

Consultation publique de la Commission de régulation de l'énergie du 26 juillet 2011 sur la possibilité de faire bénéficier les nouvelles interconnexions électriques d'une dérogation de l'article 9 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009

1. Introduction

1.1. Contexte

Sous le régime du 2^{ème} paquet énergie¹, l'article 7 du règlement (CE) n°1228/2003 prévoyait que les autorités de régulation nationales pouvaient partiellement ou totalement exempter de nouvelles interconnexions (NI) électriques d'obligations en termes de droit d'accès des tiers, d'allocation des recettes tirées de l'utilisation des capacités d'interconnexion et de tarification de l'accès à l'infrastructure.

A ces trois possibilités d'exemption, l'article 17 du règlement (CE) n°714/2009 du 3^{ème} paquet énergie², qui reprend les éléments essentiels de l'article 7 du règlement (CE) n°1228/2003, en ajoute une nouvelle : l'exemption à l'article 9 de la directive 2009/72/CE, c'est-à-dire à la séparation patrimoniale des gestionnaires de nouvelles interconnexions vis-à-vis d'entreprises engagées dans des activités de production ou de fourniture d'électricité. L'article 17 du règlement (CE) n°714/2009 prévoit également une évolution de la procédure de dérogation telle qu'exposée dans l'article 7 du règlement (CE) N° 1228/2003, notamment en y intégrant l'agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), instituée par le règlement n°713/2009.

Par ailleurs, l'article 6 du règlement (CE) N°714/2009 détermine la procédure d'élaboration de codes de réseau, qui visent notamment à déterminer de manière précise la façon dont sont gérées les congestions aux interconnexions et dont sont réparties les capacités d'interconnexion offertes par les mêmes ouvrages.

Ces nouvelles mesures conduisent la Commission de régulation de l'énergie (CRE) à mettre à jour les orientations contenues dans sa délibération du 30 septembre 2010 portant communication sur l'application de l'article 7 du règlement (CE) n° 1228/2003 du 26 juin 2003 et les modalités d'accès au réseau public de transport d'électricité français de nouvelles interconnexions exemptées³.

¹ Règlement (CE) No 1228/2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité ; Directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; Directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel

² Règlement (CE) No 713/2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie ; le règlement (CE) No 714/2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité abrogeant le règlement No 1228/2003 ; Règlement (CE) No 715/2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel ; Directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; Directive 2009/73/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (abrogeant la directive 2003/55/CE)

³ Le document peut être téléchargé sur le site de la CRE : <http://www.cre.fr/documents/deliberations/communication/nouvelles-interconnexions-exemptees-procedure-de-derogation-et-modalites-d-acces-au-reseau>

1.2. Organisation du document

Dans la présente consultation, la CRE expose les nouveaux éléments contenus dans le règlement (CE) 714/2009 par rapport au règlement (CE) 1228/2003, en ce qui concerne les nouvelles interconnexions :

- une nouvelle régulation de l'accès des tiers par l'existence de code de réseau ;
- la possibilité de déroger au principe de séparation patrimoniale.

Les propositions de ce document sont soumises à consultation publique et ne préjugent en rien des orientations finales qui seront retenues par la CRE.

A la fin du document sont présentées les modalités de consultation ainsi que les étapes suivantes.

2. Modalités d'accès des tiers aux nouvelles interconnexions

L'article 6 du règlement (CE) n°714/2009 prévoit l'établissement de codes de réseau « *pour des questions transfrontalières ayant trait au réseau et à l'intégration du marché* », comme défini par l'article 8 § 7 du même texte. Ces codes de réseau visent un niveau d'harmonisation supérieur à celui décrit dans le 2^{ème} paquet énergie, notamment, en ce qui concerne les nouvelles interconnexions, dans le domaine d'allocation de capacités et de gestion de congestion.

Dans sa délibération du 30 septembre 2010, la CRE exprime son souhait que les règles d'allocation et de gestion de la capacité d'interconnexion d'une nouvelle interconnexion bénéficiant d'une dérogation en application de l'article 7 du règlement (CE) n°1228/2003 soient aussi harmonisées que possible avec celles en vigueur sur les interconnexions régulées françaises.

Question 1 : Selon vous, les règles d'allocation et de gestion de capacités d'interconnexion décrites dans les codes de réseau doivent-elles s'appliquer aux nouvelles interconnexions bénéficiant d'une dérogation en application de l'article 17 du règlement (CE) n°714/2009 ?

Par ailleurs, dans le cas particulier où le gestionnaire d'une nouvelle interconnexion n'est pas exempté totalement de l'accès non discriminatoire des tiers, mais est directement ou indirectement lié à une société qui participe à des enchères explicites de capacité pourrait être vue comme problématique. En effet, bénéficiaire d'à minima une partie de la rente de congestion, la société en question pourrait se permettre de faire des offres à des prix plus élevés que ses concurrents, et donc bénéficier d'un accès privilégié de fait.

Question 2 : Selon vous, comment éviter un accès privilégié à la capacité d'interconnexion dans ce cas particulier ?

3. Possibilité d'exemption des nouvelles interconnexions à l'obligation de séparation patrimoniale

3.1. Définition et enjeux

Sous le régime du 2^{ème} paquet énergie, les gestionnaires de réseaux de transport (GRT) devaient notamment respecter des obligations en matière d'indépendance de forme juridique, d'organisation et de prise de décision vis-à-vis d'entreprises engagées dans une activité de production ou de fourniture d'électricité. Ainsi, sous réserve de satisfaire à ces obligations et, en France, d'obtenir une dérogation, toutes les sociétés, y compris les producteurs et les fournisseurs d'électricité, pouvaient s'engager dans un projet de construction et d'exploitation d'une nouvelle interconnexion.

Le 3^{ème} paquet énergie va plus loin que le 2^{ème} paquet en matière d'indépendance des gestionnaires de réseaux : l'article 9 de la directive 2009/72/CE, transposé en droit français par l'article L. 111-8 du code de l'énergie, pose le principe de la séparation patrimoniale entre les GRT et les sociétés exerçant une activité

de production ou de fourniture. Ce régime est obligatoire pour toute société gestionnaires d'un réseau de transport d'électricité créée après le 3 septembre 2009, ce qui inclut les nouvelles interconnexions. Cette séparation vise à garantir l'indépendance des GRT vis-à-vis de toute entreprise de production ou de fourniture. Elle vise également à garantir la confidentialité des informations commercialement sensibles en supprimant les situations de conflits d'intérêts. Il est donc demandé que « *chaque entreprise qui possède un réseau de transport agisse en qualité de gestionnaire de réseau de transport* » et interdit à une même personne ou à des mêmes personnes :

- d'« *exercer un contrôle direct ou indirect sur une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture et d'exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur un GRT ou un réseau de transport* » et inversement ;
 - « *les pouvoirs visés [...] comprennent en particulier : le pouvoir d'exercer des droits de vote. Ceci implique que seule la détention d'actions sans droits de vote est autorisée par les entreprises de production ou de fourniture ; le pouvoir de désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ; la détention d'une part majoritaire ;* »
 - le contrôle découle des « *droits, contrats et autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise et notamment : des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition ou les délibérations des organes d'une entreprise*⁴. »
- de « *désigner les membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou d'autres organes de représentation légale à la fois d'une entreprise de production ou fourniture et d'un GRT ou d'un réseau de transport* » ;
- d'être « *membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes sociaux à la fois d'une entreprise de production et fourniture et d'un GRT ou d'un réseau de transport* ».

En conséquence, sans la possibilité d'exemption à l'article 9 de la directive 2009/72/CE, des projets de nouvelles interconnexions portés par des producteurs ou des fournisseurs d'électricité seraient juridiquement interdits en dépit de leur impact potentiellement positif sur le bien-être collectif.

3.2. Acteurs concernés

Un producteur ou fournisseur d'électricité ne peut pas s'engager dans une société exploitant une nouvelle interconnexion sans être exempté de l'obligation de séparation patrimoniale.

La participation d'un producteur ou un fournisseur d'électricité dans une société porteuse d'un projet de nouvelle interconnexion peut se faire soit indirectement, notamment par l'achat massif de capacités à long terme, soit par une prise de contrôle (au sens ci-dessus) via la participation directe ou indirecte au capital d'une société porteuse d'un projet de nouvelle interconnexion.

Dans sa délibération du 30 septembre 2010, la CRE précise qu'une « *dérogation est accordée pour une période déterminée. Dans le cas où une des conditions listées dans la décision de dérogation ne serait pas respectée, une révision ou une abrogation de la dérogation pourrait être envisagée* ».

⁴ Article 2.34 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, formulation identique à celle du 2 de l'article 3 du règlement (CE) N° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Question 3 : Selon vous, la participation indirecte via l'achat massif de capacités à long terme par un producteur ou un fournisseur d'électricité constitue-t-elle une modalité allant en pratique à l'encontre de l'esprit de la séparation patrimoniale ou de la garantie du caractère non discriminatoire de l'accès des tiers à la nouvelle interconnexion ?

Question 4 : Selon vous, la participation indirecte via l'achat massif de capacités de long terme par un producteur ou un fournisseur d'électricité doit-elle faire partie des pratiques tombant sous le coup d'une clause de révision d'une dérogation accordée ? Doit-elle faire l'objet d'une interdiction (à partir de quelle part) ?

Trois motifs pourraient notamment conduire un acteur à souhaiter s'engager dans un projet de nouvelle interconnexion:

- l'existence d'un projet potentiel de nouvelle interconnexion raisonnablement risqué et rentable ;
- un degré d'aversion au risque inférieur à celui que le régulateur est prêt à faire porter au TURPE ;
- la volonté de limiter certains risques associés aux activités de production ou de fourniture via la création d'une structure permettant une certaine intégration verticale.

Alors que des acteurs divers (fonds d'investissement...) pourraient s'engager dans des projets de nouvelles interconnexions pour les deux premiers motifs cités, les producteurs et les fournisseurs d'électricité sont les seuls acteurs susceptibles de porter des projets de nouvelles interconnexions qui visent à limiter certains risques associés aux activités de production ou de fourniture via la création d'une structure intégrée.

Question 5 : Selon vous, le motif de l'investissement doit-il être pris en compte lors de la décision d'accorder ou non l'exemption à la séparation patrimoniale à un producteur ou à un fournisseur portant un projet de nouvelle interconnexion ? Si oui, comment ?

3.3. Articulation entre dérogation à l'obligation de séparation patrimoniale et dérogation au caractère non discriminatoire de l'accès des tiers

Le droit d'accès des tiers n'est pas un droit précisé par les textes législatifs et réglementaires, qu'ils soient nationaux ou communautaires.. Il nécessite d'être précisé dans un ensemble de règles, qui décrivent de manière exhaustive les droits et devoirs du gestionnaire de réseau et de celui qui accède au réseau. Dans le cas des interconnexions, le droit d'accès au réseau a notamment été précisé par des règles d'accès aux interconnexions et le sera aussi à l'avenir par des codes de réseaux. Notamment, l'accès au réseau est un droit limité qui fait l'objet d'une contrepartie financière et qui doit présenter un caractère non-discriminatoire⁵.

La séparation patrimoniale des gestionnaires de réseaux vis-à-vis d'entreprises de production ou de fourniture vise, notamment, à prévenir tout traitement discriminatoire en termes d'accès aux réseaux qui nuirait au fonctionnement des marchés.

En conséquence, dans le cas des nouvelles interconnexions, la question d'une dérogation au principe de séparation patrimoniale des gestionnaires de réseaux pourrait être légitimement soulevée en cas de dérogation totale (le porteur de projet a un accès prioritaire à l'intégralité de la capacité de la nouvelle interconnexion pour tous les horizons de temps) ou partielle (le porteur de projet a un accès prioritaire à une partie seulement de la capacité de la nouvelle interconnexion ou à un horizon de temps défini) au caractère non-discriminatoire du droit d'accès des tiers.

⁵ Article 32 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

En revanche, si le porteur de projet n'est pas exempté de l'obligation de donner un accès non-discriminatoire aux tiers, il est nécessaire de s'assurer qu'il ne s'octroie pas un accès privilégié à la capacité d'interconnexion et respecte des engagements en matière de confidentialité. Dans ce cas, la dérogation à la séparation patrimoniale nuirait au caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers et irait à l'encontre de l'esprit du 3^{ème} paquet énergie.

Question 6 : *Que pensez-vous de l'articulation qui est faite entre dérogation au caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers à la nouvelle interconnexion et dérogation à la séparation patrimoniale ?*

Question 7 : *Selon vous, le fait que la dérogation au caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers à la nouvelle interconnexion soit totale ou partielle doit-il avoir un impact sur la décision de dérogation à la séparation patrimoniale ?*

Question 8 : *Selon vous, la dérogation à la séparation patrimoniale doit-elle reposer sur des caractères de l'accès des tiers autres que la non-discrimination ? Lesquels ?*

Question 9 : *Selon vous, la dérogation à la séparation patrimoniale devrait-elle reposer sur d'autres critères que la teneur et la portée de la dérogation à l'accès des tiers ? Lesquels ?*

Question 10 : *Pensez-vous que des projets de NIE ne bénéficiant pas de la dérogation au caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers doivent pouvoir être portés par des producteurs ou des fournisseurs d'électricité ?*

3.4. Mise en œuvre d'une dérogation à la séparation patrimoniale selon le degré de dérogation au caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers

Dans le cas où l'exploitant de l'interconnexion est engagé par ailleurs dans une activité de production ou de fourniture d'électricité, il gèrera non seulement la capacité d'interconnexion qui lui sera éventuellement réservée mais aussi la capacité d'interconnexion qui est mise à la disposition de ses concurrents. Cette situation de conflit d'intérêts nécessite de mettre en place des obligations proportionnées en matière d'indépendance et de confidentialité des informations commercialement sensibles, afin de garantir un traitement non-discriminatoire des tiers et la protection des informations commercialement sensibles.

Sous le régime du 2^{ème} paquet énergie, les producteurs et les fournisseurs pouvaient s'engager dans une société exploitant une nouvelle interconnexion à condition de respecter certaines obligations en matière d'indépendance et de confidentialité (forme juridique, organisation, prise de décision...). Ainsi, si le projet avait été développé sous le 2^{ème} paquet, le porteur de projet aurait dû se conformer auxdites exigences. Or, le 3^{ème} paquet énergie montre la volonté du législateur européen de renforcer la protection du caractère non-discriminatoire de l'accès des tiers. On peut dès lors se demander si, tout en tenant compte de la spécificité du fonctionnement d'une interconnexion, les dispositions adoptées devront assurer un niveau de protection du caractère non-discriminatoire d'accès des tiers et de confidentialité au moins équivalent à celui du 2^{ème} paquet énergie.

Question 11 : *Selon vous, les dispositions du 2^{ème} paquet énergie présentent-elles un niveau d'exigence minimal satisfaisant en matière de non discrimination de l'accès des tiers et de confidentialité des informations commercialement sensibles ?*

Question 12 : *Selon vous, quelles dispositions de protection du caractère non discriminatoire de l'accès des tiers et de la confidentialité des informations commercialement sensibles doivent, a minima, être mises en place ?*

Des dispositions de protection devraient en particulier s'appliquer aux fonctions de l'entreprise exploitant la nouvelle interconnexion qui sont les plus exposées en termes de risque de discrimination. Au sein des différents métiers (allocation et nomination de capacités, conduite, entretien, maintenance, activité commerciale -, système d'information, comptabilité, facture, relation clientèle, achat des pertes...), les fonctions de décision et des fonctions de mise en œuvre peuvent être distinguées.

Question 13 : Selon vous, quelles sont les fonctions de l'entreprise exploitante qui devraient faire l'objet d'une attention particulière en matière de non discrimination de l'accès des tiers et de confidentialité des informations commercialement sensibles ?

Question 14 : Selon vous, quelles dispositions en matière de non-discrimination de l'accès des tiers et de confidentialité des informations commercialement sensibles doivent s'appliquer aux nouvelles interconnexions ?

4. Questions d'ordre général

En plus de consulter sur certains aspects précis de la possibilité de dérogation à l'article 9, la CRE cherche également un retour plus général de la part des acteurs.

Question 15 : Avez-vous d'autres remarques concernant la dérogation à l'article 9 ?

Question 16 : Selon vous, suite à la transposition du 3^e paquet énergie, quelles évolutions supplémentaires pourraient être souhaitables lors de la mise à jour de la délibération de la CRE du 30 septembre 2010 ?

Question 17 : Avez-vous d'autres remarques ou requêtes à formuler auprès de la CRE au sujet des nouvelles interconnexions bénéficiant d'une dérogation en application de l'article 17 du règlement (CE) n°714/2009 ?

5. Modalités de consultation et calendrier

La CRE invite les parties intéressées à adresser leurs contributions au plus tard le 30 septembre 2011 :

- par courrier électronique à l'adresse suivante : webmestre@cre.fr ;
- par courrier postal à l'adresse suivante :

Commission de régulation de l'énergie
15, rue Pasquier
75379 Paris Cedex 08
France

- en rencontrant les services de la CRE :

Direction de l'accès au réseau électrique
Téléphone : +33 (0)1 44 50 41 02

Les réponses à cette consultation et leur synthèse seront publiées sur le site internet de la CRE à l'automne 2011. Les contributeurs sont priés de préciser dans leur contribution si celle-ci peut être publiée telle quelle ou s'ils souhaitent l'anonymat et/ou la confidentialité pour toute ou partie de leur contribution.

Suite à la publication de la synthèse des contributions à cette consultation publique, une mise à jour des orientations sur la dérogation de nouvelles interconnexions et de l'accès de nouvelles interconnexions exemptées au réseau public de transport d'électricité sera publiée sur le site Internet de la CRE.