

DELIBERATION N° 2022-128

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 mai 2022 portant décision sur la méthode de répartition des volumes d'ARENH en cas de dépassement du plafond prévu par la loi

Participaient à la séance : Catherine EDWIGE, Ivan FAUCHEUX, Jean-Laurent LASTELLE et Valérie PLAGNOL, commissaires.

La présente délibération a pour objet de définir les règles de répartition des volumes applicables en cas de dépassement du plafond de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) pour le guichet à venir de mai 2022.

Les principes et les règles définis dans la présente délibération reprennent ceux définis par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) à l'occasion des précédents guichets ARENH.

1. RAPPEL DU CONTEXTE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE

1.1 Cadre en vigueur lors du guichet de novembre 2021

L'article L. 336-2 du code de l'énergie dispose que le volume global maximal d'électricité pouvant être cédé par Electricité de France au titre de l'ARENH (accès régulé à l'électricité nucléaire historique) est déterminé par arrêté et ne peut excéder 100 TWh jusqu'au 31 décembre 2019 et 150 TWh à compter du 1^{er} janvier 2020, hors fourniture des pertes des gestionnaires de réseaux. L'arrêté du 28 avril 2011 *fixant le volume global maximal d'électricité devant être cédé par Electricité de France au titre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique* a fixé ce volume maximal à 100 TWh par an.

L'article L. 336-3 du code de l'énergie dispose que « *si la somme des volumes maximaux [...] pour chacun des fournisseurs excède le volume global maximal fixé en application de l'article L. 336-2, la Commission de régulation de l'énergie répartit ce dernier entre les fournisseurs de manière à permettre le développement de la concurrence sur l'ensemble des segments du marché de détail* ». L'article R. 336-18 du code de l'énergie précise que « *La méthode de répartition du plafond [...] est définie par la Commission de régulation de l'énergie [...]. A défaut, la répartition s'effectue au prorata des quantités de produits maximales compte non tenu de la quantité de produit maximale pour les acheteurs pour les pertes* ».

La demande d'ARENH des fournisseurs alternatifs (hors filiales d'EDF et pertes) prise en compte s'est établie à 160,05 TWh pour l'année 2022 à l'issue du guichet de novembre 2021. La demande d'ARENH lors du guichet de mai 2022 est également susceptible de dépasser le plafond.

Dans le cas où le volume global maximal mentionné à l'article L. 336-2 du code de l'énergie est atteint lors des prochains guichets, il est nécessaire de préciser les règles de répartition des volumes d'ARENH en cas de dépassement du plafond.

1.2 Cas des volumes d'ARENH additionnels

Dans un contexte de flambée historique des prix de gros de l'électricité, le gouvernement a annoncé en janvier 2022 la mise à disposition des fournisseurs d'électricité de 20 TWh supplémentaires d'ARENH pour l'année 2022, applicable à partir du 1^{er} avril 2022. La mise en œuvre de ce dispositif exceptionnel est encadrée par trois textes :

- l'arrêté du 11 mars 2022 *fixant le volume global maximal d'électricité devant être cédé par Electricité de France au titre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique*, qui réhausse le plafond de l'ARENH à 120 TWh pour l'année 2022 ;
- le décret du 11 mars 2022 *définissant les modalités spécifiques d'attribution d'un volume additionnel d'électricité pouvant être alloué en 2022, à titre exceptionnel, dans le cadre de l'ARENH* ;

- l'arrêté du 11 mars 2022 pris en application de l'article L. 337-16 du code de l'énergie et fixant le prix des volumes d'électricité additionnels cédés dans le cadre de la période de livraison exceptionnelle instaurée par le décret n° 2022-342 du 11 mars 2022 définissant les modalités spécifiques d'attribution d'un volume additionnel d'électricité pouvant être alloué en 2022, à titre exceptionnel, dans le cadre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique.

L'article 3 du décret précité indique que « [l]e plafond d'ARENH pouvant être cédé au titre de la période de livraison débutant le 1er juillet 2022 demeure égal au volume global maximal d'électricité nucléaire tel qu'il est fixé par l'arrêté du 28 avril 2011 susvisé, divisé par le nombre d'heures de cette période de livraison, sans remise en cause des volumes notifiés par la Commission de régulation de l'énergie au titre de la période de livraison complémentaire débutant le 1er avril 2022 ».

L'accord-cadre ARENH fixé par l'arrêté du 25 mars 2022 portant modification de l'arrêté du 28 avril 2011 pris en application du II de l'article 4-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité précise par ailleurs que « [l]a Notification de Cession annuelle d'électricité et de garanties de capacité additionnelle ne peut pas être remplacée par une demande d'ARENH effectuée pour la période de livraison débutant le 1er juillet 2022 ».

Aussi, les volumes d'ARENH additionnels livrés sur la période de livraison débutant le 1^{er} avril 2022 ne pourront être affectés, ni à la hausse, ni à la baisse, par le dépôt d'un dossier de demande d'ARENH par un fournisseur à l'occasion du guichet se clôturant le 21 mai 2022.

2. MODALITES DE GESTION DE L'ECRETEMENT ARENH

2.1 En cas de dépassement du plafond, les livraisons correspondant aux demandes d'ARENH effectuées lors du guichet antérieur ne seront pas écrêtées

Comme précisé par la CRE dans sa délibération du 19 janvier 2017 portant avis sur le projet de décret modifiant la partie réglementaire du code de l'énergie portant sur les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique et dans le rapport d'évaluation du dispositif ARENH entre 2011 et 2017, publié le 18 janvier 2018¹, l'existence de guichets tous les six mois, dont la livraison d'ARENH correspondante porte sur les 12 mois suivants, implique la coexistence, à chaque instant, de deux périodes de livraison. Ainsi, en cas de dépassement du plafond lors d'un guichet donné, la question de l'écrêtement des volumes contractualisés au guichet précédent se pose.

Les volumes attribués passés correspondant à des engagements déjà pris par les fournisseurs, la CRE considère que leur modification en cours de période de livraison irait à l'encontre du principe de sécurité juridique. Pour cette raison, en cas de dépassement du plafond, seuls les volumes associés aux nouvelles demandes d'ARENH seront écrêtés², sur la base du plafond ARENH duquel seront déduits les volumes attribués lors du guichet précédent et restant à livrer sur la période de livraison considérée. En conséquence, tout fournisseur ne demandant pas d'ARENH lors du guichet de mai 2022 pour livraison à compter du 1^{er} juillet 2022 conservera l'intégralité des quantités d'ARENH qu'il a obtenues au guichet de novembre 2021.

Décision de la CRE

En application de l'article R. 336-18 du code de l'énergie, en cas de dépassement du plafond d'ARENH lors d'un guichet, l'écrêtement correspondant s'appliquera, à titre exclusif, aux nouvelles demandes d'ARENH communiquées dans le cadre de ce guichet. L'écrêtement sera calculé sur la base du plafond ARENH en vigueur duquel seront déduits les volumes notifiés par la CRE en application de l'article R. 336-19 du code de l'énergie à l'occasion du guichet précédent et restant à livrer sur la période de livraison considérée.

Un fournisseur ayant demandé de l'ARENH en novembre 2021 et effectuant une nouvelle demande au guichet de mai 2022 remet en jeu l'intégralité des volumes d'ARENH (hors volumes d'ARENH additionnels) qui devaient lui être livrés sur la seconde moitié de l'année 2022. Ces volumes seront alors partagés au prorata entre tous les fournisseurs demandant de l'ARENH au guichet de mai 2022 pour livraison à compter du 1^{er} juillet 2022.

Par ailleurs, le plafond ayant été atteint pour l'année 2022, dans le cas où aucun fournisseur ayant obtenu de l'ARENH en novembre 2021 ne participerait au guichet de mai 2022, seuls seraient disponibles les volumes d'ARENH initialement alloués à des fournisseurs dont les livraisons d'ARENH ont été suspendues au cours du premier semestre, avec les considérations suivantes :

- ne seraient pas remis en jeu les volumes d'un fournisseur dont les livraisons d'ARENH ont été suspendues, mais qui sont susceptibles d'être rétablies en cours d'année ;

¹ <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-thematiques/Rapport-ARENH>

² La CRE rappelle qu'une nouvelle demande annule et remplace les demandes en cours. Par exemple, si un fournisseur a fait une demande au guichet de novembre 2021 et en fait une nouvelle au guichet de mai 2022, l'intégralité des volumes correspondant à cette nouvelle demande est susceptible de faire l'objet d'un écrêtement.

- ne seraient pas remis en jeu les volumes d'ARENH d'un fournisseur dont l'arrêt d'activité a été accompagné d'un transfert de ses clients aux fournisseurs de secours, et pour lesquels des modalités de reversement de la valeur attachée aux volumes d'ARENH non livrés ont été adoptées par le gouvernement.

Compte-tenu de ces considérations, 0,2 TWh pourront être mis en jeu au guichet de mai 2022, au titre des fournisseurs dont les livraisons d'ARENH ont été suspendues.

Enfin, au cas où des volumes d'AREHH seraient attribués au guichet de mai 2022, ceux-ci s'accompagneront de garanties de capacité portant sur les années de livraison 2022 et 2023. Le transfert des garanties de capacité 2023 sur le compte d'acteur obligé du fournisseur ne serait effectué qu'en décembre 2022, postérieurement au guichet de novembre 2022.

2.2 Modalités applicables aux filiales contrôlées par EDF en cas de dépassement du plafond

Tous les fournisseurs d'électricité autorisés en France, y compris les sociétés contrôlées par l'entreprise EDF, ont la possibilité de demander de l'ARENH. Cela ne pose aucune difficulté tant que le plafond prévu par l'article L. 336-2 du code de l'énergie n'est pas atteint.

En revanche, la question des conditions d'application de l'écrêtement à ces sociétés en cas de dépassement du plafond s'est posée à l'occasion du guichet de novembre 2018.

La délibération de la CRE du 25 octobre 2018 *portant décision sur la méthode de répartition des volumes d'ARENH en cas de dépassement du plafond prévu par la loi et portant orientation sur les modalités de calcul du complément de prix* prévoit pour le guichet de novembre 2018 qu'en cas de dépassement du plafond, les sociétés contrôlées par EDF sont écrêtées intégralement pour les seuls volumes conduisant à un dépassement du plafond. Les fournisseurs concernés peuvent contractualiser directement avec leur société mère un approvisionnement dans des conditions identiques à celles de l'accord-cadre ARENH incluant, notamment, les conditions d'écrêtement auxquelles les autres fournisseurs alternatifs seraient soumis.

Les contrats ainsi conclus entre EDF et les fournisseurs qu'elle contrôle sont transmis à la CRE, EDF n'étant tenu d'offrir un contrat répliquant les conditions de l'ARENH qu'à ses seules filiales. En l'absence de modification substantielle de la situation depuis la délibération du 25 octobre 2018 précitée, les mêmes modalités ont été appliquées aux guichets suivants et seront à nouveau appliquées aux filiales contrôlées par EDF en cas de dépassement du plafond lors du guichet de mai 2022.

Décision de la CRE

En application de l'article R. 336-18 du code de l'énergie, les filiales contrôlées par EDF seront écrêtées intégralement en cas de dépassement du plafond, pour les seuls volumes conduisant à un dépassement du plafond.

Les éventuels contrats mis en place avec la société mère devront répliquer les conditions d'approvisionnement à l'ARENH, notamment le taux d'écrêtement des fournisseurs alternatifs. Ces contrats seront communiqués à la CRE.

EDF ne sera tenue d'offrir de tels contrats qu'aux seules filiales qu'elle contrôle.

3. MODALITES DE CONTROLE DES DEMANDES D'ARENH

3.1 Contrôle des demandes au moment du guichet

En application de la délibération de la CRE du 2 février 2012 relative au contenu du dossier de demande d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, « *le fournisseur transmet sa meilleure prévision de consommation de son portefeuille prévisionnel (incluant ses perspectives de développement) de clients sur la période de livraison concernée par le dossier de demande d'ARENH* ».

L'article L.336-3 du code de l'énergie établit que « *Si la somme des volumes maximaux [...] pour chacun des fournisseurs excède le volume global maximal fixé en application de l'article L. 336-2, la Commission de régulation de l'énergie répartit ce dernier entre les fournisseurs de manière à permettre le développement de la concurrence sur l'ensemble des segments du marché de détail.* »

Les fournisseurs ont obligation de fournir leur meilleure prévision de consommation pour la période de livraison. Ils sont également incités financièrement à le faire, car ils sont susceptibles de payer les compléments de prix CP1 et CP2 en cas de demande excessive.

La situation actuelle de prix élevés sur les marchés de l'électricité est susceptible de rendre attractif un arbitrage financier et saisonnier sur l'ARENH. Aussi, la CRE maintient pour le guichet de mai les contrôles approfondis portant sur toutes les demandes d'ARENH mis en place au guichet de novembre 2021.

La CRE se réserve la possibilité de procéder à des sondages aléatoires pour s'assurer que les déclarations des fournisseurs s'appuient sur des éléments tangibles et vérifiables.

Dispositions s'appliquant à l'ensemble des fournisseurs

Pour répondre à la nécessité d'une surveillance accrue du comportement des fournisseurs vis-à-vis des volumes ARENH demandés et attribués, la CRE décide de compléter la liste des pièces constitutives du dossier de demande³ formulée pour le guichet se clôturant le 21 mai 2022 selon des dispositions ci-après.

Les fournisseurs formulant une demande de volumes ARENH au guichet de mai 2022 devront ainsi joindre en complément :

- une attestation sur l'honneur certifiant que la demande correspond à la meilleure prévision de consommation du portefeuille prévisionnel ;
- les données prévisionnelles d'évolution de portefeuille en nombre de sites, par segment de consommateurs de C1 à C5, à la maille trimestrielle, telles qu'elles ont été estimées pour construire la courbe de consommation prévisionnelle jointe à la demande d'ARENH ;
- les informations permettant d'explicitier et de justifier les données prévisionnelles précitées, en particulier en matière de stratégie de développement commercial, de contractualisations issues d'appels d'offres déjà remportés, de taux de renouvellement de la clientèle historiquement observé à l'échéance des contrats.

A la lumière des éléments présentés, la CRE identifiera les demandes d'ARENH qui présentent des risques significatifs en matière (i) de surestimation de la demande par rapport au développement commercial espéré, et (ii) d'arbitrage saisonnier.

La CRE pourra s'écarter de la règle de répartition du plafond au prorata pour un fournisseur dont les volumes demandés seraient manifestement disproportionnés par rapport à son besoin et qui ne serait pas en mesure de justifier ces volumes. Dans ce cas, les quantités manifestement excessives demandées par ce fournisseur seront écartées intégralement en cas de dépassement du plafond. Le cas échéant, la CRE pourra n'attribuer aucun volume d'ARENH au fournisseur concerné.

En outre, la CRE renforcera sa surveillance et procédera à des contrôles, systématiques ou ciblés, du développement réel constaté des portefeuilles de clients vis-à-vis des prévisions exposées lors de la demande du fournisseur, en se fondant sur les données remontées par les gestionnaires de réseau. La CRE indique qu'elle saisira le procureur de la République pour tout fait qui lui semblera de nature à constituer un délit, notamment l'usage de faux dans la constitution d'un dossier de demande d'ARENH.

Dispositions s'appliquant aux fournisseurs n'ayant pas effectivement démarré leur activité de fourniture au 1^{er} janvier 2022

La CRE a observé, dans le contexte de la crise actuelle, un net ralentissement du développement de la concurrence. Certains fournisseurs se sont retirés du marché, d'autres ont réduit le nombre et la diversité de leurs offres, d'autres enfin ont augmenté le prix de leurs offres commerciales pour les nouveaux contrats. Pour ces raisons évoquées, la situation du marché n'est pas propice à l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs. Une limitation des quantités d'ARENH attribuées aux fournisseurs entrants ne nuit donc pas au développement de la concurrence, tout en empêchant les demandes d'acteurs qui ne seraient motivées que par la perspective d'un gain financier rapide sans réelle perspective de constituer un portefeuille de clients.

Ce contexte justifie de maintenir les dispositions complémentaires mises en œuvre par la CRE dans la délibération n° 2021-339⁴ pour les fournisseurs dont l'activité de fourniture n'a effectivement débuté⁵ qu'à partir du 1^{er} janvier 2022 ou démarrera entre le 1^{er} juillet 2022 et le 31 juin 2023.

Ainsi, lors du prochain guichet, ces fournisseurs pourront se voir attribuer au maximum 5 MW d'ARENH (soit 0,04 TWh). Pour déroger à ce plafond, le fournisseur pourra demander au maximum les droits ARENH associés aux contrats de fourniture déjà signés pour début de fourniture au plus tard le 1^{er} juillet 2022, augmentés d'une marge de croissance de 5%. Un fournisseur qui souhaiterait obtenir cette dérogation devra compléter son dossier de demande d'ARENH d'une attestation sur l'honneur permettant de justifier que les volumes demandés correspondent aux meilleures prévisions de consommation pour des contrats déjà signés, augmentés d'une marge de croissance de 5% au maximum.

³ Le contenu du dossier de demande d'ARENH est encadré par la délibération de la CRE du 2 février 2012.

⁴ Délibération n° 2022-339 de la CRE portant décision sur la méthode de répartition des volumes d'ARENH en cas de dépassement du plafond, cadrant le guichet ARENH de novembre 2021

⁵ Le démarrage de l'activité d'un fournisseur s'appréciant à la présence d'au moins un point de livraison dans les données remontées par les GRD.

3.2 Rappel sur l'abus d'ARENH

En application des articles L.134-26 et L. 134-27 du code de l'énergie, la CRE dispose de la faculté de saisir le CoRDIS en cas de comportement de fournisseurs susceptibles de relever de l'entrave ou de l'abus d'ARENH tel que défini à l'article L. 134-26 du code susmentionné.

La CRE rappelle qu'une surestimation volontaire dans le cas d'une anticipation d'un dépassement du plafond, de même qu'une stratégie relevant manifestement d'un arbitrage entre la fourniture d'un portefeuille de consommation et la revente des volumes d'ARENH sur le marché, sont constitutives d'une entrave ou d'un abus du droit d'ARENH.

En cas de pratiques susceptibles de relever d'entrave ou d'abus de droit à l'ARENH constatées par la CRE, notamment en cas d'écart manifeste et non justifié entre la dynamique du portefeuille de clients d'un fournisseur et la demande d'ARENH de cet acteur, le Président de la CRE saisira systématiquement le CoRDIS en vue d'une procédure de sanction financière.

DECISION DE LA CRE

La présente délibération a pour objet de définir les modalités qui seront appliquées en cas de dépassement du plafond d'ARENH lors du prochain guichet de mai 2022 :

- l'écêtement ne s'appliquera qu'aux nouvelles demandes d'ARENH formulées, qui annulent et remplacent les demandes formulées au guichet de novembre 2021 par les fournisseurs correspondants, remettant ainsi en jeu l'intégralité des volumes d'ARENH (hors volumes d'ARENH additionnels) qui devaient leur être livrés sur la seconde moitié de l'année 2022 ; *a contrario*, un fournisseur n'effectuant pas de nouvelle demande d'ARENH lors du guichet de mai 2022 conservera l'intégralité des quantités d'ARENH obtenues au guichet de novembre 2021. L'écêtement sera calculé sur la base du plafond ARENH en vigueur pour ce guichet, qui ne tient pas compte des volumes d'ARENH additionnels alloués à partir du 1^{er} avril 2022, et duquel seront déduits les volumes notifiés par la CRE en application de l'article R. 336-19 du code de l'énergie à l'occasion du guichet de novembre 2021 et restant à livrer sur la période de livraison considérée ;
- en cas de dépassement du plafond d'ARENH, les filiales contrôlées par EDF seront écêtées intégralement pour les seuls volumes conduisant à un dépassement du plafond. Les éventuels contrats mis en place avec la société mère devront répliquer les conditions d'approvisionnement à l'ARENH, notamment le taux d'écêtement des fournisseurs alternatifs. Ces contrats seront communiqués à la CRE. EDF ne sera tenue d'offrir de tels contrats qu'aux seules filiales qu'elle contrôle ;
- compte tenu du contexte exceptionnel du marché, les fournisseurs devront compléter leur dossier de demande d'ARENH par les documents et justificatifs listés dans la présente délibération en fonction de leur situation.

Dans l'hypothèse où le volume global d'ARENH demandé serait manifestement excessif par rapport au rythme prévisible de développement de la concurrence, la CRE pourra s'écarter de la règle de répartition du plafond au prorata pour un fournisseur dont les volumes demandés seraient manifestement disproportionnés par rapport à son besoin et qui ne serait pas en mesure de justifier ces volumes. Dans ce cas, les quantités manifestement excessives demandées par ce fournisseur seront écêtées intégralement en cas de dépassement du plafond lors du guichet de mai 2022. Le cas échéant, la CRE pourra n'attribuer aucun volume d'ARENH au fournisseur concerné.

La CRE invite par conséquent les fournisseurs à compléter leur dossier de demande dont les pièces sont définies par la délibération du 2 février 2012 *relative au contenu du dossier de demande d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique* de tout élément qu'ils estiment pertinent afin de justifier la prévision de consommation formulée dans leur dossier, en cas d'augmentation substantielle par rapport au guichet de novembre 2021.

En cas de constatation d'une pratique constituant une entrave ou un abus de droit d'ARENH tels que définis à l'article L. 134-26 du code de l'énergie, notamment en cas de pratique d'un arbitrage saisonnier ARENH, le Président de la CRE saisira le CoRDIS en vue d'une procédure de sanction financière pour abus d'ARENH. Le Président de la CRE saisira en outre la ministre de la transition écologique pour suspension de l'autorisation de fourniture des fournisseurs soupçonnés de telles pratiques.

Pour rappel, en application des dispositions de l'article R. 336-11 du code de l'énergie, seules les demandes d'ARENH accompagnées d'un dossier complet avant la date limite mentionnée à l'article R. 336-9 du code de l'énergie sont prises en compte.

Cette délibération sera publiée sur le site internet de la CRE et transmise à la ministre de la transition écologique ainsi qu'au ministre de l'économie, des finances et de la relance.

Délibéré à Paris, le 12 mai 2022.

Pour la Commission de régulation de l'énergie,
Une Commissaire,

Catherine EDWIGE