



DÉLIBÉRATION N° 2017-271

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 6 décembre 2017 portant approbation de la convention d'indivision conclue entre RTE et EDF et du contrat de collaboration pour le développement, la maintenance et la commercialisation du logiciel EMTP, conclu entre RTE, EDF et Hydro-Québec

Participaient à la séance : Christine CHAUVET, Catherine EDWIGE, Hélène GASSIN, Jean-Laurent LASTELLE et Jean-Pierre SOTURA, commissaires.

1. CONTEXTE ET COMPÉTENCE DE LA CRE

Par décision du 26 janvier 2012¹, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a certifié que la société RTE respectait les obligations découlant des règles d'indépendance prévues par le code de l'énergie².

L'autonomie de fonctionnement des gestionnaires de réseaux de transport (GRT) est encadrée par les articles L. 111-17 et L. 111-18 du code de l'énergie et les articles 17 paragraphe 1 c) et 18 paragraphes 6 et 7 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (Directive Electricité).

L'article L. 111-17 dispose que tous les accords commerciaux et financiers entre le GRT et l'entreprise verticalement intégrée (EVI) ou toute société contrôlée par l'EVI doivent être conformes aux conditions du marché et soumis à l'approbation de la CRE. L'article L. 134-3 1° du code de l'énergie donne également compétence à la CRE pour approuver ces accords.

En outre, l'article L. 111-18 prévoit un régime spécifique pour :

- les prestations de services de l'EVI au profit du GRT qui sont en principe interdites, à l'exception de celles exécutées dans le cadre des moyens strictement nécessaires à l'activité du GRT afin d'assurer l'ajustement, l'équilibrage, la sécurité ou la sûreté de son réseau. Lorsqu'elles relèvent de cette exception, ces prestations doivent en outre respecter des conditions de neutralité définies au second alinéa de l'article L. 111-18, ainsi que les conditions qui s'appliquent à tous les accords commerciaux et financiers (conformité aux conditions de marché et approbation par la CRE) ;
- les prestations de services du GRT au bénéfice de l'EVI qui sont, quant à elles, autorisées pour autant qu'elles ne donnent lieu à aucune discrimination entre utilisateurs du réseau, qu'elles soient accessibles à l'ensemble des utilisateurs du réseau et ne perturbent pas la concurrence en matière de production et de fourniture. Elles sont également encadrées par la délibération de la CRE du 19 mai 2011 portant décision relative aux conditions de réalisation par un gestionnaire de réseau de transport de prestations de services au profit de l'entreprise verticalement intégrée à laquelle il appartient.

¹ Délibération de la CRE du 26 janvier 2012 portant décision de certification de la société RTE.

² Ces règles sont définies par les articles L. 111-2 et suivants du code de l'énergie.

2. SAISINE DE LA CRE

Par courrier reçu le 31 octobre 2017, RTE a soumis à l'approbation de la CRE :

- une convention d'indivision conclue entre RTE et EDF le 28 janvier 2016 portant sur la propriété du logiciel ElectroMagnetic Transients Program (EMTP) ;
- un contrat de collaboration pour le développement, la maintenance et la commercialisation du logiciel EMTP conclu entre RTE, EDF et Hydro-Québec le 29 juin 2016.

EMTP est un logiciel permettant l'analyse des phénomènes rapides sur les réseaux électriques (impact de foudre, mise sous tension d'équipements, etc.). Cet outil permet également d'analyser les transitoires électromagnétiques en vue du raccordement au réseau des liaisons à courant continu ou d'autres matériels composés d'électronique de puissance.

Le logiciel EMTP a été développé dans le cadre d'un consortium regroupant douze partenaires internationaux (dont notamment EDF et Hydro-Québec) dont les relations et droits de propriété intellectuelle étaient régis par un accord signé le 18 août 1997.

Lors de la séparation juridique entre RTE et EDF, il a été convenu que le lot détenu par EDF devait être partagé entre les deux parties dans la mesure où il a fait l'objet d'un co-développement et d'un co-financement. Une convention d'indivision a donc été signée en 2011 entre RTE et EDF au terme de laquelle, compte tenu de la contribution effective des parties dans le développement du logiciel EMTP, 63 % de la propriété du lot a été attribuée à RTE et 37 % à EDF.

Le 28 janvier 2016, RTE et EDF ont décidé de fixer leurs droits et obligations respectives sur le logiciel dans une nouvelle convention d'indivision. Cette convention soumise à l'approbation de la CRE est encadrée par l'article L. 111-17 du code de l'énergie.

Par ailleurs, le 31 décembre 2015, le contrat de collaboration pour le développement, la maintenance et la commercialisation du logiciel EMTP est arrivé à échéance. RTE, EDF et Hydro-Québec ont tous trois souhaité poursuivre leur collaboration et ont conséquemment conclu un nouveau contrat de collaboration tripartite le 29 juin 2016. Ce contrat de collaboration soumis à l'approbation de la CRE est également encadré par l'article L. 111-17 du code de l'énergie.

3. DESCRIPTION DES CONTRATS

Convention d'indivision

Le 28 janvier 2016, RTE et EDF ont conclu une nouvelle convention d'indivision d'une durée de cinq ans renouvelable automatiquement par tacite reconduction pour des périodes d'un an. La convention prévoit qu'à défaut d'approbation par la CRE, les parties se rapprocheront afin de procéder aux modifications attendues.

La convention d'indivision ne modifie pas la répartition des droits de propriété intellectuelle de RTE et EDF sur le logiciel EMTP telle que définie au terme de la précédente convention d'indivision conclue entre RTE et EDF en 2011 (63 % de la propriété du lot attribuée à RTE et 37 % à EDF). Cette répartition des droits de propriété est en ligne avec la répartition desdits droits prévue aux termes du contrat de collaboration conclu le 29 juin 2016 entre RTE, EDF et Hydro-Québec et est donc conforme à l'investissement historique des parties dans le développement du logiciel (voir *infra*).

La convention d'indivision inclut une liste limitative des démarches pour lesquelles une approbation de l'autre partie est nécessaire. Sont notamment interdits le transfert de droit ou l'octroi d'exclusivité sans l'accord préalable de l'autre indivisaire.

Chacune des parties concède à l'autre partie les droits de reproduction, d'utilisation, de diffusion, de modification, d'exploitation et de commercialisation du logiciel.

La convention prévoit également que l'exploitation indépendante du logiciel par une des parties ne donnera lieu à aucune contrepartie notamment financière et technique de la partie exploitante à l'autre partie. En outre, tous les bénéfices ou pertes issus de l'exploitation indépendante du logiciel par cette partie lui restent acquis.

Contrat de collaboration

Le 29 juin 2016, RTE, EDF et Hydro-Québec ont conclu un contrat de collaboration d'une durée de cinq ans à compter du 1^{er} janvier 2016. Le contrat prévoit qu'à défaut d'approbation par la CRE, les parties se rapprocheront afin de procéder aux modifications attendues.

Le contrat de collaboration porte sur le développement, la commercialisation et la maintenance du logiciel EMTP.

S'agissant du développement d'EMTP

Aux termes du contrat, les partenaires s'engagent à contribuer au développement d'EMTP en investissant jusqu'à un maximum de six personnes par an et par partenaire, à due concurrence de leur droit de propriété respectif sur le logiciel, soit 51,5 % pour Hydro-Québec, 30,6 % pour RTE et 17,9 % pour EDF. La répartition des droits de propriété intellectuelle a été définie conformément à l'investissement historique des parties dans le développement du logiciel et n'a pas vocation à évoluer pendant la durée du contrat.

Un programme de travail a été annexé au contrat afin de préciser la nature et l'objet des développements devant être entrepris par chacun des propriétaires. La CRE constate ainsi que les équipes de RTE et d'EDF, en particulier, ne travaillent pas ensemble aux développements qu'elles se sont engagées à réaliser au titre du programme de travail.

Chacun des partenaires reste propriétaire (i) des connaissances propres qu'il utilise pour la réalisation des développements du logiciel et (ii) des résultats brevetables à due concurrence de ses droits de propriété intellectuelle. Il concède aux autres membres du consortium un droit d'utilisation sur ses connaissances propres, uniquement lorsque celles-ci sont nécessaires à l'exécution du programme de travail.

Le contrat de collaboration ne donne lieu à aucun flux financier entre les parties.

S'agissant de la maintenance et de la commercialisation d'EMTP

Le contrat de collaboration prévoit les modalités selon lesquelles un tiers sera désigné afin d'assurer les missions de commercialisateur. Il prévoit que le commercialisateur a également pour but d'identifier les développements du logiciel nécessaires pour répondre aux besoins des utilisateurs d'EMTP, de proposer ces développements à RTE, EDF et Hydro-Québec, qui décident ensuite des développements qui doivent effectivement être réalisés par le tiers commercialisateur.

La licence de commercialisation conclue sous l'égide de l'accord de collaboration conclu en 1997 a été accordée à l'entreprise POWERSYS. Cette licence confère le droit de distribuer des sous-licences d'EMTP en organisant la commercialisation du logiciel, de réaliser le support aux utilisateurs ainsi que la maintenance du produit et de réaliser l'intégration des développements sous réserve de l'obtention préalable de l'accord des membres du consortium.

La licence de commercialisation ayant expiré le 31 décembre 2015, celle-ci a été prolongée pour une période transitoire devant prendre fin en 2017. A l'heure actuelle, RTE, EDF et Hydro-Québec ne perçoivent pas de rémunération tirée de la commercialisation d'EMTP, les redevances collectées étant utilisées soit pour la rémunération de POWERSYS, soit pour le financement de développements du logiciel.

En vue de la signature d'un nouveau contrat de commercialisation, un appel d'offres européen a été lancé dans le courant de l'année 2017 par RTE, EDF et Hydro-Québec pour la sélection et la désignation d'un tiers commercialisateur. RTE a transmis à la CRE le cahier des charges associé à cette procédure d'appel d'offres ainsi que le projet de contrat qui serait conclu avec le futur commercialisateur. Le contrat signé par RTE, EDF et Hydro-Québec avec le commercialisateur sélectionné sera soumis à la CRE pour approbation conformément à l'article L. 111-17 du code de l'énergie.

4. ANALYSE DE LA CRE

Convention d'indivision

La CRE considère qu'il n'existe pas de marché pertinent pour apprécier les conditions aux termes desquelles a été conclue une convention d'indivision entre co-propriétaires historiques d'un logiciel.

L'analyse de la conformité de la convention d'indivision aux conditions de marché s'apprécie ici au regard de l'absence de financement croisé entre RTE et EDF.

Considérant notamment que (i) la répartition des droits de propriété entre RTE et EDF est en ligne avec l'investissement historique des sociétés dans le développement du logiciel, (ii) la convention d'indivision ne prévoit de transfert financier entre les parties et (iii) l'autonomie des parties dans la gouvernance du logiciel est équilibrée, la CRE considère que les conditions prévues par la convention d'indivision sont définies selon des critères objectifs, garantissant ainsi l'absence de financement croisé.

Au regard de ces éléments, la CRE considère que la convention d'indivision conclue entre RTE et EDF le 28 janvier 2016 est conforme aux dispositions de l'article L. 111-17 du code de l'énergie.

Contrat de collaboration

La CRE considère qu'il n'existe pas de marché pertinent pour apprécier les conditions aux termes desquelles a été conclu un contrat de partenariat de recherche entre co-propriétaires historiques d'un logiciel.

L'analyse de la conformité du contrat de collaboration aux conditions de marché s'apprécie ici au regard (i) de l'absence de financement croisé entre RTE et EDF et (ii) de la possibilité pour RTE de conclure un contrat avec EDF dans des conditions similaires à celles qu'il accepterait avec d'autres acteurs.

Il ressort du contrat de commercialisation actuellement en vigueur que les trois partenaires doivent payer des redevances pour bénéficier des licences EMTP ainsi que de la maintenance associée assurée par le commercialisateur. Les trois partenaires, en tant que propriétaires participant au développement du logiciel, bénéficient de conditions préférentielles par rapport aux autres utilisateurs.

Il apparaît ainsi une asymétrie de traitement entre EDF et d'autres sociétés de production ou de fourniture dans l'utilisation d'un logiciel dont RTE est co-proprétaire et au développement duquel il concourt. Cette asymétrie apparaît néanmoins justifiée au regard de la participation effective d'EDF dans le développement dudit logiciel.

Au regard de ces éléments et notamment de la lecture croisée du contrat de partenariat et du contrat de commercialisation, la CRE considère que les conditions prévues par le contrat de collaboration sont définies selon des critères objectifs, garantissant ainsi l'absence de financement croisé.

Par ailleurs, comme indiqué précédemment, le logiciel EMTP permet notamment d'analyser les transitoires électromagnétiques en vue du raccordement au réseau des liaisons à courant continu ou d'autres matériels composés d'électronique de puissance. Par rapport aux autres utilisateurs du logiciel EMTP, les membres du contrat de collaboration, dont EDF, disposent notamment de la possibilité de proposer le développement de fonctionnalités nouvelles au sein du logiciel. La CRE considère que cet élément pourrait être de nature à constituer une discrimination au détriment des autres producteurs qui ne sont pas en mesure de proposer des développements qui pourraient leur être utiles.

Au cours de l'instruction de ce dossier, RTE a proposé la mise en place d'un cadre permettant une participation plus large de l'ensemble des producteurs au développement des fonctionnalités du logiciel. Les engagements suivants ont été proposés par RTE :

- A court/moyen terme :
 - RTE s'engage à appuyer et soutenir toute requête de producteur souhaitant intégrer le partenariat entre RTE, Hydro-Québec et EDF. A cet égard, il convient de noter qu'une telle intégration nécessite l'unanimité des partenaires ;
 - RTE propose de porter, au sein du comité de pilotage EMTP, les éventuelles demandes d'évolutions proposées par des producteurs tiers. RTE précise toutefois qu'il ne peut s'engager à ce que ces propositions soient automatiquement inscrites au plan de développement du logiciel dans la mesure où une telle inscription nécessite l'unanimité des partenaires. RTE considère que la mise en place des moyens de prise en compte des éventuelles propositions d'évolution des producteurs tiers pourrait être engagée dès le premier semestre 2018 ;
 - RTE a la possibilité de réaliser certains développements du logiciel pour ses besoins propres sans que ces derniers ne soient identifiés au sein du plan de développement et de sorte qu'ils soient utilisables avec la version commerciale du logiciel EMTP, sans y être intégrés par le commercialisateur. RTE, sous réserve du respect des clauses de confidentialité et de communication prévues par le contrat de collaboration conclu avec Hydro-Québec et EDF, s'engage à étudier la faisabilité de réaliser des développements pour le compte de producteurs tiers qui en feraient la demande. RTE considère que la mise en œuvre de cet engagement pourrait être engagée dès le premier semestre 2019.
- A plus long terme, RTE propose de réfléchir aux différentes pistes envisageables quant au remplacement du logiciel EMTP. RTE précise que ses réflexions intégreront la contrainte de non-discrimination. RTE envisage ainsi de produire une feuille de route dès la fin du premier semestre 2018 dans la perspective de démarrer ses travaux sur les différents axes de réflexion pertinents à partir du premier semestre 2019.

RTE a mis en avant la nécessité d'une période transitoire pour mener à bien ces engagements compte tenu des ressources nécessaires à leur mise en œuvre et de son besoin d'échanger avec ses partenaires au contrat de collaboration.

La CRE considère que ces engagements ainsi que leur calendrier de mise en œuvre sont satisfaisants. Elle demande à RTE de lui présenter, tous les six mois, un bilan de la mise en œuvre effective de ces engagements.

Au regard de ces éléments, la CRE considère que le contrat de collaboration conclu entre RTE, EDF et Hydro-Québec est conforme aux dispositions de l'article L. 111-17 du code de l'énergie.

DÉCISION

Par courrier reçu le 31 octobre 2017, RTE a soumis à l'approbation de la CRE un contrat de collaboration conclu avec EDF et Hydro-Québec le 29 juin 2016 ainsi qu'une convention d'indivision conclue avec EDF le 28 janvier 2016.

- 1- En application de l'article L. 111-17 du code de l'énergie, la CRE approuve ces contrats.
- 2- L'approbation de ces contrats ne préjuge ni de la couverture ni le cas échéant des modalités de couverture des charges ou des recettes correspondantes par les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité.
- 3- La CRE demande à RTE de soumettre à son approbation, au titre de l'article L. 111-17 du code de l'énergie, le contrat qui sera conclu par RTE, EDF et Hydro-Québec avec le commercialisateur qui sera sélectionné aux termes de la procédure d'appel d'offres en cours, et ce dans les meilleurs délais suivants sa conclusion.
- 4- La CRE demande à RTE de lui présenter, tous les six mois, un bilan de la mise en œuvre effective de ses engagements visant à une participation plus large de l'ensemble des producteurs au développement des fonctionnalités du logiciel EMTP.
- 5- La présente délibération sera publiée sur le site internet de la CRE et notifiée à RTE.

Délibéré à Paris, le 6 décembre 2017.

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

Un commissaire,

Christine CHAUVET