



9 mai 2008

**Prise de position de l'UPRIGAZ sur la consultation ouverte par la CRE
le 16 avril 2008 sur les modalités de surveillance des transactions sur les marchés de
gros de l'électricité et du gaz naturel**

L'Uprigaz se félicite que la Commission de Régulation de l'Energie ait demandé aux opérateurs de formuler leur avis sur la communication du 16 avril 2008.

L'Uprigaz tient à souligner qu'elle s'exprime sur le volet gaz et qu'elle a centré sa contribution sur une analyse juridique, laissant aux opérateurs et à ses membres le soin de formuler des observations à caractère technique et opérationnel.

L'Uprigaz tient à préciser qu'elle est favorable aux principes de surveillance des mouvements anormaux de marché en donnant à la CRE toutes les compétences, en liaison avec les autorités de concurrence, pour diligenter toutes les investigations nécessaires.

L'Uprigaz rappelle que la Commission européenne avait envisagé dans son projet de « 3^{ème} paquet » d'imposer des modalités de surveillance des transactions sur les marchés de gros. Ces propositions avaient suscité des réactions notamment de la part de l'EFET. Il serait, à cet égard, opportun d'attendre les décisions qui pourraient être arrêtées au niveau communautaire avant d'envisager des mesures au plan national.

L'Uprigaz se tient à la disposition de la CRE pour participer à toute réflexion suscitée par le régulateur sur une amélioration des procédures actuelles de surveillance des marchés.

1. LA COMMUNICATION DE LA CRE APPELLE DE LA PART DE L'UPRIGAZ LES OBSERVATIONS SUIVANTES ¹.

La démarche initiée par la CRE s'inscrit dans sa volonté de détection d'éventuels comportements anticoncurrentiels. Elle souhaite vérifier que les différents opérateurs intervenant sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz n'altèrent pas le principe et le mécanisme de libre formation des prix sur ces marchés.

Au plan européen, le CRE s'inscrit dans le cadre des projets de directives communautaires, établis par la Commission européenne, en matière d'électricité et de gaz naturel du « 3^{ème} paquet », définissant une nouvelle politique énergétique au niveau européen. Ce projet de « 3^{ème} paquet » comprend notamment des dispositions relatives à la transparence des marchés de l'électricité et du gaz, s'accompagnant d'obligations en matière de conservation des données par les acteurs du marché européen de l'énergie.

¹ Cette analyse reflète la position de la majorité des membres de l'Uprigaz

Au plan national, la CRE s'inscrit directement dans le cadre de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, modifiée et en particulier de l'article 28 de cette loi, disposant que la CRE surveille les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs sur les marchés organisés de l'électricité et du gaz naturel et de l'article 33, précisant que la CRE peut recueillir toutes informations nécessaires auprès des entreprises intervenant sur les marchés de l'électricité et du gaz naturel, pour l'accomplissement de ses missions.

Ainsi, la CRE semble considérer que pour exercer sa mission de surveillance des marchés de l'énergie, elle doit pouvoir accéder aux transactions effectuées sur les marchés de gros français de l'électricité et du gaz et a retenu à cet effet la mise en œuvre d'une démarche scindée en deux phases :

- . Une première phase, au cours de laquelle la CRE souhaite pouvoir faire ponctuellement toutes demandes d'informations sur des transactions conclues par les opérateurs sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel, postérieurement au 1^{er} janvier 2007.
- . Une seconde phase où la CRE étudiera, sur la base d'un retour d'expérience, la possibilité de mettre en place un système de « collecte systématique » des transactions auprès des intervenants sur le marché.

2. CETTE DEMARCHE SUSCITE DE LA PART DE L'UPRIGAZ, EN PREMIER LIEU, DES RESERVES D'ORDRE JURIDIQUE

La CRE fixe dans sa communication une liste précise des documents devant faire l'objet d'une communication pendant la phase 1.

De plus, la CRE précise dans sa consultation, relativement aux modalités de collecte applicable en phase 1 que les sociétés actives sur les marchés français de gros de l'électricité et du gaz naturel doivent conserver pendant 5 ans les informations relatives à toutes leurs transactions, qu'elles aient été ou non conclues via un intermédiaire (broker ou bourse).

A ce jour, nonobstant la mission de veille et de surveillance des marchés de l'électricité et du gaz naturel de la CRE (art. 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000), l'Uprigaz observe qu'aucun texte législatif et/ou réglementaire n'établit de modalités de collecte d'informations de cette nature relativement aux transactions réalisées par les opérateurs des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel.

Dès lors, ces nouvelles modalités de transmission et de conservation d'informations relativement à la surveillance des transactions sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel s'analysent comme des mesures réglementaires, destinées à s'appliquer de manière générale à l'ensemble des opérateurs intervenant sur ces marchés. Le pouvoir réglementaire spécifique dont dispose la CRE ne lui permet pas de procéder à l'édiction de telles mesures (2.1.), qui ne peuvent en tout état de cause pas concerner des transactions soumises à un droit autre que français (2.2.).

2.1. L'Uprigaz considère que les mesures envisagées par la CRE manquent de base légale

La CRE fonde sa compétence de surveillance des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel et son pouvoir de demande de transmission d'informations, d'une part sur les projets

de directives communautaires en matière d'électricité et de gaz naturel du « 3^{ème} paquet » et, d'autre part sur les articles 28 et 33 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

2.1.1. Le régulateur ne saurait justifier sa compétence en s'appuyant sur les projets de directives du 3^e Paquet

Ces textes demeurent à l'heure actuelle au stade de projet, en cours de discussion au sein des différentes instances concernées et ne saurait en aucun cas constituer une base juridique opposable par la CRE et lui permettant de justifier juridiquement les obligations qu'elle entend imposer en matière de surveillance des transactions des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel.

De plus aucune disposition des directives communautaire actuellement en vigueur en matière d'électricité et de gaz naturel (n° 2003/54 CE sur le marché intérieur de l'électricité, n° 2003/55 CE sur le marché intérieur du gaz naturel, n° 2004/67 CE sur la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et 2005/89 CE sur la sécurité de l'approvisionnement en électricité), n'habilite les régulateurs nationaux à prendre des mesures en matière de surveillance des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel.

2.1.2. La législation française ne donne pas davantage de compétences au régulateur pour imposer les mesures envisagées dans sa communication du 16 Avril 2008

La compétence de la CRE, en droit interne, est définie par l'article 28-I de la loi du 10 février 2000 (modifié en dernier lieu par l'article 5 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006). Ce texte dispose :

« Dans le respect des compétences qui lui sont attribuées, la Commission de régulation de l'énergie concourt, au bénéfice des consommateurs finals, au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel. (...) »

Elle surveille, pour l'électricité et pour le gaz naturel, les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs, les transactions effectuées sur les marchés organisés ainsi que les échanges aux frontières. Elle s'assure de la cohérence des offres des fournisseurs, négociants et producteurs avec leurs contraintes économiques et techniques ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 33 de la loi du 10 février 2000 (modifié en dernier lieu par les articles 72 et 99 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005) dispose pour sa part :

« Pour l'accomplissement des missions qui lui sont confiées, la Commission de régulation de l'énergie peut recueillir toutes les informations nécessaires auprès des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, auprès des gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, des opérateurs des ouvrages de transport ou de distribution de gaz naturel et des exploitants des installations de gaz naturel liquéfié, ainsi qu'auprès des autres entreprises intervenant sur le marché de l'électricité ou du gaz naturel. Elle peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ».

La CRE, comme toute autorité administrative, n'est investie du pouvoir réglementaire que dans la mesure où elle dispose d'une investiture précise et spécifique par un texte de loi (Conseil d'Etat, Avis n° 324507 du 17 mai 1979). Si le Conseil constitutionnel a ainsi admis

que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur habilite d'autres autorités de l'Etat que le Premier ministre à « *fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi* » (Cons. Constit. 18 sept. 1986, Rec. p. 141), c'est à la condition que ce pouvoir réglementaire spécial ne subordonne pas le pouvoir réglementaire propre du Gouvernement et ne soit pas « *trop étendu en raison de sa portée* » (Cons. Constit. 17 janv. 1989, Rec. p. 18) ou « *n'aille pas au-delà de mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (Cons. Constit. 28 juill. 1989, Rec. p. 71).

Ainsi, la CRE ne dispose donc pas d'un pouvoir réglementaire général mais, au contraire, d'un pouvoir réglementaire spécifique et strictement encadré.

Le pouvoir réglementaire de la CRE en matière de gaz naturel est quant à lui défini par l'article 37-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (créé par l'article 10 de loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006), de manière symétrique aux pouvoirs dont elle est investie en matière d'électricité :

« Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'énergie précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel, les règles concernant :

1° Les missions des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de gaz naturel en matière d'exploitation et de développement de ces réseaux ;

2° Les missions des gestionnaires des installations de gaz naturel liquéfié et celles des opérateurs de stockages souterrains de gaz naturel ;

3° Les conditions de raccordement aux réseaux de transport et de distribution de gaz naturel ;

4° Les conditions d'utilisation des réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et des installations de gaz naturel liquéfié ;

5° La conclusion de contrats d'achat, en application du quatrième alinéa de l'article 21 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée, et de protocoles par les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution de gaz naturel ;

6° Les périmètres de chacune des activités faisant l'objet d'une séparation comptable en application de l'article 8 de la même loi, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités ».

Par conséquent, le pouvoir réglementaire de la CRE se limite aux seules activités régularisées de transport, de stockage et de distribution ².

² Ce pouvoir réglementaire de la CRE est défini, en matière d'électricité, par l'article 37 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (modifié en dernier lieu par l'article 13 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003) dans les termes suivants :

« Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, la Commission de régulation de l'énergie précise, en tant que de besoin, par décision publiée au Journal officiel de la République française, les règles concernant :

1° Les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité en matière d'exploitation et de développement des réseaux, en application des articles 14 et 18 ;

Si l'article 28-I de la loi du 10 février 2000 confère bien à la CRE – comme cette dernière l'indique dans sa consultation publique – un pouvoir de surveillance des transactions effectuées par les opérateurs sur les marchés organisés de l'électricité et du gaz naturel, aucune des dispositions des articles 37 et 37-1 de cette même loi, définissant strictement le champ d'application du pouvoir réglementaire de la CRE, ne lui confère de pouvoir réglementaire particulier dans le domaine spécifique de la surveillance des transactions sur les marchés de gros.

Dès lors, la CRE ne dispose pas de la compétence lui permettant de définir des obligations particulières applicables à l'ensemble des opérateurs sur les marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel et entraînant pour eux des charges nouvelles.

Or, les modalités fixées par la CRE et soumises à consultation imposent directement des sujétions supplémentaires aux opérateurs de marché allant au-delà de celles que prévoit la loi.

Si l'article 33 de la loi du 10 février 2000 donne à la CRE le pouvoir de recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de ses missions, la loi n'impose en revanche pas aux opérateurs du marché, une obligation de conservation des données afférentes à leur activité, pas plus qu'elle ne les astreint à un mode particulier de conservation et de transmission des informations.

Le CRE n'est pas légalement habilitée à contraindre les opérateurs à conserver les informations considérées comme utiles, ni à les communiquer sous un format particulier soit de manière ponctuelle, à sa demande, soit de manière systématique (transmission de l'intégralité des conventions conclues) comme cela est prévue en phase 2. Dans ces conditions, les obligations que la CRE entend imposer aux acteurs de marchés apparaissent dépourvues de base légale.

2.2. L'Uprigaz souligne que les nouveaux entrants sont le plus souvent des sociétés étrangères ou des filiales de compagnies opérant à l'étranger

Les modalités de surveillance des transactions soumises à consultation par la CRE s'appliquent à l'ensemble des transactions conclues pour les livraisons physiques sur les marchés de gros français, de l'électricité et du gaz.

Toutefois, ces livraisons physiques sur les marchés français peuvent donner lieu à la conclusion de transactions avec des intermédiaires (fournisseurs, négociants) ou des producteurs étrangers, relevant des législations des pays concernés.

2° Les conditions de raccordement aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, en application des articles 14 et 18 ;

3° Les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, en application de l'article 23 ;

4° La mise en œuvre et l'ajustement des programmes d'appel, d'approvisionnement et de consommation, et la compensation financière des écarts, en application des articles 15 et 19 ;

5° La conclusion de contrats d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution, en application du III de l'article 15 ;

6° Les périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités, conformément aux articles 25 et 26 ».

Par conséquent, en matière d'électricité, les pouvoirs de la CRE concernent uniquement les activités dites « régulées », c'est-à-dire de transport et de distribution, à l'exclusion des activités concurrentielles (production, fourniture).

La volonté de la CRE d'appréhender de manière globale le comportement des opérateurs sur le marché de gros de l'électricité et du gaz naturel pourrait conduire cette dernière à demander la transmission d'informations concernant des contrats conclus à l'étranger sous l'égide d'une loi étrangère (et pouvant comporter, comme c'est l'usage, des clauses de confidentialité).

Or, le principe de territorialité de la loi interdit à une autorité administrative, telle que la CRE, dont la compétence est strictement nationale, de connaître de transactions conclues en dehors du territoire national, en application de lois étrangères, et dont l'exécution n'est pas réalisée en France (V. par ex. CE, 30 déc. 2002, Sté Eiffage, req. n° 249904).

Dès lors, la CRE ne saurait revendiquer de compétence particulière pour connaître de transactions conclues sur des marchés étrangers et soumises à un droit autre que français, quand bien même, ces transactions auraient *in fine* une incidence, en l'espèce, sur les prix pratiqués sur les marchés français de gros de l'électricité et du gaz naturel. Dans ces conditions, la CRE ne peut formuler auprès des opérateurs aucune demande concernant des transactions conclues à l'étranger, ou ressortant de législation autre que la législation française sur l'électricité et le gaz naturel, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence.

3. L'UPRIGAZ CONSIDERE EN SECOND LIEU QUE LES MESURES ENVISAGEES PAR LA CRE CONSTITUERAIENT UNE BARRIERE A L'ENTREE, SUR LE MARCHE FRANÇAIS, DE NOUVEAUX OPERATEURS

Bien évidemment, il est clair que les autorités de régulation, comme les autorités de concurrence, sont fondées, en cas de dysfonctionnement du marché, à recueillir toutes les informations qu'elles jugeraient nécessaires d'obtenir pour instruire les plaintes dont elles sont saisies.

Il est paradoxal que le régulateur qui s'efforce d'un côté d'ouvrir le marché français à de nouveaux acteurs, s'il devait introduire des procédures de reporting et de conservation des données lourdes, bureaucratiques et onéreuses, amènerait les nouveaux entrants à se désintéresser du marché français. Les mesures envisagées constituent en fait une véritable barrière à l'entrée.

En effet, les obligations exposées dans la communication du 16 avril 2008 que la CRE entend imposer aux opérateurs sont pour l'essentiel des obligations administratives tenant à la communication et la conservation de données spécifiques, qui seraient propres à faciliter la surveillance par la CRE des transactions sur les marchés de gros de l'électricité, d'une part, et du gaz naturel, d'autre part. Or, ces obligations sont extrêmement lourdes. Le degré de détail des données individuelles qui devraient être fournies pour chaque transaction, ainsi que l'obligation de conserver ces données pendant cinq ans, impliqueraient en effet des coûts administratifs et financiers conséquents pour les opérateurs concernés.

Dans ces conditions, on ne saurait exclure que ces obligations propres à la réglementation française puissent dissuader certains opérateurs, et notamment de nouveaux intervenants sur le marché français du gaz, de mener leurs opérations au profit d'autres pays qui n'imposeraient pas de telles contraintes administratives. De la même manière, les opérateurs soumis à ces obligations et, partant, aux contraintes financières et organisationnelles qu'elles impliquent, se verraient défavorisés à l'international par rapport à ceux de leurs concurrents auxquels la réglementation française ne serait pas applicable.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), le Traité CE exige la suppression de toute restriction de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayante l'exercice d'une activité économique dans un Etat membre, et ce même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres (voir arrêts CJCE, *Säger*, C-76/90, Rec. p. I-4221 ; *Vander Elst*, C-43/93, Rec. p. I-3803 ; *Guiot*, C-272/94, Rec. p. I-1905 ; *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511 ; *Parodi*, C-222/95, Rec. p. I-3899).

La Cour de justice des Communautés européennes a pris le soin de préciser que « les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (CJCE, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-04165 ; soulignement ajouté).

A cet égard, il convient de noter que la CJCE a déjà eu l'occasion de juger que des considérations d'ordre purement administratif ne sauraient justifier une dérogation, par un État membre, aux règles du droit communautaire, et ce d'autant plus lorsque la dérogation en cause revient à exclure ou à restreindre l'exercice d'une des libertés fondamentales du droit communautaire (CJCE, *Arblade*, C-369/96, Rec.1999 p. I-8453 ; para. 34 et 37).

Dans ces conditions, il ne fait pas de doute que la collecte des données extrêmement détaillées et précises exigées des opérateurs pour chaque transaction conclue sur le marché de gros du gaz naturel, ainsi que leur conservation pendant une durée de cinq années, sont des obligations disproportionnées qui vont bien au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la surveillance de ces marchés.

Dès lors, parce qu'elles sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'établissement de nouveaux opérateurs et/ou l'exercice des activités concernées en France et qu'elles apparaissent en pratique tout à fait disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi, les obligations exposées par la CRE dans sa communication du 16 avril 2008 constitueraient des restrictions injustifiées à la liberté d'établissement et la libre prestation de services, garanties par le Traité CE.

Union Professionnelle des Industries Privées du Gaz
Immeuble CITICENTER – Bureau 300 – 19, Le Parvis 92800 PUTEAUX LA DEFENSE CEDEX (France)
Tél : ++ 33 (0) 1 47 44 62 22 / Fax : ++ 33 (0) 1 47 44 47 88 / email : uprigaz@uprigaz.com
www.uprigaz.com
SIREN : 429 801 665