

Décision de la Commission de Régulation de l'Energie (CRE), en date du 6 février 2003, sur un différend qui oppose la Société Nationale d'Electricité et de Thermique (SNET) à Réseau de Transport d'Electricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, relatif aux modalités d'exécution du contrat de responsable d'équilibre de la SNET.

Vu la demande de règlement d'un différend, enregistrée sous le n° 02-38-06, le 16 décembre 2002, présentée par la Société Nationale d'Electricité et de Thermique (SNET), dont le siège social est 100, avenue Albert 1^{er}, 92503 Rueil Malmaison, représentée par ses avocats, Maître Claude LUCAS de LEYSSAC et Maître Jean-Louis LESQUINS, l'opposant au Réseau de transport d'électricité (RTE).

La SNET expose qu'elle a signé avec RTE un contrat de responsable d'équilibre qui a pris effet le 1^{er} décembre 2001 et y a rattaché, au titre des sites d'injection sur le réseau public de transport d'électricité, les groupes du site Emile Huchet de Carling pour lesquels elle assure les fonctions de programmation. Elle soutient qu'elle « a procédé à l'incorporation des groupes de production du site Emile Huchet dans son périmètre d'équilibre pour satisfaire aux exigences cumulées de RTE et du Comité pour la révision de son contrat avec EDF » institué par l'arrêté du 16 mars 2001 et présidé par M. GENTOT. Le Comité a, en effet, demandé que « *les fonctions de programmation, de services système et d'ajustement restent indissociées et fassent donc l'objet de contrats entre RTE et le même opérateur pour ces trois fonctions et à ce qu'un groupe de production ne puisse appartenir qu'à un seul périmètre d'équilibre* ». RTE a, pour sa part, exigé que « *chacun des groupes de la SNET soit individuellement caractérisé comme étant libre ou lié* » et que la SNET désigne un seul responsable d'équilibre pour un même groupe de production. Elle précise que s'ajoutait à ces exigences celle de ne pas divulguer à EDF des informations commerciales protégées sur l'activité de la SNET.

Elle explique que la structure de son périmètre d'équilibre est particulièrement défavorable puisque la défaillance d'un seul groupe suffit pour la placer dans la situation où le contrat de responsable d'équilibre prévoit le versement à RTE de 152,45 €/MWh d'écart négatif et où elle est exposée, si ces défaillances sont fréquentes, à devoir à RTE une compensation financière pour écart prolongé. Elle précise qu'à la sortie de l'hiver, deux phénomènes générateurs de défaillances se cumulent : l'intensité des opérations d'arrêt/démarrage et l'augmentation des pannes après les périodes de révision. Elle soutient que par conséquent, compte tenu du risque élevé de défaillance de ses unités de production, elle n'a « *pu accepter de se soumettre aux contraintes très lourdes imposées par RTE lors de l'intégration de l'ensemble des tranches Emile Huchet à son périmètre d'équilibre qu'en considération du caractère éminemment provisoire de l'ensemble du dispositif* ».

La SNET « *a été confrontée à des défaillances inopinées et répétées de deux groupes de production du site Emile Huchet dans la période des mois de juin, juillet, août 2002* » pendant 42 jours et « *s'est trouvée en situation de « débordement » du tunnel à l'occasion de 33 des jours où ont été constatés des écarts négatifs* ».

S'agissant de la compétence de la CRE, la SNET se fonde sur l'article 38-I de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 pour qualifier le désaccord intervenu entre les parties de différend concernant la conclusion d'un contrat d'accès au réseau public de transport, en se fondant sur le fait, d'une part, que les mécanismes de compensation financière des écarts, qui relèvent des relations contractuelles unissant le gestionnaire du réseau de transport et les utilisateurs, sont institués par le IV de l'article 15 de la loi, d'autre part, que la CRE est compétente pour préciser les règles relatives à la mise en œuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, ainsi qu'à la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19 de la loi, et, enfin, que le contrat de responsable d'équilibre prévoit la saisine de la CRE en cas de différends nés de son exécution.

La SNET soutient que le mécanisme, dont l'objectif est de sanctionner les dépassements supérieurs à un « *seuil de tolérance des déficiences [...] statistiquement aléatoires* » pour inciter les responsables d'équilibre à minimiser « *la fréquence statistique des défaillances* » est inadapté à la situation de la SNET, puisque la défaillance d'un seul des groupes de production du site Emile Huchet suffit à la placer en dépassement.

Elle soutient qu'il en résulte que le mécanisme se traduit par une rupture d'égalité entre les usagers du service public, dans la mesure où, « *en ce qui concerne les autres responsables d'équilibre, il faudrait que plusieurs centrales soient défaillantes en même temps pour parvenir à un dépassement d'écart négatif* » et leur faire supporter, en conséquence, une pénalisation identique à celle qu'elle subit.

La SNET ajoute que l'absence de mise en œuvre du marché d'ajustement à la date prévue, la rareté et le coût des approvisionnements alternatifs en infra-journalier et les difficultés mises par RTE pour les permettre (absence de guichets infrajournaliers de nomination à RTE avant le 16 septembre 2002) l'ont empêchée de rééquilibrer son périmètre au cours de la journée, bien qu'elle eût procédé à des achats de blocs pour pallier ses déséquilibres.

Elle soutient qu'en s'engageant, par lettre du 18 février 2002, à ce que le mécanisme mis en œuvre pour la rémunération des offres d'ajustement soit transitoire et ne soit pas applicable au-delà du 1^{er} avril 2002, RTE s'est également engagé à ce qu'il en soit de même des dispositions du contrat de responsable d'équilibre, dans la mesure où l'absence de mécanisme d'ajustement avait pour conséquence l'application d'un barème pour les offres d'ajustement et pour le règlement des écarts. La SNET s'estime donc fondée à considérer que son engagement contractuel était subordonné au caractère provisoire de ce mécanisme.

La SNET souligne, par ailleurs, que RTE ne s'est pas conformé aux obligations d'information qui lui incombaient aux termes des conditions générales du contrat : la facture du mois de juillet, qui devait lui parvenir dans un délai de 30 jours à compter du 1^{er} août, lui est parvenue le 24 septembre, celle du mois d'août, le 11 octobre, et celle du mois de septembre, le 7 novembre ; la première notification d'un écart prolongé lui est parvenue le 5 septembre 2002, alors qu'elle aurait dû être adressée « par télécopie ».

La SNET soutient que, en conséquence, elle n'a pas été en mesure de prendre à temps les mesures de correction que ses dépassements rendaient nécessaires. Elle soutient que « *cette procédure doit être considérée, dans l'esprit du dispositif, comme une condition substantielle de l'application de la sanction financière prévue si le dépassement se prolonge un deuxième mois consécutif* ».

La SNET demande à la CRE :

- d'enjoindre à RTE de définir pour la SNET un écart d'énergie maximal correspondant à la puissance nominale d'au moins 600 MW ;
- de décider que les obligations de compensation financière incombant à la SNET au titre du dépassement, depuis la date d'effet du contrat de responsable d'équilibre jusqu'à la mise en œuvre du marché de l'ajustement, seront comptabilisées par RTE au prix des écarts négatifs, et non au prix du dépassement, chaque fois que le dépassement sera lié à la défaillance d'un ou deux sites de production de la SNET ;
- en conséquence, de déclarer la SNET libre des sommes que lui réclame encore RTE, après le paiement effectué le 5 décembre 2002, au titre des factures d'écarts pour les mois de juin, juillet, août et septembre 2002.

Vu les observations en réponse, enregistrées le 13 janvier 2003, présentées par RTE, dont le siège social est situé Immeuble Ampère, 34-40 rue Henri Régnauld, 92400 Courbevoie, Service d'Electricité de France, établissement public de caractère industriel et commercial, représenté par son avocat Maître Joseph VOGEL.

RTE rappelle que le contrat de responsable d'équilibre et ses différentes évolutions ont fait l'objet de validations successives de la CRE. Il soutient que les acteurs du marché de l'électricité ont été, à chaque

fois, en mesure de fournir leurs observations et que la SNET, qui a été l'un des tous premiers acteurs à utiliser le mécanisme de responsable d'équilibre, avait une parfaite connaissance de ses engagements.

RTE estime que la CRE est compétente pour rendre une décision dans le présent différend sur le fondement de l'article 38 de la loi du 10 février 2000.

Sur la structure particulièrement défavorable du périmètre d'équilibre de la SNET, RTE soutient que la SNET est la seule responsable de la composition et de la structure actuelle de son périmètre. En effet, le Comité pour la révision de son contrat avec EDF institué par l'arrêté du 16 mars 2001 ne saurait lui avoir imposé d'incorporer les groupes de production du site Emile Huchet dans son périmètre d'équilibre, le seul objet de ce Comité étant de permettre à la SNET de commercialiser l'énergie produite par ses centrales. RTE soutient ne disposer, quant à lui, d'aucun moyen d'influer sur la structure des périmètres d'équilibre. RTE précise que la SNET pouvait soit élargir son périmètre avec les données de tiers, soit se placer dans le périmètre d'un autre responsable d'équilibre, sous réserve d'adopter des dispositions de gestion de la confidentialité.

Sur l'adéquation du contrat de responsable d'équilibre signé par la SNET avec sa situation, RTE soutient que la demande de la SNET de bénéficier d'un contrat « *sur mesure* » est incompatible avec les exigences de non discrimination qui s'imposent à RTE, dans la mesure où sa situation est identique à celle des autres responsables d'équilibre : ceux aux périmètres desquels sont rattachés peu de sites subissent des aléas tout aussi pénalisants que la perte d'un groupe de production pour la SNET. RTE soutient en outre que la mise en place d'un régime particulier propre à la SNET pourrait être constitutive d'une entente, une aide d'état illicite au bénéfice de la SNET ou un abus de position dominante. RTE soutient qu'il est par conséquent « *juridiquement impossible de modifier le contrat type de responsable d'équilibre* ».

Sur la rupture d'égalité entre les usagers du réseau public de transport de l'électricité, RTE soutient que les responsables d'équilibre ne peuvent être assimilés à des usagers du service public de transport, dans la mesure où les contrats qui sont signés avec eux ne sont pas « *à strictement parler au nombre des contrats passés entre gestionnaires et utilisateurs de réseaux publics et directement liés à l'accès aux dits réseaux ou à leur utilisation* ».

Sur les sanctions financières encourues par la SNET, RTE conteste que l'objectif du mécanisme soit de sanctionner les seuls acteurs qui se mettent en situation d'écart de façon délibérée et récurrente, et soutient qu'il ne lui revient pas d'apprécier le caractère délibéré ou non des mises en écart de la SNET.

Sur la possibilité pour la SNET d'équilibrer son périmètre et sur l'origine des écarts négatifs de la SNET, RTE soutient que, de juin à novembre 2002 inclus, les écarts, dont seulement la moitié ont eu pour origine des défaillances de production, résultent également de la gestion risquée par la SNET de son périmètre ; il produit pour chaque mois la liste des origines de ces écarts. RTE soutient, en outre, que des mécanismes nombreux et variés ont progressivement été mis en place pour permettre aux responsables d'équilibre d'équilibrer leur périmètre, mais que la SNET ne les a pas tous utilisés. RTE soutient que le prix des fournitures infrajournalières résulte de l'état du marché et qu'il ne saurait donc en être tenu responsable.

Sur la subordination de la responsabilité d'équilibre de la SNET au caractère provisoire du mécanisme, RTE soutient que la SNET a signé, alors qu'elle connaissait les règles en vigueur, le contrat de responsable d'équilibre pour 13 mois, du 1^{er} décembre 2001 au 31 décembre 2002 et que, dès lors, seul le cas de force majeure lui permettrait de manquer à ses obligations. Il remarque que la SNET, « *qui ne semble pas satisfaite de son rôle de responsable d'équilibre* », a « *laissé le contrat se reconduire pour une période de 12 mois alors qu'elle avait la faculté d'y mettre fin* ». RTE soutient que la lettre d'intention du 18 février 2002 porte sur un mécanisme provisoire de programmation et qu'il y est, au contraire, rappelé à la SNET que le mécanisme de responsable d'équilibre n'est pas transitoire. RTE soutient, en outre, que l'approbation du mécanisme d'ajustement par la CRE étant nécessaire, il ne saurait être tenu responsable du retard dans sa mise en place qui ne relève pas d'un comportement dilatoire ou contraire à une obligation ou à un engagement de RTE. RTE indique, par surcroît, qu'en tant que responsable de programmation, la SNET a pu faire des offres d'ajustement et a bénéficié à ce titre d'une rémunération pour l'année 2002.

Sur ses obligations d'information, RTE soutient que, de juin 2002 à novembre 2002, le retard moyen de notification de ses écarts à la SNET est de deux semaines et que la SNET n'a, à cet égard, pas subi de comportement discriminatoire de sa part. RTE soutient que ces délais s'expliquent pour partie par les contestations de la SNET sur les données et par les efforts de RTE pour régler ces contestations avant d'envoyer de nouveaux écarts. RTE estime que ces contestations répétitives étaient dilatoires, la différence entre les données d'écart validées contradictoirement et les données initialement transmises portant sur 1% de ces données, et soutient que le non respect par la SNET de la procédure de contestation prévue au contrat a eu pour conséquence d'accroître les délais d'envoi des factures. RTE soutient que, dès lors, la SNET ne peut pas lui reprocher une prétendue violation du contrat. RTE soutient, en outre, « *qu'il ne résulte d'aucune stipulation de ce contrat que le délai de notification des écarts ou d'envoi des factures soient des conditions substantielles au paiement des compensations financières par le responsable d'équilibre* ».

Sur la possibilité pour la SNET de prendre à temps les mesures de correction, compte tenu des délais de notification de ses écarts par RTE, RTE soutient que les écarts n'ont pas été notifiés avec retard, car c'est la date de transmission des données d'écarts qui doit être prise en compte pour estimer la capacité de la SNET à apprécier sa situation. Elle précise que les écarts de juin 2002 ont été adressés par courrier électronique à la SNET le 5 août 2002, ceux de juillet le 26 août, ceux d'août le 23 septembre, ceux de septembre le 18 octobre, ceux d'octobre et novembre le 18 décembre, que les corrections des erreurs qui ont été apportées après la notification ont été « minimales », que la SNET, compte tenu des nombreuses défaillances d'un de ses groupes, ne pouvait ignorer la situation dans laquelle elle se trouvait et, qu'ayant été informée de ses écarts, ses dépassements d'écarts sont restés importants. Elle soutient, par conséquent, que la SNET « *ne peut pas soutenir que le retard dans la notification des dépassements prolongés l'aurait empêchée de prendre les mesures adéquates* ».

Sur la demande de la SNET tendant à ce que son écart maximal d'énergie soit fixé à au moins 600 MW, RTE soutient qu'elle est assimilable à une couverture gratuite qui reporterait le risque sur les autres acteurs et porterait atteinte à la concurrence.

RTE demande à la CRE :

- de rejeter l'intégralité des demandes de la SNET ;
- de dire que le mécanisme de responsable d'équilibre ne saurait être appliqué de façon différente et donc discriminatoire aux signataires du contrat concerné en fonction de la structure que ces derniers ont entendu donner à leur périmètre ;
- de confirmer le bien fondé des prétentions de RTE en ce qui concerne les sommes qu'il réclame à la SNET ;
- en conséquence, de déclarer la SNET tenue au paiement intégral de la somme de 7 900 217,69 euros qu'elle reste devoir à RTE au titre des écarts constatés dans son périmètre, à laquelle s'ajouteront les intérêts contractuels.

Cette somme correspond à la somme des factures d'écarts et de dépassements de l'écart maximal d'énergie émises par RTE pour les mois de juin, juillet, août, septembre, octobre et novembre, déduction faite des montants déjà payés par la SNET. RTE ne demande donc pas le paiement de la compensation financière en cas d'écart prolongé qu'il peut demander en application de l'article 5.5 des conditions générales du contrat de responsable d'équilibre.

Vu les observations en réplique de la SNET, enregistrées le 22 janvier 2003.

Sur la possibilité de contester l'application du contrat de responsable d'équilibre, la SNET fait observer que « *les contrats de responsable d'équilibre [...] sont des contrats d'adhésion et ne sont pas négociables, même dans les modalités particulières* ».

Sur son périmètre d'équilibre, la SNET soutient qu'en l'absence de marché de l'ajustement, aucun autre responsable d'équilibre n'était en état de prendre à sa charge le risque propre des sites de production de la SNET et que la dissociation de ses activités en deux périmètres aurait augmenté les risques qu'elle encourait. Elle soutient qu'elle a apporté la preuve que, contrairement aux affirmations de RTE, « *il existe un lien incontestable entre les exigences posées par RTE, les prescriptions du Comité Gentot et les décisions prises en fait de composition du périmètre d'équilibre de la SNET* ».

Sur la possibilité d'équilibrer son périmètre, la SNET soutient que, dans la mesure où EDF et ENDESA Trading appellent généralement tous les groupes du site Emile Huchet en même temps, elle ne disposait généralement pas de réserve de capacité reprogrammable et que, dans les cas contraires, les délais de démarrage des groupes à l'arrêt étaient généralement trop longs. Elle soutient que les temps de latence imposés pour la mise en œuvre d'importations étaient, également, généralement trop longs. Pour les indisponibilités déclarées en J-1, elle avait connaissance du programme d'appel effectif de RTE tardivement, ce qui rendait difficile, voire impossible, une couverture au guichet J-1 de 20 heures, mais a fait appel à des traders pour des achats en J-1. La SNET soutient, en outre, avoir rencontré d'importantes difficultés pour trouver des produits de couverture.

Sur l'origine des écarts négatifs de la SNET, la SNET soutient que c'est le volume des dépassements liés à des défaillances des outils de production (7 960 MWh, soit 77 % du total) qui doit être pris en compte, et non la fréquence de ces dépassements, estimée par RTE à 50% des cas.

Sur l'ampleur des dépassements et les mesures de correction qu'elle a adoptées, la SNET soutient qu'elle est restée en position longue jusqu'en mai et qu'elle s'est ensuite efforcée de mieux ajuster sa position. Elle a pris, à partir d'août, des mesures correctrices qui lui ont permis d'avoir une position « dans les limites de l'aléa statistique sur la consommation des clients ».

Sur la fiabilité des informations communiquées par RTE, la SNET soutient que, bien que les erreurs se soient révélées faibles *in fine*, elle était fondée à les considérer comme plus importantes tant que les incertitudes n'étaient pas levées.

Sur les conséquences qu'aurait la fixation d'un écart d'énergie maximal pour la SNET à au moins 600 MW, la SNET soutient qu'elle n'aurait pas d'impact sur les prix de marché, ni de coûts induits supérieurs, dans la mesure où les quantités injectées sur le réseau, lors des défaillances de son outil de production, seraient les mêmes. Elle soutient, en outre, que sa demande est conforme aux finalités d'un dispositif, qui vise à faire jouer à RTE le rôle d'un assureur collectif et payant contre des aléas imprévisibles, et qu'il ne peut en résulter un dérèglement durable puisque sa demande porte sur la période antérieure à l'établissement d'un marché d'ajustement.

Vu les observations en réplique de RTE, enregistrées le 30 janvier 2003.

Sur le périmètre d'équilibre de rattachement des sites de production de la SNET, RTE soutient que la SNET ne démontre à aucun moment que les sites Emile Huchet devaient y être rattachés et que le fait qu'elle soutienne qu' « *aucun autre responsable d'équilibre n'était [...] en état de prendre à sa charge le risque propre des sites de production de la SNET* », démontre qu'elle a recherché d'autres responsables d'équilibre pour ces sites. RTE soutient que les demandes du Comité pour la révision du contrat de la SNET avec EDF portent exclusivement sur la fonction de responsable de programmation : le Comité a, en effet, demandé que les services système rendus par les groupes de production de la SNET fassent l'objet de contrats distincts avec RTE selon que le responsable de la programmation de ces unités était la SNET ou EDF. RTE souligne, en outre, que, dans sa réponse au Comité, il a distingué sans ambiguïté la fonction de responsable de programmation de celle de responsable d'équilibre. RTE soutient, enfin, qu'on peut douter que l'organisation en cause ait été imposée à la SNET, dans la mesure où on lit

dans le rapport du Comité qu'il « prend acte de l'accord intervenu sur ces modalités techniques » entre EDF et la SNET.

Sur la composition du périmètre d'équilibre de la SNET et la réduction de ses écarts, RTE soutient que la SNET, afin de prévenir les risques liés à la structure de son périmètre, qu'elle reconnaît avoir identifiés, aurait pu y rattacher des sites ou des transactions d'autres acteurs. RTE soutient également que son recours, limité aux mécanismes d'équilibrage disponibles, résulte de choix délibérés, qu'elle reconnaît avoir faits, et des conditions des contrats avec ses clients. RTE soutient que la SNET ne saurait y trouver argument pour justifier la dérogation qu'elle demande.

Sur ses obligations d'information, RTE retient que la SNET reconnaît que les marges d'erreurs étaient *in fine* relativement faibles et maintient qu'il n'a pas manqué à ses obligations.

Sur la finalité du dispositif de responsable d'équilibre, RTE soutient qu'elle n'est pas de lui faire jouer le rôle d'un assureur collectif et payant contre des aléas imprévisibles, mais que la mission de gestionnaire de réseau consiste, en vertu du II de l'article 15 de la loi du 10 février 2000, à assurer l'équilibre physique du système électrique en temps réel et qu'il recouvre auprès des responsables d'équilibre les coûts des écarts de leur périmètre.

*
* *

Vu l'ensemble des dossiers remis par les deux parties ;

Vu la décision du 17 décembre 2002 du président de la Commission de Régulation de l'Électricité relative à la désignation d'un rapporteur pour l'instruction d'une demande de règlement de différend ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité

*
* *

Après avoir entendu, le 6 février 2003 lors de l'audience devant la Commission,

A la demande de RTE, à laquelle la SNET a déclaré ne pas s'opposer, la séance se tenant à huis-clos,

en présence de M. Jean SYROTA, président, Mme Jacqueline BENASSAYAG, MM. Raphaël HADAS-LEBEL, Bruno LECHEVIN, François MORIN, commissaires,

MM. Thierry TUOT, directeur général, Marc de MONSEMBERNARD, directeur juridique, Damien CABY, rapporteur,

Me Claude LUCAS de LEYSSAC, Me Jean-Louis LESQUINS et M. Jacques ROUCAUTE, pour la SNET,

Me Joseph VOGEL, MM. Olivier LAVOINE, Frédéric ROY et Mme Karine BLAISBOIS, pour RTE,

- le rapport de M. Damien CABY, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,
- les observations de Me Claude LUCAS de LEYSSAC et de Me Jean-Louis LESQUINS, pour la SNET : la SNET persiste dans ses écritures ; elle soutient, de plus, qu'il entre dans les pouvoirs de la CRE de modifier les clauses du contrat de responsable d'équilibre ; en effet, la CRE détient le même pouvoir que celui que le juge du contrat tient de l'article 1152 du Code civil, permettant de modérer la sévérité des clauses pénales disproportionnées à leur objet et non conformes à la commune intention des parties ; en outre, la CRE a le pouvoir de demander la modification de conventions déjà conclues,

lorsque cela est indispensable pour garantir des conditions de concurrence, ainsi que l'a admis la Cour d'appel de Paris, s'agissant de l'Autorité de régulation des télécommunications, dans son arrêt du 28 mai 2002 *S.A. France Télécom c/ S.A. Free Télécom* ;

- les observations de Me Joseph VOGEL et de MM. Olivier LAVOINE et Frédéric ROY, pour RTE : RTE persiste dans ses écritures ; il précise, en outre, en premier lieu, que sa demande tendant à ce que la CRE déclare que le mécanisme de responsable d'équilibre ne peut être appliqué différemment selon la structure du périmètre du signataire, constitue non une conclusion, mais un argument de défense ; en deuxième lieu, que la demande de la SNET est essentiellement fondée sur l'amalgame qu'elle fait indûment entre les fonctions fondamentalement différentes de fournisseur, d'exploitant de moyen de production et de responsable d'équilibre ; en troisième lieu, que la SNET était responsable d'équilibre avant que le Comité pour la révision de son contrat avec EDF ne remette son rapport, que le contrat de responsable d'équilibre ne comporte aucun engagement d'équilibrer physiquement les injections et les soutirages d'un périmètre, mais uniquement un engagement financier de compenser les écarts, et que l'obligation que les fonctions de programmation, de services système et d'ajustement soient assurées par un même opérateur est imposée à tous les producteurs, et non à la seule SNET ;

la Commission en ayant délibéré le 6 février 2003, après que les parties, le rapporteur et les agents de la CRE se sont retirés,

Sur le contexte du recours et les faits

L'article 15 de loi n°2000-108 du 10 février 2000 dispose que les producteurs établissent des programmes d'appel de manière à satisfaire les programmes de consommation et d'approvisionnement de leurs clients et que les organismes en charge de l'approvisionnement et les consommateurs éligibles établissent respectivement des programmes d'approvisionnement et de consommation. RTE, chargé d'assurer à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, peut, à cette fin, modifier les programmes d'appel. Il peut demander ou attribuer une compensation financière aux utilisateurs en situation d'écart.

Le dispositif de règlement des écarts appliqué par RTE vise à permettre à RTE d'en recouvrer le coût en fonction de leur ampleur auprès des utilisateurs en écart. Contrairement à ce que soutient la SNET, RTE n'y assure donc aucun rôle d'assureur collectif et payant contre des aléas imprévisibles. C'est, au contraire, aux responsables d'équilibre qu'il incombe de mutualiser le risque financier lié au règlement des écarts et le coût de leur gestion, ainsi que d'en réduire le volume par le recours, en cas d'imprévu, à des moyens de substitution : RTE a proposé aux utilisateurs de son réseau de désigner dans leur contrat d'accès au réseau un « responsable d'équilibre » auquel est facturé le coût de la somme des écarts des sites qui lui sont rattachés. Ce dispositif permet de foisonner au sein d'un périmètre d'équilibre les écarts aléatoires des sites, de mutualiser les marges d'écart hors dépassement des sites rattachés au périmètre d'équilibre et de compenser un écart important par la modification du programme d'un autre site rattaché au même périmètre d'équilibre.

Le différend oppose la SNET à RTE. Il porte sur les dispositions contractuelles d'accès au réseau et, plus particulièrement, sur les règles de compensation financière des écarts appliquées au périmètre d'équilibre de la SNET.

Le contrat de responsable d'équilibre, signé par la SNET, qui a pris effet le 1^{er} décembre 2001, prévoit le versement de 62,05 € par MWh d'écart négatif, lorsque l'écart de puissance est inférieur à 10% de la somme des puissances nominales des sites d'injection rattachés au périmètre, et de 152,45 € par MWh d'écart négatif, lorsque l'écart de puissance est supérieur à 10%. La SNET soutient que ces dispositions financières, appliquées à tous les responsables d'équilibre, ont des conséquences graves et discriminatoires dans le cas de la SNET car, contrairement aux autres responsables d'équilibre, la défaillance d'un seul groupe suffit pour la placer en écart négatif supérieur à 10% et l'exposer, si ces défaillances sont fréquentes, à devoir à RTE une compensation financière pour écart prolongé. Elle demande à RTE l'application du prix de 62,05 € par MWh d'écart négatif pour les écarts inférieurs à

600 MW, qui est la puissance nominale de son plus gros groupe de production. RTE refuse de faire droit à cette demande.

Sur la nature et le prix de la compensation financière demandée par RTE aux utilisateurs en écarts

Contrairement à ce que soutient la SNET, la compensation financière que la loi autorise RTE à demander aux utilisateurs du réseau n'est pas un dispositif de sanction ayant le caractère d'une clause pénale de l'inexécution par les responsables d'équilibre de leur obligation de minimiser les écarts, mais un dispositif de compensation financière des modifications des programmes d'appel auxquelles procède RTE. Son objet est, non d'interdire au responsable d'équilibre de franchir les limites du tunnel, mais de compenser les charges induites pour le gestionnaire de réseau par les écarts de ses utilisateurs. Sa valeur est progressive afin d'inciter les entités responsables des sites raccordés aux réseaux publics à réaliser des prévisions d'injection et de soutirage raisonnables et fiables et à conduire leurs injections comme leurs soutirages de façon à limiter les écarts réels et à faciliter ainsi le maintien de l'équilibre du réseau qui, aux termes de l'article 15 de la loi du 10 février 2000, relève de la responsabilité de RTE.

Par suite, dès lors que seul le volume des écarts, et non leur nature, détermine l'ampleur des modifications des programmes d'appel auxquelles il doit procéder, RTE ne serait pas fondé à calculer la compensation demandée aux utilisateurs du réseau selon que leurs écarts résulteraient ou non d'« aléas de fonctionnement ». Un tel dispositif serait, du reste, nécessairement subjectif, comme le montrent les observations des parties visant à déterminer la part des écarts de la SNET imputable à des défaillances de production et celle liée à ses choix de gestion « longue » ou « courte » de son périmètre ou à des aléas affectant d'autres sites rattachés à son périmètre.

En revanche, afin de faciliter l'accès au marché des producteurs en leur évitant d'être soumis au règlement des écarts de chacun de leurs sites de production pris indépendamment, RTE leur a proposé de bénéficier de la mutualisation du risque financier lié au règlement des écarts et de la réduction de leur volume par le recours, en cas d'imprévu, à des moyens de substitution que permet le rattachement à un périmètre d'équilibre adapté. Afin de faciliter l'accès au marché des producteurs disposant d'un nombre réduit d'unités, RTE a proposé aux producteurs de désigner un responsable d'équilibre différent d'eux-mêmes et de bénéficier ainsi de la mutualisation du risque financier sur un nombre supérieur de sites.

Il résulte donc clairement de ces finalités que, si le mécanisme a pour conséquence d'inciter les responsables d'équilibre à recourir à tous les moyens dont ils disposent pour éviter de payer le prix le plus élevé des écarts, il n'a pas pour objet d'inciter les responsables d'équilibre à procéder à des achats de précaution. En outre, contrairement à ce que soutient la SNET, de tels achats ne seraient nullement facilités par la mise en place du marché d'ajustement projeté par RTE, sur lequel seul ce dernier pourrait acheter et vendre de l'électricité et dont le seul effet serait de substituer, pour le règlement des écarts, des prix de marché aux prix contractuels qu'elle conteste.

Sur les conditions d'application du mécanisme de responsable d'équilibre aux signataires du contrat et sur le caractère négociable du contrat de responsable d'équilibre proposé par RTE

La validation par la CRE du modèle de contrat de responsable d'équilibre employé par RTE avait pour objectif de s'assurer de la conformité générale du dispositif contractuel aux principes de l'accès aux réseaux. Elle ne saurait, toutefois, être regardée, tant par la forme de simple communication d'une opinion générale *a priori* dépourvue de toute valeur décisionnelle que par le fait que la CRE ne détient aucun pouvoir d'homologation de stipulations contractuelles, comme ayant imposé à RTE de ne discuter aucune des clauses du contrat pour les adapter, dans le respect des principes gouvernant sa mission de gestionnaire de réseau et les règles d'accès des tiers à celui-ci, aux particularités éventuelles de son cocontractant.

Contrairement à ce que soutient RTE, il n'est donc pas « *juridiquement impossible de modifier le contrat type de responsable d'équilibre* ». Au contraire, le refus de tenir compte dans la conclusion d'un contrat d'accès au réseau de la situation particulière d'un des utilisateurs, par exemple de la nécessité de préserver la confidentialité vis à vis de son responsable d'équilibre de certaines informations

commerciallement sensibles, pourrait être constitutif d'une discrimination dans les conditions d'accès au réseau.

Il convient donc de s'assurer, en l'espèce, que les stipulations du contrat qu'a signé la SNET, sans que RTE accepte de déroger du modèle qu'il s'était fixé, étaient conformes à ces règles.

Sur la possibilité pour la SNET de choisir le périmètre de rattachement de ses sites

L'obligation faite à la SNET, par le Comité pour la révision de son contrat avec EDF, de désigner, pour chacun de ses groupes de production, un responsable unique de la programmation, des services système et de l'ajustement, et un seul périmètre d'équilibre, qui s'impose, du reste, aux autres producteurs, n'impliquait pas que la SNET elle-même fût ce responsable d'équilibre et n'avait d'ailleurs pas de conséquence directe ou indirecte sur l'exercice de cette fonction, par la SNET ou par le tiers auquel elle l'aurait confiée. A ce propos, si la SNET soutient qu'aucun autre responsable d'équilibre n'était en mesure de prendre à sa charge le risque propre de ses sites de production, elle n'apporte aucun élément probant de nature à établir le bien-fondé de cette allégation.

Pour qu'elle bénéficie au mieux de la possibilité offerte par le mécanisme de responsable d'équilibre de mutualiser le risque financier lié au règlement des écarts et d'en réduire le volume, il incombait au contraire à la SNET de rechercher le responsable d'équilibre le mieux adapté aux caractéristiques particulières de ses sites. La protection des informations commerciales sur l'activité de la SNET détenues par RTE et que la SNET n'aurait pas souhaité voir divulguées au responsable d'équilibre qu'elle aurait choisi aurait pu être assurée par des clauses contractuelles appropriées.

Sur le caractère discriminatoire du contrat de responsable d'équilibre proposé par RTE

Sur l'égalité d'accès au service public

Le prix des écarts qui est facturé à la SNET en tant que responsable d'équilibre, lors des défaillances d'un ou deux de ses moyens de production, est la conséquence directe de la structure du périmètre d'équilibre qu'elle a librement choisie. En outre, en tant que producteur, la SNET pouvait choisir librement son responsable d'équilibre. Dès lors, la SNET ne peut se fonder sur le montant des compensations pour écarts qui, compte tenu du périmètre d'équilibre qu'elle a choisi, lui sont demandées par RTE, lors des défaillances de ses unités de production, pour invoquer une rupture de l'égalité d'accès au service public de transport de l'électricité.

Facturer, comme le demande la SNET, les écarts de son périmètre d'équilibre au prix de 62,05 € par MWh d'écart négatif, dans la limite de la puissance nominale du groupe de production le plus puissant qui lui est rattaché ou en fonction de la cause des dépassements constatés, reviendrait à octroyer aux sites rattachés au périmètre d'équilibre de la SNET une marge d'écart hors dépassement supérieure à celle accordée aux autres sites raccordés aux réseaux publics, sur le seul fondement de la structure de ce périmètre d'équilibre. Or, il revient au responsable de ce périmètre de le constituer librement et, par un choix approprié des sites qui lui sont rattachés, de limiter le risque d'écart et de paiement des compensations afférentes. Dès lors, RTE est fondé à soutenir qu'une clause de cette nature serait discriminatoire.

A cet égard, les caractéristiques du parc de production de la SNET, tant en ce qui regarde la puissance des installations que les caractéristiques techniques du mode de production, ne présentent, par elles-mêmes, aucune particularité qui placerait la SNET, en principe, dans une situation différente de celle de n'importe quel autre producteur au regard du choix de son périmètre d'équilibre.

En ce qui concerne sa fonction, distincte, de responsable d'équilibre, il n'est pas contesté que la SNET est placée dans une situation où la défaillance d'un seul moyen de production du périmètre qu'elle a choisi suffit à entraîner la facturation des écarts au prix le plus élevé, comme, au demeurant, n'importe quel autre responsable d'équilibre au périmètre duquel serait rattaché un faible nombre d'unités de production. Ce désavantage résulte de la structure du marché et de la taille de la SNET, et non du mécanisme de responsable d'équilibre. Ce mécanisme a été conçu précisément afin d'améliorer la

situation des acteurs de petite taille. La SNET pouvait, en outre, librement fixer la taille de son périmètre, décider des modalités de sa gestion, ou choisir un autre responsable d'équilibre qu'elle-même.

Sur les difficultés pour la SNET d'équilibrer son périmètre

Lors du choix de la composition de son périmètre d'équilibre, la SNET avait connaissance des possibilités d'équilibrage qui existaient en J-1 et au cours de la journée. Il appartenait à la SNET de choisir le périmètre de rattachement des sites de production dont la programmation lui incombe. La composition de ce périmètre peut être modifiée à tout moment. Le responsable d'équilibre peut ainsi tenir compte de l'état du marché, des caractéristiques de son parc de production et de ses engagements contractuels. La SNET pouvait donc choisir d'inclure ses sites dans son propre périmètre d'équilibre ou de les rattacher en tout ou partie à un autre périmètre. Elle pouvait également déterminer le volume de la capacité reprogrammable qu'elle se réserve pour faire face aux aléas lorsqu'elle soumet son programme d'appel à RTE.

Sur la subordination de la responsabilité d'équilibre de la SNET au caractère provisoire du mécanisme de règlement des écarts

Les fonctions de production/responsable de programmation, d'une part, et de responsabilité d'équilibre, d'autre part, qu'assume la SNET, sont distinctes. Elles font l'objet de contrats différents, de telle sorte qu'un producteur puisse, notamment, confier la responsabilité d'équilibre de ses sites au responsable d'équilibre de son choix.

Or, la lettre du 18 février 2002, à laquelle se réfère la SNET, et qui, contrairement à ce que soutient RTE, ne comporte aucune indication sur le caractère définitif ou provisoire du mécanisme de responsable d'équilibre dans son ensemble, définit un mécanisme transitoire de rémunération des offres d'ajustement du producteur SNET. En revanche, les dispositions relatives à la gestion du périmètre d'équilibre SNET, contestées par la SNET, sont définies dans un contrat signé antérieurement qui est entièrement indépendant des conditions de rémunération des offres d'ajustement et même de l'existence ou non de la possibilité pour les producteurs de présenter de telles offres. Ce contrat est valable jusqu'au 31 décembre 2002 et la lettre du 18 février 2002 ne l'amende ni explicitement ni implicitement.

Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la mise en œuvre du marché d'ajustement aurait pour effet de modifier les conditions de détermination du prix des écarts, sans remettre en cause la fonction de responsable d'équilibre, dont l'attrait pour la SNET résulte de la mutualisation qu'elle permet, quels que soient les prix facturés.

La circonstance que, au moment où le contrat a été conclu, RTE envisageait de mettre en place un marché d'ajustement au 1^{er} avril 2002, ne peut donc être regardée comme constitutive de la volonté de la SNET de contracter, ni comme ayant pu avoir pour effet de subordonner son engagement, ou la durée de celui-ci, à la réalisation de cette prévision, qui ne peut être regardée comme une clause résolutoire.

Sur les obligations d'information de RTE

Il résulte clairement des pièces du dossier que RTE a méconnu de façon répétée les obligations d'information auxquelles il est tenu par le contrat. La circonstance que ces violations patentes aient été commises également aux dépens d'autres cocontractants que la SNET ne peut, contrairement à ce que RTE soutient pour s'en exonérer et sans donc en contester la réalité, les faire regarder comme moins fautives.

Toutefois, la SNET ne demande pas à RTE de l'indemniser du préjudice que ces manquements ont dû lui causer, mais se borne à soutenir qu'elle a ainsi été empêchée de mesurer l'ampleur des écarts dont

elle se rendait responsable et de prendre des mesures correctives. La SNET étant un producteur expérimenté, conduisant depuis de nombreuses années des installations de production importantes, ne peut soutenir sérieusement ne disposer d'informations sur le volume de sa production que sur la base des courriers que lui adresse RTE pour facturer ses écarts, sachant au surplus que ces informations lui avaient été communiquées par courrier électronique au plus cinq jours après la date contractuelle de communication des factures. En tout état de cause, la facturation des écarts a pour seule fonction de recouvrer les sommes dues et il incombe au responsable d'équilibre, lorsqu'il constitue son périmètre, de s'assurer de tous les moyens d'information utiles, notamment issus des comptages, sur les sites qu'il gère ou qui lui sont rattachés, pour prévoir et gérer l'équilibre recherché. A ce titre, il n'est pas allégué que la SNET n'aurait pas disposé des informations nécessaires, notamment en ce qui regarde ses propres sites.

Par suite, le retard de la transmission d'information par RTE, pour irrégulière qu'elle soit, ne saurait en l'espèce être regardée comme ayant privé la SNET des moyens de prévoir, vérifier et rechercher l'équilibre de son périmètre.

DECIDE :

Article 1^{er} – La demande de la SNET est rejetée.

Article 2 – La SNET est tenue au paiement de la somme restant à devoir au titre des écarts et des dépassements de l'écart d'énergie maximal et des intérêts contractuels.

Article 3 – La présente décision sera notifiée à la SNET, à RTE et publiée au Journal Officiel de la République française.

Fait à Paris, le 6 février 2003.

Pour la Commission,
Le Président

Jean SYROTA