

Le régime juridique de « l'effacement de réseau » devant le Conseil d'État

- Le dispositif de l'effacement de réseau consiste, pour certains consommateurs, à réduire temporairement leur consommation d'électricité.
- Le cadre juridique de l'effacement de réseau organisé par la CRE en 2009, se voit remis en question par la récente décision du Conseil d'État « Voltalis », qui suscite de nombreuses interrogations parmi les acteurs de ce système.

Auteur

Gilles La Chatellier, avocat associé au cabinet [Adamas] professeur associé à l'ENS de Lyon

Référence

CE 3 mai 2011, Voltalis, req. n° 331858

Mots clés

Marché de l'électricité • Libéralisation • Effacement de réseau • Mécanisme • Jeu de l'offre et de la demande • Intermédiation • Opérateur • Rémunération • RTE • Mission d'équilibre du réseau • Préséance économique • Notion •

La libéralisation des marchés de l'électricité s'est accompagnée de l'apparition de nouvelles techniques de gestion de cette énergie, génératrices elles-mêmes de nouvelles activités économiques. Tel est le cas de l'activité d'effacement de réseau qui est aujourd'hui un des moyens dont dispose RTE pour équilibrer l'offre et la demande d'énergie électrique sur le territoire national. En effet, face à une demande excédant l'offre, RTE a deux solutions ; la première consiste à accroître le niveau de l'offre en achetant de la production supplémentaire. Cette voie se heurte cependant à un inconvénient, celui provenant du fait que le coût de ces moyens de production supplémentaires est élevé, puisqu'il est fait appel dans ces situations aux installations les plus coûteuses et souvent les plus polluantes.

L'autre solution consiste à obtenir une baisse ciblée et limitée dans le temps de la consommation : certains consommateurs – particuliers ou industriels – acceptent de limiter leur consommation pendant une période déterminée, « effaçant » temporairement une partie de leur consommation. Des acteurs économiques sont apparus dans les dernières années pour assurer ce rôle d'intermédiation entre RTE et les consommateurs qui seraient appelés à limiter, dans ces conditions, leur consommation d'énergie électrique. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) – en l'absence de dispositions législatives précises – a donc été amenée à prévoir le cadre juridique dans lequel ces opérations s'inscrivaient. Tel était l'objet de la délibération prise par la Commission le 9 juillet 2009 et que le Conseil d'État vient d'annuler par sa décision du 3 mai 2011, à la demande d'un des opérateurs positionnés sur le marché de l'effacement, principalement à destination des particuliers – la société Voltalis.

Après avoir rappelé le contexte dans lequel s'inscrit le litige (I), on exposera la solution retenue par le Conseil d'État (II), avant d'examiner les éventuelles suites que cette décision pourrait avoir (III).

I. Le contexte dans lequel s'inscrit le litige

L'article 15 de la loi du 10 février 2000⁽¹⁾ pose les principes permettant de s'assurer de l'équilibre entre offre et demande d'énergie électrique. La responsabilité de cet équilibre repose sur le gestionnaire du réseau - RTE - qui s'assure du niveau d'offre prévisionnel à partir des « programmes d'appel et d'approvisionnement » préalablement établis (article 15-I). Le gestionnaire de réseau doit s'assurer du maintien de cet équilibre en temps réel et, à cet effet, il peut modifier les programmes d'appel, ces modifications devant tenir compte « de l'ordre de préséance économique entre les propositions d'ajustement qui lui sont soumises ». Il revient toutefois à la CRE d'approuver les règles de présentation de ces programmes, ainsi que les critères de choix des propositions d'ajustement soumises à RTE (article 15-II).

L'article 15-III détaille les instruments dont dispose RTE pour assurer cet équilibre qui peut notamment passer des contrats avec les producteurs et fournisseurs d'électricité « selon des procédures concurrentielles, non discriminatoires et transparentes, telles que notamment des consultations publiques ou le recours à des marchés organisés ». Il peut également conclure des contrats de réservation de puissance avec certains consommateurs disposant de « capacités d'effacement de consommation ». En application de l'article 15-IV, RTE gère les écarts entre production et consommation et prévoit les mesures de compensation qui seraient générées par un excès d'offre par rapport à la demande. L'article 15-V fixe enfin le principe de responsabilité des producteurs pour les engagements pris au titre de la mission d'équilibre du réseau assurée par RTE.

Comme on le voit, le cadre juridique posé par la loi du 10 février 2000 est relativement succinct quant au fonctionnement des mécanismes d'effacement de réseau. En particulier, la loi est muette sur le rôle et les conditions d'intervention des opérateurs intervenant comme intermédiaires entre RTE et un ensemble de consommateurs acceptant de réduire temporairement leur demande (« effacement diffus »). C'est la raison pour laquelle, la CRE, dans le silence de la loi, a tenté de mettre en place un régime juridique approprié.

Elle l'a fait tout d'abord sur la base d'un « système expérimental », puis a invité les acteurs, par une décision du 5 décembre 2007, à poursuivre leur concertation afin de réfléchir aux modalités de généralisation des effacements diffus. Un groupe de travail a été constitué pour parvenir à un consensus, la synthèse de ses travaux ayant été présentée au cours d'une table ronde organisée par la CRE le 11 juin 2009. Néanmoins, malgré cette démarche, la CRE n'a pas été en mesure d'obtenir un consensus entre les acteurs concernés sur un mécanisme traitant de ces sujets.

En conséquence, elle a adopté une délibération le 9 juillet 2009 portant sur « l'intégration des effacements diffus au sein du mécanisme d'ajustement ». Dans cette délibération, la CRE recommandait que « l'opérateur d'effacements diffus rémunère les fournisseurs dont les clients se sont effacés pour l'énergie injectée par ces fournisseurs et valorisée par l'opérateur d'effacements diffus ». Par ailleurs, la Commission renvoyait aux acteurs le soin de poursuivre les discussions quant aux modalités de cette rémunération.

Comme l'expliquait l'annexe jointe à la délibération, la CRE justifiait cette position par le fait qu'il lui paraissait légitime que l'opérateur d'effacements diffus indemnise le producteur pour une énergie qu'il s'était engagé à produire mais qui n'allait pas être consommée - et qui ne lui serait donc pas payée -, compte tenu de la décision d'effacement prise par le consommateur final. Pour la CRE, et contrairement à la position défendue par la société Voltalis devant elle, cette charge revenait à l'opérateur d'effacements diffus et non à celle du producteur dans l'incapacité de faire face à la demande supplémentaire de ses clients. Pour la CRE en effet, retenir la proposition de Voltalis aurait conduit à un coût supérieur pour la collectivité, méconnaissant ainsi le principe de « préséance économique » prévu à l'article 15 précité de la loi du 10 février 2000.

Sans surprise, la société Voltalis a donc contesté devant le Conseil d'État la délibération de la CRE en date du 9 juillet 2009.

II. La solution retenue par le Conseil d'État

Le Conseil d'État a fait droit à la demande d'annulation de la société Voltalis par un raisonnement qui mérite d'être exposé ici de manière détaillée.

Tout d'abord, la Haute Assemblée avait à répondre à une question de recevabilité loin d'être sans portée, s'agissant du point de savoir si la délibération constituait un acte administratif faisant grief et pouvant comme tel faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

On sait que la jurisprudence du Conseil d'État est aujourd'hui bien établie sur les hypothèses dans lesquelles le juge admet la recevabilité d'un recours en annulation introduit à l'encontre d'une circulaire. Depuis la décision *M^{me} Duvignères* du 18 décembre 2002⁽²⁾, il est admis qu'est recevable le recours pour excès de pouvoir contre « les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction », dès lors que « l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter... méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter ».

En l'espèce, le Conseil d'État n'a pas eu grande difficulté à démontrer le caractère impératif de la circulaire. En effet, en prévoyant le principe de la rémunération par l'opérateur d'effacements diffus du fournisseur d'électricité dont les clients ont accepté de réduire temporairement leur consommation d'énergie, la CRE a bien posé une règle impérative qui au demeurant, comme le relève le Conseil d'État, « détermine l'un des paramètres essentiels de l'équilibre économique du mécanisme d'effacement diffus ». Cette solution est d'autant moins contestable quand on connaît la thèse présentée par la société Voltalis devant la CRE et consistant à proposer de mettre cette rémunération à la charge du « fournisseur défaillant ».

Sur le fond cette fois, le Conseil d'État a censuré la délibération pour erreur de droit, considérant que la CRE avait méconnu la loi en posant cette règle.

Pour le Conseil d'État, si la CRE était libre de définir les limites d'une expérimentation en ce domaine, elle ne pouvait le faire qu'en respectant « les principes généraux de la loi au nombre desquels figure la préséance économique ». Le Conseil d'État rappelle qu'il résulte ainsi des dispositions du II de l'article 15 de la loi du 10 février 2000 que RTE doit apprécier les

(1) Article L. 321-9 et suivants du code de l'énergie.

(2) *CE Section M^{me} Duvignères*, *Rec. p. 463*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e édition n° 112, p. 848.

modifications de programme d'appel en tenant compte de l'ordre de préséance économique entre les propositions d'ajustement qui lui sont soumises.

Or, le Conseil d'État se sépare de la CRE sur l'interprétation de la notion de préséance économique telle que retenue par la Commission. Pour le Conseil d'État, dans une lecture sans doute plus stricte du texte, l'ordre de préséance ne peut prendre en compte des éléments extérieurs aux propositions tenant en particulier à « leur contribution économique au surplus social ». Pour la Haute Assemblée, il s'agit « d'effets indirects sur la collectivité dans son ensemble » qui ne sont prévus par aucune des dispositions de la loi du 10 février 2000. Dans ces conditions, la CRE a méconnu la portée de la loi en prenant la délibération du 9 juillet 2009 qui est, en conséquence, annulée.

Si la solution est sans doute tout à fait « orthodoxe », elle est aussi sévère. En effet, le raisonnement économique qui sous-tendait la délibération de la CRE disposait d'éléments solides à son soutien.

On peut d'ailleurs se demander si la décision du Conseil d'État ne se situe pas en partie – au moins implicitement – sur le terrain de la compétence. On sait qu'après des débats particulièrement animés, le Conseil constitutionnel a fini par admettre la possibilité pour le législateur de confier un pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes⁽³⁾. Néanmoins, ce pouvoir leur a été reconnu à la condition expresse que ce soit « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et les règlements ». Pour le Conseil constitutionnel, ce pouvoir normatif reconnu aux AAI ne peut s'effectuer qu'en complément de celui normalement exercé, en vertu des dispositions de l'article 21 de la Constitution, par le Premier ministre.

En l'espèce, on peut clairement se demander si le Conseil d'État reproche davantage à la CRE d'avoir méconnu la loi du 10 février 2000 que, plutôt, d'avoir ajouté à la lettre de celle-ci. C'est aussi l'occasion de rappeler que la mission du régulateur doit se dérouler sous le contrôle étroit du juge, les possibilités pour le premier de compenser les malheurs de la loi étant strictement encadrées par le second.

III. Les suites éventuelles à la décision du Conseil d'État du 3 mai 2011

La décision rendue par le Conseil d'État a clairement fragilisé le dispositif existant en matière d'effacement, suscitant de nombreuses interrogations parmi les acteurs de ce système.

À ce titre, la loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (NOME) n'a pas

profondément modifié le dispositif déterminé à l'article 15 de la loi du 10 février 2000. Notons que l'article 6 de la loi du 7 décembre 2010 a ajouté un article 4-2 à la loi de 2000 créant une nouvelle obligation pour les fournisseurs d'électricité qui doivent désormais disposer « de garanties directes ou indirectes de capacités d'effacement de consommation et de production d'électricité pouvant être mises en œuvre pour satisfaire l'équilibre entre la production et la consommation sur le territoire métropolitain continental ».

Le même article prévoit la procédure par laquelle les garanties de capacité sont certifiées par contrat conclu avec le gestionnaire du réseau. La loi ajoute que les garanties de capacité sont échangeables et cessibles. Le non-respect de ces dispositions est susceptible d'entraîner une sanction pécuniaire infligée par la CRE.

Néanmoins, la loi ne prévoit toujours pas la nature de la relation nouée entre l'opérateur d'effacement, le gestionnaire de réseau, les consommateurs acceptant de s'effacer temporairement et les fournisseurs d'électricité affectés par cette décision. Rien n'est en particulier dit des flux financiers pouvant exister entre ces différents acteurs, en termes de rémunération. S'il est important, dans ces matières soumises à des évolutions technologiques rapides et à une réelle complexité économique et technique, de laisser une large place à la négociation contractuelle, encore faut-il que cela se fasse dans un cadre juridique solide et fiable. Cette démarche est d'ailleurs rendue encore plus urgente par l'obligation de garantie de capacité certifiée, dorénavant posée par la loi du 7 décembre 2010. Or, c'est justement une partie de ce cadre juridique minimal que le Conseil d'État vient de remettre en cause par sa décision du 3 mai 2011.

L'ensemble de ces éléments ne peut que plaider en faveur d'une nouvelle intervention du législateur. Au demeurant, à l'heure où la catastrophe de Fukushima remet fortement en cause les modèles de croissance de la production d'électricité nécessaire pour faire face à l'augmentation de la demande prévisible dans les vingt années à venir, en particulier en période dite « de pointe », la logique de l'effacement de consommation revêt un intérêt tout particulier. De manière plus conjoncturelle, la sécheresse annoncée pour l'été 2011, avec ses effets prévisibles sur la production d'énergie hydroélectrique et nucléaire, ne peut que renforcer l'intérêt du recours à ces mécanismes.

La technique de « l'effacement de réseau », largement animée par une logique de respect de l'environnement, mérite certainement aujourd'hui une reconnaissance plus officielle par le législateur. Si telle est sa conséquence, la décision du Conseil d'État du 3 mai 2011 aura peut-être finalement servi la cause de l'effacement... ■

(3) CC 17 janvier 1989 CSA 88-248 DC.