N° 469230 et 472693 – Société Voltalis

9ème et 10ème chambres réunies

Séance du 4 mars 2024
Lecture du 29 mars 2024

Conclusions
Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique

L'effacement de consommation d'électricité se définit, aux termes de l'article L. 271-1 du code de l'énergie, comme « *l'action visant à baisser temporairement, sur sollicitation ponctuelle envoyée à un ou plusieurs consommateurs finals par un opérateur d'effacement ou un fournisseur d'électricité, le niveau de soutirage effectif d'électricité sur les réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité d'un ou de plusieurs sites de consommation, par rapport à un programme prévisionnel de consommation ou à une consommation estimée*. » L'effacement peut être le fait de gros consommateurs d'électricité industriels ou tertiaires, mais peut aussi résulter de l'agrégation de petites réductions simultanées de petits consommateurs, conduisant à ce que l'on appelle « l'effacement diffus ».

Cette sollicitation peut prendre la forme d'une incitation tarifaire du client par le fournisseur à diminuer sa consommation aux heures de forte consommation générale, ou passer par un pilotage à distance des équipements consommateurs d'électricité. Dans le cadre de l'effacement diffus, ce pilotage passe en règle générale par l'installation d'un boîtier sur les radiateurs et cumulus permettant, sur signal de l'opérateur d'effacement, de réduire temporairement leur consommation.

Ce recours à l'effacement se révèle particulièrement utile pour faire face aux périodes de pointe, de manière à éviter la mise en route de capacités de production de pointe ou d'extrême pointe chères et polluantes, ou à réduire le risque de déséquilibre général. Mais effacement n'est pas nécessairement synonyme d'économie d'énergie. Ainsi que le relève l'article L. 271-1 du code de l'énergie, l'effacement de consommation peut avoir pour effet d'augmenter, par rapport à sa consommation prévisionnelle, la consommation du site de consommation effacé avant ou après la période d'effacement, afin de compenser la moindre intensité de fonctionnement de l'équipement pendant la période d'effacement. Ce n'est que lorsque cet effet ne compense pas toute la part de consommation d'électricité qui avait été effacée, que l'effacement conduit à une économie d'énergie.

Le présent litige portant sur les relations financières entre l'opérateur d'effacement et les fournisseurs d'électricité des sites de consommation effacés, prenons, si vous le voulez bien, quelques minutes pour revenir sur le fonctionnement de l'effacement tel, du moins, que nous l'avons compris.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Prenons pour hypothèse de départ un fournisseur A, dont la consommation prévisionnelle attendue de ses clients à l'horaire H est de 150, un fournisseur B, dont la consommation attendue de ses clients au même horaire est de 50, et enfin, un opérateur d'effacement C, qui dispose d'un gisement d'effacement diffus de 50 chez les clients de A et d'un agrément technique lui permettant de procéder à des effacements de consommation indépendamment de l'accord du fournisseur d'électricité des sites concernés.

Le fournisseur A acquiert à l'avance, auprès de producteurs, des quantités d'électricité à injecter à l'horaire H correspondant à la consommation non corrigée de l'effacement qu'il prévoit pour ses sites, soit 150. Cette quantité d'électricité, acquise par lui, sera injectée sur le réseau par le producteur à l'heure H, mais les clients de A ne consommeront que 100.

De son côté, le fournisseur d'électricité B a décidé, pour satisfaire à l'alimentation de ses propres clients au même horaire, d'acquérir auprès de l'opérateur d'effacement C un bloc d'effacement de 50. Ce bloc correspond à l'équivalent de la fraction de l'électricité qui sera injectée sur le réseau à la suite des achats d'électricité du fournisseur A mais non consommée par les clients de celui-ci grâce à l'intervention de l'opérateur d'effacement et qui sera en quelque sorte rendue disponible pour répondre aux besoins concomitants en électricité correspondant à la consommation des clients du fournisseur B raccordés au réseau, sans injection supplémentaire.

Grâce à l'effacement, le réseau sera donc physiquement à l'équilibre, pour satisfaire à la consommation à l'instant T des sites de A et de B, avec la seule injection physique d'électricité de 150 correspondant à la quantité acquise par A, alors que sans effacement, les injections physiques nécessaires auraient été de 200.

Selon le même type de mécanisme, mais en faisant intervenir cette fois le gestionnaire du réseau de transport, l'offre d'effacement peut être utilisée comme mécanisme d'équilibrage sur activation de RTE au stade du mécanisme d'ajustement, pour résoudre un problème de déséquilibre entre offre et demande sur le réseau.

Afin d'éviter que l'effacement ne fasse naître un écart comptable entre injections et sous-tirages dans le périmètre d'équilibre du fournisseur A, le 2° de l'article R. 271-7 du code prévoit que le volume d'effacement réalisé pour être valorisé par l'opérateur d'effacement est comptabilisé dans le périmètre d'équilibre de A comme un sous-tirage d'électricité, assurant ainsi l'équilibre avec les injections comptabilisées dans son périmètre. En parallèle, le 1° du même article dispose que ce volume est comptabilisé comme une injection d'électricité dans le périmètre d'équilibre de l'opérateur d'effacement C, ce dernier disposant de l'équivalent d'un bloc d'énergie qu'il peut valoriser en le vendant à d'autres acteurs sur le marché ou dans le cadre du mécanisme d'ajustement.

Mais si l'article R. 271-7 du code règle ainsi la problématique des écarts comptables sur les périmètres des responsables d'équilibre, il ne résout pas celle des conséquences financières de l'effacement pour le fournisseur A, qui a acquis à titre onéreux une quantité d'électricité

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

supérieure à celle finalement consommée par ses clients, du fait de l'intervention, sans son consentement, de l'opérateur d'effacement : s'il ne peut facturer à ses clients que l'électricité effectivement consommée par eux, il aura alors acquis en pure perte cette électricité effacée.

Aussi, l'article L. 271-3 du code prévoit, dans le cas où les effacements de consommation sont valorisés sur les marchés de l'énergie ou sur le mécanisme d'ajustement (il ne prévoit pas de versement lorsque l'effacement n'est pas valorisé), la définition, sur la base d'un prix de référence et des volumes d'effacement comptabilisés comme des soutirages dans leur périmètre, d'un régime de versement des consommateurs effacés ou opérateurs d'effacement vers les fournisseurs d'électricité des sites effacés. Cet article dispose que ses modalités d'application sont fixées par un décret en Conseil d'Etat, après avis de la CRE.

L'article R. 271-8, dans sa rédaction issue du décret n° 2016-1132 du 19 août 2016, distingue trois modèles pour ce versement :

- Le modèle dit « corrigé », dans lequel le fournisseur du consommateur final facture à ce dernier, selon les modalités contractuelles en vigueur entre eux, l'énergie qu'il aurait consommée en l'absence d'effacement, telle qu'elle est déterminée par le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité dans le cadre de la certification des volumes d'effacements ;
- Le modèle dit « régulé », dans lequel « *par dérogation, en lieu et place de la facturation au consommateur de la part énergie par le fournisseur, le versement peut être assuré directement par l'opérateur d'effacement, selon des modalités précisées dans les règles prévues à l'article R. 271-3, en application de barèmes définis pour des catégories de consommateurs précisées dans ces règles, établis en fonction des caractéristiques des sites de consommation concernés*. » Dans sa rédaction issue du décret du 19 août 2016, l'article R. 271-8 indique que « *ces barèmes reflètent la part " énergie " du prix de fourniture des sites de consommation relevant de ces catégories, dont la consommation est en tout ou partie effacée.* »
- Enfin, le modèle dit « contractuel », dans lequel les modalités de versement sont fixées par contrat entre l'opérateur d'effacement, le fournisseur et, le cas échéant, le consommateur final du site effacé.

L'article L. 134-1 du code de l'énergie prévoit par ailleurs que la CRE « *précise, par décision publiée au Journal officiel de la République française, les règles concernant : (...) 9° La valorisation des effacements de consommation (...). Ces règles définissent les modalités du versement mentionné (au deuxième alinéa de l'article L. 271-1 transféré à l'article L. 271-3) ».*

L'adoption de ces règles par la CRE est également prévue par l'article R. 271-8 du code qui, après avoir fixé les trois modèles présentés à l'instant, renvoie aux règles prévues à l'article R. 271-3 du même code, c'est-à-dire à des règles approuvées par la CRE sur proposition du gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, la définition des modalités du versement assuré par l'opérateur d'effacement dans le cadre du modèle régulé.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces règles, dites « règles NEBEF », et les barèmes qui en découlent sont au cœur des présents recours.

Sous le n° 469230, la société Voltalis, opérateur d'effacement, vous demande ainsi, d'une part, d'annuler la délibération n° 2022-151 de la CRE du 25 mai 2022 portant décision sur les règles NEBEF 3.3, en tant qu'elle ne prévoit pas de répliquer le gel tarifaire des tarifs réglementés de vente d'électricité dans le calcul des versements aux fournisseurs des sites effacés, et d'autre part, d'annuler la délibération n° 2022-106 de la CRE du 9 juin 2022 portant décision sur l'approbation des règles NEBEF 3.4, en tant qu'elles instituent, aux articles 6.2.1 et 7.2.3, des contraintes de rythme, et en tant que ces règles, s'agissant du calcul des versements aux fournisseurs des sites effacés, d'une part, assimilent le prix de fourniture aux coûts d'approvisionnement des fournisseurs et, d'autre part, intègrent une part capacitaire au montant de ces versements, ensemble le rejet de ses recours gracieux. Elle élargit, en tant que de besoin, ses conclusions à l'ensemble des dispositions de ces délibérations que vous estimeriez indivisibles, et les assortit de conclusions à fin d'injonction. Sous le n° 372693, la même société vous demande d'annuler la décision fixant les barèmes forfaitaires du versement du modèle régulé NEBEF 3.4 publiée par la société RTE sur son site internet le 1er février 2023.

Les délibérations par lesquelles la CRE, en approuvant les règles de valorisation de l'effacement proposées par RTE, fixe en réalité ces règles sur proposition de ce gestionnaire, en application des articles L. 134-1, R. 271-3 et R. 271-8 du code de l'énergie, constituent des actes faisant grief dont la société Voltalis est recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir.

Il en va selon nous de même de la décision fixant ces barèmes eux-mêmes, tels que calculés et arrêtés par RTE par application des règles déterminées par la CRE.

En effet, si la société RTE fait valoir en défense qu'elle ne dispose d'aucune marge d'appréciation en la matière mais se borne à des opérations matérielles de calcul, qu'elle ne mettrait en œuvre aucun pouvoir réglementaire et qu'étant une société de droit privé, la décision en cause ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, il nous semble toutefois que la décision par laquelle RTE, à qui le code de l'énergie confie la mission de proposer à la CRE les règles de valorisation de l'effacement puis d'arrêter et de publier elle-même sur son site les barèmes résultant de l'application de ces règles une fois celles-ci approuvées par la CRE, fixe et publie les barèmes du versement que les opérateurs d'effacement doivent opérer au profit des fournisseurs des sites effacés en application des articles L. 271-3 et R. 271-8 du code de l'énergie, manifeste l'exercice par RTE de prérogatives de puissance publique, revêt un caractère réglementaire et constitue un acte administratif relevant de l'ordre de juridictions administratif.

Ce pouvoir réglementaire étant confié à RTE par un texte, RTE doit être regardé comme une « autorité à compétence nationale » au sens de votre jurisprudence dite *SNUTEFI* (CE, 26 juillet 2011, *Syndicat SNUTEFI-FSU et autres*, n° 346771, p. 421), applicable aux personnes morales de droit privé à compétence nationale (CE, 16 novembre 2011, *D*..., n° 339582, aux

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Tables). Le recours contre la décision en cause relève donc de votre compétence de premier et dernier ressort.

Au demeurant, si vous deviez regarder la décision fixant les barèmes attaqués et publiée sur internet comme émanant non de RTE, mais de la CRE, au motif que ces barèmes résultent directement des règles approuvées par elle, cette décision relèverait également de votre compétence de premier et dernier ressort.

Vous admettrez l'intervention formée par la société Energy Pool Développement, opérateur d'effacement, au soutien de la requête n° 469230.

Nous ne perdrons pas de temps avec les moyens d'irrégularité pour défaut de signature, non-respect des règles de quorum et non-respect des règles de vote et de composition, qui pourront être écartés, selon les cas, comme manquant en fait ou comme dépourvu de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé, pour en venir aux moyens de légalité interne des requêtes.

Ces moyens portent, tout d'abord, sur les modalités de calcul du versement des opérateurs d'effacement vers les fournisseurs.

Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 3 mars 2021, l'article L. 271-3 du code de l'énergie disposait que le prix de référence sur la base duquel est défini ce versement « *reflète la part " énergie " du prix de fourniture des sites de consommation dont la consommation est en tout ou partie effacée* ». L'ordonnance du 3 mars 2021 a substitué au terme « énergie » le terme « approvisionnement ». Dans sa rédaction issue de cette ordonnance, l'article L. 271-3 dispose donc que « *le prix de référence reflète la part " approvisionnement " du prix de fourniture des sites de consommation dont la consommation est en tout ou partie effacée* ». La CRE a fait application des dispositions ainsi modifiées dans ses délibérations du 22 mai et du 9 juin 2022.

La requérante conteste cette application et la compétence de la CRE pour définir la notion de « part approvisionnement du prix de fourniture des sites ». Elle soutient qu'il appartenait au seul Premier ministre de définir cette notion, que l'article R. 271-8 du code de l'énergie n'a pas été modifié, et que la loi nouvelle était inapplicable en l'absence de décret d'application. [1]

Mais l'application des dispositions de l'article L. 271-3 substituant la notion de « part approvisionnement » à celle auparavant utilisée de « part énergie » n'est pas radicalement

[1] Elle souligne aussi que le III de l'article 168 de la loi de transition énergétique du 17 août 2015 avait expressément prévu que les dispositions de l'articles L. 271-2 et L. 271-3 créés par cette loi entreraient en vigueur à compter de la publication du décret au Conseil d'Etat mentionné à l'article L. 271-2 du code. Toutefois, n'est pas en cause l'entrée en vigueur de l'article L. 271-3 au moment de sa création, mais l'application d'une modification ultérieure de cet article. Au demeurant, la loi du 17 août 2015 précisait qu'en l'absence du décret d'application prévu à l'article L. 271-2 (intervenu le 19 août 2016), l'article L. 271-3 entrerait en tout état de cause en vigueur au plus tard douze mois après la promulgation de la loi, sans qu'il soit alors besoin de ce décret.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

impossible en l'absence de décret d'application. D'ailleurs, le décret du 19 août 2016 codifié à l'article R. 271-8 n'avait, sur cette dernière notion, apporté aucune précision mais s'était borné à recopier la loi

Or comme on l'a vu, le législateur a confié, à l'article L. 134-1 du code précité, compétence à la CRE pour préciser elle-même les règles concernant la valorisation des effacements, et notamment définir les modalités du versement aux fournisseurs. Les articles R. 271-8 et R. 271-3 du code confient également aux règles approuvées par la CRE la définition de ces modalités, incluant celle de la méthodologie et des coûts de référence.

La CRE était donc bien compétente pour préciser, dans les règles NEBEF 3.3. et 3.4, la notion de « part approvisionnement du prix de fourniture des sites » dont la consommation est effacée au sens de l'article L. 271-3 du code dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 3 mars 2021.

Enfin, la circonstance que l'article R. 271-8 n'ait, sur ce point, pas été modifié à la suite de l'adoption de l'ordonnance et continue de faire référence à l'ancienne notion de « part énergie » du prix de fourniture ne faisait pas écran entre la CRE et la loi et ne faisait pas obstacle à ce que la CRE applique les dispositions de l'article L. 271-3 dans leur rédaction issue de l'ordonnance.

Que vous considériez la phrase « *Ces barèmes reflètent la part " énergie " du prix de fourniture des sites de consommation relevant de ces catégories, dont la consommation est en tout ou partie effacée* » au sein de l'article R. 271-8 du code comme implicitement abrogée par loi nouvelle prévoyant qu'ils reflètent la part « approvisionnement » de ce prix en ce que cette phrase serait devenue radicalement incompatible avec la loi nouvelle (pour des abrogations implicites d'un acte réglementaire par la loi nouvelle avec lequel il est incompatible, voir par ex. CE, Section, 24 février 1961, *Sieur Z…*, p. 144 ; CE, 23 juin 1972, S*ociété Maregida Compania Naviera*, p. 486 ; ou CE, 7 octobre 1977, *Lavigne*, p. 707), ou que vous préfériez, comme le fait parfois votre jurisprudence en présence d'une contrariété du règlement avec la loi postérieure avec laquelle il ne peut être concilié et comme nous y inclinerions plus volontiers, constater simplement que cette contrariété à la loi, si elle n'a pas abrogé implicitement la phrase litigieuse du décret, fait à compter de son entrée en vigueur obstacle dans cette mesure à l'application de la disposition réglementaire (CE, avis, Section, 23 avril 1997, *Préfet de la Manche*, n° 183689, p. 153 ; CE, 3 septembre 2007, *D…*, n° 293283, T. pp. 656-673 ; CE, 21 septembre 2016, *Min. et Cie de saint-Gobain*, n° 371862 372146, aux Tables), un point nous semble clair : dans un cas comme dans l'autre, il appartenait bien à la CRE de faire application de la loi nouvelle et d'en préciser la portée dans les règles NEBEF, sans être arrêtée par les dispositions de l'article R. 271-8 devenues contraires à celle-ci.

Dans ces conditions, la critique de la requérante sera écartée.

La société soutient ensuite que la CRE a commis une erreur de droit en assimilant, pour définir le prix de référence du versement, la « part " approvisionnement " du prix de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

fourniture » aux coûts d'approvisionnement du fournisseur, indépendamment du prix qui aurait été effectivement facturé au consommateur.

Comme on l'a vu au début de ces conclusions, compte tenu notamment du maintien de l'injection d'électricité, l'effacement ne génère pas simplement pour le fournisseur des sites effacés une perte de recettes escomptées : il se traduirait aussi, sans versement compensateur, par une perte sèche, liée aux coûts d'approvisionnement exposés par lui à raison de la période où l'effacement est activé et non couverts par le consommateur effacé.

Si vous avez énoncé, dans vos décisions *Sté Voltalis* du 13 mai 2016 (n° 387506 et n° 388101) et *Cathode* du même jour (n° 390049), que le versement prévu par l'article L. 271-3 du code de l'énergie a pour objet de rémunérer le fournisseur pour l'électricité injectée sur le réseau et « se substitue » au prix que le consommateur aurait payé au fournisseur s'il ne s'était pas effacé, vous n'avez pas entendu poser le principe d'une substitution à l'euro l'euro du versement au prix qu'aurait effectivement payé chaque client final effacé. Au contraire, dans votre décision *ANODE* du 13 mai 2016 (n° 384215, aux tables sur un autre point), vous avez jugé que cet article n'implique pas que ce versement soit égal au prix que le fournisseur aurait effectivement perçu si l'électricité avait été consommée par chaque consommateur qui s'est effacé, et qu'il était loisible de recourir à des barèmes pour approcher la part « énergie » (aujourd'hui « approvisionnement ») du prix de fourniture au sens de ces dispositions.

En effet, si l'expression « *prix de fourniture des sites de consommation dont la consommation est effacée* » renvoie bien à la notion de prix, encore faut-il tenir compte du reste de l'article, duquel il ressort, d'une part, à travers le recours à la notion de « part approvisionnement » de ce prix, que le versement a pour objet de couvrir certains coûts exposés par le fournisseur, servant à la construction du prix de fourniture, et d'autre part, à travers les termes « prix de référence » et le verbe « refléter », que ce versement procède d'une approche normative et approximative tant de ces coûts que de ce prix. L'article L. 271-3 du code autorise donc la CRE à recourir à une approche normative de la notion de « prix de fourniture » du site effacé, s'écartant le cas échéant du prix qu'aurait effectivement payé le consommateur de ce site, et l'invite à identifier, au sein de ce prix, les éléments de coûts du fournisseur caractérisant la « part approvisionnement » et que le versement a pour objet de couvrir.

En pratique, la CRE retient, pour les sites profilés, comme « prix de fourniture » normatif le prix tel que construit et évalué, à partir des diverses briques de coûts d'un fournisseur, elles-mêmes normatives, énumérées à l'article L. 336-7 du code de l'énergie, dans son dernier rapport sur les tarifs réglementés de vente d'électricité, en distinguant selon que le site profilé est en option tarifaire Base ou en option tarifaire HP/HC. Elle élabore ainsi la part approvisionnement du prix de fourniture par l'addition de trois coûts dont les briques sont prises en compte pour la construction du prix de fourniture aux TRV : le prix de l'ARENH, le prix calendaire base et le prix de la capacité.

La société soutient que la CRE a commis une erreur de droit en refusant, par sa délibération du 25 mai 2022, de répliquer dans les barèmes de versement le gel tarifaire de 4% TTC décidé à compter du 1er février 2022 par le Gouvernement en application des dispositions

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exceptionnelles de l'article 181 de la loi de finances pour 2022, et en dé-corrélant ainsi le prix de référence au sens de l'article L. 271-3 du prix effectif de fourniture des clients.

Mais d'une part, le prix de fourniture pour l'application de l'article L. 271-3 est, comme on vient de le voir, une notion normative utilisée pour la mise en place de barèmes et ne renvoie pas au prix précis qui aurait été effectivement acquitté par chaque client effacé.

D'autre part, le prix de référence doit seulement refléter la part approvisionnement de ce prix de fourniture : il ne saurait être question de faire varier le montant du versement à la hausse ou à la baisse de manière homothétique à ce prix lorsque les coûts d'approvisionnement ayant vocation à servir dans la construction de ce prix, ne varient pas : tout au plus ce prix normatif pourrait-il servir de plafond.

Or le gel tarifaire appliqué par les ministres au profit des clients n'a pas modifié les coûts d'approvisionnement des fournisseurs. Par ailleurs, la compensation des pertes de recettes dont il s'est accompagné n'a été calculée que sur la base des volumes effectivement livrés à leurs clients par les fournisseurs, ne couvrant pas, par suite, les coûts et pertes afférents aux volumes effacés.

Au demeurant, à supposer même que le niveau réel des TRVE effectivement arrêtés par les ministres ait constitué un plafond au versement, il nous semble que ce plafond n'aurait en tout état de cause pas été dépassé en dépit du gel tarifaire, dès lors que le tarif bleu – option base résidentiel des TRVE gelé s'est établi à 13,74 centimes le kWh, soit 137,4 euros le MWh, et que la délibération du 25 mai 2022, après prise en compte de l'ARENH +, a fixé le versement à 96,73 euros par MWh.

Le moyen tiré de ce que les règles NEBEF et les barèmes qui en découlent au titre de 2022 seraient illégales faute de réplication du gel de 4% sera, dès lors, écarté.

La requérante critique ensuite l'inclusion du coût de la garantie capacitaire dans la part approvisionnement du prix de fourniture par la délibération fixant les règles NEBEF 3.4.

Contestant que le coût lissé de cette garantie puisse être regardé comme un coût d'approvisionnement associé aux volumes effacés, la requérante en déduit que la CRE a méconnu tant l'article L. 271-3 du code de l'énergie que l'article 17 de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, aux termes duquel la compensation financière pouvant être mise à la charge de l'opérateur d'effacement à raison de l'activation de l'effacement *« est strictement limitée au montant correspondant aux coûts qui en résultent et qui sont supportés par les fournisseurs des clients participants ou les responsables d'équilibre du fournisseur durant la période de temps d'activation de la participation active de la demande. (...)* »

Le mécanisme de capacité, prévu aux articles L. 335-1 et suivants du code de l'énergie, a pour objet de faire contribuer les fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité du

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

territoire, en les soumettant à l'obligation de disposer de garanties directes ou indirectes de capacités de production d'électricité et d'effacement de consommation, pouvant être mises en œuvre pour satisfaire l'équilibre entre la production et la consommation d'électricité sur le territoire métropolitain continental, notamment lors des périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée. Chaque année, les fournisseurs doivent ainsi être en mesure de justifier, par l'achat de ces garanties, de leur capacité de couvrir le niveau maximum attendu de consommation de leurs clients les jours de forte consommation.

Si le volume des garanties à détenir dépend donc de la consommation maximale attendue de ses consommateurs certains jours de l'année, la nécessité pour un fournisseur de constituer avant le début d'une année de livraison et de détenir, au titre de cette année, des garanties liées à un site de consommation, découle donc de la présence du site de consommation dans le portefeuille de clients du fournisseur au cours de l'année de livraison considérée. La CRE a donc pu estimer que le coût lié à cette obligation, bien que calculé sur la base de la consommation maximale prévue en cas de grand froid, pouvait être regardé comme un coût s'attachant à l'approvisionnement du site de consommation tout au long de l'année. D'ailleurs, pour la construction des TRVE, l'article R. 337-19 du code de l'énergie prévoit que le coût de la garantie de capacité est pris en compte dans la part proportionnelle à l'énergie consommée du prix de fourniture. Enfin, s'il est exact qu'un fournisseur dispose de plusieurs stratégies de répercussion du coût de la garantie capacitaire sur les consommateurs finals et peut faire le choix d'une répercussion sur la partie abonnement du tarif et non lissée sur la partie proportionnelle, l'article L. 271-3 du code autorise, comme on l'a vu, la CRE à retenir une définition normative de la notion de « prix de fourniture » comme de celle des coûts constituant la « part approvisionnement » de ce prix.

Par suite, en tenant compte du coût de la garantie capacitaire pour évaluer la « part approvisionnement du prix de fourniture des sites » dont la consommation est en tout ou partie effacée, aux fins de la construction du prix de référence mentionné à l'article L. 271-3 du code de l'énergie, la CRE n'a pas méconnu cet article.

Et dès lors que l'on accepte, comme nous vous y avons invités à l'instant, d'y voir un coût d'approvisionnement pour le fournisseur pouvant être rattaché à la part proportionnelle de l'électricité consommée, la CRE n'a pas davantage méconnu, en intégrant le coût de la part capacitaire, l'approche par les coûts résultant des dispositions du paragraphe 4 de l'article 17 de la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019.

Les moyens suivants critiquent plus largement le principe et le niveau même du versement, au-delà de la question du coût capacitaire. Il est ainsi soutenu qu'en conduisant à une surcompensation des fournisseurs par rapport aux coûts d'un fournisseur qui s'approvisionnerait entièrement sur le marché spot, en décourageant ainsi le recours à l'effacement et en créant une barrière à l'entrée, le versement serait contraire à l'article 17 de la directive.

Au soutien de ce moyen, il est d'abord allégué que tout coût qui ne serait pas exposé pendant la période d'activation de l'effacement et à raison de cette activation ne serait pas un coût

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

« *supporté (…) durant la période de temps d'activation* » au sens de la directive et que ne saurait dès lors être pris en compte à ce titre les coûts d'approvisionnement en électricité résultant d'achats opérés par les fournisseurs avant cette activation, quand bien même ils auraient eu pour objet d'alimenter en électricité les clients durant la période finalement effacée, ou encore l'achat des garanties de capacité avant le début de l'année de livraison.

Mais cette lecture doit être écartée. En autorisant les Etats membres à exiger des opérateurs d'effacement le versement, aux opérateurs affectés par l'activation de l'effacement, d'une compensation financière limitée au montant des coûts qui en résultent et qui sont supportés par les fournisseurs des clients participants durant la période de temps d'activation de l'effacement, la directive fait selon nous référence aux coûts du fournisseur exposés au titre de la période d'activation de l'effacement et à raison de l'énergie effacée, et que l'effacement a pour effet de faire supporter définitivement aux fournisseurs sans leur permettre de les répercuter sur le consommateur. Peu importe que ces coûts correspondent à des achats passés avant la période d'activation de l'effacement, dès lors que ces achats se rapportent à la consommation attendue et devant être servie durant la période d'activation de l'effacement.

Par ailleurs, si la requérante fait valoir qu'eu égard à la moyenne des prix du MWh sur les marchés au début de l'année 2023, inférieurs au versement, il n'est pas dans l'intérêt d'un opérateur d'effacement de pratiquer des effacements pour les valoriser sur le marché, cette seule circonstance conjoncturelle ne suffit pas à conclure à l'inconventionnalité de la délibération attaquée. La requérante admet elle-même que les prix à terme pour les produits « peakload » de fin d'année étaient supérieurs au montant du versement, et la directive ne fait en tout état de cause pas obligation aux Etats membres de fixer le montant du versement à un niveau continûment incitatif. Son article 17 dispose seulement que la compensation financière ne doit pas créer de barrière à l'entrée sur le marché pour les acteurs du marché pratiquant l'agrégation ni d'entrave à la flexibilité. Or la requérante ne démontre pas, par les éléments qu'elle avance, que les règles en litige créeraient nécessairement une telle barrière. Ajoutons que si la requérante invoque les externalités positives de l'effacement pour l'ensemble des acteurs de marché, sans d'ailleurs les démontrer ni les quantifier, la directive n'impose pas de tenir compte des bénéfices retirés de l'effacement par les autres opérateurs de marché, mais permet seulement aux Etats membres, s'ils le souhaitent, d'en tenir compte, pas plus qu'elle ne leur interdit, en faisant de ces coûts un plafond, la compensation de l'intégralité des coûts qui résultent de l'activation de l'effacement et qui sont supportés par les fournisseurs des clients participants ou les responsables d'équilibre du fournisseur durant la période de temps d'activation de la participation active de la demande. L'article L. 271-3 du code n'est, contrairement à ce qui est soutenu, pas inconventionnel.

En avant-dernier lieu, il est soutenu que le versement constitue une aide d'Etat illégale faute de notification à la Commission européenne.

Par votre décision *Sté Voltalis* du 13 mai 2016 (n° 387506), vous avez écarté la qualification d'aide d'Etat au motif que la caractérisation d'un avantage n'était pas établie, sans qu'il fût besoin de vous prononcer sur les autres conditions de qualification d'une telle aide. Vous vous êtes, à cette fin, fondés sur l'analyse selon laquelle le « *versement a pour objet de rémunérer*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

le fournisseur pour l'électricité injectée sur le réseau » et valorisée par l'opérateur d'effacement. Vous aviez par ailleurs constaté que la requérante ne contestait à l'époque ni les modalités de calcul ni le montant du versement.

A l'appui des présentes requêtes, la société Voltalis critique cette fois le montant et les modalités du versement, en tant qu'il est calculé pour 2023 sur la base d'un prix de référence incluant dans la part approvisionnement le coût de la garantie capacitaire, conduisant selon elle à une surcompensation caractérisant un avantage.

Toutefois, comme le rappelle la requérante elle-même, la CJUE considère que la notion d'aide d'Etat ne vise pas des mesures introduisant une différenciation entre entreprises en matière de charges lorsque cette différenciation résulte de la nature et de l'économie du système de charges en cause (par ex. CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. C-173/73 ; CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne c/ Commission*, aff. C-351/98 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne c/ Commission*, aff. C-409/00 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-159/01 ; CJCE, 14 avril 2005*, AEM*, aff. C-128/03 et C-129/03 ; ou CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. C-106/09 P et C-107/09 P).

Or le versement prévu par l'article L. 271-3 du code de l'énergie constitue la compensation financière que la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 autorise les Etats membres à exiger des opérateurs d'effacement pour couvrir les coûts supportés par les fournisseurs à raison de l'effacement. Dès lors que le coût de la garantie capacitaire peut être regardé, au même titre que le coût d'achat de l'électricité injectée sur le réseau par le fournisseur et valorisée par l'opérateur d'effacement, comme un coût d'approvisionnement supporté par le fournisseur, proportionnel à la consommation, se rattachant à la quantité d'électricité effacée et dont cet effacement empêche la couverture, cette prise en compte ne nous paraît pas caractériser l'octroi d'un avantage et ne conduit donc pas à une solution différente de celle retenue en 2016.

Par ailleurs, les opérateurs pratiquant l'effacement diffus et les fournisseurs pratiquant en interne un effacement indissociable de la fourniture et effaçant ainsi leur propre consommation ne se trouvant pas dans la même situation en matière de charges comme de bénéfices, la requérante ne saurait soutenir que le fait de ne pas imposer à ces derniers le versement exigé des opérateurs d'effacement, accorderait à ces fournisseurs un avantage caractérisant une aide d'Etat.

Par suite, sans qu'il soit besoin de vous interroger sur les autres conditions, la qualification d'aide d'Etat pourra être écartée.

Enfin, le dernier groupe de moyens est dirigé contre les dispositions des règles NEBEF 3.4 relatives aux contraintes de rythme imposées pour le calcul de la courbe de référence et la certification des volumes effacés.

L'article R. 271-5 du code de l'énergie dispose que les volumes des effacements de consommation réalisés font l'objet de la part du gestionnaire du réseau public de transport

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'électricité d'une certification qui garantit le caractère effectif de l'effacement de consommation réalisé, selon des modalités définies par les règles NEBEF.

Aux fins de cette certification, RTE met en regard la courbe de consommation effective de l'entité d'effacement (égale à la somme des courbes de consommation des sites de soutirage qui la composent) et la courbe de référence, c'est-à-dire la courbe de charge représentant le volume d'électricité que le consommateur final ou un ensemble de consommateurs finals aurait consommé en l'absence d'effacement, pour cette entité d'effacement. Le calcul de cette courbe de référence constitue donc un enjeu essentiel.

La requérante critique les contraintes de rythme dont les règles NEBEF assortissent la méthode dite du « rectangle algébrique site par site » pour le calcul de la courbe de référence des entités d'effacement profilées contenant plus de 3 000 sites de soutirage profilés. Cette méthode consiste à calculer la courbe de référence de l'entité d'effacement par la somme des courbes de référence unitaires de tous les sites de soutirage profilés constitutifs de l'entité, lesquelles sont établies à partir de la puissance moyenne de la courbe de consommation du site de soutirage profilé sur les deux pas dix minutes précédant le début de l'effacement individuel, et n'admettant de caractériser un effacement individuel qu'à la condition d'observer une diminution significative de la puissance mesurée du site par rapport à celle mesurée sur les pas de dix minutes qui précèdent et suivent immédiatement la plage d'effacement.

Elle conteste, d'une part, la limitation de la durée maximale de la plage d'effacement à 6 heures suivies d'une pause de 2 heures avant toute possibilité de reprendre l'effacement, et d'autre part, le fait qu'un effacement de 30 minutes ne peut être réalisé, pour le calcul de la courbe de référence, que de deux façons : soit par des effacements individuels simultanés de 30 minutes sur la plage d'effacement, soit par l'enchaînement d'effacements individuels de 10 minutes devant être espacés, pour un même site, d'un minimum de 20 minutes – en cas d'effacements plus rapprochés, seul le premier effacement individuel est alors comptabilisé.

La société soutient que ces règles sont entachées d'erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation et portent une atteinte illégale à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie. Elle estime que ces règles n'auraient pas d'autre motif que les limites informatiques de RTE et ne trouveraient notamment aucune justification dans un effet rebond ; qu'elles méconnaîtraient l'article R. 271-3 du code de l'énergie faute d'être fondées sur des critères objectifs, transparents et non discriminatoires ; qu'elles méconnaîtraient également l'article L. 321-15-1 de ce code prévoyant que RTE certifie la bonne réalisation et la valeur des effacements de consommation ; qu'en limitant l'effacement, elles auraient des effets contraires aux objectifs d'intérêt général assignés à l'effacement de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de réduction de la consommation d'énergie ; et qu'elles restreindraient de manière injustifiée et disproportionnée l'exercice par les opérateurs d'effacement de leurs libertés économiques.

Toutefois, d'une part, les règles NEBEF n'imposent pas le recours à la méthode du « rectangle algébrique site à site » pour les sites profilés, mais permettent aussi le recours à la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

méthode du « rectangle à double référence corrigée », dans laquelle la valeur de la courbe de référence est égale, sur chaque pas demi-horaire de la plage d'effacement, à la valeur minimum entre la puissance de référence initiale (calculée en moyenne sur une durée égale au minimum entre la durée de la plage d'effacement/report considérée et deux heures) et la puissance de référence finale, et sur chaque pas demi-horaire de la période de report, à la valeur maximale entre ces deux puissances, assortie de contraintes de rythme distinctes. Or la requérante ne démontre ni l'inadéquation de cette dernière méthode ni l'impossibilité d'y recourir.

D'autre part, les contraintes de rythme précitées procèdent non pas, comme le soutient la requérante, des limites techniques informatiques de RTE, mais de la préoccupation d'éviter que l'effacement réalisé ne soit surestimé du fait de l'effet de rebond lié à l'effacement (et dans une moindre mesure, de l'effet de report de consommation, plus dilué).

La CRE explique ainsi qu'en cas d'effacements trop rapprochés, le calcul de la courbe de référence unitaire du site pour la détermination du second effacement, calculée à partir de la puissance de référence constatée juste avant ce second effacement, risquerait d'être surévaluée en ce qu'elle intégrerait une partie des effets rebond et report de consommation liés à l'effacement immédiatement précédent. Si, en réponse, la société Voltalis conteste l'existence d'un tel effet dans le cas de l'effacement diffus, en invoquant un rapport de RTE publié en 2016 faisant état de ce que l'effet report de consommation dans le secteur résidentiel ne serait que de 50% et s'échelonne sur une longue durée, il convient de relever, d'une part, que ce même rapport faisait état d'une forte dispersion des résultats des études, le taux de 50% n'étant qu'une moyenne au sein de la fourchette 45-75%, qu'il indiquait qu'un effet de report était systématiquement mis en évidence, pouvant commencer dans certains cas dans les minutes suivant l'effacement, qu'il montrait aussi la difficile prédictibilité, au vu des résultats des expérimentations, du comportement des sites en cas de coupures brèves effectuées sur des durées courtes et rapprochées, et enfin, qu'il convient de distinguer l'ampleur du report de consommation (dilué sur 8 à 24h) et la question de l'effet de rebond immédiat de la puissance des équipements, et les schémas théoriques reproduits dans le rapport indiquaient un tel rebond de la puissance de chauffage dans la période suivant immédiatement la baisse de la température de consigne – nonobstant la possibilité qu'au final, toute la quantité de consommation effacée ne soit pas nécessairement reportée sur les heures suivantes.

Ajoutons que la quantification des effacements et leur certification font l'objet de recherches continues par RTE et la CRE dans le but d'une fiabilisation et d'une amélioration des méthodes, au fur et à mesure que la connaissance de l'effacement et que l'expérience en la matière progressent. Les règles NEBEF 3.4 ouvraient ainsi, comme les règles précédentes, la possibilité de tester des méthodes parallèles pour statuer sur leur recevabilité et préparer leur éventuelle prise en compte dans des règles NEBEF ultérieures. C'est ainsi que les règles NEBEF 3.5, postérieures aux règles attaquées et préparant par ailleurs le passage vers un pas de temps de 15 minutes à compter de 2025 dans un cadre européen, ont modifié les contraintes de rythme de la méthode du « rectangle algébrique site à site ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Dans ces conditions, les moyens d'erreur manifeste d'appréciation mais aussi les moyens d'erreur de droit seront écartés. Il en ira de même du moyen tiré de ce que les contraintes de rythme assortissant la certification de l'effacement réalisé sur les sites profilés, en ce qu'elles espaceraient excessivement les effacements certifiables et donc valorisables, porteraient une atteinte injustifiée et disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie.

Par suite, l'ensemble des moyens dirigés contre les délibérations de la CRE seront écartés, de même que les moyens dirigés contre les barèmes publiés par RTE sur la base des règles NEBEF 3.4, qui se bornent à réitérer en les dirigeant contre ces barèmes les critiques adressées aux règles méthodologiques fixées par la CRE. En particulier, le moyen tiré de ce que ces barèmes seraient entachés d'erreur manifeste d'appréciation dès lors que les modalités de calcul retenues conduiraient à des barèmes manifestement disproportionnés au regard des prix payés par les consommateurs et dissuadant les opérateurs d'effacement diffus d'exercer leur activité, sera écarté.

Par ces motifs, nous concluons à l'admission de l'intervention de la société Energy Pool Developpement sous le n° 469230, au rejet des requêtes de la société Voltalis, et à ce que cette dernière verse 3 000 euros à la société RTE au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.