

Annexe à la Lettre Géopolitique « EDF : deux propositions pour une sortie de crise »-(Mars 2021).

I) Généralités sur le droit de la concurrence.

Le marché de l'électricité européen, même si les énergies renouvelables sont favorisées, relève de l'économie de marché qui repose sur deux bases:

- la liberté pour le consommateur de choisir son fournisseur.
- la liberté d'entreprendre, c'est à dire de fonder une entreprise dans tout domaine économique (pas de monopole) et de vendre sur le marché dans les mêmes conditions que les concurrents.

Les prix se forment par la rencontre entre l'offre et la demande. Ils sont une information précieuse pour les investisseurs. Le rôle de l'Etat est majeur. Il promulgue les règles de concurrence et nomme une autorité de concurrence indépendante pour les faire respecter. L'Etat s'interdit d'intervenir pour aider, financièrement ou non, des entreprises ce qui désavantagerait les autres. En ayant les mêmes bases, les règles de concurrence peuvent varier. Un exemple : le traitement des entreprises dominantes aux Etats Unis et dans l'UE :

Les entreprises en positions dominantes aux Etats Unis et dans l'Union Européenne.

Une entreprise est en position dominante si sa part de marché est supérieure à une certaine valeur. Dans l'Union Européenne, cette part est située, suivant le contexte, autour de 40%. Aux Etats Unis, être une entreprise en position dominante peut être considérée comme une infraction. Les Américains considèrent *a priori* qu'une entreprise dominante, par sa puissance, *peut être un obstacle à l'établissement et/ou au maintien des concurrents*. Dans l'Union Européenne, le droit de la concurrence est d'origine allemande. Etre en position dominante n'est pas, en soi, une infraction. Il n'y a infraction que si une entreprise dominante *abuse de sa position pour faire obstacle à l'établissement et au maintien de ses concurrents*.

Dérogations à la concurrence.

Des dérogations aux règles de concurrence peuvent être accordées. Elles nécessitent l'assentiment de l'Autorité de Concurrence compétente qui en dictera les conditions afin de ne pas avantager certaines entreprises. L'Autorité de Concurrence nationale est compétente si le commerce intracommunautaire n'est pas affecté, sinon, c'est la Commission Européenne qui l'est. Les questions de concurrence concernant EDF relèvent souvent de cette Commission. En effet EDF étant un important exportateur d'électricité, le commerce intracommunautaire est couramment concerné.

Services économiques d'intérêt général.

Ce sont des services qui satisfont à un besoin d'intérêt économique général pour les habitants d'un territoire. Ils restent soumis, dans une certaine mesure aux lois du marché et de la concurrence, *mais ils peuvent y déroger si cela est nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service d'intérêt économique général*. Si cette dérogation affecte le commerce intracommunautaire, la Commission Européenne examine si elle est justifiée, et peut la refuser. La notion de mission de service d'intérêt général est délicate et demande pour être utilisée d'en connaître parfaitement la jurisprudence. Elle peut alors être fort utile.

II) La concurrence en électricité et les pouvoirs publics français (2010-2019)

A) Le souci de faire profiter les Français des coûts bas du parc nucléaire d'EDF.

Ce souci, ainsi que celui de permettre à EDF le financement de ses investissements a poussé différents gouvernements à prolonger les Tarifs Régulés de Vente d'EDF, sensés calculés pour concilier ces deux objectifs. Ces Tarifs sont des prix administrés, donc incompatibles avec les règles de la concurrence et demandent pour être utilisés une dérogation. Ils peuvent se justifier pendant une période transitoire en s'appuyant sur la nécessité d'accomplissement de missions de service d'intérêt général. En 2007, la Commission Européenne, jugeant que certains de ces Tarifs administrés destinés aux industriels étaient des aides d'Etat, et

donc avantageaient certaines entreprises, ouvrit une procédure contre l'Etat français. Le Gouvernement français demanda à une Commission, la Commission Champsaur, de faire des propositions d'organisation du marché électrique français conciliant les besoins cités ci-dessus et les règles de concurrence européennes. En 2009, cette Commission rendit ses conclusions.

B) La Commission Champsaur propose l'ARENH. Paris perd une large part de son pouvoir de décision.

-La Commission Champsaur croit découvrir une lacune du droit européen de la concurrence.

« Aucun outil [du droit commun de la concurrence] ne permet de traiter ex-ante le problème du marché de la production de base en France » (p.31 du Rapport Champsaur). Ainsi, la Commission Champsaur a cru déceler une lacune des règles de concurrence européennes. Il n'y a aucune lacune dans les règles de concurrence qui empêcheraient de traiter les questions du marché de l'électricité français. Le droit de la concurrence européen a cinquante ans et s'est enrichi d'une abondante jurisprudence.

La Commission Champsaur va, néanmoins, proposer de combler cette lacune imaginaire: ce sera le dispositif ARENH qui oblige EDF à partager sa production nucléaire bon marché avec ses concurrents. L'ARENH n'a pas comblé une lacune du droit de la concurrence. Il s'y est substitué. L'Autorité de Concurrence française confirme l'aspect « totalement dérogatoire » de l'ARENH (Rapport d'évaluation de l'ARENH, 18 décembre 2015). En conséquence, ce dispositif s'écartant du droit de la concurrence exigeait une dérogation, qui fut accordée par une Décision de la Commission Européenne de 2012. Comme toute dérogation, elle impliquait le contrôle de la Commission Européenne.

Paris perdit alors une large part de son pouvoir de décision sur l'avenir d'EDF et sur le marché de l'électricité français au profit de la Commission Européenne.

Rappelons le problème posé par le Gouvernement à la Commission Champsaur : concilier les intérêts français (les investissements d'EDF doivent être financés et les consommateurs nationaux doivent bénéficier des bas coûts de la production nucléaire d'EDF) avec les règles de concurrence européennes.

La première question qu'aurait dû se poser la Commission Champsaur est : EDF est-elle libre de fixer ses prix, comme c'est le cas général pour toute entreprise en économie de marché et reconnu en France par le Code du Commerce? Si cela est le cas, il suffirait que l'entreprise EDF, et non l'Etat, fixe ses prix par un compromis entre ses besoins d'investissements et le souci de faire bénéficier les Français des bas coûts de l'atome national. Le problème aurait alors été résolu.

Il y a, naturellement, des limites à cette liberté de fixation des prix pour une entreprise. Deux peuvent s'appliquer au cas d'EDF :

- Un abus de position dominante par EDF, par la pratique des prix prédateurs.

Les prix prédateurs, relèvent « d'une stratégie (délibérée) d'une entreprise, généralement en position dominante, qui consiste à évincer les concurrents du marché en fixant des prix inférieurs aux coûts de production » (Cf. le glossaire des termes de concurrence publié par la Commission Européenne). EDF pratique des prix bas qui gênent les concurrents. Mais elle couvre ses coûts et ses prix ne relèvent pas d'une « stratégie délibérée ». Ils sont bas car ils sont « historiques ». Prouver qu'EDF pratique des prix prédateurs est délicat et susceptible de recours devant la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a contribué à leur définition.

-Si le parc nucléaire historique a reçu des aides d'Etat. Or en 1993, le Commissaire à la Concurrence européen, Karel Van Miert a exclu toute aide d'Etat dans la construction de ce parc (Journal Officiel des Communautés Européennes-3/12/1993-N°C327 p. 31). A cette époque, seuls cinq des cinquante huit réacteurs du parc nucléaire historique n'avaient pas été mis en service commercial, mais les chantiers étaient bien avancés. La déclaration du Commissaire à la Concurrence européen est, en 2021, toujours valable.

Ainsi il n'est pas ainsi surprenant de constater l'absence de procédure de la Commission Européenne concernant d'aides d'Etat pour le parc nucléaire, ou de prix prédateurs. Néanmoins, dans sa Décision entérinant l'ARENH, la Commission écrit « ...une limitation de fixation des prix [par EDF]...peut s'avérer justifiée par la situation et les caractéristiques du marché français ». Les raisons invoquées par la Commission se résument essentiellement par l'existence du parc nucléaire historique dont la compétitivité est telle que tout concurrent ne pourrait disposer avant longtemps d'installations de production comparables. Il est peu vraisemblable que les règles de la concurrence aient pu permettre, en 2010, à la Commission Européenne, se basant sur « la situation et

les caractéristiques du marché français ». Arguer de la compétitivité d'une entreprise pour lui imposer une contrainte comme l'ARENH est délicat. C'est la proposition du Gouvernement français qui lui a permis. Mais soyons pratiques et plaçons- nous en 2021.

Un Rapport récent de la Commission Européenne établit que les installations solaires « de plus de 10 MWc » « de Malaga à Helsinki » conduisent à des coûts de production (LCOE) du même ordre ou plus bas que ceux du nucléaire historique d'EDF¹. ***L'argumentation de la Commission : les concurrents d'EDF ne peuvent pas disposer avant de nombreuses années de moyens de production de coûts comparables à ceux du nucléaire historique, n'est plus valable.*** Par ailleurs, les progrès célébrés par la cette même Commission du marché européen de l'électricité tendent à considérer le marché pertinent d'EDF comme plus large que l'Hexagone et comportant de sérieux concurrents disposant de moyens de production compétitifs (centrales à lignite allemandes...).

La solution préférable en 2007 était, probablement déjà, de remplacer les Tarifs Réglementés de Vente, prix administrés, par des prix décidés par une entreprise, EDF. Ce qui, pour les règles de concurrence est fort différent. Un tarif administré n'est pas compatible avec les règles de concurrence. Des prix librement fixés par une entreprise le sont sauf infractions précises qui n'avaient pas été signifiées à EDF. Les clients d'EDF (et non les Français, la différence est faible) auraient continué à bénéficier des coûts bas de l'atome. Les investissements auraient été assurés. Aujourd'hui, cette solution est largement confortée par des faits nouveaux dont les coûts des renouvelables.

C) EDF perd la maîtrise de sa politique commerciale. Une entreprise entravée.

Les Tarifs Réglementés de Vente et le dispositif ARENH confisquent au profit des pouvoirs publics une large part de la politique commerciale d'EDF, dont sa compétence à fixer ses prix. La politique commerciale d'une entreprise est une composante essentielle de sa stratégie. Pour une entreprise en économie de marché, ne pas pouvoir diriger sa politique commerciale est un handicap sévère. Le PDG d'EDF le confirme. Dans une lettre aux managers de l'entreprise, en octobre 2020, il explique que l'ARENH « nous empêche de mener à bien notre stratégie ». En février 2021, dans une interview, il craint que qu'EDF « descende en seconde division ». Voici l'un des résultats de cette confiscation d'une politique commerciale :

Aujourd'hui la capitalisation d'EDF est passée bien dessous celle de l'opérateur historique italien (Enel), à l'inverse du siècle dernier. Et pourtant l'Italie reste incapable de produire l'électricité dont elle a besoin, et la production italienne est plus chère qu'en France. L'Italie importe de l'électricité nucléaire d'EDF.

EDF est indispensable à la politique énergétique française et à son volet climatique. Suivant un Rapport récent de France Stratégie la part de l'énergie consommée sous forme d'électricité, devrait passer de 25 à 54% d'ici 2050, ce qui nécessitera de lourds investissements. Comme l'observe la Commission de Régulation de l'Energie, aucun concurrent d'EDF n'a manifesté le désir de se substituer à elle pour ces investissements.

EDF reste le pôle industriel incontournable du secteur électrique français. Elle en a la capacité. Elle est l'une des plus grandes entreprises mondiales d'électricité. Elle est le premier exportateur mondial dans sa spécialité. Combien d'entreprises françaises le sont-elles ?

Mais il faut qu'elle puisse, comme ses rivales, mener à bien sa stratégie et pour cela que l'Etat lui rende sa politique commerciale. Sinon, considérablement entravée, elle végétera

IV) Le Gouvernement propose une réforme d'EDF (2020-2021)

Afin d'améliorer la situation d'EDF, le Gouvernement a lancé une réforme d'EDF, au départ nommée Hercule. Voici quelques traits principaux :

- a) L'ARENH serait, en quelque sorte, généralisé. EDF et ses concurrents auraient le même accès au parc nucléaire. La vente d'électricité se ferait dans deux sociétés, la « bleue » (production) et la

1) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2020/EN/SWD-2020-953-F1-EN-MAIN-PART-2.PDF>
p.79

« verte » (commercialisation). Il est à possible que les ventes de la « bleue », qui répartirait la production nucléaire relèvent d'un processus administré. Les concurrents d'EDF pourraient disposer de plus de courant nucléaire et le prix de celui-ci pourrait être plus élevé sans désavantager les fournisseurs alternatifs. EDF production pourrait mieux financer ses investissements.

b) Le capital de la société de production « bleue » serait entièrement aux mains de l'Etat.

Or :

-Le pouvoir est largement passé à Bruxelles. (Cf. Chapitre II-B).

Ce projet nécessite une mue profonde de l'ARENH, donc exige l'accord de la Commission Européenne. Celle-ci craint que la société de production (nucléaire entre autres) aux mains de l'Etat puisse bénéficier d'aides d'Etat et en fasse profiter les autres parties du Groupe EDF. La Commission Européenne exige que tout acheteur européen puisse, dans les mêmes conditions avoir accès aux bas coûts du parc nucléaire d'EDF.

L'un des buts du Gouvernement, celui que les Français puissent bénéficier des bas coûts de production de l'atome français, ne serait plus atteint. C'est inacceptable pour Paris, qui aurait besoin d'une dérogation déjà existante pour l'ARENH : une clause de destination finale (revente du courant nucléaire réservée à la France). La Commission Européenne la refuse. C'est l'impasse.

EDF resterait toujours privée de politique commerciale.

La politique commerciale serait répartie dans deux sociétés différentes, dont l'une serait vraisemblablement organisée par l'Etat. EDF aurait beaucoup de mal à exister avec une stratégie privée d'une politique commerciale unique. Cela conduit à une entreprise, EDF, largement handicapée, et incapable de mener une stratégie industrielle.

V) Sortir de l'impasse.

La solution préconisée ici porte sur deux points :

I) **Renoncer à toutes les dérogations** : Tarifs Réglementés, ARENH et réforme d'EDF avec clause de destination finale. La Commission Européenne ne peut s'opposer à un processus revenant à observer les règles de concurrence. Il faut négocier avec elle une sortie rapide de ces dérogations.

Le pouvoir de décision revient alors à Paris.

II) **Rendre à EDF sa politique commerciale.**

EDF premier exportateur d'électricité mondial, donc particulièrement compétitif doit pouvoir mener une stratégie à long terme pour retrouver son rang.

Les représentants de l'Etat, majoritaires au Conseil d'Administration, sont suffisants pour veiller au respect de la politique climato-énergétique française aux intérêts des Français.

Si la Commission Européenne souhaite limiter la liberté des prix de l'entreprise EDF, il lui revient de lancer la procédure correspondante qui permet à l'entreprise de présenter son point de vue, ce qui ne lui a été accordé lors de la préparation de la Décision de la Commission instaurant l'ARENH (2012). L'entreprise bénéficiera d'un droit de recours auprès de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Aujourd'hui, la liberté de fixation de ses prix par EDF a un solide dossier.

Il ne s'agit pas ici d'un choix d'affrontement avec la Commission, mais d'assurer à EDF, pôle industriel majeur, un socle juridique solide et indispensable.

