

AVIS

**SUR UNE LETTRE RECTIFICATIVE AU PROJET DE LOI
RELATIF A L'ENERGIE ET AU CLIMAT**

NOR : TREX1914696L/Verte-1

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 24 mai 2019 d'une lettre rectificative ajoutant au projet de loi relatif à l'énergie et au climat, examiné par l'assemblée générale le 25 avril 2019, des dispositions visant essentiellement à mettre fin aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel et à réformer le dispositif de tarifs réglementés de vente de l'électricité.

Le projet du Gouvernement reprend en substance les articles 213 à 215 de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, censurés par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, au motif qu'étant sans lien direct ou indirect avec le projet de loi initial, ces articles avaient été adoptés en méconnaissance de l'article 45 de la Constitution.

2. Les consultations requises ont été menées.

Compte tenu des délais réduits, le Conseil national d'évaluation des normes a rendu le 30 mai 2019 un avis tacite. L'avis du Conseil national de la transition écologique a été adopté le 3 juin 2019.

3. L'étude d'impact du projet a été fournie. Elle mérite d'être complétée sur plusieurs points et notamment sur la compatibilité du régime des tarifs réglementés de vente d'électricité, tels que modifiés par le projet, avec le droit de l'Union européenne.

4. Cette lettre rectificative appelle, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Suppression des tarifs réglementés de vente du gaz naturel

5. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, par l'arrêt du 20 avril 2010, *Federutility*, C-265/08, qu'une mesure d'intervention publique sur les prix de vente du gaz naturel est une mesure qui, par sa nature même, constitue une entrave à la réalisation d'un marché intérieur du gaz, objectif que poursuit la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE. Le même arrêt a jugé qu'une telle intervention peut néanmoins être admise si elle satisfait à trois conditions : premièrement répondre à un ou plusieurs objectifs d'intérêt économique général, deuxièmement être proportionnée à ce ou ces objectifs et par conséquent, ne porter atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée de temps, enfin et troisièmement mettre en place des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables permettant un égal accès des entreprises de gaz de l'Union européenne aux consommateurs.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est ensuite prononcée sur l'interprétation de l'article 3 paragraphes 1 et 2 de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE. Elle a laissé à la juridiction nationale le soin de déterminer, au regard de critères qu'elle a précisés, si le système des tarifs réglementés de vente du gaz naturel figurant aux articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie poursuivait un objectif d'intérêt économique général et était proportionné en dépit de son caractère permanent (CJUE, 7 septembre 2016, C-121/15).

A la lumière de cet arrêt, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a jugé les dispositions d'un décret relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel contraires au droit de l'Union, en relevant que cette réglementation ne poursuit aucun objectif d'intérêt économique général (CE, Assemblée, 19 juillet 2017, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n° 370321).

Pour tenir compte de la jurisprudence qui a ainsi éclairé le droit de l'Union applicable, la lettre rectificative abroge le dispositif législatif inscrit au code de l'énergie qui fonde le système des tarifs réglementés de vente du gaz naturel, et prévoit la transformation des contrats conclus sous l'empire des dispositions abrogées en contrats conclus en offre de marché.

6. L'abrogation des dispositions législatives fondant le dispositif des tarifs réglementés de vente de gaz naturel s'impose pour mettre le droit national en conformité avec le droit de l'Union, au regard de l'objectif poursuivi par l'article 3 paragraphes 1 et 2 de la directive 2009/73/CE. Le Conseil d'Etat relève que le respect du droit de l'Union impose également de prévoir la mise en extinction des contrats en cours, conclus sous l'empire des dispositions abrogées.

La lettre rectificative prévoit à ce titre que les contrats en cours demeurent régis par les dispositions abrogées pour une période déterminée, au cours de laquelle les clients concernés, informés par leurs fournisseurs, bénéficient aussi du comparateur d'offres mis en place par le Médiateur national de l'énergie et sont mis à même d'exercer leur libre choix. Elle prévoit les sanctions pécuniaires infligées aux fournisseurs qui ne respecteraient pas ces obligations

d'information ou qui mèneraient des actions visant à promouvoir, auprès de leurs clients, le maintien des contrats qu'ils ont précédemment conclus aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel.

Le Conseil d'Etat relève qu'au cours de cette période, sont imposées aux fournisseurs des obligations, assorties de sanctions, visant à ce que leurs clients soit mis à même, dès l'ouverture de la période, d'exercer leur libre choix entre différentes offres de marché, conformément à l'objectif poursuivi par la directive 2009/73/CE. Au terme de cette période, les fournisseurs qui auraient conservé un nombre élevé de contrats aux tarifs réglementés de vente de gaz et qui auraient mené auprès de leurs clients des actions visant à promouvoir le maintien de ces contrats encourent une sanction, comme il est dit au point 8. Le Conseil d'Etat estime par suite que la définition d'une telle période ne vise pas à maintenir en vigueur jusqu'à son terme l'ensemble des contrats en cours, mais à les mettre tous en extinction au plus tard à cette date et qu'elle est donc justifiée dans son principe.

Le projet prévoit l'extinction de tous les contrats précédemment conclus sous l'empire des dispositions abrogées, au terme d'une période brève d'un an pour les clients non domestiques, et au plus tard le 30 juin 2023 pour les clients domestiques. Cette dernière période est particulièrement longue. Mais, d'une part, l'expérience acquise lors de l'extinction des contrats conclus aux tarifs réglementés de vente de gaz pour les consommateurs non domestiques démontre la nécessité d'assurer la complète information des clients domestiques afin qu'ils exercent leur libre choix entre différentes offres de marché. La définition d'une période plus brève pourrait priver les consommateurs du temps nécessaire pour comparer les offres de marché et les inciter à opter pour la transformation du contrat conclu avec leur fournisseur à des tarifs réglementés, en contrat en offre de marché du même fournisseur, conférant ainsi à ce dernier un avantage comparatif évident. D'autre part, la mise en extinction des contrats conclus aux tarifs réglementés de vente de gaz est une opération lourde, compte tenu du nombre de contrats en cours (4,3 millions de clients domestiques), des obligations détaillées d'information mises à la charge des fournisseurs à destination de leurs clients en vue d'amener ces derniers à exercer leur libre choix, des échanges d'informations nécessaires mais également des opérations techniques, incombant aux gestionnaires de réseau et aux fournisseurs selon les indications fournies par le Gouvernement, qu'impliquent toute résiliation d'un contrat de vente à des tarifs réglementés et toute mise œuvre d'un nouveau contrat de fourniture de gaz naturel. Le Conseil d'Etat considère que les périodes définies pour la mise en extinction des contrats en cours sont, pour ces motifs, justifiées dans leur durée.

7. Le Conseil d'Etat ne peut en revanche donner un avis favorable aux dispositions du projet permettant, dans certains cas, aux clients ayant résilié un contrat de fourniture de gaz aux tarifs réglementés de vente, de conclure de nouveau, au cours de la période de mise en extinction de ces contrats, un contrat régi par les dispositions abrogées. Les dispositions de la directive 2009/73/ CE imposant l'abrogation des tarifs réglementés de vente de gaz naturel, la loi ne saurait prévoir la conclusion de nouveaux contrats régis par les dispositions abrogées.

8. Compte tenu de l'objectif auquel répond l'instauration de la période au cours de laquelle les contrats en cours se poursuivent mais les fournisseurs ont l'obligation de donner une information complète à leurs clients en vue de la mise en extinction des tarifs réglementés, le projet prévoit une sanction pécuniaire susceptible d'être infligée aux fournisseurs qui auraient

conservé à la fin de la période transitoire un nombre élevé de contrats aux tarifs réglementés de vente de gaz et qui auraient mené auprès de leurs clients des actions visant à promouvoir le maintien de ces contrats à des tarifs réglementés de vente. Le Conseil d'Etat estime que la définition de ce manquement, telle qu'elle est ainsi rédigée, répond au principe constitutionnel de légalité des délits.

Dans le projet de loi transmis par le Gouvernement, le plafond de cette sanction est fixé, par client conservé, à un montant représentant le coût moyen d'acquisition, pour les autres fournisseurs, d'un client bénéficiant antérieurement d'un contrat aux tarifs réglementés de vente. Le Conseil d'Etat relève la nécessité, pour respecter le principe constitutionnel de légalité des peines, de définir le plafond de la peine encourue de manière claire et prévisible. Plutôt que se référer à un calcul prospectif d'un coût moyen estimatif sur la période considérée, susceptible de donner lieu à contestation, il propose de retenir un plafond unitaire exprimé en valeur absolue, méthode qui a l'avantage de permettre de connaître avec certitude le maximum de la sanction encourue. Le Conseil d'Etat suggère de fixer le plafond au montant de 200 euros par client conservé : un tel chiffre, selon les indications fournies par le Gouvernement, à propos du coût estimatif actuel de l'acquisition d'un client servi aux tarifs réglementés permettrait d'assurer à la fois la valeur dissuasive attendue de toute sanction et son caractère proportionné. Le Conseil d'Etat propose par ailleurs d'inclure parmi les critères de modulation de la sanction l'avantage économique retiré par le fournisseur des manquements qui lui sont imputables. Il estime que le texte ainsi modifié et complété répond aux principes constitutionnels de légalité comme de nécessité et de proportionnalité des peines.

Le Conseil d'Etat estime nécessaire de confier le pouvoir de prononcer la sanction, non au ministre chargé de l'énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, comme le prévoit le projet de loi, mais au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, mentionné à l'article L. 132-1 du code de l'énergie. Une telle attribution de compétence est plus conforme à la répartition des pouvoirs qu'opère, en général, le droit de la régulation économique entre le ministre chargé du secteur et l'autorité de régulation indépendante. Elle peut se recommander en l'espèce d'arguments supplémentaires liés, d'une part, au fait que le pouvoir de sanction concernera essentiellement l'opérateur historique principal et donc appelle des garanties d'impartialité auxquelles le législateur doit être attentif, d'autre part, à la circonstance que le caractère collégial de l'instance de sanction est particulièrement adapté aux cas dans lesquels il peut apprécier, après avoir pesé tous les éléments en présence, des comportements prohibés en fonction des effets qu'ils peuvent avoir sur le marché.

Fourniture de dernier recours de gaz naturel

9. Le paragraphe 3 de l'article 3 de la directive 2009/73/CE est relatif aux mesures appropriées que prennent les Etats membres pour protéger les clients finals et garantir une protection adéquate aux clients vulnérables. Il prévoit notamment que « *Les Etats membres peuvent prévoir la désignation d'un fournisseur de dernier recours, pour les clients raccordés au réseau de gaz qui ne trouveraient pas de fournisseurs* ». Interprétées à la lumière de l'ensemble de cet article, ces dispositions visent essentiellement les consommateurs domestiques mais n'excluent pas la désignation de fournisseurs de dernier recours pour d'autres catégories de clients assimilables à des consommateurs domestiques. En droit

interne, le mécanisme de fourniture de dernier recours qui vise à garantir les droits des consommateurs doit de surcroît être mis en œuvre dans des conditions qui respectent le principe d'égalité. Le Conseil d'Etat estime que tel est bien le cas du dispositif prévu par le projet au bénéfice des seuls clients domestiques, qui se justifie au regard de la spécificité de cette catégorie de clients.

Réforme des tarifs réglementés de vente de l'électricité

10. - Le raisonnement suivi par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Federutility*, mentionné au point 5, est transposable au cas de l'électricité dont le marché intérieur est régi par la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, par l'arrêt d'Assemblée du 18 mai 2018, *Sté Engie et ANODE*, n° 413688 et 414656, jugé que la réglementation des tarifs de vente d'électricité, inscrite à l'article L. 337-7 du code de l'énergie, est une mesure clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable, et poursuit un objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix, mais est en revanche disproportionnée à l'objectif poursuivi sur deux points. L'absence de révision périodique de la nécessité des tarifs dans leur principe ou dans leurs modalités, d'une part, et leur application à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, dont la puissance souscrite sur le site considéré est inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, sans distinction entre les professionnels ayant une faible consommation d'électricité, tels que les artisans, commerçants et professions libérales, et les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises, d'autre part, vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général poursuivi.

Par ailleurs la France doit assurer, avant le 31 décembre 2020, la transposition de l'article 5 de la directive concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité en cours de publication, adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019¹, qui se substituera à la directive 2009/72/CE. Cet article impose la fin des tarifs réglementés de vente d'électricité. Il n'admet la poursuite de la vente à tarifs réglementés, pour une période transitoire dont la directive ne fixe pas le terme, que pour les clients finals domestiques et les micro-entreprises (occupant moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros, selon la définition donnée à l'article 2 de la directive). Il charge enfin l'Etat membre qui déciderait de maintenir de tels tarifs pour ces catégories de clients, de procéder à des évaluations et de justifier auprès de la Commission européenne que les conditions que posent la directive (aux paragraphes 4 et 7 de son article 5) sont bien respectées.

La lettre rectificative a pour objet de tenir compte de cette jurisprudence et de transposer ces dispositions de la directive adoptée en cours de publication. Elle modifie en conséquence l'article L. 337-7 du code de l'énergie pour restreindre à compter du 1^{er} janvier 2020 le périmètre du dispositif législatif inscrit au code de l'énergie qui fonde le système des tarifs réglementés de vente d'électricité, pour les sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, aux clients finals domestiques et aux clients non domestiques n'employant pas plus de dix personnes et ne dépassant pas le seuil de chiffre d'affaires annuel

¹ - *Directive (UE) 2019/ ... du Parlement européen et du Conseil du ... concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte)*

ou de total de bilan annuel défini par cette directive. Elle prévoit les dispositions d'accompagnement nécessaires pour la transformation progressive des contrats conclus sous l'empire des dispositions antérieures par des clients n'entrant pas dans ces catégories, en contrats conclus en offre de marché. Elle prévoit enfin une évaluation chaque année du dispositif pour les clients conservant un tarif réglementé de vente, par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie.

Le Gouvernement ayant fait le choix, que permet l'article 5 de la directive de 2019, de maintenir des contrats aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, le projet ne prévoit pas de désignation de fournisseurs de dernier recours pour les clients qui ne trouveraient pas de fournisseur d'électricité (comme le permet l'article 27 de la directive, pour assurer le caractère universel du service de fourniture d'électricité, pour les clients résidentiels et si l'Etat membre le juge utile, pour les petites entreprises).

11. Le Conseil d'Etat relève, en premier lieu, qu'en admettant, à son article 5, la poursuite de la vente d'électricité à tarifs réglementés, pour les micro-entreprises comme pour les clients résidentiels, comme en permettant, à son article 27, la désignation de fournisseurs de dernier recours pour les clients résidentiels et, si l'Etat membre le juge utile, pour les petites entreprises, la directive adoptée en 2019 assimile aux clients résidentiels les petites ou très petites entreprises qui se trouvent dans une situation comparable à celle de ces clients, au regard de leur profil de consommation comme du risque de perdre leur accès à une fourniture d'électricité.

Il estime que ces articles doivent a fortiori s'entendre comme assimilant aux clients résidentiels les unités de très petite taille qui ne sont, au sens des catégories statistiques, ni des ménages ni des entreprises. L'article 27 de la directive emploie d'ailleurs dans la dernière phrase de son I, les termes de « *clients non résidentiels petits et moyens* ».

Le Conseil d'Etat considère par conséquent que, compte tenu des finalités de la directive, le périmètre défini par le projet qui maintient la vente d'électricité à des tarifs réglementés pour les sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères des clients finals domestiques et des clients finals non domestiques (et non des seules entreprises) ne dépassant pas les seuils définissant la micro-entreprise, est conforme à l'objectif poursuivi par l'article 5 de cette directive.

12. Le Conseil d'Etat observe, en second lieu, que le projet de loi ne comporte pas de dispositif permettant aux fournisseurs d'électricité d'avoir accès aux informations nécessaires (nombre de personnes occupées, chiffre d'affaires ou bilan) pour identifier ceux de leurs clients non domestiques qui ne sont pas éligibles aux nouveaux tarifs réglementés. L'accès à de telles informations suppose soit la mise en place d'une transmission automatisée aux fournisseurs des données strictement nécessaires par extraction des bases de données statistiques, fiscales et sociales, dans le respect de la protection des données personnelles, soit la mise en place d'un dispositif de traitement individualisé des justificatifs demandés à chacun de leurs clients non professionnels, pour accorder ou maintenir, chaque année, l'accès aux tarifs réglementés de vente d'électricité.

Missions d'information confiées au Médiateur de l'électricité et à la Commission de régulation de l'énergie

13. La lettre rectificative ajoute au projet de loi relatif à l'énergie et au climat des dispositions ayant pour objet de favoriser le bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz, en confiant au Médiateur de l'électricité et à la Commission de régulation de l'énergie un rôle en matière d'information du public.

Le Conseil d'Etat relève que le rôle ainsi confié à ces autorités est conforme à leur mission et développe en substance les actions qu'elles ont déjà entreprises.

Transformation des contrats de fourniture de gaz naturel ou d'électricité aux tarifs réglementés de vente subsistant indûment à la date de publication de la loi

14. La lettre rectificative ajoute des dispositions ayant pour objet de régler les cas des contrats de fourniture de gaz naturel ou d'électricité précédemment conclus aux tarifs réglementés de vente avec des consommateurs qui n'y sont plus éligibles à la date de publication de la loi.

Ces dispositions n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Caducité des autorisations de fourniture de gaz naturel et d'électricité

15. Le projet insère au code de l'énergie des dispositions prévoyant la caducité de toute autorisation de fourniture de gaz et d'électricité que le titulaire n'aurait pas mise en œuvre dans un délai de deux ans.

Le Conseil d'Etat estime que cette mesure, qui répond à un objectif de bon fonctionnement des marchés du gaz naturel et de l'électricité et n'a pas de caractère discriminatoire, ne constitue pas une barrière à l'entrée contraire aux directives de l'Union européenne relatives à ces marchés.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du 6 juin 2019.