

DELIBERATION N° 2022-261

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 20 octobre 2022 portant avis sur le projet de décret pris en application de l'article L. 336-10 du code de l'énergie, précisant les pouvoirs de la CRE en matière de contrôle ex-ante des droits ARENH et supprimant le guichet ARENH de mi-année

Participaient à la séance : Emmanuelle WARGON, présidente, Catherine EDWIGE, Ivan FAUCHEUX et Valérie PLAGNOL, commissaires.

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) a été saisie pour avis le 3 octobre 2022, d'un projet de décret pris en application de l'article L. 336-10 du code de l'énergie.

Le projet de décret précise les pouvoirs de la CRE en matière de correction des quantités de produit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) demandées par les fournisseurs d'électricité et supprime la période de livraison de produit ARENH débutant le 1^{er} juillet.

1. CADRE JURIDIQUE

Le dispositif de l'ARENH a été instauré par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite loi « NOME »). Il permet, depuis le 1^{er} juillet 2011 et pour une durée de 15 ans, aux fournisseurs alternatifs d'accéder, à un prix régulé, à l'électricité produite par les centrales nucléaires historiques d'Electricité de France (EDF).

L'article L. 336-2 du code de l'énergie tel que modifié par la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (ci-après « loi MUPPA ») dispose que le volume maximal d'électricité pouvant être cédé par EDF au titre de l'ARENH, défini par arrêté, ne peut excéder 120 TWh, hors fourniture des pertes des gestionnaires de réseaux. Ce volume est aujourd'hui fixé à 100 TWh par an¹.

L'article L. 336-3 du code de l'énergie tel que modifié par la loi MUPPA dispose que « [l]a Commission de régulation de l'énergie fixe, selon une périodicité fixée par le décret mentionné à l'article L. 336-10, le volume cédé à chaque fournisseur et le lui notifie. ».

L'article L. 336-9 du code de l'énergie dispose que la CRE « calcule les droits et contrôle l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique ».

L'article L. 336-10 du code de l'énergie dispose qu'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, précise les conditions d'application des dispositions relatives à l'ARENH. Ces dispositions sont codifiées aux articles R. 336-1 à D. 336-44 du code de l'énergie.

2. CONTENU DU PROJET DE DECRET

2.1 Dispositions relatives aux pouvoirs de la CRE en matière de contrôle ex-ante de droits ARENH

Le projet de décret introduit des dispositions permettant explicitement à la CRE de corriger la demande de volume d'ARENH d'un fournisseur et supprime la période de livraison débutant le 1^{er} juillet.

L'alinéa IV de l'article 1^{er} du projet de décret, qui vient modifier l'article R. 336-14 du code de l'énergie, prévoit que « La CRE peut corriger la quantité de produit théorique du fournisseur calculée selon les modalités visées à l'alinéa

¹ 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

précédent, notamment lorsque les hypothèses de consommation ou de développement commercial communiquées dans le dossier visé à l'article R. 336-9 présentent un risque de surestimation de cette quantité. ».

Le 1° de l'alinéa II de l'article 1^{er} du projet de décret précise que le calcul de la quantité de produit théorique que peut demander un fournisseur tient compte de l'appréciation de la CRE introduite par l'alinéa IV de l'article 1^{er}.

L'article 1^{er} inclut les dispositions relatives à l'explicitation des pouvoirs de la CRE en matière de correction des quantités théoriques d'ARENH et à la suppression de la période de livraison débutant le 1^{er} juillet.

L'article 2 prévoit que ces deux dispositions entrent en vigueur le lendemain de la publication du texte.

2.2 Dispositions relatives à la suppression du guichet ARENH de mi-année

L'alinéa I de l'article 1^{er} du projet de décret supprime la période de référence débutant le 1^{er} juillet : seule la période de livraison débutant le 1^{er} janvier demeure.

De ce fait, un certain nombre de dispositions du code de l'énergie deviennent inopérantes. Le projet de décret modifie donc ces dispositions afin de tenir compte de l'instauration d'une unique période de livraison annuelle débutant le 1^{er} janvier.

L'alinéa III de l'article 1^{er} du projet de décret supprime la possibilité de substituer une demande d'ARENH par une nouvelle demande 6 mois plus tard prévue à l'article R. 336-10 du code de l'énergie.

L'alinéa VI de l'article 1^{er} du projet de décret supprime les dispositions de l'article R. 336-16 du code de l'énergie relatives au contrôle de l'évolution infra-annuelle des demandes d'ARENH.

Le 3 de l'alinéa II de l'article 1^{er} du projet de décret supprime également la référence à la clause de monotonie incluse dans l'article R. 336-7 du code de l'énergie.

De la même manière, l'alinéa VII de l'article 1^{er} du projet de décret supprime les dispositions de l'article D. 336-44 du code de l'énergie relatives à un régime dérogeant à la clause de monotonie dans le cadre du traitement des quantités d'ARENH des fournisseurs dont un client est actionnaire de la société Exeltium.

Le 2 de l'alinéa II, et l'alinéa V de l'article 1^{er} du projet de décret suppriment la notion de « quantité demandée » définie à l'article R. 336-15 du code de l'énergie, et mentionnée à l'article R. 336-7 du code de l'énergie, cette notion étant devenue inopérante en l'absence de guichet infra-annuel et d'application de la clause de monotonie.

L'article 2 du projet de décret prévoit que ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

3. ANALYSE DE LA CRE

3.1 Le niveau élevé des prix de gros peut conduire à des demandes d'ARENH excessives, justifiant que la CRE dispose de pouvoirs en matière de correction des quantités théoriques d'ARENH

Les volumes d'ARENH livrés annuellement étant limités, il est essentiel que l'intégralité de l'énergie et des capacités vendues par EDF à prix régulé serve à l'approvisionnement des consommateurs français. Or, une demande d'ARENH qui serait réalisée dans l'optique de revendre sur le marché de gros l'énergie et la capacité achetées à prix régulé au lieu d'assurer l'approvisionnement annuel de son portefeuille est susceptible de remettre en cause cet objectif.

Le mécanisme des compléments de prix CP1 et CP2 vise à empêcher ce type de comportement, en neutralisant tout bénéfice pour le fournisseur en cas de surestimation limitée de sa demande d'ARENH et en le pénalisant financièrement en cas de demande excessive. Ce dispositif a très bien fonctionné et les consommateurs français ont bénéficié jusqu'à présent des quantités d'ARENH qui leur était destinées.

Toutefois, le contexte de prix élevés rend la revente sur le marché de gros potentiellement très rentable, et augmente ainsi les risques associés à d'éventuels comportements de demande excessive.

En premier lieu, le règlement financier de compléments de prix CP1 et CP2 a lieu en juin de l'année N+1. Le risque existe que le fournisseur concerné fasse défaut sur les sommes qu'il doit au titre des compléments de prix, et un tel cas s'est d'ailleurs présenté en juin 2022 pour le règlement des compléments de prix au titre de l'année 2021.

En outre, la règle de calcul des compléments de prix entre le 1^{er} avril et le 31 octobre peut permettre de revendre des quantités d'ARENH entre le 1^{er} novembre et le 31 mars sans supporter de complément de prix. L'ARENH étant un produit annuel, un tel comportement est susceptible de constituer un manquement aux dispositions du code de l'énergie. La CRE mène actuellement, dans le cadre de son activité de surveillance, des investigations visant certains fournisseurs susceptibles d'être responsables de pratiques visant à détourner le dispositif ARENH de son objectif d'approvisionnement du consommateur final.

Toutefois, cette surveillance de la CRE *a posteriori* se réalise selon une temporalité peu compatible avec la prévention d'une atteinte éventuelle au bon fonctionnement du marché de détail.

Dans ce contexte, le décret introduit, en complément de la compétence de surveillance de la CRE, un pouvoir de corriger la demande d'ARENH en amont de la notification de la quantité de produit ARENH au fournisseur, si celle-ci paraît excessive par rapport au portefeuille et aux perspectives de croissance du fournisseur.

La CRE est favorable à ces dispositions qui permettront un contrôle effectif des demandes d'ARENH à l'occasion des guichets de demande d'ARENH, et de prévenir toute allocation éventuelle de volumes d'ARENH décorrélés du rythme de développement du portefeuille des fournisseurs.

Dans le cas où le projet de décret serait publié avant le guichet de demande d'ARENH se clôturant le 21 novembre 2022, la CRE communiquera par délibération les pièces complémentaires que les fournisseurs devront fournir pour justifier leur demande d'ARENH, ainsi que la méthode selon laquelle les quantités de produits théoriques des fournisseurs dont les hypothèses de consommation seraient surestimées seront corrigées.

3.2 Le guichet infra-annuel de demande d'ARENH ne répond plus aux besoins des acteurs et complexifie inutilement le dispositif d'ARENH

L'article R. 336-2 du code de l'énergie établit la coexistence de deux périodes de livraison dans le mécanisme ARENH : une s'étendant du 1^{er} janvier au 31 décembre et pour laquelle les fournisseurs formulent leur demande au plus tard le 21 novembre de l'année précédente ; la seconde du 1^{er} juillet au 30 juin de l'année suivante avec un guichet infra-annuel en mai. L'article R. 336-16 du code de l'énergie dispose qu'un fournisseur peut remplacer une livraison d'ARENH d'un an par une nouvelle demande de douze mois débutant six mois plus tard.

Le guichet infra-annuel était initialement conçu pour permettre aux fournisseurs d'augmenter leur approvisionnement d'ARENH en cas de développement rapide de leur portefeuille de clients. Dans la pratique, du fait du caractère annuel du produit ARENH² et de l'atteinte depuis 2019 du plafond de 100 TWh lors du guichet de novembre, les fournisseurs souhaitant augmenter en cours d'année leurs volumes d'ARENH pour accompagner leur croissance ne le peuvent plus. En effet, effectuer une demande d'ARENH au guichet de mai présente désormais au contraire des risques importants pour les fournisseurs³, sans garantie d'obtenir les volumes supplémentaires demandés : un fournisseur souhaitant augmenter ses volumes d'ARENH à l'occasion du guichet infra-annuel risque même d'en obtenir moins si un autre fournisseur agit de même.

La CRE avait déjà mis en évidence, dans son rapport du 22 juillet 2020 sur l'atteinte du plafond ARENH⁴, que le guichet infra-annuel était peu utilisé avant l'atteinte du plafond : seuls douze fournisseurs ont demandé des volumes d'ARENH lors du guichet de mai 2018, contre trente-cinq lors du guichet de novembre 2017. L'atteinte du plafond a amplifié la désertion du guichet infra-annuel : seules 3 demandes d'ARENH ont été réalisées pendant les guichets infra-annuels depuis 2019.

Dossiers de demande d'ARENH reçus par la CRE	2018	2019	2020	2021	2022
Pour la période de livraison s'étendant du 1 ^{er} janvier au 31 décembre de l'année N	35	47	69	73	103
Pour la période de livraison s'étendant du 1 ^{er} juillet de l'année N au 30 juin de l'année N+1	12	0	0	1	2

La CRE s'est donc exprimée dans son rapport du 22 juillet 2020 en faveur de la suppression de la période de livraison débutant le 1^{er} juillet, qui ne répond plus aux besoins des acteurs ou à l'objectif de développement de la concurrence, et complexifie inutilement le dispositif d'ARENH. Elle peut également ouvrir des possibilités d'arbitrage malgré les dispositions de l'article R. 336-16 du code de l'énergie (aussi appelé « clause de monotonie »⁵), par exemple en positionnant sa demande d'ARENH sur les guichets infra-annuels pour bénéficier d'un taux d'allocation d'ARENH différent de celui du guichet de novembre.

La CRE est favorable à la suppression de la période de livraison débutant le 1^{er} juillet et du guichet de demande associé se clôturant le 21 mai. L'existence de cette période de livraison était justifiée au début du dispositif ARENH pour accompagner le développement de la concurrence sur le marché de détail.

Il convient aujourd'hui de constater que cette flexibilité n'est plus nécessaire à la poursuite de cet objectif, dans un contexte d'atteinte pérenne du plafond de l'ARENH. Dans la pratique, du fait du caractère annuel du produit ARENH et de l'atteinte depuis 2019 du plafond de 100 TWh lors du guichet de novembre, le guichet de mi-année est devenu inopérant et n'est presque plus utilisé.

² Comme le dispose l'article L. 336-3 du code de l'énergie

³ Un fournisseur effectuant une nouvelle demande au bout de six mois remet en jeu la totalité des volumes d'ARENH obtenus précédemment.

⁴ CRE, *Rapport pris en application de l'article R. 336-39 du code de l'énergie analysant les causes et les enjeux de l'atteinte du plafond du dispositif ARENH*, 22 juillet 2020

⁵ A ce jour, les demandes annuelles d'ARENH peuvent être ajustées à chaque guichet pour suivre l'évolution du portefeuille de clientèle, en respectant une clause dite « de monotonie » qui contraint les fournisseurs à formuler une demande évoluant dans le même sens entre deux guichets espacés de six mois. La clause de monotonie a été introduite par Décret n° 2017-369 du 21 mars 2017 *relatif aux modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique*, et interdit à un fournisseur d'augmenter (respectivement diminuer) puis réduire (respectivement augmenter) sa demande d'ARENH sur un intervalle infra-annuel.



AVIS DE LA CRE

La Commission de régulation de l'énergie a été saisie pour avis le 3 octobre 2022, d'un projet de décret pris en application des dispositions de l'article L. 336-10 du code de l'énergie qui précise les compétences de la Commission de régulation de l'énergie en matière de contrôle ex-ante des droits ARENH et supprime le guichet ARENH de mi-année (soit la période de livraison de produit ARENH débutant le 1^{er} juillet).

La Commission de régulation de l'énergie émet un avis favorable sur le projet de décret et souhaite sa publication au plus tôt afin que les dispositions précisant les pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie en matière de contrôle ex-ante des droits ARENH puissent prendre effet dès le guichet de demande d'ARENH se clôturant le 21 novembre 2022.

La Commission de régulation de l'énergie souhaite également qu'une décision des pouvoirs publics soit prise au plus tard le 27 octobre 2022, quant au volume global maximal visé à l'article L.336-2 du code de l'énergie pour l'année 2023, afin qu'elle puisse adopter une nouvelle méthode de calcul des coûts d'approvisionnement des volumes non attribués du fait de l'écrêtement ARENH pris en compte dans le calcul du tarif réglementé de vente d'électricité.

La présente délibération sera publiée sur le site internet de la CRE et transmise à la ministre de la transition énergétique ainsi qu'au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

Délibéré à Paris, le 20 octobre 2022.

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

La présidente,

Emmanuelle WARGON