



II-5.8 : L'Autorité française de régulation de l'énergie peut légitimement utiliser ses pouvoirs pour organiser Effacement diffus, mais outrepassa son mandat (*ultra vires*) quand il exige que les intermédiaires de rémunèrent le fournisseur d'énergie

Paul Chapy, Senior Editor

INFORMATION PRINCIPALE

L' « effacement diffus » consiste pour des consommateurs multiples, connectés au réseau de transport d'électricité, à s'engager par avance à ne pas consommer (« s'effacer »), permettant à d'autres consommateurs de tirer sur le réseau, notamment en période de pointe. Des entreprises intermédiaires agrègent ces effacements diffus. Ils participent au système d'ajustement, sur lequel repose la sécurité du système de transport d'électricité. La loi n'avait prévu que l'ajustement simple. La Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) a entendu, au titre de la régulation, organiser l' « effacement diffus ». Le Conseil d'Etat, par l'arrêt *Voltais* du 3 mai 20011, lui reconnaît ce pouvoir. Mais il estime néanmoins que le régulateur excède ses pouvoirs quand la CRE impose une rémunération du fournisseur d'électricité par l'intermédiaire organisant l'effacement diffus.

CONTEXTE ET RESUME

Pour équilibrer l'offre et la demande de consommation d'électricité, des consommateurs peuvent « s'effacer » lorsqu'ils ne consomment pas, ces effacements accroissant la capacité à consommer d'autres consommateurs. Ce phénomène des « effacements diffus » est organisé par des entreprises, notamment *Voltais*.

La loi avait visé ce mécanisme d'ajustement, notamment par l'effacement, mais pas l' « effacement diffus ». Celui-ci consiste, pour des entreprises, à solliciter des consommateurs pour que celui-ci s'engagent à s'effacer, l'intermédiaire procédant ensuite à l'agrégation, pour rendre cet ensemble disponible sur le réseau. A l'effacement diffus, correspond donc un vide législatif. Le régulateur voulut y parer.

L'article 15 de la loi du 10 février 2000, loi qui organise la régulation du secteur électrique en France, vise d'une façon détaillée les programmes d'appel par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité et pose que celui-ci doit tenir compte de l'ordre de préséance économique entre les propositions d'ajustement qui lui sont soumises.

Le régulateur en a conclu, dans le silence du texte qu'il était dans son pouvoir d' « expliciter l'économie générale » de cet article et notamment « d'indiquer la manière dont la rémunération des opérateurs d'effacement diffus pouvait être prise en compte au sein du mécanisme d'ajustement », lorsque que le texte ne vise que le mécanisme général d'ajustement.

C'est pourquoi la CRE, estimant que « les effacements diffus doivent être appréhendés dans la régulation du secteur électrique », a invité les opérateurs concernés à se rapprocher pour

développer les mécanismes d'ajustement diffus. Puis, le régulateur a fixé les modalités de contractualisation d'accès au réseau et de « rémunération de ce service à son juste prix ». Le régulateur a rappelé qu'il fallait reprendre pour cela la règle légale de l'article 15 précité de la « préséance économique ». Le régulateur pose alors qu'il faut classer les offres « en fonction de leur contribution au surplus social », ce qui implique « un reversement du prix de l'énergie effacée au fournisseur qui l'a injectée ». Concrètement, les entreprises qui opèrent ces équilibres vont devoir payer EDF qui a fourni l'électricité, ainsi mieux répartie dans le réseau et utilisée alors qu'elle ne l'aurait pas été et aurait disparu (puisque l'électricité n'est pas un bien durable).

Cette dernière délibération, du 9 juillet 2009 a été attaquée par *Volta* devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, en ce qu'elle l'oblige à payer le producteur d'électricité, contrainte qui lui fait grief, alors qu'elle n'a pas acheté d'énergie. Sur ce premier point, le juge admet la qualification d'« acte administratif faisant grief », alors même que le régulateur l'avait désigné comme une recommandation. Le juge estime que cette mention d'une obligation de rémunérer le producteur d'électricité est « l'un des paramètres essentiels de l'équilibre économique du mécanisme d'effacement diffus ». En cela, la délibération fait grief à l'entreprise, qui peut l'attaquer devant le juge pour excès de pouvoir.

Sur le fond, le Conseil d'Etat rappelle que la loi a confié au gestionnaire de réseau le soin d'assurer l'équilibre entre l'offre et la demande, qui lui permet de gérer le transport d'une façon satisfaisante sur le réseau, notamment pour éviter les conjonctions ou des *black out*, etc., en faisant des appels de production, etc. Pour cela, il dispose de nombreux outils, comme des contrats de réservation de puissance avec des consommateurs raccordés, qui s'efforcent en cas de surconsommations par les autres, ce qui assure la sécurité de l'ensemble du système. Les coûts associés sont répartis entre les utilisateurs du réseau et les responsables d'équilibre. L'article 15 de la loi précitée précise que le dispositif financier est soumis au régulateur qui approuve les méthodes de calcul des écarts et des compensations financières induites par le dispositif.

Le Conseil d'Etat admet que le régulateur peut décider d'aller plus loin que ce dispositif d'ajustement, par l'expérimentation d'offre d'ajustement par « effacement diffus », les modalités devant, comme l'admet dans son principe le régulateur, respecter les principes généraux de la loi, notamment la « préséance économique ».

Mais, et c'est là où l'approbation du juge s'arrête, selon celui-ci, la loi ne mentionne nulle part que « l'appréciation économique d'une offre puisse porter sur les effets indirects sur la collectivité dans son ensemble ». Dès lors, en exigeant que non seulement le client qui s'efface en s'engageant à ne pas consommer, soit rémunéré par l'entreprise intermédiaire, mais encore le fournisseur de l'énergie qui sera consommée par d'autres consommateurs, parce que c'est l'injection d'énergie à laquelle celui-ci procède qui engendre le surplus social, le régulateur a « méconnu la portée de ce texte législatif ».

La délibération en est en conséquence annulée pour excès de pouvoir.

BREF COMMENTAIRE

Cet arrêt du Conseil d'Etat français est important à plusieurs titres.

Tout d'abord, il est dans la mouvance d'une certaine hostilité à l'égard des régulateurs, dont le pouvoir est souvent présenté comme illégitime, dès l'instant qu'ils ne peuvent se prévaloir d'une source électorale. Dans cette conception très traditionnelle, il en résulte que la conception de leur pouvoir est celui d'une « subdélégation », c'est-à-dire qu'ils tiennent leurs pouvoirs du législateur. Dès lors, ils ne peuvent pas exercer un pouvoir qui ne l'en ait été expressément dévolu. Nous sommes très loin des conceptions plus économiques, pragmatiques et téléologiques, admettant que les régulateurs disposent d'autant de pouvoirs qu'il est nécessaire pour remplir leur office, le principe central étant celui de la proportionnalité.

Cependant, il faut rendre justice au Conseil d'Etat. Il est vrai qu'il annule la décision du régulateur, il le fait parce qu'il désapprouve son raisonnement au fond et non parce qu'il se saisit de la question de l'effacement diffus, alors que la loi n'a pas visé ce type de mécanisme, aujourd'hui contractualisé et intermédié. Le juge admet au contraire que, comme le soutenait devant lui le régulateur, le silence de la loi ne rendait pas celui-ci impuissant. Au contraire, dès l'instant que l'effacement diffus est un mode d'ajustement, que l'ajustement (visé par la loi) requiert une régulation, le régulateur peut intervenir, même dans le silence de la loi. En cela, au sens littéral du terme, le juge administratif n'est en rien « réactionnaire » et reconnaît le principe de légalité d'intervention du régulateur dans le silence de la loi, si cela correspond à son office, que la régulation est en jeu et que, comme en l'espèce, le phénomène nouveau en cause (effacement diffus) n'est qu'une variante d'un dispositif plus ancien visé par la loi (ajustement).

Ce que n'admet pas le juge, c'est l'autonomie que s'était autorisée à prendre le régulateur par rapport aux critères d'appréciation de l'équilibre financier du système et de ses bénéficiaires. En effet, il estime que la « présence économique », terme mystérieux en droit comme en économie, le juge pourrait être tenté de ne pas contrôler la façon dont le régulateur lui-même contrôle les prix qui se dégagent dans le système régulé, sous la forme de contrats¹. Il est ici remarquable que les parties ne se tournent pas spontanément vers le fournisseur d'énergie, puisqu'ils n'en ont pas juridiquement besoin, le régulateur veuille imposer à l'intermédiaire de rémunérer celui-ci, puisque c'est bien parce que l'électricité a été produite qu'elle devient disponible et ainsi transférable d'un consommateur à un autre. Il est remarquable que, dans le secteur énergétique, on retrouve exactement la problématique du partage de la valeur qui agite toutes les discussions autour de la Neutralité du Net. Mais pour cela, le régulateur est obligé de faire entrer un élément extérieur, à savoir le « surplus collectif et le bien-être social » : pour que le système soit profitable pour tous à long terme, il faut que les fournisseurs d'énergie, qui apportent la matière première, à partir de laquelle les intermédiaires vont s'enrichir par le jeu entre ceux qui consomment peu et ceux qui consomment beaucoup, soient rémunérés. Cela est juste.

Certes, mais cela ajoute à la loi. Le juge administratif, plus audacieux que le juge judiciaire dans le contrôle substantiel des décisions administratives, n'hésite pas à mettre un coup d'arrêt à la décision

¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, What is a price in law ?, *The Journal of Regulation*, April 2010, I-1.4

du régulateur, rappelant que les choix d'équité et de durabilité des systèmes relèvent du législateur et non des régulateurs. Comme pour la neutralité du Net, il faudrait que les pouvoirs politiques légitimes se demandent si peuvent perdurer longtemps des systèmes dans lesquels des entreprises fournissent la matière première sans aucune contrepartie tandis que d'autres s'enrichissent grâce à la prouesse des marchés et des contrats. Une nouvelle fois, la question de la place des contrats dans les secteurs régulés est ouverte. Le fait d'agréger des non-consommations, ce à quoi correspond l'effacement diffus, consiste à jouer sur un marché alors que l'on met en masse des offres. Il est tout à fait exact que l'effacement diffus est un mode d'ajustement, requis par la régulation du secteur. Dès lors, pourquoi ne pas donner au régulateur les pouvoirs dont il a besoin ? Ici, il en a manifestement manqué.

Bien sûr, ces pouvoirs ne sont légitimes que s'ils sont procéduralement maniés correctement. Or, il est enfantin de la part des régulateurs d'essayer d'échapper au contrôle du juge en masquant leur pouvoir contraignant de régulation par la dénomination qu'ils font parfois de leur décision en les dénommant « recommandation », « communication », etc. Les juges ont le devoir de requalifier. Le pouvoir de contrainte du texte de cette délibération du 9 juillet 2009, qui faisait suite à des délibérations non contraignantes, a entraîné le net rappel à l'ordre par le juge : il ne suffit pas pour un régulateur de jouer avec les mots pour échapper à l'ordre du droit.