



Cyril  
SABATIÉ

Directeur  
du service juridique  
de la FNAIM  
Rédacteur en chef  
de la Revue Bleue

# Ouverture du marché de l'énergie : où est le danger ?

**RL>561** LA LOI DU 7 DÉCEMBRE 2006 RELATIVE AU SECTEUR DE L'ÉNERGIE <sup>(1)</sup> COMPLÈTE LA TRANSPOSITION DE DIRECTIVES EUROPÉENNES <sup>(2)</sup> DÉJÀ INTÉGRÉES DANS NOTRE DROIT INTERNE PAR LES LOIS DU 9 AOÛT 2004 ET DU 13 JUILLET 2005. AINSI, DEPUIS LE 1<sup>ER</sup> JUILLET 2007, TOUS LES CLIENTS, Y COMPRIS DÉSORMAIS LES PARTICULIERS, ONT LA FACULTÉ DE CHOISIR LIBREMENT LEURS FOURNISSEURS D'ÉLECTRICITÉ ET DE GAZ. LE DISPOSITIF ENVISAGÉ ET LES MODALITÉS PRATIQUES DE SA MISE EN ŒUVRE (DANS LE DOMAINE DE L'IMMOBILIER) NE SONT PAS SANS SUSCITER CERTAINES INTERROGATIONS ET INQUIÉTUDES PRATIQUES.

**A**près les professionnels depuis 2004, les particuliers ont la faculté, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007, d'acheter leur énergie sur le marché libéralisé. Ainsi, ils ont désormais le choix de leurs fournisseurs d'électricité ou de gaz et peuvent dorénavant en changer librement, ou simplement rester chez leurs fournisseurs historiques (EDF et GDF) et souscrire à une offre à tarifs non réglementés (offre du marché).

En effet, la loi du 7 décembre 2006 précitée, a ouvert à la concurrence la fourniture d'énergie pour les particuliers mais

a également garanti la possibilité pour ceux des consommateurs qui le souhaitent de pouvoir continuer à bénéficier de tarifs réglementés comme ils en bénéficient actuellement <sup>(3)</sup>, et ce jusqu'à l'ouverture totale du marché.

L'expérience montre cependant, pour le secteur professionnel déjà libéralisé depuis 2004, que les prix attractifs au début de la libéra-

lisation se sont ensuite « envolés ». Car si l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie à l'ensemble des consommateurs implique la liberté de chacun de choisir son fournisseur, elle a bien évidemment des conséquences directes sur les tarifs applicables.

Or, selon une étude de *Nus consulting*<sup>(4)</sup>, au cours des cinq dernières années, les tarifs

réglementés auraient augmenté de 10,6 % tandis que les tarifs du secteur libre auraient progressé de 75,6 % <sup>(5)</sup>.

Cette inflation est tellement patente que le législateur français a

notamment décidé <sup>(6)</sup> de venir en aide aux entreprises qui avaient fait le choix du secteur libre, leur permettant désormais de sortir momentanément des contrats libres pour revenir à un système de tarifs encadrés, plus favorable.

Ainsi, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2007, les entreprises disposaient d'un « droit de repentir » pour revenir à des contrats à prix encadrés. Or

**Selon une étude de *Nus consulting*, au cours des cinq dernières années, les tarifs réglementés auraient augmenté de 10,6 % tandis que les tarifs du secteur libre auraient progressé de 75,6 %**

## notes

(1) L. n° 2006-1537, 7 déc. 2006, JO 8 déc. 2006.

(2) Dir. n°s 2003/54 et 2003/55, 26 juin 2003.

(3) La commission européenne a d'ailleurs ouvert une procédure formelle d'examen, en vertu des règles sur les aides d'État du traité, au sujet d'aides présumées en faveur de grandes et moyennes entreprises en France, sous forme de tarifs industriels d'électricité réglementés à un niveau artificiellement bas, financés directement ou indirectement par l'État (pour les tarifs vert et jaune).

(4) Citée in 60 millions de consommateurs févr. 2007, p. 27.

(5) Tandis que le ministre Jean-Louis Borloo annonçait récemment que les prix du gaz ne bougeraient plus jusqu'à la fin de l'année 2007.

(6) L. n° 2006-1537, 7 déc. 2006 et Arr. 3 janv. 2007, JO 5 janv.

aujourd'hui, concernant le régime des particuliers, ce droit de retour n'est pas envisagé dans la loi, il n'y a donc pas de droit à l'erreur !

Notons que seule la fourniture de l'énergie (la vente finale) est concernée par cette libéralisation, le transport et la distribution restent quant à eux sous les monopoles actuels des opérateurs historiques.

### I. – OÙ EST LE DANGER ? LE CHOIX EST ATTACHÉ AU LOGEMENT ET EST DÉFINITIF

Le choix effectué par le propriétaire ou son locataire est attaché au logement et il est irréversible !

L'option et donc l'abonnement en énergie sont rattachés au logement lui-même (qu'il soit occupé par son propriétaire ou par un locataire) et non à la personne qui l'occupe.

Négocier un nouveau contrat (une offre de marché) avec EDF, GDF ou avec un autre fournisseur a pour conséquence l'abandon définitif, par le client, du régime des tarifs réglementés pour le logement concerné. Mais attention, ce choix restera attaché au logement, même en cas de changement d'occupant, jusqu'à ce que celui-ci opte, le cas échéant pour un nouveau fournisseur (qui pourra être un fournisseur historique), sans pouvoir cependant revenir au tarif réglementé.

Les consommateurs qui n'exercent pas ce droit conservent le bénéfice des tarifs réglementés de vente fixés par l'État, à condition que l'éligibilité n'ait pas été exercée par un occupant précédent. Ainsi, dès lors que le consommateur a choisi un fournisseur sur un site, il ne sera plus possible de bénéficier à nouveau d'un tarif réglementé (c'est l'absence de réversibilité).

Cependant, le consommateur peut faire jouer son éligibilité sur un logement et conserver le tarif réglementé sur un ou plusieurs autres.

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007, les consommateurs dans l'immobilier ancien peuvent donc :

- soit opter pour une offre au tarif libre, dont le prix est simplement fixé par les fournisseurs en fonction du marché ;

- soit ne pas faire valoir leur éligibilité et ainsi continuer à bénéficier de l'offre au tarif réglementé, et proposée uniquement par EDF pour l'électricité et GDF pour le gaz.

En cas d'emménagement, deux situations se présentent désormais au consommateur :

- l'occupant précédent (locataire ou propriétaire) a conservé le tarif réglementé : dans ce cas, on se trouve dans l'hypothèse précédente (poursuivre l'abonnement au tarif réglementé ou choisir une offre au tarif libre) ;
- l'occupant précédent a déjà opté pour une offre de marché : le consommateur (nouveau

### **Le choix effectué par le propriétaire ou son locataire est attaché au logement et il est irréversible.**

locataire ou propriétaire souhaitant reprendre son logement) est lié par cet abonnement. Il pourra

éventuellement changer de fournisseur mais sans pouvoir revenir au tarif réglementé. C'est bien là le vrai danger. Le propriétaire bailleur se retrouve lié (d'aucuns diront piégé) par le choix de son locataire.

En effet, à l'heure où les tarifs du marché seront supérieurs à ceux réglementés, un locataire mal intentionné (en conflit avec son bailleur, par exemple) pourrait être tenté de souscrire une offre de marché après avoir délivré son congé, avec une intention manifeste de nuire à son propriétaire.

### II. – QU'EN EST-IL DE LA FORME DE L'OFFRE DE MARCHÉ ?

Le titre IV de la loi du 7 décembre 2006, insère des dispositions protectrices dans le Code de la consommation<sup>(7)</sup>, concernant les contrats de fourniture d'énergie.

Ainsi, le fournisseur se voit soumis à des obligations d'informations strictes relatives à l'offre de fourniture, avant même la conclusion du contrat, mais également dans le contrat de fourniture lui-même. Toute offre devra ainsi ➤

#### **notes**

(7) C. consom., art. L. 121-86 à L. 121-94.

notamment préciser la durée du contrat, les conditions de son renouvellement, le caractère réglementé ou non du tarif proposé et l'irréversibilité de la renonciation à ce tarif encadré. La loi en profite d'ailleurs pour réformer la commission de régulation de l'énergie (la « CRE » créée en 2000) et surtout, de manière prémonitoire, pour instituer un médiateur national de l'énergie, nommé pour six ans, censé aider à la résolution des litiges entre consommateurs et fournisseurs. Le médiateur peut ainsi être saisi directement et gratuitement par le consommateur ou son mandataire, après une première réclamation écrite auprès de son fournisseur. Sa saisine suspend la prescription des actions en matière civile et pénale jusqu'à ce qu'il formule sa recommandation.

En cas d'évolution défavorable des tarifs du marché libre par rapport aux tarifs réglementés, la fourniture aux tarifs réglementés pourra devenir un argument de vente ou de location. Inversement, le choix d'une offre du marché libre, entraînant l'abandon irréversible de ces tarifs, pourra sans doute s'avérer être un facteur objectif de dépréciation.

Parallèlement à cette libéralisation, un tarif « social » du gaz est venu compléter le tarif social de l'électricité institué par la loi du 10 février 2000, tenant compte du revenu et de la composition du ménage consommateur. Nous attirons l'attention sur le principe suivant : le consommateur qui choisit une offre « dual » (électricité et gaz) de GDF ou d'EDF abandonne nécessairement le tarif réglementé sur au moins l'une des deux énergies.

**Le consommateur qui choisit une offre « dual » (électricité et gaz) de GDF ou d'EDF abandonne nécessairement le tarif réglementé sur au moins l'une des deux énergies.**

### III. – L'HYPOTHÈSE DES LOGEMENTS NEUFS

Jusqu'en 2010<sup>(9)</sup>, la loi instituant le Droit au logement opposable (DALO)<sup>(10)</sup> permet aux nouveaux « sites » raccordés en électricité de bénéficier des tarifs réglementés. Cependant en ce qui concerne le gaz, le consommateur ne peut plus bénéficier du tarif réglementé ; il est contraint d'opter pour une offre de marché, auprès de GDF ou de tout autre fournisseur de son choix.

### IV. – QUELLE ATTITUDE ADOPTER POUR LES PROFESSIONNELS IMMOBILIERS ET RÉDACTEURS D'ACTES ?

Le professionnel, qu'il soit avocat, notaire, agent immobilier, administrateur de biens ou syndic

de copropriété, devra se prémunir contre les difficultés liées à cette question d'irréversibilité attachée au logement. Ainsi, le syndic devra par exemple faire adopter par l'assemblée générale des copropriétaires le principe du changement de fournisseur d'énergie, à la majorité de l'article 24, au besoin en effectuant une mise en concurrence et en joignant plusieurs propositions. Il ne peut de son propre chef souscrire à une offre de marché.

L'agent immobilier rédacteur d'actes ou le notaire devront, selon nous, informer l'acquéreur sur le choix qui a été fait par le vendeur concernant la fourniture en énergie dans le logement vendu, *a fortiori* lorsque ce dernier a souscrit une offre de marché avant la signature de la promesse synallagmatique de vente<sup>(11)</sup>.

#### notes

(8) Exemple : *DolceVita 2* énergies chez Gaz de France.

(9) *A priori* jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2010, date après laquelle tout porte à croire que la règle du libre marché sera règle.

(10) L. n° 2007-290, 5 mars 2007, JO 6 mars, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

(11) C'est notamment le parti pris dans les imprimés FNAIM qui stipulent désormais :

Le vendeur déclare :

– avoir souscrit avant ce jour une offre de marché et ainsi renoncé aux tarifs réglementés concernant la fourniture d'énergie (gaz et/ou électricité) attachée à l'immeuble, objet des présentes. Il est précisé que cette démarche a un caractère irréversible et que l'acquéreur ne pourra plus revenir au tarif réglementé ;

– ne pas avoir abandonné le tarif réglementé concernant la fourniture d'énergie (gaz et/ou électricité). Il s'engage à ne pas souscrire une offre de marché à compter de ce jour compte tenu du caractère irréversible de cette démarche.

Enfin, plus discutable, les baux pourraient comporter une clause liée aux obligations du locataire ; celle-ci pourrait prévoir que dans l'hypothèse où le logement loué bénéficie de la fourniture d'énergie au tarif réglementé, le locataire s'interdit de changer de fournisseur sans l'accord préalable et écrit du bailleur ou de son mandataire, compte tenu du caractère irréversible de cette démarche.

La solution est critiquable en ce qu'elle ne ménage pas le libre choix du locataire. Dans le même temps, il est possible de rétorquer que dans le cadre de rapports locatifs, le caractère irréversible, attaché au logement, du choix fait par le locataire porte manifestation atteinte à l'*usus* du propriétaire sur son bien.

Quelle pourrait être la sanction attachée à une telle clause ? Tout au plus, selon nous, cette stipulation pourrait être jugée abusive en ce qu'elle imposerait un fournisseur d'énergie ou bien réputée non écrite (notamment pour les baux d'habitation, par analogie avec l'article 4 de la loi du 6 juillet 1989, même si le texte ne le prévoit pas expressément).

Une chose demeure cependant certaine : il nous semble impossible, sauf acceptation du locataire, d'imposer aux baux en cours une telle restriction.

L'usage qui semble se développer chez certains professionnels ou bailleurs consistant à interdire au locataire en place le changement de fournisseur d'énergie (le plus souvent par courrier), nous apparaît dénué d'efficacité juridique.

Il faudrait semble-t-il tempérer l'impact de ces problématiques, puisque selon une étude du cabinet *Unilog Management* et *TNS Sofres*, réalisée en mai dernier, seuls 3 % des sondés déclaraient qu'ils changeraient « certainement » de fournisseur après le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

## V. – UNE PRISE DE CONSCIENCE POLITIQUE ?

Le sénateur UMP de l'Eure, Ladislas Poniatowski, considère qu'il convient de conserver un certain nombre de garde-fous pour protéger le consommateur particulier, tant que les bénéfices de la libéralisation du marché de l'électricité ne sont pas clairement avérés et établis. Il est l'auteur d'une proposition de loi du 5 juillet 2007 tendant à autoriser les consommateurs particuliers à retourner au tarif réglementé d'électricité <sup>(12)</sup>. Dans le même temps, la Commission européenne a présenté le 5 juillet 2007 une proposition de charte pour les consommateurs d'énergie. Elle devrait se fonder sur quatre objectifs essentiels qui sont :

- une protection plus efficace des citoyens vulnérables ;
- une meilleure information des consommateurs ;
- moins de paperasserie lors du changement de fournisseur et une protection des consommateurs contre les pratiques de vente déloyales <sup>(13)</sup>.

De son côté, Christine Lagarde, ministre de l'Économie, s'est déclarée jeudi 12 juillet 2007 favorable à une « coopération » avec les parlementaires pour mettre au point une proposition de loi permettant un retour au tarif réglementé de l'électricité pour les particuliers, notamment en cas de déménagement. Sollicitée par les députés Jean-Claude Lenoir (UMP) et François Brottes (PS), Madame Lagarde est toutefois restée très prudente, en précisant que la proposition devait à la fois être conforme au droit communautaire, « à nos engagements à l'égard de l'Union européenne » mais également au droit français et à « l'exigence de constitutionnalité ».

À suivre donc... <sup>(14)</sup> ■

### notes

(12) Texte n° 369 (session extraordinaire 2006-2007) déposée le 5 juillet 2007, consultable sur [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

(13) Communiqué Comm. CE n° IP/07/1026, 5 juill. 2007.

(14) Pour plus d'information, le site officiel : [www.energie-info.fr](http://www.energie-info.fr).