

**Avis n° 12-A-19 du 26 juillet 2012
concernant l'effacement de consommation dans le secteur de
l'électricité**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la demande d'avis en date du 13 mars 2012 de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), enregistrée sous le numéro 12/0016 A ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de l'énergie et notamment son article L. 314-16 ;

Vu le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du gouvernement et les représentants de la Commission de régulation de l'énergie entendus lors de la séance du 5 juillet 2012 ;

Les représentants des sociétés RTE, Voltalis, Energy Pool, de l'Association nationale des opérateurs détaillants en électricité (ANODE) et de la société GDF Suez entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par courrier du 13 mars 2012, enregistré sous le numéro 12/0016 A, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a transmis à l'Autorité de la concurrence une demande d'avis concernant la valorisation de l'effacement diffus sur le mécanisme d'ajustement.

I. Constatations

2. L'Autorité a déjà eu à connaître du mécanisme d'ajustement dans le cadre de sa décision n° [11-D-09](#) du 8 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité. Cette décision a donné lieu à une analyse détaillée du fonctionnement de ce mécanisme destiné à assurer l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité. Les grandes lignes en seront rappelées à titre liminaire.
3. Ensuite, seront examinés les différents modes de valorisation de l'effacement de consommation et notamment la valorisation de l'effacement sur le mécanisme d'ajustement.

A. LA MISE EN ŒUVRE PAR RTE DU MÉCANISME D'AJUSTEMENT ET DU RÉGLEMENT DES ÉCARTS ENTRE LES RESPONSABLES D'ÉQUILIBRE

1. RTE A LA RESPONSABILITÉ DE RÉTABLIR L'ÉQUILIBRE OFFRE-DEMANDE À TOUT INSTANT

4. L'électricité a des caractéristiques propres qui impliquent qu'à tout moment, l'offre et la demande d'électricité doivent être équilibrées, non seulement en France, mais également dans l'ensemble du système interconnecté européen.
5. À très court terme, des aléas sont susceptibles d'affecter l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité et ce, à n'importe quel instant (ex : du fait d'une consommation plus forte que prévue ou du fait de l'indisponibilité fortuite d'un groupe de production...). Les conséquences de tels déséquilibres sont significatives car elles sont susceptibles d'entraîner des délestages forcés de certains clients et même un effondrement incontrôlé du système électrique au niveau régional, national, voire européen (ce qu'on appelle communément les « blacks outs »). Ces déséquilibres de très court terme peuvent intervenir tout au long de l'année, hiver comme été, de jour comme de nuit et sont donc indépendants des pointes de consommation d'électricité.
6. Pour faire face à ces déséquilibres de très court terme, le législateur a confié à RTE, en tant que gestionnaire du réseau de transport, la mission de pallier en temps réel les déséquilibres globaux entre l'offre et la demande d'électricité en France, comme le prévoit l'article L. 321-10 du code de l'énergie : « Le gestionnaire du réseau public de transport assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, ainsi que la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau, en tenant compte des contraintes techniques pesant sur celui-ci ».
7. RTE dispose de plusieurs outils permettant de rétablir, à tout instant, l'équilibre entre la production et la consommation, au premier rang desquels figurent 1) le mécanisme

d'ajustement 2) le dispositif du responsable d'équilibre et le mécanisme de règlement des écarts.

2. LE MÉCANISME D'AJUSTEMENT PERMET À RTE D'ACTIVER LES OFFRES D'AJUSTEMENT LES MOINS ONÉREUSES POUR FAIRE FACE AUX DÉSÉQUILIBRES OFFRE-DEMANDE

8. Pour chaque déséquilibre de court terme identifié entre l'offre et la demande d'électricité, RTE demande aux producteurs et aux consommateurs d'électricité de lui faire des offres d'ajustement. Ainsi, les producteurs peuvent proposer d'augmenter ou de baisser leur production d'électricité. De même, des consommateurs peuvent proposer à RTE de baisser leur consommation si la demande globale d'électricité est supérieure à l'offre globale d'électricité. Le mécanisme d'ajustement est donc un marché organisé où RTE est le seul acheteur d'offres d'ajustement qui sont proposées par des acteurs d'ajustement (les producteurs et consommateurs qui déposent les offres). Une offre d'ajustement consistant en une baisse de la consommation est appelée « offre d'effacement ».
9. Ces offres d'ajustement ont un coût pour les acteurs d'ajustement : ils vont donc demander une rémunération à RTE pour le service rendu. RTE opère la sélection des offres d'ajustement en deux temps. En premier lieu, RTE sélectionne les offres qui peuvent techniquement répondre à son besoin d'ajustement. En second lieu, après cette sélection basée sur des critères techniques, RTE classera les offres d'ajustement de la moins onéreuse à la plus onéreuse (principe de préséance économique, conformément à l'article L. 321-10 du code de l'énergie) et activera l'offre d'ajustement la moins onéreuse. En contrepartie, l'acteur d'ajustement ayant déposé cette offre percevra la rémunération initialement demandée à RTE.

3. LE DISPOSITIF DU RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE ET LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES ÉCARTS PERMETTENT À RTE DE RÉPERCUTER LE COÛT DE L'ACTIVATION DES OFFRES D'AJUSTEMENT SUR LES ACTEURS RESPONSABLES DES DÉSÉQUILIBRES

10. Le dispositif du responsable d'équilibre permet de comptabiliser les flux sur le réseau, de les affecter précisément à ceux qui en sont originaires ou destinataires, et de calculer, pour chaque acteur, les écarts entre entrées et sorties d'énergie.
11. Ce dispositif du responsable d'équilibre découle du code de l'énergie qui prévoit, à son article L. 321-15, que « chaque producteur d'électricité (...) et chaque consommateur d'électricité (...) est responsable des écarts entre les injections et les soutirages d'électricité auxquels il procède ». En application de ce principe, les producteurs et consommateurs doivent : 1) soit conclure directement un accord avec RTE pour devenir eux-mêmes responsables d'équilibre, 2) soit conclure un accord avec un responsable d'équilibre tiers, afin que soient définies les modalités financières de règlement des écarts entre leurs injections et leurs soutirages.
12. La qualité de responsable d'équilibre peut être conférée à des producteurs, des fournisseurs, des traders voire des consommateurs. En mars 2012, selon le site internet de RTE, 164 responsables d'équilibre étaient déclarés en France.
13. Le bilan énergétique d'un responsable d'équilibre, exprimé en quantité d'énergie, est constitué :

14. – de ses injections (ou approvisionnements), qui correspondent à la somme d'une part de la production qu'il a physiquement injectée, et d'autre part des blocs d'énergie qu'il a achetés sur le marché de gros de l'électricité ;
15. – de ses soutirages (ou livraisons), qui correspondent à la somme d'une part, de l'énergie consommée et mesurée chez ses clients et, d'autre part, des blocs d'énergie qu'il a vendus sur le marché de gros de l'électricité.
16. Pour un responsable d'équilibre donné, la différence entre les injections et les soutirages figurant dans son bilan énergétique correspond à sa contribution propre au déséquilibre global du système électrique. Cette contribution, appelée « écart du responsable d'équilibre », peut être nulle, positive ou négative. Au niveau du système électrique, le déséquilibre global est donc égal à la somme algébrique des écarts des différents responsables d'équilibre.
17. En général, pour un client déterminé, le fournisseur et le responsable d'équilibre sont la même personne morale, même si ces deux qualités sont distinctes.
18. A posteriori, à partir des données de comptage, RTE calcule, pour chaque demi-heure, la somme des injections et la somme des soutirages figurant dans son bilan énergétique. RTE en déduit ensuite l'écart du responsable d'équilibre en effectuant la différence entre les injections et les soutirages.
19. Il est important de souligner que cet écart du responsable d'équilibre est calculé en dehors des mesures correctrices, c'est-à-dire comme si les ajustements n'avaient pas eu lieu : cela permet à RTE de mesurer très précisément la contribution de chaque responsable d'équilibre aux besoins d'ajustement du système. Par exemple, un producteur peut être amené à augmenter sa production en réponse à une sollicitation de RTE via le mécanisme d'ajustement. Dans ce cas, le responsable d'équilibre auquel ce producteur est rattaché verra son écart calculé sans tenir compte de cette variation de production. Il en va de même, de manière symétrique, pour les effacements de consommation : la variation de consommation induite par l'effacement n'est pas prise en compte dans le calcul des écarts du responsable d'équilibre auquel ce client est rattaché.
20. En cas d'écart négatif (les soutirages sont supérieurs aux injections), le responsable d'équilibre verse à RTE un montant correspondant à son écart en énergie (i.e. la différence entre ses volumes de soutirages et ses volumes d'injections) multiplié par un prix de règlement des écarts négatifs. Ce prix dépend des offres d'ajustement activées sur le mécanisme d'ajustement. En cas d'écart positif, le responsable d'équilibre est rémunéré par RTE au prix de règlement des écarts positifs.
21. L'ensemble du dispositif du responsable d'équilibre et du règlement des écarts permet d'inciter les responsables d'équilibre à bien prévoir leurs approvisionnements plutôt que de supporter des écarts, contribuant ainsi à la sécurité du système électrique.
22. L'organisation et le fonctionnement du mécanisme d'ajustement, du dispositif de responsable d'équilibre et du mécanisme de règlement des écarts (et notamment les modalités de calcul des prix de règlement des écarts) sont régis par des dispositions précises rassemblées dans les « règles applicables à la programmation, au mécanisme d'ajustement et au dispositif de responsable d'équilibre » (ci-après les « règles »). Ces règles évoluent régulièrement en fonction des besoins des acteurs du marché et de l'évolution des techniques. Leur élaboration fait l'objet de concertations organisées par RTE auprès de l'ensemble des acteurs du marché de l'électricité, puis d'une approbation formelle par la CRE. Les règles sont publiques et disponibles sur le site internet de RTE.

B. LA VALORISATION DE L'EFFACEMENT DE CONSOMMATION DANS LE CADRE DU MÉCANISME D'AJUSTEMENT

1. IL EXISTE TROIS GRANDS MODES DE VALORISATION DE L'EFFACEMENT DE CONSOMMATION

23. Le code de l'énergie ne donne pas de définition de l'effacement de consommation. Tout au plus, cette notion est esquissée à travers deux dispositifs : celui du mécanisme de capacité (article L. 335-2 dont la mise en œuvre est subordonnée à un futur décret en Conseil d'État non encore pris à ce jour) et celui du mécanisme d'ajustement (article L. 231-12). Par ailleurs, le code de l'énergie ne mentionne pas les différents modes de valorisation de l'effacement sur les différents marchés de l'énergie.
24. L'instruction a montré que l'effacement pourrait être défini comme une baisse de la consommation d'électricité de certains clients. La valorisation des effacements de consommation aurait dès lors trois grandes composantes :
25. – la maîtrise de la demande d'énergie (MDE). Celle-ci consiste en une réduction du volume global de la consommation des clients. La MDE peut être mise en œuvre par la conduite de diagnostics énergétiques chez les ménages et les entreprises permettant de mettre en évidence des solutions d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments par exemple.
26. – la maîtrise de la demande de pointe (MDP). Du fait notamment de l'utilisation extensive du chauffage électrique par les ménages français, la consommation française connaît régulièrement des « pointes » de consommation qui nécessitent l'emploi de ressources coûteuses et polluantes pour la collectivité (centrales au fioul) et donc in fine pour le consommateur. L'effacement de la consommation de certains clients permet de diminuer la pointe d'électricité (et donc son coût pour la collectivité), en reportant une partie de la consommation des clients à une période où le système électrique est moins tendu.
27. – la valorisation de l'effacement sur le mécanisme d'ajustement. C'est ce mode de valorisation de l'effacement qui fait l'objet de la saisine de la CRE et qui sera donc analysé dans cet avis.

2. L'ACTIVITÉ D'AGRÉGATION D'EFFACEMENT PERMET DE VALORISER, SUR LE MÉCANISME D'AJUSTEMENT, LE POTENTIEL D'EFFACEMENT DISSÉMINÉ SUR PLUSIEURS SITES DE CONSOMMATION

28. Comme mentionné précédemment, les consommateurs ont la possibilité de déposer des offres d'effacement à RTE sur le mécanisme d'ajustement. Ces offres consistent à baisser leur consommation d'électricité en échange d'une rémunération.
29. Les consommateurs ne sont cependant pas les seules entités en mesure de déposer des offres d'effacement à RTE. En effet, l'entité qui propose l'offre d'effacement à RTE peut être également une entité tierce dont l'activité consiste à identifier le potentiel d'effacement de consommation chez un certain nombre de consommateurs, de l'agréger, puis de le proposer à RTE sur le mécanisme d'ajustement. Cette activité est appelée « agrégation d'effacements » et est exercée par des « agrégateurs d'effacements ».
30. Concrètement, l'agrégateur d'effacements installe, chez les consommateurs finals d'électricité, des boîtiers reliés aux compteurs d'électricité qui permettent d'arrêter, sur une

durée limitée, certains appareils électriques (par exemple des chauffe-eau ou des radiateurs chez les consommateurs particuliers). L'agrégateur d'effacements peut ensuite agréger le potentiel d'effacement disséminé sur ces sites de consommation en baissant, de manière simultanée, leur consommation. Dans le même temps, l'agrégateur d'effacements peut proposer à RTE une offre d'effacement basée sur cette agrégation d'effacements.

31. Depuis le démarrage du mécanisme d'ajustement en 2003, l'activité d'agrégation d'effacements a été exercée dans un premier temps par de nouveaux acteurs qui n'étaient pas eux-mêmes fournisseurs des consommateurs dont la consommation est effacée (par exemple la société Energy Pool). Depuis quelques années, les fournisseurs d'électricité cherchent à développer également cette activité de fourniture de services d'effacement soit auprès de leurs propres clients, soit auprès de clients pour lesquels ils ne sont pas fournisseurs.

3. LA VALORISATION DE L'EFFACEMENT SUR LE MÉCANISME D'AJUSTEMENT A CONCERNÉ EN PREMIER LIEU LES GRANDS SITES DE CONSOMMATION INDUSTRIELS PUIS EST EXPÉRIMENTÉE POUR LES SITES DE PLUS PETITE TAILLE DEPUIS 2007

32. La valorisation de l'effacement sur le mécanisme d'ajustement s'est effectuée de manière progressive.
33. Entre 2003 (année de démarrage du mécanisme d'ajustement) et 2007, seuls les consommateurs raccordés au réseau de transport d'électricité (les grands consommateurs industriels) pouvaient faire l'objet d'un effacement qui pouvait être valorisé sur le mécanisme d'ajustement. Ces consommateurs sont équipés de compteurs dits « télérelevés » (leur consommation est relevée, à distance, par RTE toutes les dix minutes).
34. Ensuite, s'est posée la question de la participation au mécanisme d'ajustement des sites de consommation de plus petite taille (les sites dits « profilés »). Ces sites sont ceux dont la consommation ne fait pas l'objet de télé-relèves régulières, mais de relèves périodiques (on parle de compteurs « à index »). Ces sites profilés représentent l'essentiel de la clientèle domestique et une partie significative des petites et moyennes entreprises. Entre deux relèves, la consommation de ces sites ne peut pas être mesurée précisément, mais estimée selon des profils de consommation standard, en fonction des usages identifiés (c'est la raison pour laquelle on parle de sites « profilés »). Jusqu'en 2007, ces sites profilés ne pouvaient pas participer au mécanisme d'ajustement, faute d'atteindre le seuil minimal de puissance leur permettant de proposer des offres d'effacement utiles au rééquilibrage des flux et au maintien de la sûreté du système électrique (10 MW).
35. Depuis 2007, une participation de ces sites au mécanisme d'ajustement est expérimentée de manière transitoire par RTE sous le contrôle de la CRE. Dans le cadre de cette expérimentation, des acteurs d'ajustement peuvent valoriser les capacités d'effacement qui sont disséminées sur des sites profilés en baissant, de manière simultanée, la consommation de ces sites. Ainsi, l'acteur d'ajustement peut proposer une offre sur le mécanisme d'ajustement basée sur cette agrégation d'effacements lorsque celle-ci atteint le seuil minimal de participation fixé par RTE (10 MW). Ce potentiel d'effacement disséminé sur de nombreux sites de consommation est nommé « effacement diffus ». En France, la société Voltalis est un opérateur d'effacement diffus et participe notamment à l'expérimentation de l'incorporation de l'effacement diffus dans le mécanisme d'ajustement.

36. En termes quantitatifs, il convient de souligner que les volumes d'électricité activés sur le mécanisme d'ajustement ne représentent qu'une infime fraction de la consommation d'électricité totale de la France (1%) et que ce pourcentage est stable depuis la création du mécanisme d'ajustement en 2003. La valorisation de l'effacement sur le mécanisme d'ajustement est donc extrêmement limitée et il n'y a donc pas de gisements d'économies d'énergie significatifs pouvant être valorisés à travers le mécanisme d'ajustement, contrairement à l'effacement de la consommation valorisé via la MDE et la MDP.
37. Le déploiement de compteurs télé-relevés (les « compteurs intelligents ») auprès de la clientèle de masse devrait permettre vraisemblablement aux responsables d'équilibre de mieux anticiper les injections et les soutirages sur leur périmètre, ce qui conduira en toute hypothèse à réduire encore les volumes activés par RTE sur le mécanisme d'ajustement et donc les possibilités de valorisation de l'effacement diffus sur le mécanisme d'ajustement.
38. Il convient enfin de rajouter que, sur l'ensemble des ajustements réalisés à la hausse au cours des dernières années, la part de l'effacement (qu'il soit diffus ou industriel) reste très faible et ne dépasse pas 1% des volumes ajustés à la hausse. Selon la CRE, les volumes d'électricité activés par RTE au titre de l'effacement diffus sont en croissance depuis 2010 et dépassent, depuis 2011, le niveau de ceux des effacements industriels.

C. LA SAISINE DE LA CRE

39. RTE a lancé, en février 2012, une consultation auprès des acteurs de marché relative à un nouveau projet de règles relatif au mécanisme d'ajustement. Celui-ci fera l'objet d'une saisine formelle de la CRE pour approbation dans les prochains mois.
40. Ce projet de règles prévoit, sous un certain nombre de conditions, d'incorporer de manière pérenne la participation de l'effacement diffus au mécanisme d'ajustement, suite à son expérimentation depuis 2007.
41. Une de ces conditions précise qu'un accord devra être préalablement signé entre l'opérateur d'effacement diffus et le responsable d'équilibre dans le périmètre duquel est intégré le site de consommation profilé participant à l'ajustement.
42. Cet accord se justifierait par le fait que le responsable d'équilibre dont le périmètre est impacté par un effacement devrait être indemnisé par l'opérateur d'ajustement à l'origine de l'effacement, car l'effacement occasionnerait une perte financière pour le responsable d'équilibre. L'accord négocié entre chaque responsable d'équilibre et chaque opérateur d'ajustement pourrait ainsi contenir une clause qui mentionnerait la compensation des pertes financières induites par l'ajustement.
43. Dans le cadre de sa demande d'avis, la CRE souhaite interroger l'Autorité sur la compatibilité de l'accord entre le responsable d'équilibre et l'acteur d'ajustement avec le droit de la concurrence.
44. La CRE a notamment posé les questions suivantes :
« - L'obligation, pour un acteur d'ajustement qui propose des offres d'ajustement sur des sites de soutirage profilés, d'obtenir l'accord du responsable d'équilibre dont le périmètre comporte les sites de soutirage profilés pour les intégrer à son entité d'ajustement, peut-elle soulever, dans son principe, une difficulté au regard de l'application des règles du droit de la concurrence et notamment du libre jeu de la concurrence au sein du mécanisme d'ajustement ? L'imposition d'une telle obligation à un acteur d'ajustement qui propose

des offres d'ajustement sur des sites de soutirage profilés, est-elle susceptible de placer le principal responsable d'équilibre, à savoir l'opérateur historique, en situation d'abus de position dominante sur le "marché" de l'ajustement ou bien sur tout autre marché connexe à ce dernier ? »

II. Analyse concurrentielle

45. En application de l'article L.134-16 du code de l'énergie, l'Autorité de la concurrence peut être saisie, pour avis, par le président de la Commission de régulation de l'énergie, de toute question relevant de sa compétence. L'Autorité est ainsi habilitée à répondre à la première question posée par la CRE relative à la compatibilité avec le libre jeu de la concurrence de l'obligation pour un acteur d'ajustement d'obtenir l'accord du responsable d'équilibre.
46. En revanche, l'Autorité n'est pas en mesure, dans le cadre d'une saisine consultative, de qualifier une pratique au titre des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui traitent des abus de position dominante. La qualification d'une telle pratique ne peut en effet intervenir qu'après une procédure contradictoire. L'Autorité ne peut donc pas répondre à la deuxième question posée par la CRE concernant l'existence d'un éventuel abus de position dominante de l'opérateur historique.
47. Dans le cadre de cet avis, les deux enjeux concurrentiels suivants seront successivement analysés :
- la compatibilité avec les règles de concurrence de l'accord préalable entre le responsable d'équilibre et l'acteur d'ajustement ;
 - les risques de distorsions de concurrence découlant de la mise en œuvre de cet accord.

A. LA COMPATIBILITÉ AVEC LES RÈGLES DE CONCURRENCE DE L'ACCORD PRÉALABLE ENTRE LE RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE ET L'ACTEUR D'AJUSTEMENT

1. L'OBLIGATION D'UN ACCORD PRÉALABLE ENTRE LE RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE ET L'OPÉRATEUR D'EFFACEMENT VA CRÉER UNE NOUVELLE CONDITION D'ACCÈS AU MARCHÉ POUR L'OPÉRATEUR D'EFFACEMENT

48. Le projet de règles conduit à attribuer à chaque responsable d'équilibre, sur son propre périmètre d'équilibre, le pouvoir de délivrer un agrément dont l'obtention constituera un préalable indispensable pour les opérateurs d'effacement diffus afin de pouvoir proposer des offres d'ajustement à RTE sur le mécanisme d'ajustement.
49. Ainsi, il pourrait exister autant de marchés pertinents qu'il existe de périmètres d'équilibre : sur chaque marché, la demande d'agrément émanerait des opérateurs d'effacement et l'offre d'agrément émanerait du responsable d'équilibre.
50. Chaque marché se situerait en amont du marché de la fourniture d'offres d'ajustement par les opérateurs d'effacement à RTE sur le mécanisme d'ajustement. En effet, l'obtention de

l'agrément de la part du responsable d'équilibre serait une étape préalable nécessaire pour que l'opérateur d'effacement puisse proposer ensuite ses services d'effacement aux consommateurs dont les sites de consommation sont intégrés au périmètre du responsable d'équilibre, de manière à pouvoir proposer ensuite des offres d'ajustement à RTE basées sur le potentiel d'effacement de ces consommateurs.

51. Chaque responsable d'équilibre bénéficierait, dans cette perspective, d'un monopole sur le marché pertinent de l'accès aux consommateurs situés dans son périmètre d'équilibre : il serait alors considéré comme détenant une position dominante, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).
52. L'ARCEP et l'Autorité de la concurrence ont tenu un raisonnement similaire en reconnaissant l'existence d'un marché amont de terminaison des appels sur le réseau mobile d'un opérateur GSM.
53. En effet, lorsqu'un client veut appeler, d'un téléphone fixe ou mobile, un numéro de téléphone fixe ou mobile, l'opérateur du consommateur appelant fait payer à ce dernier le prix de détail de la communication vers le réseau de l'opérateur appelé. Parallèlement, l'opérateur appelant paie à l'opérateur de l'appelé, le prix de gros de la prestation de terminaison d'appel vocal utilisant le réseau de l'opérateur appelé.
54. Dans sa décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, le Conseil de la concurrence a considéré qu'il n'existait aucune prestation substituable à la terminaison d'un appel sur le réseau mobile d'un opérateur, aucune évolution prévisible n'étant a priori susceptible d'accroître la pression concurrentielle sur les tarifs de terminaison d'appel des trois opérateurs mobiles.
55. En conséquence, chaque opérateur mobile, en monopole sur la terminaison d'appel sur son propre réseau, est regardé comme détenant une position dominante sur ce marché.
56. Cette position a été réaffirmée à plusieurs reprises par le Conseil puis l'Autorité de la concurrence¹.
57. Il en résulte que l'adoption du projet de règles pourrait placer chaque opérateur d'effacement dans l'obligation de solliciter un agrément préalable à des responsables d'équilibre détenant chacun, sur son périmètre d'équilibre, un pouvoir de monopole.

2. L'OPÉRATEUR D'EFFACEMENT ET LE RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE SONT POTENTIELLEMENT CONCURRENTS SUR LE MÉCANISME D'AJUSTEMENT

58. Comme mentionné précédemment, afin de résoudre un déséquilibre entre l'offre et la demande d'électricité au niveau global, RTE fait appel à des offres d'ajustement proposées par des acteurs d'ajustement.
59. Afin de résoudre un écart négatif au niveau global (lorsque la demande d'électricité excède l'offre d'électricité), RTE peut, de manière indifférenciée, soit activer une hausse de la production d'électricité, soit une baisse de la consommation d'électricité. Les producteurs d'électricité et les opérateurs d'effacement sont donc concurrents sur le mécanisme d'ajustement.

¹ Avis n° [07-A-05](#) du 19 juillet 2007, décisions n° [09-D-15](#) du 2 avril 2009 ou encore n° [09-MC-02](#) du 16 septembre 2009.

60. Or, les producteurs d'électricité sont également souvent des responsables d'équilibre.
61. Il en découle que les opérateurs d'effacement et les responsables d'équilibre sont potentiellement concurrents sur le mécanisme d'ajustement.

3. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE MENTIONNE QU'UN TEL SYSTÈME D'AGRÉMENT PEUT ÊTRE CONTRAIRE AU DROIT COMMUNAUTAIRE.

62. La Cour de justice a, à plusieurs reprises, rappelé qu'une mesure étatique qui confie à un opérateur privé la possibilité de délivrer des agréments à des opérateurs concurrents leur permettant d'exercer leur activité est susceptible d'être contraire au droit communautaire, dès lors que la mesure étatique n'est pas assortie de limites, d'obligations ou d'un contrôle permettant de s'assurer que la concurrence entre les opérateurs n'est pas faussée.
63. La Cour de justice a ainsi considéré, sur le fondement combiné des dispositions devenues les articles 106 et 102 du TFUE, que le fait de confier à une entreprise, chargée de commercialiser des appareils téléphoniques, la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils téléphoniques, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils, revenait à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, le type d'appareils susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents².
64. Plus récemment, dans son arrêt du 1er juillet 2008, la Cour de justice a considéré dans un cas similaire à celui qui résulterait de l'adoption du projet de règles que :

« 51. Un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. Confier à une personne morale telle que l'ELPA, qui, elle-même, organise et exploite commercialement des compétitions de motocycles, la tâche de donner à l'administration compétente un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, revient de facto à lui conférer le pouvoir de désigner les personnes autorisées à organiser lesdites compétitions ainsi que de fixer les conditions dans lesquelles ces dernières sont organisées, et à octroyer, ainsi, à cette entité, un avantage évident sur ses concurrents. Un tel droit peut donc amener l'entreprise qui en dispose à empêcher l'accès des autres opérateurs au marché concerné. Cette situation d'inégalité des conditions de concurrence est, en outre, soulignée par le fait, confirmé lors de l'audience devant la Cour, que, lorsque l'ELPA organise ou participe à l'organisation de compétitions de motocycles, elle n'est tenue de recueillir aucun avis conforme pour que l'administration compétente lui octroie l'autorisation requise.

52. Par ailleurs, une telle réglementation, qui donnerait à une personne morale comme l'ELPA le pouvoir de donner un avis conforme sur des demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de compétitions de motocycles sans que ce pouvoir soit assorti par cette réglementation de limites, d'obligations ou d'un contrôle pourrait conduire la personne morale chargée de donner cet avis conforme à fausser la concurrence en favorisant les compétitions qu'elle organise ou celles à l'organisation desquelles elle participe.

53. (...) Les articles 82 CE et 86 CE s'opposent à une réglementation nationale qui confère à une personne morale, qui organise des compétitions de motocycles et conclut dans ce

² CJCE, 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones*, C-18/88.

cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle³. »

65. Une analogie peut aussi être faite ici avec les règles régissant la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne, sur le fondement desquelles la Cour de justice considère que pour qu'un régime d'autorisation préalable soit justifié, « il doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, qui assurent qu'il soit propre à encadrer suffisamment l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales⁴. »

4. AU SURPLUS, UNE MESURE ÉTATIQUE QUI IMPOSERAIT LA SIGNATURE D'UN ACCORD ENTRE LE RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE ET L'ACTEUR D'AJUSTEMENT POURRAIT ÊTRE CONTRAIRE À LA DIRECTIVE « SERVICES » DE 2006

66. La proposition d'une offre d'effacement à RTE par un opérateur d'effacement sur le mécanisme d'ajustement semble assimilable à un service, dans la mesure où l'activité de l'opérateur d'effacement consiste à mettre en œuvre une baisse de la consommation d'électricité de certains consommateurs en échange d'une rémunération par RTE.
67. L'activité de prestation de services est encadrée, au niveau communautaire, par la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.
68. L'article 14 de cette directive interdit aux États membres de subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire à des modalités telles que :
- « l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'adoption d'autres décisions des autorités compétentes, à l'exception des ordres et associations professionnels ou autres organisations qui agissent en tant qu'autorité compétente ; cette interdiction ne s'applique ni à la consultation d'organismes tels que les chambres de commerce ou les partenaires sociaux sur des questions autres que des demandes d'autorisations individuelles ni à une consultation du public. »*
69. La directive « services » est donc plus stricte que la jurisprudence de la Cour de justice en matière de légalité des systèmes d'agrément accordés par des entreprises à leurs concurrents puisque, si l'on exclut les quelques exceptions mentionnées ci-dessus, l'article 14 de la directive fait état d'une interdiction aux États membres de mettre en place des systèmes d'agrément obligeant une entreprise de service à demander l'accord d'un de ses concurrents avant de pouvoir exercer son activité.
70. Il semble par ailleurs qu'aucune autre disposition de la directive ne s'oppose à ce que les dispositions de l'article 14 soient applicables au secteur de l'électricité.
71. Il est à noter que les dispositions de l'article 14 de la directive « services » ont fait l'objet d'une première application par le juge administratif français concernant la loi du 4 janvier 1955 relative aux annonces légales⁵. Cette loi organise la publicité légale pour les annonces exigées par les lois et décrets. Elle dispose que chaque préfet publie un arrêté dans lequel figure la liste des journaux ayant l'autorisation de publier des annonces légales. Cette loi

³ CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, Aff. C-49/07.

⁴ CJUE, 17 mars 2011, *Naftiliakis*, Aff. C-128/10.

⁵ TA Lille, 13 octobre 2011, *SARL La Gazette du Nord-Pas-de-Calais*, n° 1102652.

précise par ailleurs que la liste des journaux est arrêtée après consultation d'une commission.

72. Le tribunal administratif de Lille, saisi par un journal qui n'avait pas été retenu sur la liste des journaux habilités à publier des annonces légales et judiciaires, a jugé que la publication d'annonces judiciaires et légales présente le caractère d'une activité de service au sens de la directive « services » et y est, par conséquent, soumise. Le tribunal a ensuite mentionné que la directive « services » prévoit, notamment, que lorsqu'une activité est subordonnée à un régime d'autorisation (en l'espèce celui d'être inscrit sur la liste départementale annuelle pour pouvoir diffuser des annonces légales et judiciaires), la délivrance de l'autorisation ne doit pas être subordonnée « à l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs ».
73. Or, la commission précitée, qui a pour mission d'élaborer la liste des journaux habilités à publier des annonces légales et judiciaires que le préfet arrête chaque année peut, aux termes de l'article 2 de la loi du 4 janvier 1955, être notamment composée « s'ils existent en nombre suffisant, de trois directeurs de journaux, désignés par le préfet, dont au moins deux directeurs de journaux ou publications périodiques, susceptibles de recevoir les annonces légales ».
74. L'octroi de l'autorisation de publier des annonces légales et judiciaires, matérialisé par l'arrêté préfectoral annuel, est donc subordonné à l'intervention directe d'opérateurs concurrents, en méconnaissance des prescriptions de la directive. Il s'ensuit, comme l'a jugé le tribunal administratif, que l'arrêté du préfet fixant, dans ces conditions, la liste des journaux habilités à publier des annonces légales et judiciaires est illégal.

5. CONCLUSION

75. À la lumière de l'article 14 de la directive « services », il apparaît que le projet de règles est susceptible d'être approuvé de manière formelle par la CRE : il aura donc le caractère de mesure étatique au sens du droit communautaire.
76. Une disposition du projet de règles prévoit que le responsable d'équilibre devra donner à l'acteur d'ajustement son accord préalable d'effacer certains de ses clients afin de lui permettre de proposer des offres sur le mécanisme d'ajustement.
77. Comme le responsable d'équilibre peut être potentiellement en concurrence avec l'opérateur d'effacement sur le mécanisme d'ajustement, il apparaît que la disposition du projet de règles pourrait être contraire au droit communautaire.

B. LES RISQUES DE RESTRICTION DE CONCURRENCE DÉCOULANT DE LA MISE EN ŒUVRE D'UN ACCORD PRÉALABLE ENTRE L'ACTEUR D'AJUSTEMENT ET LE RESPONSABLE D'ÉQUILIBRE

78. L'agrément préalable que devrait obtenir chaque opérateur d'effacement diffus serait délivré, non par une autorité publique ou une entité chargée d'une mission de service public, mais par des opérateurs poursuivant des intérêts purement privés (chaque responsable d'équilibre).
79. En effet, l'article L. 321-10 du code de l'énergie confie à RTE la mission d'intérêt général consistant à assurer, à tout instant, l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, ainsi que

la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau, ce qui constitue une mission de service public.

80. En revanche, les responsables d'équilibre sont des acteurs privés qui ont uniquement une responsabilité financière envers RTE pour les écarts entre leurs quantités d'électricité injectées et soutirées sur le réseau public électrique.
81. Pour un consommateur final, le responsable d'équilibre est en général la même personne morale que le fournisseur de ce site de consommation.
82. Le responsable d'équilibre pourrait avoir intérêt à refuser de délivrer l'agrément à l'opérateur d'effacement (ou subordonner la délivrance de cet agrément à des conditions injustifiées) et ce, pour plusieurs raisons.
83. Premièrement, comme mentionné précédemment, le fournisseur pourrait être concurrent de l'opérateur d'effacement sur le mécanisme d'ajustement et donc faire en sorte de ne pas lui délivrer l'agrément (ou lui imposer des conditions non justifiées) afin d'éliminer un concurrent potentiel sur le mécanisme d'ajustement.
84. Deuxièmement, le fournisseur lié au responsable d'équilibre pourrait vouloir développer des services d'effacement auprès de ses propres clients et devenir donc concurrent de l'opérateur d'effacement. L'instruction a montré que plusieurs fournisseurs cherchent à développer ce service à la fois pour leurs propres clients, mais également pour des clients pour lesquels ils ne sont pas fournisseurs. À titre d'illustration, EDF a mentionné au cours de l'instruction qu'elle avait expérimenté le développement de ce type de service d'effacement diffus auprès de certains de ses clients.
85. Troisièmement, le responsable d'équilibre pourrait refuser un agrément à un opérateur d'effacement, car il pourrait craindre que l'activité de l'opérateur d'effacement réduise la consommation de ses propres clients, ce qui aurait pour effet de diminuer potentiellement ses revenus.
86. Il en résulte que soumettre l'activité d'effacement diffus à un accord entre l'acteur d'ajustement et le responsable d'équilibre risque de restreindre la concurrence sur le marché de la fourniture de services d'effacement aux clients finals et sur le mécanisme d'ajustement.

III. Conclusion

87. La CRE a sollicité l'avis de l'Autorité sur la compatibilité avec les règles de concurrence d'une disposition contenue dans le projet de règles du mécanisme d'ajustement actuellement mis en consultation par RTE.
88. Cette disposition prévoit qu'un acteur d'ajustement devra obtenir l'accord préalable du responsable d'équilibre auquel sont rattachés les sites de consommation profilés qu'il souhaite intégrer dans ses offres d'ajustement.
89. L'adoption d'une telle disposition attribuerait à chaque responsable d'équilibre, sur son propre périmètre d'équilibre, le pouvoir de délivrer un agrément dont l'obtention constituerait un préalable indispensable pour les opérateurs d'effacement diffus afin de pouvoir accéder au marché de la fourniture de services d'effacement aux consommateurs

finals leur permettant de déposer des offres d'effacement de consommation sur le mécanisme d'ajustement. Chaque responsable d'équilibre pourrait se retrouver dès lors en monopole, sur son propre périmètre d'équilibre, pour ce qui est de la délivrance d'agrément permettant aux opérateurs d'effacement d'exercer leur activité.

90. Or, il apparaît que les responsables d'équilibre sont potentiellement concurrents des opérateurs d'effacements sur le mécanisme d'ajustement.
91. Selon le droit communautaire, les États membres ont l'interdiction de mettre en place des systèmes d'agrément obligeant une entreprise de service à demander l'accord d'un de ses concurrents avant de pouvoir exercer son activité.
92. Il en résulte que l'approbation formelle par la CRE d'un projet de règles qui mentionnerait l'existence d'un tel système d'agrément pourrait être contraire au droit communautaire.
93. De plus, obliger les opérateurs d'effacement diffus à se faire agréer par chaque responsable d'équilibre dans le périmètre duquel se trouvent des sites de consommation susceptibles de faire l'objet d'un effacement de consommation est de nature à restreindre la concurrence sur le marché de la fourniture de services d'effacement aux clients finals et sur le mécanisme d'ajustement.

Délibéré sur le rapport oral de M. Édouard Leduc, rapporteur et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente et M. Thierry Tuot, membre.

La secrétaire de séance,
Caroline Orsel-Sébès

La vice-présidente,
Françoise Aubert