

La loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, « loi NOME » introduit dans le marché français de l'électricité le mécanisme des « obligations de capacités ». Ce système oblige les fournisseurs alternatifs à assurer une capacité suffisante leur permettant de garantir la sécurité d'approvisionnement de leurs clients, en particulier en période de pointe. Ces obligations de capacités sont échangeables sur un marché à venir. Ce futur marché devra respecter les règles de fonctionnement du marché européen de l'électricité.

Le mécanisme des obligations de capacités, quelle intégration dans le marché européen de l'électricité ?



Par Armelle SANDRIN-DEFORGE

Avocat à la Cour
Cabinet Shearman & Sterling
LPP



Et Seynabou KANDJI

Avocat à la Cour
Cabinet Shearman & Sterling
LPP

L'une des innovations majeures de la loi NOME réside dans la création du mécanisme des obligations de capacités lequel, associé à la possibilité d'échanger et de céder les garanties y relatives, va conduire à l'instauration d'un marché de capacités. La mise en place de ces obligations de capacités s'inscrit dans la droite ligne des objectifs affichés du gouvernement français dans le secteur de l'électricité. En instituant les obligations de capacités, le législateur avance d'un pas supplémentaire vers

la libéralisation du marché de l'électricité cette fois-ci non seulement dans la commercialisation de l'électricité, mais aussi dans la production. L'activité de fourniture d'électricité qui, jusqu'alors, se limitait en France pour les fournisseurs alternatifs à une simple opération d'achat et de revente d'électricité va devoir s'accompagner d'une capacité de production.

Aux termes de l'article 6 de la loi NOME codifié à l'article L.352-2 du code de l'énergie : « Chaque fournisseur d'électricité doit 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, notamment lors des périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée. »

Cette disposition vise à répartir entre l'ensemble des fournisseurs du marché

les responsabilités liées à la garantie d'approvisionnement en électricité des consommateurs qui reposait seulement sur l'opérateur historique, dépositaire d'une mission de service public. Désormais, chaque fournisseur alternatif sera responsable, tout autant que l'opérateur historique, de la sécurité d'approvisionnement en électricité en proportion des besoins de ses clients.

Les travaux préparatoires de la loi NOME (1) soulignent unanimement l'inadéquation du marché français avec la nécessité d'assurer une rentabilité des unités de productions de pointe pourtant essentielle pour garantir la sécurité d'approvisionnement. Actuellement, l'absence de valorisation de la capacité dans le marché français n'incite pas les fournisseurs à développer leur puissance de production. Il n'est pas non plus attractif pour les fournisseurs d'investir dans la couverture des risques de défaillance puisque de tels investissements ne sont pas rémunérés. Le marché de

(1) Étude d'impact réalisée dans le cadre de la préparation de la loi NOME, avril 2010 ; Rapport Poignant – Sido issu du groupe de travail sur la Maîtrise de l'énergie, avril 2010 ; Rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité présidé par Paul Champsaur, avril 2009...

l'électricité français est clairement organisé selon la théorie « *Energy Only* (2) » où seule l'énergie produite est rémunérée. Par la rétribution de la capacité de production, le mécanisme des obligations de capacités devrait inciter à l'investissement industriel et contribuer au renforcement de la sécurité d'approvisionnement.

Le deuxième aspect du nouveau système d'obligation de capacités tient à la prise en compte de l'effacement de consommation. Les fournisseurs pourront ainsi satisfaire à leur obligation de capacités soit en production d'électricité soit en effacement de consommation. Selon les travaux parlementaires, dans les deux cas le marché de l'électricité devrait être optimisé avec davantage d'investissements, plus d'offres innovantes et un parc de production d'électricité renouvelé.

De plus, puisque *les garanties de capacités sont échangeables et cessibles* – article L.335-3 dernier al. du code de l'énergie –, il va émerger un marché de capacités qui concourt à l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité français. Cette libéralisation doit nécessairement tenir compte du marché européen. En ce sens, l'article L.335-2 al.3 spécifie que : « *Le mécanisme d'obligation de capacité prend en compte l'interconnexion du marché français avec les autres marchés européens.* » Comment ce marché d'abord national puis européen va-t-il fonctionner ?

À ce stade, plusieurs zones d'ombres demeurent quant à l'application de ce dispositif. Les décrets d'application à intervenir vont certainement apporter des éclaircissements. En attendant, il est possible de décrire le mécanisme des obligations de capacités, préfigurer le futur marché de capacités qui va en résulter et envisager son intégration au marché européen de l'électricité.

❖ Le mécanisme des obligations de capacités

L'obligation de capacités consiste en la contrainte qui est désormais faite à chaque fournisseur d'électricité d'apporter la garantie de sa capacité à satisfaire la demande en électricité de ses clients y compris et notamment en période de pointe. Cette obligation se matérialise pour chaque fournisseur, directement par lui-même ou indirectement par l'intermédiaire de son producteur s'il n'en est pas un, par la construction d'installations de production ou par le développement d'une capacité d'effacement de manière à pouvoir garantir l'équilibre entre l'offre et la demande en période de forte consommation. À l'évidence et au regard de l'état des technologies de stockage de l'électricité, la contrainte ne réside pas en une production par anticipation mais en une puissance de production disponible. Le producteur aura entièrement accompli son obligation de capacités lorsque le gestionnaire de réseau de transport, « RTE » aura certifié du caractère effectif et de la disponibilité de sa capacité. L'article L.335-3 al.1 du code de l'énergie pose très clairement cette dernière exigence en ces termes : « *Les garanties de capacités dont doivent justifier les fournisseurs en application du présent article portent sur des capacités dont le gestionnaire du réseau public de transport a certifié la disponibilité et le caractère effectif.* »

S'agissant des modalités de la certification, l'article L.335-3 al.2 du code de l'énergie indique que : « *La capacité d'une installation de production ou d'une capacité d'effacement de consommation est certifiée par contrat conclu entre l'exploitant de cette capacité et le gestionnaire du réseau public de transport. Ce contrat prévoit les conditions dans lesquelles est assuré le contrôle de*

la capacité certifiée ainsi que la pénalité due par l'exploitant au gestionnaire du réseau public de transport dans le cas où la capacité effective est inférieure à celle certifiée. »

La procédure de certification passe donc par un contrat avec RTE qui est un acteur de premier plan dans le dispositif. Elle est placée sous le contrôle de la Commission de Régulation de l'Énergie, la « CRE », et est supervisée par le ministère chargé de l'énergie. En effet, le ministère de l'énergie intervient pour approuver l'application des pénalités contractuelles et la CRE joue un rôle consultatif en donnant un avis sur toute la procédure. Le législateur confie également à la CRE la charge de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre du fournisseur qui ne justifie pas qu'il détient la garantie de capacités nécessaire à l'accomplissement des obligations dont il a la charge, après une mise en demeure infructueuse d'apporter cette justification. De même, la loi prévoit que, si un fournisseur ne s'acquiesce pas de l'amende mise à sa charge, le ministre chargé de l'énergie pourra suspendre son autorisation d'exercer. Dans le cadre de la préparation des dispositions réglementaires à intervenir, le ministre de l'énergie à chargé RTE de conduire une concertation (3) avec l'ensemble des parties prenantes intéressées afin de définir les contours du mécanisme des obligations de capacités, en précisant notamment les modalités d'accomplissement des responsabilités par chacun des acteurs. Le rapport de RTE à ce sujet est attendu pour l'automne 2011 et la publication du décret d'application au printemps 2012.

Les capacités éligibles à la certification par RTE pourront provenir soit d'une installation de production soit d'un dispositif d'effacement de consommation. Si la capacité provenant d'une installation

(2) *Energy Only* : Concept utilisé pour désigner un marché de l'électricité rémunérant uniquement l'énergie produite. L'appellation anglaise provient du fait que la classification des catégories de marché de l'électricité est d'origine américaine. (3) Lettre du 9 février 2011 du ministre de l'énergie, Eric Besson au Président du directoire de RTE, Dominique Maillard.

de production paraît facilement quantifiable, on peut se demander en revanche ce que le législateur entend par effacement de consommation. Pour le groupe de travail sur la maîtrise de la pointe électrique (4), l'effacement pourrait se concevoir à trois niveaux : le *pilotage d'urgence*, le *pilotage contractualisé* et l'*incitation tarifaire*. Dans le *pilotage d'urgence*, l'effacement procède d'un délestage, donc sans préavis au client. L'effacement est réalisé dès lors qu'il y a une défaillance du réseau ou d'un moyen de production. Avec le *pilotage contractualisé*, il est conclu directement entre le fournisseur et le client un contrat par lequel le client accepte, en contrepartie d'une rétribution de concéder un effacement de X temps sur X période. Enfin, avec l'*effacement par incitation tarifaire*, le fournisseur transmet au client un signal prix modulé dans le temps en fonction du coût d'approvisionnement en électricité. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendra au client qui voudra faire des économies de modifier son mode de consommation en fonction du tarif en cours. Le rapport envisage également une possibilité de combiner l'*effacement d'urgence* et l'*effacement par incitation tarifaire*.

Le législateur ne donne pas de définition de l'effacement dans la *loi NOME*, on peut penser qu'il laisse aux fournisseurs la liberté de choisir le ou les modalités d'effacement à mettre en place avec leurs clients, sauf si le décret d'application à venir en dispose autrement. Le décret pourra soit imposer les contours de la solution technique à appliquer soit laisser de la souplesse aux fournisseurs afin de favoriser l'émergence de réseaux électriques performants. À l'heure de l'expérimentation des réseaux électriques intelligents « *Smart Grid* », le législateur devrait opter pour la solution la plus

incitative au progrès technique dans la distribution de l'électricité.

En toute hypothèse, le décret d'application devra être précis sur les caractéristiques techniques à prendre en compte pour la certification des capacités. L'article L.335 - 4 al.1 du code de l'énergie précise déjà que : « *Les méthodes de certification d'une capacité tiennent compte des caractéristiques techniques de celle-ci et sont transparentes et non discriminatoires.* »

Une fois qu'un fournisseur aura justifié de sa capacité auprès de RTE, il recevra en retour des garanties de capacités « *cessibles et échangeables sur un marché* » tel que le prévoit l'article L.335- 3 du code de l'énergie. C'est de cette possibilité d'échange que naîtra le futur marché de capacités. Cependant, le législateur a pris le soin d'indiquer que : « *les garanties de capacité sont requises avec une anticipation suffisante pour laisser aux investisseurs le temps de développer les capacités de production et d'effacement nécessaires pour résorber l'éventuel déséquilibre entre offre et demande prévisionnelles.* » – article L.335-2 dernier al. du code de l'énergie –.

Les garanties de capacités ne seront donc mises en place que progressivement, l'étude d'impact (5) qui a précédé l'adoption de la *loi NOME* propose de rendre l'obligation de garantie effective qu'à partir de 2015, compte tenu du délai nécessaire aux fournisseurs pour développer les offres de capacités de production et d'effacement. Par conséquent, l'émergence d'un marché de capacités ne serait à envisager qu'à partir de 2015.

❖ **Le futur marché de capacités**

Si l'établissement d'un futur marché de capacités est facilement perceptible dans l'esprit et le verbe de la loi – « *Les garanties de capacités sont échangeables et*

cessibles », il en va autrement de l'organisation de ce marché. En effet, pour ce qui relève de l'organisation du futur marché de capacités, le législateur renvoie au décret en Conseil d'État à paraître – article L.335-6 du code de l'énergie –. Néanmoins, un certain nombre d'indications se dégagent des travaux préparatoires de la loi.

Selon l'étude d'impact (6), la cessibilité des garanties de capacités fera émerger un prix de la garantie qui ne pourra pas dépasser le coût fixe des moyens de production de pointe. L'étude d'impact propose en première approximation que le prix de la garantie de capacités soit plafonné au coût fixe d'une turbine à combustion soit à 60.000€/MW/an. Ce prix sera certainement sujet à négociation puisque les industriels concernés estiment le coût moyen annuel d'une unité de production de pointe à environ 75.000 €/MW/an, pouvant atteindre les 100.000 €/MW si le soutien financier apporté par l'État français à certaines sources clés de la production de pointe ou d'extrême pointe comme la cogénération venait à cesser.

L'article L.321-16 dernier al. prévoit que : « *La totalité des garanties de capacités certifiées doit être mise à disposition des fournisseurs soit directement soit indirectement, en vue du respect des obligations définies à l'article L. 335-2. Les garanties de capacités détenues par un fournisseur en excédent de ces obligations doivent faire l'objet d'une offre publique de vente.* »

Il appartiendra ainsi à RTE de tenir les comptes des garanties accordées : « *Le gestionnaire de réseau de transport procède à la comptabilité des garanties de capacités détenues par chaque fournisseur et au calcul des écarts entre ces capacités et les obligations visées au deuxième alinéa de l'article L.335-2* » – article L. 321-17 du code de l'énergie –.

(4) Sur ce point voir le rapport Poingnant – Sido issu du groupe de travail sur la Maîtrise de l'énergie, avril 2010 p. 14. (5) Étude d'impact réalisée dans le cadre de la préparation de la *loi NOME*, en avril 2010, p. 24. (6) Précité, p. 27.

À l'instar des quotas de CO₂, les garanties de capacités feront l'objet de transactions sur un marché. On peut pressentir, comme c'est le cas pour les quotas de CO₂, la création d'une plateforme transactionnelle par laquelle, chaque fournisseur qui dispose d'un excédent de garanties de capacités pourra les vendre aux autres fournisseurs qui n'en disposent pas suffisamment.

L'étude d'impact indique que « l'obligation de capacités garantit une rémunération à toutes capacités, y compris celles qui sont peu utilisées (centrales de production de pointe) mais indispensables à la sécurité de l'approvisionnement et donc à l'intérêt général. »

Dans la logique de la loi NOME (7), les centrales sont rémunérées lorsqu'elles produisent mais également lorsqu'elles sont seulement disposées à produire. On peut parler de la rémunération des « *negawatts* ».

Quoi qu'il en soit, le système des rémunérations de ces *negawatts* reste à déterminer.

Pour le fonctionnement du futur marché de capacités, le Rapport Poignant – Sido (8) préconise dans sa proposition 21 de « demander à RTE et aux industriels de tirer les enseignements des appels d'offre "Clients industriels" afin que les appels d'offre futurs soient plus fructueux ». Pour les rédacteurs de ce rapport, les initiatives déjà engagées par RTE à travers la contractualisation des capacités d'effacement auprès de *Clients industriels* et qui se traduisaient par l'octroi de prime à ces *Clients industriels* en contrepartie de leur engagement de mettre à disposition de RTE une capacité d'effacement n'étaient pas suffisamment attractives.

Suite à ce constat, RTE a engagé une initiative afin de lancer un nouvel appel d'offre et la CRE en a validé le mécanisme de financement dans une délibération du 14 octobre 2010 (9).

En attendant la parution du décret d'application, c'est ce système d'appel d'offre de RTE qui continue de s'appliquer.

À cet effet, l'article 7 de la loi NOME prévoit qu'à titre transitoire : [...] *le gestionnaire du réseau public de transport organise un appel d'offres selon des modalités, notamment s'agissant des volumes, des prix fixes et des prix variables, approuvées par la Commission de régulation de l'énergie, pour mettre en œuvre des capacités d'effacement additionnelles sur une durée de trois ans. Cet appel d'offres est renouvelé annuellement jusqu'à la publication du décret en Conseil d'État visé à l'article 4-2 de la même loi.* »

Étant donné que le marché de capacités est envisagé dans l'optique d'intéresser financièrement les industriels, il va attirer des investisseurs y compris à l'échelle européenne. Le marché de capacités devra donc respecter les règles de fonctionnement du marché européen de l'électricité.

❖ L'intégration du futur marché français de capacités dans le contexte européen

Bien que la fourniture de l'électricité ait été identifiée comme une mission de service public (10) justifiant une exception d'applicabilité des règles de concurrence, le marché de capacités français doit être conçu dans le respect des règles de fonctionnement du marché européen. Le ministre de l'énergie dans sa lettre de mission à destination de RTE (11)

spécifie à cet effet que le rapport de RTE sur les modalités d'application du mécanisme des obligations « *devra s'appuyer sur l'analyse des exemples étrangers tout en tenant compte de la nécessaire intégration du mécanisme de capacité dans l'organisation du système électrique français et européen.* » L'article L.335-2 al.3 considère également cette nécessité d'intégration du mécanisme dans le contexte européen : « *Le mécanisme d'obligation de capacité prend en compte l'interconnexion du marché français avec les autres marchés européens.* »

La directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité a engagé le processus de l'ouverture à la concurrence des marchés européens de l'électricité. Elle pose une série d'obligations pour les États membres afin d'appliquer le principe de la libre circulation dans le secteur de l'énergie. Elle vise en particulier à garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité sur le territoire de la communauté européenne et à éliminer toute distorsion de concurrence dans le domaine de l'énergie. Toutefois, la directive, en conformité avec le principe de subsidiarité, laisse aux États membres une marge de manœuvre dans les modalités d'ouverture à la concurrence de leurs marchés nationaux. Dans le cadre de cette liberté laissée aux États membres, la directive prévoit dans son article 3.2 – *Obligation de service public et protection du consommateur* – que : « *En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 86, les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations*

(7) Le document de travail de l'Observateur Français des Conjonctures Économiques – OFCE – souligne à juste titre que : « *la rémunération des centrales seulement lorsqu'elles produisent n'est pas une approche favorable à l'investissement en capacités de pointe qui ne sont rémunérées qu'une partie de la journée ou de l'année. Et encore moins propice pour les capacités dites d'ultra pointe qui ne sont sollicitées que très rarement, et ce, de manière aléatoire. On peut ajouter que dans le cas d'un marché de gros décentralisé, la dimension "bien public" de ces capacités de pointe renforce le problème de sous investissement. En effet, un fournisseur qui se doterait de ce type de capacité de production en fait profiter tous les clients connectés (y compris ceux des fournisseurs concurrents), aucun d'entre eux ne pouvant être exclu du réseau électrique.* » (8) Rapport Poignant – Sido issu du groupe de travail sur la Maîtrise de l'énergie, avril 2010 p. 23. (9) Délibération CRE du 14 octobre 2010 : <http://www.cre.fr/fr/documents/deliberations>. (10) La CJCE reconnaît que les entreprises du secteur électrique pouvaient être chargées d'un Service d'Intérêt Économique Général (SIEG) – CJCE, 27 avril 1994 Commune d'Almélou et autres. C-393/92. (11) Précité.

de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat [...] ». Néanmoins les politiques de l'énergie des États membres devront, dans le respect du fonctionnement du marché intérieur, permettre les conditions d'une réelle concurrence.

Pour toutes ces raisons, les règles d'application du futur marché de capacités devront nécessairement tenir compte du contexte européen.

Certes, la Commission Européenne admet des dérogations aux règles de concurrence lorsqu'il s'agit du service public de l'électricité, mais ces dérogations restent limitées dans la mesure de ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la mission de service public. Cela revient à dire pour la Commission que les mesures pouvant être qualifiées d'aide d'État, et les comportements

d'abus de position dominante, restent punissables. Dans les échanges entre la Commission Européenne et le gouvernement français (12) dans le cadre de l'adoption de la *loi NOME*, la Commission met en garde l'État français contre ces risques.

De plus, le futur marché de capacités ne pourra être pleinement concurrentiel qu'à condition que les interconnexions de réseaux entre les États membres soient considérablement développées. La densification des interconnexions de réseaux est une nécessité pour l'ouverture à la concurrence à l'échelle européenne. Sur ce point, on peut se demander dans quelle mesure la RTE, autorité en charge des interconnexions de réseaux, pourra assumer à la fois sa mission de négociateur des interconnexions de réseaux et de certification des garanties de capacités sans que cette situation puisse engendrer un conflit d'intérêts ?

Enfin, pour l'intégration d'un marché de capacités dans le marché européen de

l'électricité, parallèlement à la densification des réseaux, une harmonisation des plus complètes des systèmes de comptage de l'électricité sera requise. Il sera indispensable également de parvenir à élaborer au niveau européen des unités de mesure de capacités uniformes.

Au bout du compte, le mécanisme des obligations de capacités devra certainement intégrer les règles de fonctionnement du marché européen car, aussi novateur que soit le système des obligations de capacités, la viabilité de son futur marché reste tributaire de la capacité qu'aura le dispositif à s'intégrer dans le marché européen de l'électricité. On peut espérer que le législateur a tiré tous les enseignements de l'expérience de la contribution carbone annulée par le Conseil Constitutionnel (13) pour rupture de l'égalité devant l'impôt qui résultait, en réalité, de l'incompatibilité de cet impôt national avec le mécanisme des quotas de CO2 européen. ♦

(12) Lettre de la Commission Européenne du 15 septembre 2009 au Premier ministre, François Fillon. (13) Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.