



**Avis n° 13-A-25 du 20 décembre 2013
concernant l’effacement de consommation dans le secteur de
l’électricité**

L’Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 18 septembre 2013, enregistrée le 19 septembre 2012 sous le numéro 13/0067 A, par laquelle le ministre de l’économie et des finances a saisi pour avis l’Autorité de la concurrence sur un projet de décret relatif à l’effacement de consommation dans le secteur de l’électricité, en application de l’article L. 462-2 du code de commerce ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l’Union Européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code de l’énergie ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, le commissaire du gouvernement et les représentants de la direction générale de l’énergie et du climat (DGEC) entendus lors de la séance du 5 décembre 2013 ;

Les représentants de l’Association française indépendante de l’électricité et du gaz (AFIEG), de l’Association nationale des opérateurs détaillants en électricité (ANODE), des sociétés EDF, Voltalis et Energy Pool et de la Commission de régulation de l’énergie 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 :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par lettre du 18 septembre 2013, enregistrée sous le numéro 13/0067A, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'Autorité) a été saisie d'une demande d'avis par le ministre de l'économie et des finances concernant un projet de décret portant sur l'effacement de consommation d'électricité.
2. Par lettre du 22 novembre 2013, le ministre de l'économie et des finances a fait parvenir à l'Autorité une nouvelle version du projet de décret.
3. Ce texte a pour objet de mettre en œuvre plusieurs nouvelles dispositions figurant dans la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes. En particulier, le projet de décret a pour objet de fixer la méthodologie utilisée pour établir les règles permettant la valorisation des effacements de consommation d'électricité sur les différents marchés de l'électricité.

B. LE MARCHÉ DE L'EFFACEMENT DE CONSOMMATION D'ÉLECTRICITÉ

4. L'effacement de consommation peut être défini comme l'action qui vise à baisser temporairement, sur sollicitation ponctuelle d'un « opérateur d'effacement », le niveau de consommation d'électricité d'un ou de plusieurs consommateurs.
5. Ces effacements peuvent être activés par le biais de différents procédés techniques. Ainsi, par exemple, un procédé technique peut consister à installer, chez les consommateurs d'électricité, des boîtiers reliés à la fois à leur compteur d'électricité et à certains appareils comme des radiateurs ou des chauffe-eaux électriques. L'opérateur va, à distance, procéder à une baisse de l'usage de ces appareils, ce qui est susceptible de générer, selon les acteurs du marché, une économie d'énergie et/ou un report de consommation. Dans le cas d'un effacement dit « tarifaire » (présence d'une clause prévoyant des effacements dans le contrat de fourniture), un autre procédé technique peut consister pour un fournisseur d'électricité à envoyer une incitation tarifaire à son client (via un SMS par exemple) pour que celui-ci réduise sa consommation à un moment où le système électrique est tendu et où le fournisseur doit acheter l'électricité à des prix très élevés et ce, en échange d'une réduction de la facture d'électricité du consommateur par exemple. Ces différents procédés techniques sont amenés à se développer notamment dans le cadre de l'essor des « smart grids » (réseaux intelligents électriques) et du pilotage des consommations d'électricité par le biais des technologies de l'information et de la communication (TIC).
6. L'effacement est une action temporaire de réduction de la consommation d'électricité : elle ne comprend donc pas les économies d'énergies pérennes induites par des procédés techniques tels que l'isolation des bâtiments par exemple.

7. Plusieurs types d'entreprises auront vocation à se concurrencer sur ce marché : les fournisseurs d'électricité mais également des entreprises n'ayant pas d'activité de fourniture d'électricité (comme les opérateurs télécom par exemple).
8. Le marché de l'effacement s'apparente à un marché biface. Les marchés bifaces mettent en relation deux groupes d'agents qui ont des gains potentiels à interagir. Une plateforme ou un intermédiaire rend possible les transactions entre ces deux groupes d'agents. Cette activité engendre des externalités indirectes : le bénéfice d'un agent dépend du nombre d'agents de l'autre groupe. Les exemples les plus classiques de ces marchés mettent en relation des vendeurs et des acheteurs (agences immobilières), des lecteurs et des annonceurs publicitaires (médias), des commerçants et des détenteurs de cartes bancaires (systèmes de paiement). Une caractéristique majeure des marchés bifaces réside dans le fait que l'intermédiaire ne peut dégager des revenus que s'il est en mesure de mettre en relation simultanément les deux groupes d'agents.
9. Dans le cas de l'effacement, un intermédiaire (l'opérateur d'effacement) va, d'un côté, recruter un gisement d'effacement localisé chez des consommateurs d'électricité (industriels et particuliers) pour, de l'autre côté, valoriser cet effacement de consommation d'électricité sur un certain nombre de marchés. Les opérateurs d'effacement sans activité de fourniture seront directement concurrents des fournisseurs et ce, sur chacune des faces du marché de l'effacement.
10. L'effacement de consommation peut, en théorie, être valorisé sur les marchés suivants :
 - le mécanisme d'ajustement et les marchés de réserves du gestionnaire du réseau public de transport d'électricité (RTE) ;
 - le mécanisme de capacité ;
 - le marché de gros de l'électricité.
11. Le fonctionnement de ces différents marchés ainsi que les opportunités de valorisation de l'effacement sur ces marchés sont décrits brièvement ci-dessous.

1. LA VALORISATION DE L'EFFACEMENT SUR LE MÉCANISME D'AJUSTEMENT ET SUR LES MARCHÉS DE RÉSERVES DE RTE

12. L'effacement pourra être valorisé sur le mécanisme d'ajustement et sur les marchés de réserves de RTE. Ces marchés sont destinés à faire en sorte qu'à tout instant, l'offre et la demande d'électricité soient équilibrées.

a) La valorisation de l'effacement sur le mécanisme d'ajustement

13. L'électricité a des caractéristiques propres qui impliquent que l'offre et la demande d'électricité doivent être équilibrées à tout moment, non seulement en France mais également dans l'ensemble du système interconnecté européen.
14. A très court terme, des aléas sont susceptibles d'affecter l'équilibre entre l'offre et la demande d'électricité. Cela peut arriver à tout instant, par exemple du fait d'une consommation plus forte que prévue ou encore 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 « black 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.

15. 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* ».
16. RTE dispose de plusieurs outils permettant de rétablir, à tout instant, l'équilibre entre la production et la consommation, au premier rang desquels figure le mécanisme d'ajustement.
17. Pour chaque déséquilibre de court terme anticipé 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, soit directement soit par l'intermédiaire des opérateurs d'effacement, 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 proposées par des acteurs d'ajustement (les producteurs et les opérateurs d'effacement).
18. 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.
19. Une description plus exhaustive du mécanisme d'ajustement figure dans la décision n° 11-D-09¹ (par. 14 à 48) de l'Autorité.
20. Actuellement, les opérateurs d'effacement ne peuvent proposer des effacements sur le mécanisme d'ajustement que pour certains sites de consommation (les grands sites industriels en général).
21. Depuis 2007, en complément de la participation de ces grands sites de consommation, RTE a mis en place, sous le contrôle de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), une expérimentation permettant la participation des sites dont la consommation est beaucoup moins importante (les consommateurs résidentiels notamment). Cette expérimentation, limitée à un volume de 100 MW, a pour objectif de vérifier la conformité de ces « effacements diffus » avec les besoins du système électrique et la fiabilité de leur mise en œuvre.
22. Cette expérimentation n'a, à ce jour, pas débouché sur une généralisation de la participation de l'effacement des petits sites de consommation au mécanisme d'ajustement

¹ 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.

dans la mesure où il était considéré qu'un cadre législatif devait être mis en place préalablement à cette généralisation.

b) La valorisation de l'effacement sur les marchés de réserves de RTE

23. Selon l'article L. 321-13 du code de l'énergie, les producteurs raccordés au réseau de transport doivent mettre à disposition de RTE, sur le mécanisme d'ajustement, la totalité de leur capacité non utilisée et techniquement disponible. RTE doit cependant s'assurer que des offres d'ajustement portant sur des quantités d'énergie suffisantes seront quotidiennement soumises sur le mécanisme d'ajustement et que les délais de mise en œuvre associés à ces offres seront compatibles avec les impératifs de sûreté du réseau électrique.
24. Pour être certain de disposer en permanence de réserves mobilisables dans des délais très courts, RTE organise des appels d'offres donnant lieu à la contractualisation de « réserves » sur plusieurs années. Cette contractualisation consiste, pour RTE, à payer une prime fixe aux acteurs retenus lors des appels d'offres. En contrepartie, ces acteurs s'engagent à déposer tous les jours la puissance contractualisée sur le mécanisme d'ajustement.
25. Une analyse de ces différents marchés d'appels d'offres a été réalisée par l'Autorité dans le cadre de sa décision n° 11-D-09².
26. Conformément à l'article L. 312-12 du code de l'énergie, les opérateurs d'effacement peuvent participer aux appels d'offres organisés par RTE pour la constitution des réserves. Ces marchés constituent donc des débouchés potentiels pour les opérateurs d'effacement.

2. LA VALORISATION DE L'EFFACEMENT SUR LE MÉCANISME DE CAPACITÉ

27. Le gouvernement a fait le choix de la mise en place d'un mécanisme de capacité destiné à s'assurer que les périodes de pointe de consommation en période hivernale n'occasionneront pas de ruptures de l'alimentation en électricité des consommateurs français. Il est prévu que ce mécanisme de marché soit mis en place en 2016.
28. Ainsi, l'article L. 335-1 du code de l'énergie dispose que « *chaque fournisseur d'électricité contribue, en fonction des caractéristiques de consommation de ses clients, en puissance et en énergie, sur le territoire métropolitain continental, à la sécurité d'approvisionnement en électricité* ».
29. L'article L. 335-2 du même code précise le moyen utilisé pour atteindre cet objectif : « *chaque fournisseur d'électricité doit disposer de garanties directes ou indirectes de capacités d'effacement de consommation et de production d'électricité pouvant être mises en œuvre pour satisfaire l'équilibre entre la production et la consommation sur le territoire métropolitain continental, notamment lors des périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée* ».
30. L'article L. 335-6 du même code prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application de ce mécanisme d'obligation de capacité.
31. Selon ce décret³, le mécanisme de capacité repose sur deux piliers :

² 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.

- la signature obligatoire, par les exploitants de capacités de production et d'effacement de consommation, d'un contrat de certification avec RTE, les engageant sur un certain niveau de disponibilité et leur attribuant, en fonction de ce niveau, un montant de garanties de capacité (des certificats échangeables et cessibles). Une pénalité financière contractuelle est prévue en cas de non respect des engagements ;
- l'obligation pour chaque fournisseur de détenir, chaque année, des garanties de capacité calculées en fonction de la consommation de ses clients et d'un taux de marge. Les fournisseurs acquièrent des garanties de capacité pour satisfaire leur obligation. Ils font l'objet d'une sanction administrative, prononcée par la CRE, en cas de manquement à leur obligation.

32. La certification des capacités de production et d'effacement crée une « offre » de garanties de capacité. L'obligation de capacité crée une « demande » de garanties de capacité du côté des fournisseurs. Cette offre et cette demande constituent un marché. Ce marché traite de la puissance et est indépendant du marché de gros de l'électricité, qui traite de l'énergie. Les garanties de capacité correspondent à une puissance disponible garantie, qu'il y ait ou non production effective.
33. Une description exhaustive de ce mécanisme de capacité figure dans l'avis n° 12-A-09⁴, à l'occasion duquel l'Autorité avait exprimé ses réserves sur ce mécanisme.
34. Comme mentionné plus haut, le mécanisme de capacité constituera un autre débouché pour les opérateurs d'effacement puisqu'ils pourront faire certifier leurs effacements auprès de RTE afin de se voir attribuer des garanties de capacité qui pourront être revendues aux fournisseurs d'électricité.

3. LA VALORISATION DE L'EFFACEMENT SUR LE MARCHÉ DE GROS DE L'ÉLECTRICITÉ

35. L'électricité qui est produite par les centrales électriques peut être revendue à plusieurs reprises avant d'être finalement vendue par le fournisseur d'électricité au consommateur final.
36. Le marché de gros de l'électricité désigne le marché où l'électricité est négociée (achetée et vendue) avant d'être livrée sur le réseau à destination des clients finals (particuliers ou entreprises). Les acteurs qui interviennent sur le marché de gros sont :
 - les producteurs d'électricité (qui détiennent les centrales de production) qui négocient et vendent leur production ;
 - les négociants (« traders ») qui achètent pour revendre et favorisent ainsi la liquidité du marché ;
 - les fournisseurs d'électricité (qui vendent ensuite l'électricité pour la consommation des clients finals) qui négocient et s'approvisionnent en électricité.
37. Les échanges peuvent se faire :
 - sur des bourses (Epex Spot France pour les produits spot, basée à Paris, et EEX Power Derivatives France pour les produits *futures*, basée à Leipzig en Allemagne) ;

³ Décret n° 2012-1405 du 14 décembre 2012 relatif à la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité et portant création d'un mécanisme d'obligation de capacité dans le secteur de l'électricité.

⁴ Avis n° 12-A-09 du 12 avril 2012 concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité.

- de gré à gré « intermédié », c'est-à-dire via un courtier ;
- directement de gré à gré (bilatéral pur).

38. Les transactions peuvent être purement financières (si le produit est acheté puis revendu) ou déboucher sur une livraison physique sur le réseau français.
39. Les effacements peuvent constituer une alternative compétitive à la production d'électricité, notamment (mais pas uniquement) durant les périodes de pointe de consommation.
40. En effet, dans l'organisation actuelle des marchés de l'énergie, les effacements peuvent être valorisés de façon « implicite » dans le cadre d'une optimisation privée au sein d'un portefeuille de fourniture. Ainsi, un fournisseur peut demander à un consommateur de réduire sa consommation ponctuellement, quand le prix sur le marché de gros est élevé et ce, afin de faire des économies dans ses coûts d'approvisionnement, économies qu'il pourra ensuite rétrocéder en partie au consommateur ayant accepté l'effacement.
41. Cependant, il n'existe pas à ce jour de possibilité de valorisation « explicite » de l'énergie issue d'effacements sur les marchés de l'électricité : les opérateurs d'effacement (qu'ils soient ou non fournisseurs) ne peuvent pas vendre sur le marché de gros des « blocs d'effacement » comme il est possible actuellement de vendre des blocs d'électricité.

4. CONCLUSION CONCERNANT LA VALORISATION ACTUELLE DE L'EFFACEMENT SUR LES MARCHÉS

42. A l'heure actuelle, il existe relativement peu de débouchés effectifs pour les opérateurs d'effacement (par rapport aux débouchés théoriques qui ont été décrits ci-dessus) :
 - principalement le mécanisme d'ajustement mais dont l'accès est réservé à certains types de sites (les grands sites de consommation surtout) et où les volumes sont relativement limités (les volumes activés sur le mécanisme d'ajustement représentent environ 1 % du marché de gros de l'électricité) et
 - les appels d'offres organisés par RTE pour la constitution des réserves.

C. LE NOUVEAU CADRE RÉGLEMENTAIRE RELATIF À L'EFFACEMENT DE CONSOMMATION

1. LA LOI N° 2013-312 DU 15 AVRIL 2013

43. Jusqu'à maintenant, le développement de l'effacement de consommation d'électricité s'est fait de manière essentiellement prétorienne, au gré des évolutions des règles du mécanisme d'ajustement proposées par RTE et adoptées par la CRE.
44. L'Autorité a eu l'opportunité de se prononcer sur certaines de ces règles dans le cadre de son avis n° 12-A-19⁵. A cette occasion, elle a recommandé à la CRE de ne pas mettre en place un système d'agrément des opérateurs d'effacement par les fournisseurs d'électricité selon lequel tout opérateur d'effacement souhaitant activer des effacements relatifs à des

⁵ Avis n° 12-A-19 du 26 juillet 2012 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité.

sites de consommation devait obtenir l'accord préalable du fournisseur d'électricité de ces sites de consommation.

45. Afin de promouvoir son développement, notamment sa valorisation sur le marché de gros de l'électricité, les pouvoirs publics ont souhaité mettre en place un cadre juridique pérenne pour l'effacement.
46. Ainsi les articles 13 et 14 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visent précisément à établir ce cadre juridique en inscrivant les modalités d'exercice de cette activité directement dans le code de l'énergie⁶. En particulier, la loi dispose que :
- les effacements doivent pouvoir être valorisés sur le mécanisme d'ajustement, ainsi que sur le marché de gros (art. L. 271-1 du code de l'énergie). Concrètement, les opérateurs d'effacement pourront ainsi vendre des « blocs d'effacement » (dit « NEBEF ») sur le marché de gros après avoir identifié des opportunités d'effacement chez leurs clients ;
 - un opérateur d'effacement doit pouvoir procéder à des effacements de consommation indépendamment de l'accord du fournisseur du site (art. L. 271-1) ;
 - un opérateur d'effacement doit rémunérer le fournisseur d'électricité des sites effacés (en tenant compte des quantités d'électricité injectées par ou pour le compte desdits fournisseurs et valorisées par l'opérateur d'effacement sur les marchés de l'énergie ou sur le mécanisme d'ajustement) (art. L. 271-1) ;
 - une prime est versée aux opérateurs d'effacement « vertueux » (qui contribuent aux objectifs de politique énergétique définis aux articles L. 100-1 et L. 100-2 et dont l'activité présente des avantages pour la collectivité) (art. L. 123-1).
47. La loi précise également que l'ensemble de ces éléments seront détaillés dans les règles proposées par RTE et adoptées par la CRE. Un décret en Conseil d'Etat, pris sur proposition de la CRE devra fixer la méthodologie utilisée pour établir ces règles (art. L. 271-1), ainsi que pour fixer la prime versée aux opérateurs d'effacement (art. L. 123-1).
48. Ce décret est soumis, pour avis, à l'Autorité en application de l'article L. 462-2 du code de commerce.

2. LE PROJET DE DÉCRET, OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

49. Le projet de décret soumis à l'Autorité comporte six chapitres :
- le premier chapitre (articles 1 et 2) est consacré à la définition des notions d'effacement de consommation d'électricité et d'opérateur d'effacement ;
 - le deuxième chapitre (article 3 à 8) a pour objet de définir la méthodologie destinée à l'établissement des règles permettant la valorisation des effacements de consommation d'électricité. Les principaux points de cette méthodologie sont relatifs à la procédure d'élaboration des règles (article 3), aux conditions d'agrément des opérateurs d'effacement et de certification des volumes d'effacements (articles 4 et 5) et aux modalités de détermination du montant du versement dû par l'opérateur d'effacement au fournisseur du site effacé (article 8) ;
 - les troisième et quatrième chapitres (article 9 à 13) traitent de la méthodologie utilisée pour l'établissement de la prime. Cette méthodologie s'attache principalement

⁶ Au livre II du code est ainsi créé un titre VII « L'effacement de consommation d'électricité ».

à permettre la variation du montant de la prime selon les catégories d'effacement (article 9), à en plafonner le montant (article 10) et à en définir certains des critères d'octroi (article 11). Le quatrième chapitre (article 13) concerne en particulier les modalités selon lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent le montant de celle-ci ;

- le cinquième chapitre (article 14) a trait à la révision du dispositif institué par le projet de décret et le sixième chapitre (article 15) a pour objet de modifier la rédaction de l'article 2 du décret n° 2001-630 du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations détenues par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité.

II. Analyse concurrentielle

50. L'analyse concurrentielle couvrira plusieurs éléments relatifs au projet de décret et, plus largement, au marché de l'effacement de consommation d'électricité.
51. Premièrement, il sera démontré que la pertinence d'un subventionnement de l'activité d'effacement, tel que prévu dans le projet de décret, n'est pas vérifiée.
52. Dans un second temps, seront analysés les différents obstacles devant être levés pour que les opérateurs d'effacement, qu'ils aient une activité de fourniture ou pas, puissent librement proposer leurs services sur le marché de l'effacement. En particulier, les éléments suivants seront examinés :
 - le rôle des gestionnaires de réseau sur le marché de l'effacement ;
 - les risques d'éviction liés au comportement d'EDF sur le marché de l'effacement ;
 - l'absence d'accord du fournisseur d'électricité pour que l'opérateur d'effacement active des effacements sur des sites alimentés par ce fournisseur ;
 - les autres dispositions du projet de décret.

A. SUR LA PRIME VERSÉE AUX OPÉRATEURS D'EFFACEMENT

1. SUR LES MODALITÉS DE FIXATION DU MONTANT DE LA PRIME TELLES QUE PRÉVUES DANS LA LOI ET LE PROJET DE DÉCRET

53. Les articles L. 123-1 et suivants du code de l'énergie, issus de la loi n° 2013-312, prévoient la mise en place d'une prime permettant de favoriser le développement des effacements de consommation au titre des avantages procurés à la collectivité. Cette prime sera financée par le biais de la contribution du service public de l'électricité (CSPE), qui est une taxe payée par les consommateurs d'électricité en fonction des volumes d'électricité consommés. L'article L. 271-1 renvoie les modalités de fixation de cette prime au projet de décret faisant l'objet de la présente demande d'avis.
54. Selon le projet de décret (articles 9 à 13), la prime est fixée en euros par MWh et versée en fonction du volume d'effacement certifié. Le montant de la prime peut varier en fonction

de catégories d'effacements, qui seront établies en fonction de leurs caractéristiques techniques et économiques.

55. Un arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, fixe, le cas échéant par catégorie d'effacements, le montant de la prime versée aux opérateurs d'effacement pour les effacements réalisés l'année civile suivant la publication de l'arrêté.
56. Pour fixer le montant de la prime, sont « *notamment* » pris en compte la contribution de l'effacement à la maîtrise de la demande d'énergie, à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et à la réduction des volumes des pertes sur les réseaux de transport et de distribution de l'électricité.
57. De plus, la prime ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés par les opérateurs d'effacement excède une rémunération normale des capitaux compte tenu des risques inhérents à ces activités. La rémunération normale des capitaux tient compte des investissements et des coûts opérationnels spécifiques nécessaires à l'activité d'effacement pour chaque catégorie d'effacement.
58. L'arrêté peut définir un mécanisme de dégressivité de la prime, qui tient compte notamment du volume d'effacement réalisé par un opérateur d'effacement ou par plusieurs opérateurs d'effacement liés entre eux.
59. Concernant le processus de versement de la prime, le projet de décret dispose que RTE calcule les volumes d'effacement, par catégorie d'effacement, après certification et communique ces montants à la CRE. Celle-ci calcule, sur la base du montant unitaire de la prime et des volumes d'effacement, le montant de prime que toucheront, chaque trimestre, les opérateurs d'effacement. La CRE transmet ces montants à la Caisse des dépôts et consignations, qui procède *in fine* au versement des primes aux opérateurs d'effacement, chaque trimestre.

2. SUR LA PERTINENCE DE LA MISE EN PLACE D'UN SUBVENTIONNEMENT DES OPÉRATEURS D'EFFACEMENT

60. Comme décrit plus haut, il est mis en place un subventionnement des opérateurs d'effacement dont le financement sera couvert par la CSPE.
61. Le versement de la prime aux opérateurs d'effacement aura des conséquences sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Par ailleurs, il pourrait occasionner une nouvelle augmentation de la CSPE qui pèsera sur le pouvoir d'achat des ménages et sur la compétitivité des entreprises françaises, alors même que le montant unitaire de la CSPE a déjà triplé entre 2010 et 2013, passant de 4,5 EUR/MWh à 13,5 EUR/MWh.
62. Il semble donc impératif de s'assurer que la subvention versée aux opérateurs d'effacement soit limitée à ce qui est strictement nécessaire à l'atteinte des objectifs fixés.
63. Plusieurs constats peuvent être formulés à ce titre.

a) Sur l'utilisation de l'adverbe « *notamment* »

64. Selon le projet de décret, « *les ministres chargés de l'économie et de l'énergie prennent notamment en compte, pour fixer le montant de la prime, la contribution de l'effacement à la maîtrise de la demande d'énergie, à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et*

à la réduction des volumes des pertes sur les réseaux de transport et de distribution de l'électricité ».

65. A titre liminaire, l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » est facteur d'insécurité juridique. Tel que le décret est rédigé, la subvention pourrait varier en fonction de l'impact de l'effacement sur un certain nombre d'externalités positives pour la collectivité, sans que ces externalités n'aient toutes été clairement explicitées et définies. Un test de proportionnalité entre le montant de la prime d'une part, et ses externalités positives d'autre part pourra donc difficilement être conduit.
66. L'Autorité recommande au gouvernement qu'une liste exhaustive des finalités poursuivies soit établie dans le décret, de manière à ce que la prime puisse être fixée précisément en fonction des objectifs poursuivis.

b) Sur la superposition de multiples dispositifs publics visant les mêmes objectifs

67. En l'état, et nonobstant les objectifs complémentaires que l'usage de l'adverbe « *notamment* » pourrait permettre de prendre en compte, la prime a vocation à rémunérer la participation de l'effacement à la maîtrise de la demande d'énergie, à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et à la réduction des volumes des pertes sur les réseaux de transport et de distribution de l'électricité.
68. Or, les pouvoirs publics ont déjà mis en place plusieurs dispositifs visant la maîtrise de la demande d'énergie, la réduction des émissions de gaz à effet de serre ainsi qu'indirectement les volumes de pertes sur les réseaux de transport et de distribution d'électricité. La mise en place de la prime constitue donc un nouveau dispositif de soutien qui va se superposer à ces dispositifs existants. Or, la superposition de multiples mécanismes de soutien public visant les mêmes objectifs pourrait occasionner des distorsions de concurrence entre producteurs/fournisseurs d'électricité d'une part, et opérateurs d'effacement d'autre part. Par ailleurs, le consommateur se retrouverait dans la situation de payer une deuxième fois pour le financement de dispositifs de soutien visant les mêmes objectifs.

La réduction des émissions de gaz à effet de serre

69. Ainsi, la réduction des émissions de gaz à effet de serre fait déjà l'objet d'un dispositif de soutien public : le système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE), mis au point par l'Union européenne en 2005 et fondé sur les mécanismes définis par le protocole de Kyoto. Le SCEQE fonctionne de la manière suivante :
 - un plafond est fixé pour les émissions de CO₂ des sites industriels européens assujettis (environ 12 000 sites en 2011) appartenant aux secteurs les plus émetteurs, dont la production d'énergie ;
 - les entreprises dont les émissions sont inférieures au plafond ainsi défini peuvent vendre leurs droits d'émissions à celles qui ont des difficultés à ne pas dépasser leur plafond d'émissions.
70. Ce marché des droits d'émission a pour objectif de donner un prix à la tonne de CO₂ afin précisément de pénaliser les producteurs d'électricité qui en émettraient dans l'atmosphère et ce, en rendant obligatoire l'acquisition de droits d'émission, sous peine de sanction. Les producteurs d'électricité sont donc déjà pénalisés par rapport aux opérateurs d'effacement pour ce qui est de la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Une partie de ce

surcoût est par ailleurs déjà vraisemblablement répercutée par les producteurs d'électricité sur la facture des consommateurs d'électricité. Il n'y a pas de raison objective de superposer un nouveau dispositif public qui pèsera, une nouvelle fois, sur la facture du consommateur⁷.

La maîtrise de la demande en énergie et la réduction des volumes de pertes sur les réseaux de transport et de distribution d'électricité

71. De même, les pouvoirs publics ont déjà mis en place un dispositif visant la maîtrise de la demande en énergie (et donc indirectement les volumes de pertes sur les réseaux de transport et de distribution d'électricité) : le dispositif des certificats d'énergie.
72. Le dispositif des certificats d'économies d'énergie (CEE), créé par les articles 14 à 17 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique (loi POPE), constitue, selon le site internet du ministère de l'écologie, de l'environnement et de l'énergie, « *l'un des instruments phare de la politique de maîtrise de la demande énergétique* »⁸.
73. Ce dispositif repose sur une obligation de réalisation d'économies d'énergie imposée par les pouvoirs publics aux vendeurs d'énergie appelés les « obligés » (électricité, gaz, chaleur, froid, fioul domestique et les carburants pour automobiles). Ceux-ci sont ainsi incités à promouvoir activement l'efficacité énergétique auprès de leurs clients : ménages, collectivités territoriales ou professionnels. Un objectif triennal est défini et réparti entre les opérateurs en fonction de leurs volumes de ventes. En fin de période, les vendeurs d'énergie obligés doivent justifier de l'accomplissement de leurs obligations par la détention d'un montant de certificats équivalent à ces obligations. Les certificats sont obtenus à la suite d'actions entreprises en propre par les opérateurs ou par l'achat à d'autres acteurs ayant mené des opérations d'économies d'énergie. En cas de non respect de leurs obligations, les obligés sont tenus de verser une pénalité libératoire de deux centimes d'euro par kWh manquant.
74. Le dispositif pénalise les fournisseurs d'électricité par rapport aux opérateurs d'effacement au titre de la maîtrise de la demande en énergie (et indirectement au titre de la réduction des volumes de pertes sur les réseaux de transport et de distribution d'électricité). Il semble donc curieux de superposer un nouveau dispositif (la prime versée aux opérateurs d'effacement) au dispositif existant, au risque de distordre encore plus la concurrence entre fournisseurs d'électricité et opérateurs d'effacement. In fine, le consommateur d'électricité pourrait, là encore, se retrouver dans la situation de payer deux fois pour l'atteinte de l'objectif de maîtrise de la demande en énergie.

⁷ L'ancienne ministre française de l'énergie qui a d'ailleurs déclaré dans un colloque que : « *le marché du CO2 est le seul instrument qui permette de donner un signal prix nécessaire pour orienter les investissements vers une lutte contre le changement climatique* », intervention de Delphine Batho du mardi 28 mai 2013 au colloque sur le redressement du marché carbone organisé à l'université Paris-Dauphine par la Chaire économie du Climat.

⁸ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/-Certificats-d-economies-d-energie,188-.html>

c) Sur le lien de causalité entre effacement de consommation d'une part, et économies d'énergie et réduction des émissions des gaz à effet de serre d'autre part

75. Il apparaît que le lien entre effacement de consommation et économies d'énergie n'est pas clairement démontré, notamment au titre de l' « effet report ».
76. Ainsi, dans le cas de l'effacement diffus, une étude⁹ menée par le centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB) et l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a tenté d'évaluer le surplus de consommation à l'issue de la période d'effacement, par exemple pour remettre le logement à la température souhaitée (ce qu'on appelle l' « effet report »). Selon cette étude, les effacements des ballons d'eau chaude sanitaire n'entraîneraient aucune économie d'énergie dans la mesure où l'effet report semble être de 100 % (selon l'ADEME, *« le ballon étant un système fermé, la résistance aura besoin de plus fonctionner ensuite pour compenser le manque d'apport énergétique résultant de l'effacement »*).
77. En revanche, selon la même étude, l'effacement des radiateurs électriques pourrait entraîner une économie d'énergie de 10,9 % à 13,2 %. L'étude souligne pourtant que la marge d'erreur est significative et que *« l'origine de ces économies d'énergie devra être déterminée »* car *« [ces économies] pourraient en partie venir d'une compensation par les logements voisins, en partie d'une correction indirecte d'une mauvaise régulation du chauffage et en partie d'une baisse de température ayant ou non un impact sur le confort »*.
78. Par ailleurs, il ressort des éléments au dossier que certains effacements certifiés ne donneront lieu à aucune économie d'énergie mais induiront une augmentation des émissions de gaz à effet de serre, ce qui irait à l'encontre des objectifs de la prime.
79. Par exemple, il sera extrêmement difficile de déterminer si des économies d'énergie auront été occasionnées par les effacements dits « tarifaires » (envoi d'un signal par le fournisseur au consommateur qui lui indique que le prix payé sera plus élevé certains jours de l'année en échange de prix plus bas le reste de l'année). Ainsi, plusieurs comportements des consommateurs peuvent être induits par l'envoi d'un tel signal. Dans certains cas, le consommateur résidentiel baissera ses radiateurs et se vêtira plus chaudement, ce qui occasionnera une économie d'énergie et une baisse des émissions de gaz à effet de serre. Dans d'autres cas, le consommateur optera pour une baisse de la consommation de ses radiateurs et branchera, en parallèle, un groupe électrogène au fioul par exemple. Dans les deux cas, le fournisseur pourra certifier un effacement de consommation et toucher une prime. Mais, dans le second cas (utilisation d'un groupe électrogène), l'effacement n'occasionnera aucune économie d'énergie et conduira à une augmentation des rejets de CO₂ dans l'atmosphère (l'électricité effacée est en grande partie d'origine nucléaire et ne dégage que peu de CO₂, ce qui n'est pas le cas d'un groupe électrogène qui fonctionne avec du fioul par exemple). En conclusion, des fournisseurs toucheront une subvention alors même que l'effacement n'aura occasionné aucune économie d'énergie et que l'effacement aura contribué à augmenter les émissions de CO₂ dans l'atmosphère et ce, sans que RTE ne puisse vérifier le comportement de chaque consommateur ayant accepté l'effacement (ce qui est techniquement impossible).
80. Il découle de ce qui précède que certains effacements contribueront à accroître les émissions de CO₂ dans l'atmosphère et n'induiront pas d'économie d'énergie et ce, sans

⁹ Etude mentionnée dans l'avis de l'ADEME du 8 octobre 2012 intitulé *« L'effacement des consommations électriques résidentielles »*.

que ces effacements puissent être clairement identifiés par RTE. Subventionner l'effacement au titre des économies d'énergie et de la réduction des émissions de CO2 semble donc infondé.

d) Sur la nécessité économique de subventionner l'effacement

81. Des fournisseurs et des opérateurs d'effacement valorisent actuellement des effacements sur le mécanisme d'ajustement et sur les marchés de réserves de RTE et ce, sans recevoir de subventions. En particulier, EDF commercialise des offres d'effacement (« les tarifs EJP et Tempo ») depuis une trentaine d'années sans recevoir de subventionnement.
82. Dans plusieurs pays (Suisse notamment¹⁰), les opérateurs télécom développent, au-delà de la fourniture du triple play (téléphonie, internet, TV), des services de domotique tels que des services de surveillance du domicile (pilotage à distance de webcams et d'alarmes) et des services de pilotage de la consommation d'électricité s'apparentant à de l'effacement de consommation et ce, sans subventionnement.
83. Au cours de l'instruction, un opérateur d'effacement a mentionné qu'il n'avait pas besoin de cette subvention pour exercer son activité.
84. Le subventionnement n'apparaît donc en aucun cas nécessaire pour le développement de l'effacement.

3. SUR LA POSSIBLE QUALIFICATION D'AIDE D'ÉTAT DE LA PRIME

85. Au surplus, le dispositif de prime semble à première vue susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 107 (1) TFUE qui exige, pour retenir une telle qualification, que quatre conditions cumulatives soient remplies : (i) la mesure doit être financée directement ou indirectement par des ressources d'État; (ii) la mesure doit être sélective ; (iii) elle doit conférer un avantage ; (iv) la mesure doit affecter ou menacer d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres.
86. Sur le premier point, pour que des avantages puissent être qualifiés d'aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ils doivent, d'une part, être imputables à l'État et, d'autre part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État. La jurisprudence a consacré le caractère cumulatif de ces deux conditions¹¹.
87. Concernant l'imputabilité de la mesure, il apparaît que la mise en place d'une prime d'effacement est le résultat d'un comportement imputable à l'État français puisque ce mécanisme a été institué par la loi n° 2013-312 et est codifié aux articles L. 123-1 et suivants du code de l'énergie.
88. Par ailleurs, concernant l'origine étatique des ressources, l'article 107, paragraphe 1, TFUE englobe tous les moyens pécuniaires que l'État peut effectivement utiliser pour soutenir des entreprises. Le fait que ces moyens restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'ils soient qualifiés de ressources d'État et pour qu'une mesure, qu'ils servent à financer, entre dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE¹².

¹⁰ Voir, notamment, les services offerts par l'opérateur Swisscom aux consommateurs d'électricité suisses : http://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/fr/ghq/media/documents/20121129_Faktencheck_fr.pdf

¹¹ CJCE, arrêt du 16 mai 2002, France/Commission, dit « Stardust Marine » (C-482/99, Rec. p. I-4397).

¹² CJCE, arrêt du 29 avril 2004, Grèce c. Commission, Aff. C-278/00.

89. En l'espèce, il apparaît qu'il existe bien un contrôle public permanent sur le financement de la prime favorisant les effacements. En effet, l'article L. 121-10 du code de l'énergie prévoit que la prime sera financée par la contribution au service public de l'électricité (CSPE) due par tous les consommateurs finals d'électricité installés en France. Or, les fonds qui sont alimentés par des contributions obligatoires, imposées par la législation de l'État membre, et répartis conformément à cette législation, sont à considérer comme des ressources d'État¹³.
90. S'agissant du mécanisme de transfert des fonds destinés au financement de la mesure d'aide entre les sujets redevables et les sujets bénéficiaires, il convient de souligner que les ressources obtenues grâce aux charges imposées à l'ensemble des consommateurs transitent par l'organisme de droit public mandaté expressément par l'État, à savoir la CDC. Dans la mesure où l'organisme qui s'est vu confier la gestion comptable et la répartition financière des fonds est un établissement public par excellence¹⁴ et surtout dès lors que les fonds en cause sont entièrement laissés à la disposition des autorités nationales, l'origine étatique des ressources semble vérifiée.
91. La prime versée aux opérateurs d'effacement est donc susceptible de remplir la première condition de l'article 107, paragraphe 1.
92. Sur le deuxième point, il doit être examiné si la mesure est sélective. Ce critère permet de déterminer si la mesure est susceptible d'être uniformément accordée à l'ensemble des concurrents. Si l'on prend l'exemple du mécanisme d'ajustement, parmi les concurrents présentant des offres sur ce marché (opérateurs d'effacement et producteurs), seuls les opérateurs d'effacement percevront la prime (les producteurs ne la percevront pas). Le mécanisme d'octroi de la prime est donc, par essence, sélectif puisqu'il vise à favoriser l'effacement de consommation.
93. Sur le troisième point, il convient de vérifier si la mesure confère un avantage à celui à qui elle est octroyée. Ce critère vise à vérifier si la mesure va procurer un avantage à l'entreprise qui bénéficiera de la mesure, l'avantage conféré à une entreprise lui permettant de ne pas supporter des charges auxquelles elle devrait normalement faire face en l'absence de mesure.
94. En l'espèce, si l'on reprend l'exemple du mécanisme d'ajustement sur lequel un opérateur d'effacement est en concurrence avec un producteur d'électricité, l'octroi de la prime à l'opérateur d'effacement permettra à celui-ci de faire à RTE une offre d'ajustement plus compétitive que celle du producteur d'électricité. L'octroi de la prime va donc conférer un avantage à l'opérateur d'effacement.
95. Sur le quatrième point, il convient d'analyser si la mesure affecte ou menace d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres. Le mécanisme d'octroi de la prime est un dispositif national : il est donc susceptible d'avoir une influence sur le commerce entre États membres. De plus, de par l'avantage compétitif qu'il induira pour les opérateurs d'effacement, il pourrait désavantager les producteurs dont le siège social est situé en dehors du territoire français. La prime est donc susceptible d'affecter ou de menacer d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres.

¹³ CJCE, arrêt du 2 juillet 1974, Italie c. Commission, Aff. n° C-173/73, point 35.

¹⁴ Pour une description détaillée de la CDC, voir arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission (T-358/94, Rec. p. II-2109).

4. CONCLUSION

96. Il découle de ce qui précède que la prime pourrait induire des distorsions de concurrence et emporter des conséquences dommageables à la fois pour le pouvoir d'achat des ménages et la compétitivité des entreprises françaises. Or, l'efficacité de la prime, qui pourrait être de nature à compenser ces impacts négatifs, n'est pas vérifiée pour l'atteinte des objectifs environnementaux fixés par les pouvoirs publics, la rédaction actuelle du texte créant en outre une incertitude juridique sur les éléments qui seront pris en compte pour son appréciation.
97. Le mécanisme de plafonnement, qui fonctionne indépendamment de toute incitation en faveur d'une externalité positive, de même que la position exprimée en séance par le commissaire du gouvernement selon laquelle la prime aurait vocation à n'être que temporaire, montrent d'ailleurs les doutes qu'inspirent la pertinence et les caractéristiques du subventionnement proposé.
98. Dans ces conditions, l'Autorité recommande au gouvernement de ne pas mettre en place la prime aux opérateurs d'effacement telle qu'elle est prévue par le décret et de ne le faire que sous une forme qui ait pour résultat, d'une part, de rémunérer uniquement des bienfaits qui sont effectivement démontrés et qui ne sont pas rémunérés autrement, d'autre part, de ne pas désavantager certains opérateurs du marché qui sont déjà pénalisés pour les externalités négatives que leur activité génère.
99. En outre, il n'apparaît pas pertinent que cette prime soit versée à EDF au titre des offres EJP et Tempo, dès lors qu'elle pourrait conduire à subventionner des gisements d'effacement préemptés depuis de longues années, sans qu'aucune incitation ait été nécessaire pour cela et alors même que, comme il sera développé infra, cette préemption est susceptible d'avoir des effets d'éviction sur les autres opérateurs d'effacement.
100. En tout état de cause, si le gouvernement souhaite mettre en place cette prime, l'Autorité recommande de notifier le dispositif à la Commission européenne, préalablement à sa mise en œuvre, afin qu'il puisse être examiné dans le cadre de l'article 108 TFUE relatif au contrôle des aides d'État.

B. SUR LE RÔLE DES GESTIONNAIRES DE RÉSEAUX

101. Le projet de décret, qui charge le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité (RTE) d'élaborer les règles permettant la valorisation des effacements, lui confie par ailleurs un rôle central dans le processus de contrôle du marché de l'effacement. Cela se traduit notamment par l'attribution des deux missions suivantes :
 - la délivrance d'un agrément préalable aux opérateurs souhaitant exercer une activité d'effacement (article 4) ; cette procédure d'agrément vise notamment à s'assurer de la faculté de l'opérateur à mettre en œuvre des effacements de consommation selon des caractéristiques techniques conformes à ses déclarations, en ce qui concerne en particulier le volume de puissance effacée et la temporalité de la modification de consommation des sites de soutirage ;
 - la certification des volumes d'effacement réalisés par les opérateurs d'effacement (article 5) ; cette certification vise à garantir le caractère effectif de l'effacement de consommation réalisé et repose sur la comparaison, effectuée au niveau d'un agrégat de sites constitutifs d'une entité d'effacement, entre une courbe de référence, établie

selon diverses méthodes (interpolation linéaire, prévision de consommation, historique, etc...), et une courbe de consommation réelle, établie à partir des données issues des dispositifs de comptage des gestionnaires de réseaux ou le cas échéant des opérateurs d'effacement.

102. L'article 3 du projet de décret prévoit, en son dernier alinéa, que le gestionnaire du réseau de transport d'électricité « *peut confier aux gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité (...) l'exécution de certaines de ses missions définies aux articles suivants* ».
103. L'Autorité n'est pas favorable à cette dernière disposition, qui permettrait aux gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité (GRD) de se voir déléguer l'exercice des missions précitées d'agrément et de certification de RTE (1). L'Autorité note par ailleurs que le décret est muet sur la question d'une possible intervention des gestionnaires de réseaux sur le champ concurrentiel de l'effacement, intervention qui ne paraît pas souhaitable (2).

1. LA POSSIBILITÉ DE DÉLÉGATION DES MISSIONS D'AGRÉMENT ET DE CERTIFICATION DE RTE AUX GRD DEVRAIT ÊTRE SUPPRIMÉE

104. Si les GRD ont vocation à être associés au contrôle de l'activité d'effacement, au titre notamment de la collecte des données de consommation, le transfert d'un pouvoir d'agrément ou de certification à ces entités ne serait envisageable qu'à la condition que celles-ci présentent toutes garanties de neutralité et d'indépendance par rapport à l'ensemble des opérateurs d'effacement. Or cette condition ne semble pas remplie à l'heure actuelle, en raison des rapports existant entre les GRD et certains fournisseurs d'électricité, qui sont des opérateurs d'effacement potentiels.

a) La société ERDF

105. S'agissant de la société ERDF, principal GRD en France, qui dessert environ 95 % des clients sur le territoire continental métropolitain, les craintes relatives à l'indépendance de cette filiale d'EDF SA par rapport à sa maison-mère ont été mises en évidence à de nombreuses reprises, notamment par la CRE dans le cadre de ses rapports annuels successifs consacrés au respect des codes de bonne conduite et à l'indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel.
106. Ainsi, par exemple, dans son dernier rapport annuel, publié en septembre 2013¹⁵, la CRE a réitéré ses critiques à propos de la formulation des statuts d'ERDF, qui ne garantissent pas suffisamment l'indépendance décisionnelle de ses dirigeants, ou encore à propos de l'absence d'autonomie d'ERDF dans sa politique de communication ou au sujet de l'extrême similitude entre la dénomination sociale et le logo de cette société et ceux de sa société mère EDF SA.
107. De son côté, l'Autorité de la concurrence a été saisie en 2012 d'une plainte d'une société de production d'électricité photovoltaïque dénonçant notamment des pratiques mises en œuvre par la société ERDF et consistant à traiter de façon discriminatoire les demandes de raccordement des installations photovoltaïque au réseau électrique afin de favoriser les sociétés du groupe EDF. Dans sa décision sur la demande de mesures conservatoires

¹⁵ Ce rapport est disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-thematiques/respect-des-codes-de-bonne-conduite-rapport-2012>

présentée par la saisissante¹⁶, l'Autorité a considéré que les éléments collectés au cours de l'examen de celle-ci justifiaient que l'instruction de l'affaire au fond soit poursuivie.

b) Les autres GRD

108. La plupart des autres GRD ne paraissent pas davantage présenter les garanties d'indépendance requises par rapport aux fournisseurs et potentiels opérateurs d'effacement pour se voir confier l'exercice des missions d'agrément et de certification de RTE.
109. D'une part, il convient de relever que les principes de séparation et d'indépendance entre les activités de gestion des réseaux publics de distribution d'électricité et les activités de production ou de fourniture d'électricité, prévus par l'article 26 de 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, et en droit interne par les articles L. 111-57 et suivants du code de l'énergie, ne s'appliquent qu'aux gestionnaires de réseaux de distribution desservant plus de 100 000 clients.
110. En France, en dehors d'ERDF, seuls quatre GRD sur environ 160 sont concernés : il s'agit de Gérédis (Deux-Sèvres), Électricité de Strasbourg Réseaux (ESR – Bas-Rhin), Sorégies Réseaux de Distribution (SRD – département de la Vienne) et URM (Metz). Pour les autres GRD, il n'existe aucune obligation de séparer les activités de gestion du réseau de distribution des activités de production ou de fourniture d'électricité et, de fait, ces différentes activités sont le plus souvent exercées au sein d'une même entreprise. Confier des missions de contrôle de l'activité d'effacement à de telles entreprises, qui pourraient elles-mêmes être opérateurs d'effacement, les placerait dans une situation de conflit d'intérêts incompatible avec les exigences du droit de la concurrence.
111. Quant aux quatre GRD comptant plus de 100 000 clients, si la situation est variable, leur niveau d'indépendance par rapport aux sociétés de production ou de fourniture d'énergie qui les contrôlent reste globalement perfectible. Dans son dernier rapport sur le respect des codes de bonne conduite et l'indépendance des gestionnaires de réseaux, la CRE a ainsi pointé plusieurs insuffisances sur ce point de la part des distributeurs concernés, qu'il s'agisse de leur organisation et de leur règles de gouvernance, de leur autonomie fonctionnelle ou encore de la confusion de leurs logos et identités sociales avec leur maison-mère.
112. En conclusion, l'Autorité recommande que le décret supprime la possibilité de délégation des missions d'agrément et de certification de RTE aux GRD. A tout le moins, le décret devrait subordonner cette possibilité de délégation à la condition, qui est d'ailleurs prévue pour les autres tiers susceptibles de se voir confier ces missions, que les GRD présentent les garanties d'indépendance requises vis-à-vis des opérateurs d'effacement.

2. LES GESTIONNAIRES DE RÉSEAUX NE DEVRAIENT PAS POUVOIR ÊTRE OPERATEURS D'EFFACEMENT

113. L'impossibilité d'exercer une activité concurrentielle sur le marché de l'effacement devrait s'appliquer au gestionnaire du réseau de transport (a) comme aux gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité (b).

¹⁶ Décision n° 13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque.

a) Le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité (RTE)

114. L'attribution des deux missions précitées d'agrément et de certification à RTE paraît s'opposer à ce que celui-ci puisse intervenir directement en tant qu'acteur sur le marché de l'effacement. A défaut, en effet, RTE pourrait être à la fois le concurrent des opérateurs d'effacement et l'entité chargée de contrôler leur activité, *ex ante* par la délivrance de l'agrément et *ex post* par la certification des volumes d'effacement réalisés.
115. Comme l'a rappelé l'Autorité dans son avis n° 12-A-19 du 26 juillet 2012 (paragraphe 62 et s.), une telle configuration serait susceptible d'être contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi qu'à l'article 14 de la directive « services » qui interdit la mise en place de systèmes d'agrément obligeant une entreprise de service à demander l'accord d'un de ses concurrents avant de pouvoir exercer son activité.
116. Plus largement, confier à un opérateur le pouvoir de délivrer un agrément préalable à ses concurrents présente des risques de distorsion de concurrence importants, liés au fait que l'opérateur investi de ce pouvoir aura naturellement intérêt à refuser de délivrer l'agrément ou à en rendre la délivrance plus difficile, notamment en la soumettant à des conditions injustifiées, pour entraver le développement de ses concurrents. Ces risques concurrentiels avaient également été soulignés par l'Autorité dans son avis précité n° 12-A-19 (paragraphe 78 et s.).
117. S'agissant du marché de l'effacement, le fait qu'un opérateur, en l'occurrence RTE, soit par ailleurs chargé de la mission de certification des volumes d'effacement réalisés par les opérateurs concurrents, présenterait le même type de risques concurrentiels.
118. En effet, la certification, qui vise comme expliqué précédemment à attester du caractère effectif de l'effacement de consommation réalisé, détermine directement la rémunération de l'opérateur (à travers le bloc d'effacement qu'il sera en mesure de valoriser sur les marchés et de l'éventuelle prime correspondante). L'opérateur chargé de cette mission de certification, s'il exerce par ailleurs lui-même une activité d'effacement, pourrait avoir intérêt à refuser de certifier ou à certifier dans des conditions moins favorables les volumes d'effacement réalisés par ses concurrents et, à l'inverse, à certifier ses propres effacements de façon à maximiser sa rémunération.
119. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité estime qu'il serait opportun que le décret précise explicitement que les fonctions de gestionnaire du réseau de transport d'électricité sont incompatibles avec l'exercice d'une activité d'effacement.

b) Les gestionnaires de réseaux de distribution (GRD)

120. Comme indiqué précédemment, il résulte du dernier alinéa de l'article 3 du projet de décret, dans sa version actuelle, que les GRD pourraient se voir déléguer par RTE l'exercice de ses missions d'agrément et de certification. Dans les cas où une telle délégation aurait lieu, et pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être exposées à propos de RTE, les GRD ne devraient pas être autorisés à intervenir sur le champ concurrentiel du marché de l'effacement.
121. En outre, si la recommandation de l'Autorité tendant à supprimer cette possibilité de délégation était suivie, il n'en resterait pas moins souhaitable de leur interdire une telle activité. En effet, l'exercice même de leurs missions de gestionnaires de réseaux de distribution placerait les GRD, dans l'hypothèse où ils interviendraient sur le marché concurrentiel de l'effacement, dans une position privilégiée par rapport aux opérateurs concurrents.

122. Cela résulterait en particulier des différentes informations auxquelles ils ont accès dans le cadre de leur activité de gestionnaire de réseau (telles que l'identité du fournisseur en cas de contrat unique ou celle du responsable d'équilibre dans les autres cas, le niveau des puissances souscrites ou encore le niveau de consommation des sites), informations qui sont déterminantes pour permettre à un opérateur de déceler le potentiel d'effacement d'un site et ainsi de prospecter utilement de futurs clients.
123. De même, dans le cadre du déploiement à venir des « compteurs intelligents »¹⁷, l'accès privilégié à ces appareils, qui pourraient être utilisés à des fins d'effacement de consommation, constituerait un avantage décisif pour les GRD au détriment de leurs concurrents.
124. Dans ces conditions, le principe d'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques, qui est une condition d'un système de concurrence non faussée¹⁸, risquerait de ne pas être assuré si les GRD étaient autorisés à intervenir dans le champ concurrentiel de l'effacement.
125. Il convient par ailleurs de relever que, si l'effacement est de nature à permettre aux GRD d'optimiser l'exploitation de leur réseau, en les aidant notamment à régler les problèmes de congestion locale, il n'est pas nécessaire pour autant que les GRD soient eux-mêmes opérateurs d'effacement, autrement dit qu'ils activent directement les effacements de consommation nécessaires à l'équilibre de leur réseau. Cet objectif pourrait en effet être atteint de la même manière par la sollicitation d'offres d'effacements auprès d'opérateurs extérieurs, par exemple dans le cadre d'un marché organisé au niveau local, à l'image du mécanisme d'ajustement existant au niveau national.
126. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité recommande donc que les fonctions de GRD, au même titre que celles de gestionnaire du réseau de transport d'électricité, soient déclarées incompatibles avec l'exercice d'une activité d'opérateur d'effacement. L'Autorité relève d'ailleurs qu'une telle recommandation est conforme à la position exprimée par plusieurs GRD et en particulier par ERDF¹⁹.

C. SUR LA PLACE OCCUPÉE PAR EDF SUR LE MARCHÉ DE L'EFFACEMENT

127. Il est difficile d'évaluer précisément l'ampleur que prendra, au cours des années à venir, le marché de l'effacement. Selon certaines parties entendues au cours de l'instruction, le marché de l'effacement pourrait représenter jusqu'à 15 à 20 GW, soit l'équivalent d'une quinzaine de centrales nucléaires. Il est probable que le développement de ce marché dépendra de l'attractivité, pour les consommateurs, des offres qui seront développées par les fournisseurs et les opérateurs d'effacement, dans un contexte de développement croissant des « smart grids » (réseaux intelligents électriques) et du pilotage des consommations d'électricité par le biais des technologies de l'information et de la communication (TIC).

¹⁷ Voir sur ce point le décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 et l'arrêté du 4 janvier 2012 pris en application de l'article 4 de ce décret.

¹⁸ Voir par exemple sur ce principe : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, Aff. C-49/07.

¹⁹ Dans un courrier en date du 14 mars 2013 adressé au président de la CRE, la présidente du directoire d'ERDF s'exprimait ainsi : « afin de dissiper toute éventuelle ambiguïté quant au rôle d'ERDF, je confirme que nous n'avons ni la légitimité, ni l'intention d'intervenir dans le champ concurrentiel de l'effacement ». Cette prise de position paraît toutefois contredite par plusieurs éléments au dossier, qui tendent à attester de l'existence de projets opérationnels d'ERDF dans le domaine de l'effacement.

128. A titre liminaire, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas à l'Autorité, dans le cadre d'une saisine pour avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article L. 463-1 du code de commerce lui permet de porter une telle appréciation.
129. Sur le marché de l'effacement, EDF apparaît en position de force pour maintenir (voir accroître) son pouvoir de marché, au risque d'exclure des concurrents (autres fournisseurs et opérateurs d'effacement) et ce, au détriment des consommateurs.
130. Le gouvernement doit prendre en compte cette situation dans la mise en place des règles relatives à ce marché, dont les perspectives de débouchés vont être augmentées par la mise en place du décret et dont les conditions de fonctionnement vont par conséquent être modifiées. Il est par ailleurs essentiel que l'Autorité et la CRE soient capables de détecter d'éventuelles pratiques susceptibles d'affecter l'exercice de la concurrence sur ce marché.
131. Dans un premier temps, les offres actuellement proposées par EDF sur le marché de l'effacement seront décrites.
132. Dans un deuxième temps, le pouvoir de marché d'EDF sur ce marché sera examiné.
133. Dans un troisième temps, l'Autorité examinera les principales pratiques qui seraient susceptibles d'entraîner des effets d'éviction du marché.

1. SUR LES OFFRES PROPOSÉES PAR EDF SUR LE MARCHÉ DE L'EFFACEMENT

134. La société EDF propose des contrats de fourniture d'électricité comportant des options d'effacement de consommation : les tarifs « EJP » (effacement jour pointe) et « Tempo ».
135. « EJP » et « Tempo » constituent ce que l'on appelle des « options tarifaires », de même que les options « base » ou « heures pleines/heures creuses ». Toutes ces options sont souscrites et mises en œuvre dans les conditions prévues par la réglementation tarifaire. A l'instar des autres tarifs réglementés de vente d'électricité, ces tarifs sont fixés par arrêtés des ministres de l'énergie et de l'économie en application des articles L. 337-3 du code de l'énergie.
136. Selon EDF, les clients peuvent souscrire une option « EJP » ou « Tempo » dans les conditions suivantes :
- L'option EJP était initialement ouverte à l'ensemble des sites de consommation (tarifs bleus pour les petits clients, jaunes pour les PME-PMI et verts pour les grands clients industriels). Elle est en extinction depuis 1996 pour les sites au tarif bleu et a été remplacée, pour ces sites, par l'option Tempo²⁰. En vertu de la réglementation tarifaire (article 4-II du décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente), « *les options mises en extinction ne sont plus proposées aux clients à compter de la date d'effet de cette mise en extinction. Un client dont le contrat en cours à cette date comporte une telle option la conserve, y compris lors de la tacite reconduction de celui-ci, tant qu'il ne demande pas un changement d'option tarifaire. La part fixe et les parts proportionnelles d'une option mise en extinction peuvent continuer de faire l'objet d'évolutions en structure comme en niveau* ».

²⁰ Cette extinction et cette substitution ont été décidées par les pouvoirs publics, dans le cadre des arrêtés tarifaires précités.

S'agissant des tarifs jaunes et verts, l'option EJP est toujours proposée, étant rappelé que ces tarifs disparaîtront le 31 décembre 2015, conformément aux dispositions de la loi NOME (article L. 337-9 du code de l'énergie).

- L'option Tempo est désormais ouverte uniquement aux clients résidentiels. Elle est en extinction depuis 2004 en ce qui concerne les clients non-résidentiels.

137. Concrètement, en ce qui concerne l'offre EJP par exemple, celle-ci permet aux clients d'EDF de bénéficier 343 jours par an d'un tarif plus avantageux (proche du tarif « Heures Creuses ») s'ils souscrivent à l'option. En contrepartie, le prix du kWh pendant les 22 jours restants est nettement plus élevé (plus élevé que le tarif « Heures Pleines »). Par une incitation tarifaire, les clients sont ainsi invités à moins, voire à ne pas consommer pendant les jours déclarés en « EJP ».
138. Ces jours sont répartis entre le 1er novembre et le 31 mars, et ils sont communiqués par EDF à ses clients au plus tard à 5h en J (mais la plupart du temps entre 14h et 17h30 en J-1). Depuis le 1er décembre 2006, la France est divisée en 4 zones EJP (avec respectivement 22 jours d'EJP, mais potentiellement fixés à des dates différentes selon les zones).
139. Techniquement, EDF utilise un signal hertzien (« le signal 175 Hz ») pour informer ses clients des jours pendant lesquels l'électricité leur sera facturée plus chère (« les jours rouges ») et qui incite donc le consommateur à s'effacer. Ce signal est piloté par EDF, ERDF étant chargé de la mise en œuvre au niveau du comptage. A ce titre, les offres EJP et Tempo nécessitent des compteurs électriques spécifiques, notamment pour faire apparaître les jours « rouges ».
140. Ces tarifs à effacement ont été mis en place par les pouvoirs publics lorsqu'EDF détenait le monopole de la fourniture d'électricité en France (avant 2000).

2. SUR LE POUVOIR DE MARCHÉ D'EDF SUR LE MARCHÉ DE LA FOURNITURE D'ÉLECTRICITÉ ET SUR LE MARCHÉ CONNEXE DE L'EFFACEMENT DE CONSOMMATION D'ÉLECTRICITÉ

141. EDF dispose d'un pouvoir de marché très significatif à la fois sur le marché de la fourniture d'électricité mais également sur le marché, connexe, de l'effacement de consommation d'électricité.
142. Ainsi, selon la CRE²¹, concernant le marché de la fourniture d'électricité, EDF détiendrait environ 92 % de parts de marché sur le segment des consommateurs résidentiels et 80 % sur le segment des consommateurs non-résidentiels (parts de marché en volume d'électricité). Il détient donc un pouvoir de marché très significatif sur le marché de la fourniture d'électricité, tous segments de consommateurs confondus.
143. Par ailleurs, concernant le marché de l'effacement, si plusieurs petits fournisseurs d'électricité et opérateurs d'effacement ont commencé à proposer des services d'effacement, EDF détient, avec un peu plus de 1 million de contrats pour un potentiel d'effacement d'un peu moins de 2 GW, un pouvoir de marché très conséquent. Ce pouvoir de marché est renforcé par le fait qu'il bénéficie, du fait de son ancien statut de monopole, du signal 175 Hz qui lui permet d'envoyer le signal tarifaire EJP/Tempo sur les compteurs électriques qui sont en mesure de le recevoir. Cet élément lui donne un avantage concurrentiel décisif et non reproductible dans la mesure où il peut faire des offres

²¹ CRE, observatoire des marchés de détail du 2^{ème} trimestre 2013.

d'effacement sans avoir à installer de boîtiers spécifiques chez les consommateurs, comme doivent le faire les concurrents souhaitant proposer des offres d'effacement.

144. Cette domination d'EDF sur le marché de l'effacement est encore plus significative sur le segment des consommateurs résidentiels dont les connaissances sur l'ouverture des marchés de l'énergie sont très faibles²², où la marque « EDF » bénéficie d'une notoriété très importante, alors que le marché de l'effacement, du fait de sa connexité avec le marché de la fourniture et de sa technicité, est un marché difficile à appréhender pour les petits consommateurs.

3. SUR LES RISQUES D'ÉVICTION DES CONCURRENTS D'EDF SUR LE MARCHÉ DE L'EFFACEMENT

145. Deux facteurs sont susceptibles de créer un risque d'éviction des concurrents d'EDF sur le marché de l'effacement, qui seront successivement étudiés et sur lesquels l'Autorité fera des recommandations communes :
- l'utilisation croisée de bases de données clientèle ;
 - la commercialisation d'offres liées de fourniture et d'effacement, dans le cadre de tarifs réglementés ou d'offres libres.

a) Sur l'utilisation croisée de bases de données clientèle

L'utilisation croisée des bases de données clientèle par une entreprise qui dispose d'une position dominante

146. Dans son avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010²³, l'Autorité a indiqué que l'utilisation croisée des bases de clientèle est une pratique par laquelle une entreprise utilise des informations relatives à ses propres clients, recueillies sur un marché donné, pour commercialiser auprès de ces mêmes clients un autre produit sur un marché distinct. Ainsi, l'entreprise concernée peut, notamment, dans le cadre de cette pratique, « *se livrer à une analyse de la structure et des habitudes de consommation de sa clientèle pour mieux cibler ses offres commerciales par rapport aux besoins des consommateurs* ».
147. L'utilisation croisée des bases de clientèle par une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché initial aux fins de prospecter un marché cible est susceptible de constituer un comportement abusif, et ce, même si le marché cible est concurrentiel. L'appréciation de la conformité de la pratique au droit de la concurrence dépend notamment des conditions dans lesquelles l'entreprise a constitué sa base de clientèle, ainsi que de la possibilité pour ses concurrents de reproduire ces informations. Si les données ont été acquises par l'entreprise dominante dans le cadre d'une compétition par les mérites et qu'elles peuvent être reproduites par des concurrents aussi efficaces sur le marché, l'utilisation croisée de bases de clientèle n'est pas susceptible de constituer un abus au sens des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce.
148. Au contraire, si les informations détenues par une entreprise dominante ne sont ni accessibles à ses concurrents, ni reproductibles par eux, elles constituent des informations

²² Voir notamment le 7^{ème} baromètre annuel Energie-Info sur l'ouverture des marchés réalisé par le médiateur national de l'énergie et la Commission de régulation de l'énergie, novembre 2013.

²³ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle.

privilégiées, dont l'exploitation est susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence. L'utilisation croisée de telles informations peut en effet avoir pour objet ou effet d'ériger des barrières à l'entrée sur l'un ou l'autre des marchés concernés.

149. Le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité se sont prononcés à plusieurs reprises sur les risques associés à l'utilisation, dans le secteur concurrentiel, de données collectées par un opérateur placé en situation de monopole légal dans le cadre de sa mission de service public.
150. Dans sa décision n° 07-D-33²⁴, le Conseil de la concurrence a sanctionné France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale téléphonique, *« en utilisant des données qu'elle seule détenait en sa qualité de propriétaire et d'exploitant de la boucle locale, dans le but de faciliter la commercialisation de services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo »*. Le Conseil a relevé qu'en analysant les factures des abonnés, les agents de France Télécom avaient pu mettre en place une campagne de commercialisation ciblée auprès des consommateurs les plus disposés à souscrire des offres d'accès à Internet, octroyant ainsi à Wanadoo un avantage exclusif qui a perturbé le jeu de la concurrence sur les marchés des fournisseurs d'accès à Internet (points 84 à 86). Dans cette affaire, le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de France Télécom, afin que l'opérateur mette fin au comportement dénoncé, susceptible de donner à Wanadoo une avance décisive sur ses concurrents pour la fourniture d'accès à Internet haut débit par l'ADSL. Il avait ainsi enjoint à France Télécom *« de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo Interactive (...) »* (décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée au fond par la décision n° 07-D-33 précitée).
151. De même, dans sa décision n° 13-D-20²⁵, l'Autorité a sanctionné la société EDF pour avoir abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels *« en utilisant les données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur historique d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR »* destinées aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque. L'Autorité a relevé à cet égard que *« l'utilisation des informations privilégiées détenues de manière exclusive par EDF au titre de son ancien monopole et de ses missions de service public a constitué un avantage concurrentiel significatif pour EDF ENR en lui permettant d'assurer la promotion de ses offres auprès d'un nombre élevé de prospects, dans des conditions qui ne pouvaient être répliquées par les concurrents »* (par. 460).

Application au marché de l'effacement

152. Comme mentionné plus haut, les fournisseurs et opérateurs d'effacement qui souhaiteront valoriser l'effacement sur les différents marchés de l'énergie devront, préalablement, recruter les consommateurs qui sont les plus susceptibles de constituer des gisements d'effacements. Le recrutement de consommateurs susceptibles de constituer des offres d'effacement suppose une connaissance approfondie de leurs modes de consommation

²⁴ Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

²⁵ Décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

(courbes de charge, certains détails de leur contrat de fourniture, plan de production...). Les opérateurs d'effacement se livrent, pour chaque consommateur susceptible de leur « fournir » des capacités d'effacement, à une analyse de leur consommation afin d'identifier le potentiel d'effacement, les économies qui peuvent en résulter pour le consommateur et les conditions dans lesquelles les effacements pourraient être valorisés. Cette phase d'analyse nécessite la mise en œuvre de ressources significatives, tant humaines que financières. Chez les consommateurs résidentiels, il s'agit plus particulièrement d'identifier les consommateurs se chauffant au chauffage électrique (8 millions de consommateurs environ) et les consommateurs utilisant des ballons d'eau chaude (12 millions de consommateurs environ). Chez les consommateurs industriels, il s'agit d'identifier les consommateurs dont les processus industriels se prêtent le plus à l'effacement.

153. EDF a une connaissance très précise des consommateurs susceptibles de constituer les gisements d'effacement de consommation les plus significatifs. EDF est donc en mesure d'identifier la quasi-totalité des consommateurs présentant les potentiels d'effacement les plus intéressants et de leur proposer des offres répondant au mieux à leurs besoins.
154. Il est important de souligner que cette connaissance très fine des consommateurs n'est pas la résultante d'une concurrence par les mérites mais dérive de son statut d'ancien monopole en charge de la fourniture en électricité des clients français.
155. Cet élément constituera un avantage concurrentiel décisif pour EDF et difficilement reproductible par ses concurrents lorsque les règles de fonctionnement du marché de l'effacement seront pleinement opérationnelles et que les fournisseurs et opérateurs d'effacement se feront concurrence pour identifier les gisements d'effacement les plus prometteurs pour les valoriser sur le marché de gros de l'électricité notamment.

b) Sur les offres d'effacement proposées par EDF

Les ventes liées proposées par une entreprise en position dominante

156. Comme l'Autorité l'a mentionné dans son avis n° 10-A-13 mentionné ci-dessus, l'utilisation croisée des bases de clientèle peut être associée à d'autres techniques de commercialisation susceptibles d'être qualifiées au regard du droit de la concurrence, telles que subventions croisées, prédation, ou ventes liées et groupées.
157. L'article L. 420-2 du Code de commerce cite les ventes liées au nombre des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante. La Cour de justice des communautés européennes a également jugé que « *même lorsque la vente liée de deux produits est conforme aux usages commerciaux ou lorsqu'il existe un lien naturel entre les deux produits en question, elle peut néanmoins constituer un abus au sens de [l'article 102 TFUE], à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée* » (voir l'arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak International/Commission, C-333/94, Rec. p. II-755, point 37).
158. Le potentiel anticoncurrentiel des pratiques de couplage provient notamment de ce qu'elles peuvent permettre à une entreprise de transférer son pouvoir d'un marché où elle détient une position dominante sur un marché connexe pour y obtenir un avantage concurrentiel à moindre coût et sans rapport direct avec ses mérites.
159. Dans le cadre de l'approche par les effets, les autorités de concurrence appliquent une grille d'appréciation des ventes liées posée pour la première fois dans l'affaire Microsoft²⁶.

²⁶ TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04.

Quatre conditions juridiques sont posées pour caractériser un abus de position dominante par ventes liées: (1) le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts ; (2) les consommateurs ne doivent pas pouvoir acquérir le produit liant sans le produit lié ; (3) l'entreprise concernée doit détenir une position dominante en principe sur le marché du produit liant ; (4) la pratique en cause doit restreindre la concurrence. Si ces critères sont remplis, l'entreprise mise en cause a la possibilité de mettre en avant la présence d'efficiences liées à la commercialisation de ces offres pour les consommateurs, qui contrebalanceraient selon elle les effets restrictifs.

160. Concernant le critère relatif aux produits distincts, selon la communication de la Commission concernant l'application de l'article 102 TFUE²⁷, *« parmi les éléments montrant que deux produits sont distincts peuvent figurer la preuve directe de ce que les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de différentes sources d'approvisionnement, ou des preuves indirectes, telles que la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant ou de chacun des produits groupés par l'entreprise dominante, ou encore des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas grouper ni lier les produits en question »*.
161. Concernant le critère relatif aux effets d'éviction, selon la communication de la Commission précitée, plusieurs critères généraux peuvent être utilisés pour apprécier l'effet d'éviction : la position dominante de l'entreprise, les conditions de marché, la position des concurrents, la position des clients, la portée du comportement abusif présumé, les preuves éventuelles d'une éviction réelle ou les preuves directes d'une stratégie d'éviction.
162. De plus, en matière de ventes liées, plusieurs éléments spécifiques peuvent être également identifiés : le caractère durable de la stratégie de vente liée ou groupée, la subordination technique qu'il est coûteux d'abandonner étant regardée avec d'autant plus de suspicion qu'elle réduit les possibilités de revente de composants individuels, la détention d'une position dominante pour plusieurs des produits groupés car plus ils sont nombreux, plus la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle est forte.

L'application conjointe des articles 106 et 102 TFUE

163. L'article 106, paragraphe 1 TFUE prévoit : *« Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus »*.
164. Les dispositions de l'article 106 TFUE, lues en combinaison avec l'article 102 TFUE relatif aux abus de position dominante, commandent en particulier aux États membres de ne pas placer les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs ou les étendent dans une situation qui les conduirait nécessairement à abuser de leur position dominante et à affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union européenne. Il ne suffit ainsi pas que les entreprises concernées s'abstiennent de pratiques anticoncurrentielles ; il revient aux pouvoirs publics de prévenir celles-ci par des garanties appropriées, dont certaines peuvent revêtir la forme de textes

²⁷ Communication en date du 24 février 2009, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009/C 45/02.

normatifs. Les stipulations précitées s'appliquent également dans l'hypothèse où un opérateur conserve des droits exclusifs ou spéciaux sur le segment d'un marché alors qu'un autre segment est ouvert à la concurrence.

Application de ce raisonnement aux offres EJP et Tempo

165. Les principales offres à effacement actuellement proposées par EDF sont les offres EJP et Tempo qui ont été décrites ci-dessus aux paragraphes 134 à 140. Ces tarifs peuvent être considérés à la fois comme des offres de fourniture d'électricité et comme des offres d'effacement de consommation : elles sont donc susceptibles de constituer des ventes liées (l'offre d'effacement étant une option tarifaire du contrat de fourniture).
166. Les offres de fourniture d'une part, et les offres d'effacement d'autre part sont susceptibles de constituer deux produits distincts. Les éléments du dossier montrent en effet que les consommateurs peuvent acheter leur offre de fourniture auprès d'une entreprise différente de leur fournisseur de service d'effacement (et vice-versa). Par ailleurs, il existe des entreprises fournissant uniquement des services d'effacement, sans que celles-ci aient la qualité de fournisseur d'électricité (et vice-versa). Par ailleurs, l'instruction a montré que certains fournisseurs d'électricité peuvent également fournir des services d'effacement à des clients dont ils ne sont pas les fournisseurs d'électricité (clients industriels).
167. De plus, les consommateurs ne peuvent pas acquérir l'offre d'effacement d'EDF sans une offre de fourniture EDF. A cet égard, si on considère que le produit liant est l'offre d'effacement et que le produit lié est l'offre de fourniture, il apparaît que les consommateurs ne peuvent pas acquérir l'offre d'effacement sans souscrire également un contrat de fourniture avec EDF. En effet, l'offre d'effacement est une option tarifaire de l'offre de fourniture d'électricité, option tarifaire qui ne peut être souscrite indépendamment de la souscription d'un contrat de fourniture.
168. Par ailleurs, comme relevé plus haut, EDF est susceptible de détenir une position dominante sur le marché du produit liant, soit le marché de l'effacement.
169. Enfin, selon les critères mentionnés par la Commission européenne dans la communication précitée, la commercialisation de telles offres pourrait avoir des conséquences sur le marché de l'effacement tel qu'il résultera notamment de la mise en œuvre du décret. En effet, les offres EJP Tempo sont proposées depuis de nombreuses années et ont donc un caractère durable. Il existe par ailleurs un élément de subordination technique fort puisqu'un petit client bénéficiant d'une offre d'effacement Tempo est contraint, du fait de son compteur électrique, de souscrire son offre de fourniture chez EDF. Par ailleurs, s'il souhaite opter pour un fournisseur alternatif pour son contrat de fourniture, il doit, préalablement à ce changement de fournisseur, demander à ERDF d'opérer une modification sur son compteur (payante) et ne pourra plus bénéficier de l'offre d'effacement proposée par EDF. Il existe donc un effet de verrouillage empêchant les clients bénéficiant des offres EJP et Tempo de changer d'offre de fourniture.
170. Au surplus, EDF est susceptible de détenir une position dominante à la fois sur le produit liant (offre d'effacement) et sur le produit lié (offre de fourniture), ce qui est susceptible d'augmenter la probabilité des effets d'exclusion.
171. Enfin, selon la CRE²⁸, les tarifs EJP et Tempo ne couvrent pas les coûts supportés par EDF. Ce déficit de couverture, évalué à 14,8 %, est un élément supplémentaire renforçant

²⁸ Rapport de surveillance des marchés de détail, janvier 2013.

les effets des offres EJP Tempo, à la fois sur le marché de l'effacement et sur le marché de la fourniture.

172. Il convient de relever que ces offres sont des tarifs réglementés fixés par arrêtés des ministres de l'énergie et de l'économie en application des articles L. 337-3 du code de l'énergie. A l'instar des entreprises locales de distribution sur leur zone de desserte, EDF est le seul fournisseur en mesure de proposer ces offres dans la mesure où, en vertu de la loi, les tarifs réglementés de vente ne peuvent pas être proposés par les fournisseurs alternatifs. Il en découle que le fait, pour les pouvoirs publics, de confier à EDF le droit exclusif de proposer des offres susceptibles de constituer des offres liées suscite des doutes au regard de l'application conjointe de l'article 106 et de l'article 102 TFUE, aux termes desquels les États membres ne peuvent octroyer de droits spéciaux ou exclusifs à une entreprise plaçant celle-ci en position d'abuser automatiquement de sa position dominante.

Application de ce raisonnement aux autres offres d'effacement proposées par EDF et non liées aux tarifs réglementés de vente

173. EDF a mentionné au cours de l'instruction que son activité sur le marché de l'effacement consistait principalement à proposer, pour le moment, les tarifs EJP et Tempo à ses clients. Néanmoins, EDF propose déjà également des offres d'effacement « de marché », c'est à dire non liées aux tarifs réglementés de vente, et il est probable que cette activité se développera, notamment dans le cadre de la fin des tarifs réglementés de vente pour les grands clients qui seront supprimés à partir de 2016, conformément à la loi NOME.
174. Du fait de son fort pouvoir de marché sur les marchés de la fourniture et de l'effacement et des éléments décrits précédemment, l'Autorité souhaite rappeler à EDF qu'elle a une responsabilité particulière de ne pas restreindre la concurrence par ses pratiques commerciales.

c) Conclusion

175. A la lumière des risques d'éviction décrits et afin de préserver l'égalité des chances sur le marché de l'effacement, il est recommandé :
- de mettre à la disposition de l'ensemble des opérateurs d'effacement une partie des données qu'EDF détient concernant ses clients électricité en France, solution se rapprochant de l'injonction faite à France Telecom dans l'affaire mentionnée ci-dessus²⁹. Les modalités de cette mise à disposition, sur le détail des données notamment, devront permettre un accès équitable de tous les opérateurs aux informations permettant d'identifier les gisements d'effacement, sans pour autant révéler des secrets d'affaires d'EDF ou permettre une collusion sur le marché. Ces modalités pourraient faire l'objet d'une concertation entre EDF et les opérateurs d'effacement (qu'ils aient ou non une activité de fourniture), sous l'égide de la CRE ;
 - de filialiser l'activité de fourniture de services d'effacement d'EDF. Cette séparation juridique permettra au surplus une séparation comptable qui s'avère indispensable afin que des analyses de coûts puissent être conduites par la CRE et par l'Autorité, dans le

²⁹ Décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée au fond par la décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007.

cadre d'éventuelles saisines contentieuses relatives à des pratiques de prédation ou de subventions croisées sur le marché de l'effacement par exemple ;

- de confier à RTE le pilotage et la mise en œuvre du signal 175 Hz afin qu'un accès non-discriminatoire à ce signal puisse être mis en place, sous le contrôle de la CRE par exemple, pour l'ensemble des opérateurs d'effacement, qu'ils aient ou non une activité de fourniture.

176. Enfin, l'Autorité souhaite appeler l'attention du gouvernement quant au fait que les tarifs EJP et Tempo, tels que conçus actuellement, suscitent des doutes au regard de l'application du droit communautaire. Il apparaît à tout le moins indispensable que ces tarifs réglementés couvrent les coûts supportés par EDF, comme l'Autorité a déjà pu le recommander dans son avis n° 12-A-09³⁰ précité (par.76 à 80).

D. SUR L'ABSENCE D'ACCORD DU FOURNISSEUR D'ÉLECTRICITÉ POUR QUE L'OPÉRATEUR D'EFFACEMENT ACTIVE DES EFFACEMENTS SUR DES SITES ALIMENTÉS PAR CE FOURNISSEUR

177. En mars 2012, la CRE avait transmis à l'Autorité une demande d'avis concernant la valorisation de l'effacement diffus sur le mécanisme d'ajustement. La CRE avait été saisie préalablement par RTE concernant un projet de règles permettant la participation de l'effacement des petits sites de consommation (effacement diffus) au mécanisme d'ajustement. Ce projet de règles prévoyait la mise en place d'un système d'agrément des opérateurs d'effacement par les fournisseurs d'électricité selon lequel tout opérateur d'effacement souhaitant activer des effacements relatifs à des sites de consommation devait obtenir l'accord préalable du fournisseur d'électricité de ces sites de consommation. La CRE s'interrogeait sur la compatibilité de ce système d'agrément avec les règles de concurrence.
178. Dans le cadre de l'avis n° 12-A-19 rendu à la CRE³¹, l'Autorité avait mentionné qu'un tel système d'agrément était susceptible d'être contraire à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la Cour de justice au titre de l'application conjointe des articles 106 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).
179. L'Autorité avait de plus mentionné que ce système d'agrément était susceptible d'être contraire à l'article 14 de la directive « services »³². Cet article interdit en effet 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 (...)* ».
180. A ce titre, l'Autorité avait souligné que l'activité d'effacement diffus consistait notamment en une prestation de services (installation de boîtiers chez des consommateurs résidentiels ou tertiaires permettant de couper momentanément des appareils électriques). De même, l'Autorité avait relevé que les opérateurs d'effacement étaient potentiellement concurrents

³⁰ Avis n° 12-A-09 du 12 avril 2012 concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité.

³¹ Avis n° 12-A-19 du 26 juillet 2012 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité.

³² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

des fournisseurs sur le mécanisme d'ajustement. Dès lors, la mise en place, par la CRE, d'un système d'agrément des opérateurs d'effacement par les fournisseurs était susceptible d'être contraire à la directive « services ».

181. En conclusion, l'Autorité avait recommandé à la CRE de ne pas approuver en l'état les règles proposées par RTE dans la mesure où le système d'agrément mentionné dans les règles était susceptible d'être contraire au droit communautaire et de faire obstacle à la progression des opérateurs d'effacement.
182. Dès la publication de l'avis de l'Autorité (juillet 2012), RTE mentionne avoir modifié, sous le contrôle de la CRE, les règles permettant la participation de l'effacement diffus au mécanisme d'ajustement et ce, de manière à ce que les opérateurs d'effacement puissent exercer leur activité sans devoir préalablement demander l'autorisation des fournisseurs des sites concernés.
183. Par ailleurs, le législateur a souhaité transposer sur ce point l'avis n° 12-A-19 de l'Autorité dans la loi n° 2013-312 et l'étendre à l'ensemble du marché de l'effacement (mécanisme d'ajustement et marché de gros) dans la mesure où l'article 14 de cette loi mentionne explicitement que les opérateurs d'effacements peuvent « *procéder [à] des effacements de consommation, indépendamment de l'accord du fournisseur d'électricité des sites concernés, et les valoriser sur les marchés de l'électricité ou sur le mécanisme d'ajustement* ».
184. L'Autorité est favorable à ce que sa recommandation soit étendue à l'ensemble du marché de l'effacement dans la mesure où le raisonnement tenu dans l'avis n° 12-A-19 apparaît parfaitement applicable au marché de gros de l'électricité. Cette disposition permettra aux opérateurs d'effacement de librement proposer leurs services aux consommateurs français, qu'ils soient résidentiels ou industriels, sans se retrouver dans l'obligation de demander l'accord des différents fournisseurs.
185. A titre subsidiaire, un opérateur d'effacement a mentionné au cours de l'instruction qu'il avait actuellement des difficultés à obtenir un agrément de la part d'un fournisseur sur le segment de marché des industriels, ce qui l'empêchait de développer son activité sur ce segment (l'agrément de l'opérateur d'effacement est en effet encore en vigueur actuellement pour les sites industriels souhaitant participer au mécanisme d'ajustement). Cette situation est une bonne illustration des risques à la libre concurrence induits par la nécessité d'un accord et de l'urgence de mettre en place les nouvelles règles du marché de l'effacement.

E. SUR LES AUTRES DISPOSITIONS DU PROJET DE DÉCRET

1. SUR LA PRÉSUMPTION D'ACCORD DE CERTAINS CONSOMMATEURS (ARTICLE 2)

186. L'article 2 du projet de décret, tout en posant le principe selon lequel l'opérateur d'effacement doit, pour procéder à des effacements de consommation, obtenir l'accord écrit du consommateur final concerné, prévoit par exception que : « *L'accord écrit du consommateur final est réputé acquis lorsqu'un contrat prévoyant la mise en œuvre d'effacements de consommation a été conclu avec l'opérateur d'effacement antérieurement à la publication du présent décret* ».
187. L'Autorité considère qu'il serait préférable, afin de stimuler le développement de la concurrence sur le marché de l'effacement, de supprimer cette présomption d'accord.

188. En effet, les consommateurs disposant déjà d'un contrat comportant la mise en œuvre d'effacements de consommation, en particulier d'un contrat de fourniture avec incitation tarifaire à l'effacement, représentent une part importante du gisement d'effacement. Il est donc particulièrement important que ces consommateurs soient en mesure, à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 14 de la loi Brottes et de son décret d'application, d'effectuer un choix entre la poursuite de leurs relations contractuelles avec l'opérateur auquel ils sont liés et le recours à une offre d'effacement concurrente.
189. La présomption d'accord instituée par la disposition précitée est contraire à cet impératif et revient à donner aux opérateurs en place un avantage concurrentiel important, susceptible de verrouiller partiellement le marché. L'Autorité recommande donc que le principe de l'obtention d'un accord écrit du consommateur ne soit assorti d'aucune exception.

2. SUR LES CRITÈRES DE DÉLIVRANCE DE L'AGRÈMENT (ARTICLE 4)

190. L'article 4 du projet de décret prévoit dans sa dernière version que « *La délivrance de l'agrément tient compte de la capacité financière et de la capacité technique de l'opérateur à réaliser des effacements de consommation* ».
191. L'Autorité s'interroge, à l'instar de plusieurs acteurs consultés, sur l'opportunité d'inclure la capacité financière de l'opérateur comme un critère supplémentaire parmi les critères de délivrance de l'agrément.
192. En effet, un tel critère est de nature à constituer une barrière à l'entrée sur le marché de l'effacement, en particulier pour les opérateurs d'effacement « indépendants », alors qu'un dispositif de sécurisation financière est par ailleurs prévu dans le cadre du régime de versement de l'article 8.
193. L'Autorité recommande donc que l'agrément des opérateurs d'effacement soit délivré sur la seule base de critères techniques.

3. SUR L'INTERVENTION SIMULTANÉE DE PLUSIEURS OPERATEURS D'EFFACEMENT SUR UN MÊME SITE (ARTICLE 5)

194. L'article 5 du projet de décret envisage notamment les possibilités d'intervention simultanée de plusieurs opérateurs d'effacement sur un même site. Il prévoit à cet égard que : « *Lorsqu'il est techniquement possible de différencier plusieurs effacements sur un même site de consommation durant une plage temporelle donnée, plusieurs opérateurs d'effacement peuvent intervenir simultanément sur ce site. / Lorsqu'il n'est pas possible de distinguer les opérations d'effacement sur un même site durant une plage temporelle donnée, les règles prévues à l'article 3 : - peuvent restreindre a priori la possibilité pour plusieurs opérateurs d'effacement de bénéficier du dispositif institué par le présent décret sur ce site durant cette plage temporelle, selon des modalités qu'elles précisent ; - prévoient que l'effacement de consommation réalisé ne peut être attribué qu'à un seul opérateur d'effacement. Seul l'opérateur ayant conclu le premier contrat peut bénéficier du volume d'effacement constaté, sauf résiliation exprès de ce contrat de la part du consommateur.* »
195. L'Autorité est favorable à ce que les consommateurs puissent, de façon générale, valoriser leur flexibilité de consommation auprès de plusieurs opérateurs d'effacement. Une telle possibilité est en effet nécessaire pour stimuler la concurrence sur le marché de

l'effacement et pour permettre aux sites de consommation de bénéficier d'offres d'effacement variées. Un site industriel, par exemple, peut souhaiter avoir recours à l'offre d'effacement d'un opérateur donné pour valoriser la flexibilité de son process industriel et à l'offre d'un autre opérateur pour procéder aux effacements de consommation sur les appareils de chauffage électrique équipant ses locaux annexes tels que des bureaux.

196. La possibilité, pour un même site de consommation, de contracter avec plusieurs opérateurs d'effacement n'est reconnue que de façon partielle par le projet de décret, qui ne l'évoque qu'à propos des cas où « *il est techniquement possible de différencier plusieurs effacements sur un même site de consommation durant une plage temporelle donnée* ». L'Autorité recommande que ce principe soit consacré de façon plus claire et plus générale.
197. Quant aux difficultés susceptibles de résulter de l'application de ce principe, liées à une impossibilité technique de différencier les effacements activés par des opérateurs distincts, l'Autorité n'est pas favorable à la solution retenue par le projet de décret.
198. En premier lieu, l'Autorité relève que, d'après les éléments recueillis au cours de l'instruction, les outils et technologies permettant la différenciation des effacements opérés sur une même plage temporelle ont vocation à évoluer et pourraient permettre, à terme, de résoudre l'ensemble des difficultés constatées. Selon ces mêmes éléments, il n'est d'ailleurs pas certain que de telles difficultés se rencontrent de manière fréquente en l'état actuel des techniques disponibles.
199. L'Autorité estime qu'il serait donc préférable de laisser aux règles d'application du décret, qui pourront évoluer plus facilement et tenir compte tant des améliorations technologiques que du retour d'expérience, le soin de définir les règles de traitement des effacements actuellement considérés comme non distinguables.
200. En second lieu, l'Autorité considère que la règle de priorité définie actuellement par le projet de décret pourrait être de nature à créer une distorsion de concurrence sur le marché de l'effacement.
201. En effet, cette règle, qui consiste à attribuer, en présence d'effacements non distinguables, le volume d'effacement correspondant à l'opérateur ayant conclu le « *premier contrat* », jouera très majoritairement en faveur des fournisseurs d'électricité actuels. Comme indiqué précédemment, les consommateurs liés à leur fournisseur par un contrat comportant des incitations tarifaires à l'effacement représentent une part importante du gisement d'effacement et l'application de la règle de priorité en cause reviendrait à conforter encore davantage leur position sur le marché au détriment des nouveaux entrants et en particulier des opérateurs d'effacement indépendants.
202. L'Autorité relève également que la possibilité de faire échec à cette règle de priorité par la résiliation expresse du premier contrat conclu revient en pratique à vider de sa substance le principe de la possibilité de recours à plusieurs opérateurs d'effacement. S'agissant des sites de consommation précités, pour lesquels l'opérateur d'effacement est aussi le fournisseur, une telle possibilité reviendrait à contraindre le site de consommation à résilier son contrat de fourniture pour pouvoir conclure un contrat de valorisation des effacements avec un autre opérateur. Compte tenu des coûts afférents à un changement de fournisseur, il est peu vraisemblable qu'un tel site fasse ce choix. Il en résulterait ainsi un verrouillage du marché de l'effacement sur ces sites au profit des fournisseurs en place.
203. En conséquence, et si une règle de priorité devait être définie dans le décret, l'Autorité serait plutôt favorable à la règle inverse, consistant à attribuer l'effacement litigieux à l'opérateur ayant conclu le dernier contrat avec le consommateur dans le domaine de l'effacement, la souscription d'un contrat avec un nouvel opérateur pouvant être interprétée

comme manifestant implicitement le souhait du consommateur de privilégier l'opérateur en cause. Une autre solution pourrait également consister à répartir de façon égale le volume d'effacement constaté entre les opérateurs concernés.

4. SUR LES MODALITÉS DE DÉTERMINATION DU MONTANT DU VERSEMENT DE L'OPÉRATEUR D'EFFACEMENT AU FOURNISSEUR DU SITE EFFACÉ (ARTICLE 8)

204. Le versement dont l'opérateur d'effacement doit s'acquitter auprès du fournisseur du site effacé a pour objet de rémunérer ce dernier pour l'énergie qu'il a injectée, injection sans laquelle l'effacement de consommation ne peut avoir lieu. Un effacement de consommation ne peut en effet être valorisé sous forme d'énergie auprès d'un autre acteur que si le fournisseur du site maintient son injection durant cette période.
205. L'Autorité approuve le principe, énoncé au deuxième alinéa du I. de l'article 8, selon lequel le montant du versement doit refléter la part énergie du tarif de fourniture du site effacé, qui est de nature à garantir effectivement la juste rémunération du fournisseur pour l'énergie injectée et non consommée par son client.
206. L'Autorité note toutefois que ce principe ne permet pas, en lui-même, de tenir compte des différences de situation sur le marché, et notamment de celle qui existe entre l'opérateur historique et les fournisseurs alternatifs du fait de l'application du dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH). En particulier, dans le cas où un effacement de consommation ne serait pas intégralement compensé par un report de consommation, les droits ARENH du fournisseur concerné seront diminués. A défaut pour les versements de pouvoir corriger un tel effet, il pourrait être envisagé de rendre insensibles les droits ARENH à l'effacement.
207. Pour déterminer en pratique le montant du versement, le projet de décret retient trois modèles distincts.
208. Dans le premier modèle, le montant du versement, versé au fournisseur par le truchement de RTE, est déterminé *« selon des barèmes forfaitaires établis en fonction des caractéristiques des sites de consommation »*.
209. Un tel modèle s'impose pour des raisons pratiques, dans la mesure notamment où il n'est pas envisageable que RTE interroge les fournisseurs d'électricité sur le tarif de fourniture de chaque site de soutirage effacé. Néanmoins, l'usage de barèmes de prix est, par définition, moins propice à assurer la correspondance entre le montant du versement dû par l'opérateur d'effacement et le prix qui aurait été perçu par le fournisseur si son client n'avait pas été effacé. Afin de respecter au mieux cette équivalence, il conviendra donc que les barèmes utilisés soient définis le plus finement possible (en fonction des catégories de sites et des périodes de consommation).
210. Le deuxième modèle prévu par le projet de décret est décrit au quatrième alinéa de l'article 8 I. : *« Pour les sites dont elles précisent les caractéristiques, les règles prévues à l'article 3 du présent décret peuvent prévoir, en lieu et place de l'application des barèmes forfaitaires visés à l'alinéa précédent, que le versement est payé par l'intermédiaire du consommateur final à son fournisseur d'électricité. Le fournisseur du site concerné facture le consommateur, selon les modalités contractuelles en vigueur entre ces derniers et sur la base de la part énergie du prix de fourniture, pour l'énergie que ce dernier aurait consommée en l'absence d'effacement (...) »*.

211. Ce modèle, dit « modèle AFIEG », a vocation à s'appliquer uniquement aux plus grands sites de consommation, soit le « haut de portefeuille ». Les sites visés pourraient ainsi être, par exemple, les sites disposant d'un contrat d'accès au réseau de transport (CART) ou d'un contrat d'accès au réseau de distribution (CARD).
212. L'Autorité considère que ce modèle, qui consiste à déterminer le montant du versement dû au fournisseur des sites effacés sur la base des clauses du contrat de fourniture conclu entre ce dernier et son client, est de nature à garantir la rémunération la plus juste possible du fournisseur. Au demeurant, la très grande diversité des contrats de fourniture existant sur le haut de portefeuille serait difficilement conciliable avec la fixation d'un niveau de versement résultant de l'application de barèmes, même différenciés par grandes catégories de sites.
213. D'après les informations communiquées par plusieurs des acteurs consultés, l'application d'un tel modèle pourrait toutefois conduire à limiter les possibilités d'agrégation des effacements de plusieurs sites au sein du périmètre d'un même opérateur d'effacement. Dès lors, et si ce modèle devait être rendu obligatoire pour les sites de consommation concernés, il conviendrait que le décret impose que sa mise en œuvre ne restreigne pas les possibilités de telles agrégations. A défaut, il en résulterait une barrière à l'entrée pour les opérateurs d'effacement « agrégateurs ».
214. L'Autorité, en revanche, ne partage pas les craintes exprimées par certains acteurs, selon lesquels ce modèle pourrait conduire à réintroduire un contrôle de droit ou de fait du fournisseur sur la faculté de ses clients à valoriser leur flexibilité par l'intermédiaire d'un opérateur d'effacement tiers. Compte tenu de son champ d'application, en effet, ce modèle concernera uniquement des consommateurs « avertis » qui devraient être en mesure de négocier leur contrat de fourniture à armes égales avec le fournisseur et d'éviter ainsi l'introduction de clauses destinées à les empêcher de recourir à un opérateur d'effacement tiers.
215. Le troisième modèle prévu par le décret consiste à permettre la contractualisation des « modalités de versement » entre l'opérateur d'effacement, le fournisseur et, le cas échéant, le consommateur du site.
216. L'Autorité, à l'instar des opérateurs d'effacement indépendants consultés, n'est pas favorable à un tel modèle, qui pourrait conduire en pratique à vider de sa substance le principe selon lequel le montant du versement doit refléter la part énergie du tarif de fourniture du site effacé. En effet, et en particulier dans le cas où l'opérateur d'effacement serait également fournisseur, il ne pourrait être exclu que le niveau de versement soit substantiellement réduit et donne ainsi lieu à une pratique de subvention croisée, qui serait susceptible d'être contraire au droit de la concurrence si elle était mise en œuvre par une entreprise en situation de position dominante.
217. En conclusion, l'Autorité recommande que seuls les deux premiers modèles soient conservés et que l'application du modèle « AFIEG » ne soit rendu obligatoire que sous réserve que les possibilités d'agrégation d'effacements sur plusieurs sites de consommation soient préservées.

Délibéré sur le rapport oral de MM. Nicolas Le Broussois et Edouard Leduc, rapporteurs, et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Claire Favre, vice-présidente, et M. Noël Diricq, membre.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La vice-présidente,
Elisabeth Flüry-Hérard

© Autorité de la concurrence