules en capacité juridique de s'approvisionner pour revente en électricité verte payée au prix du marché de l'électricité non-renouvelable, contrairement à tous les autres fournisseurs. Elles peuvent, dans ces conditions, faire des offres d'électricité verte à un prix sous évalué, sans bourse délier, et concurrencer ainsi de manière totalement déloyale les autres fournisseurs.

Nous vous prions d'ouvrir une enquête concernant cette affaire en France.

Dr. Dörte Fouquet

Avocate allemande.