

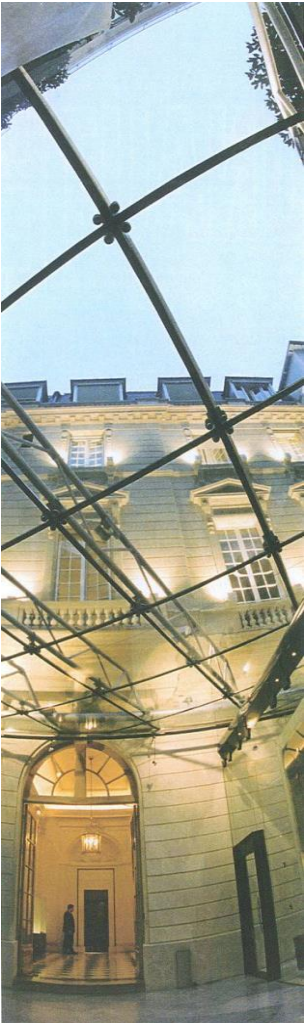
Christine Le Bihan-Graf

Comment réconcilier la jurisprudence européenne en matière de concurrence et les besoins d'investissements de long terme dans les infrastructures énergétiques?



12 janvier 2016

Cette présentation n'engage que son auteur et en aucun cas le cabinet De Pardieu Brocas Mafféi.



- 1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme**

1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme

1.1. La Commission est opposée, par principe, aux contrats de long terme conclus par des fournisseurs historiques d'énergie qui se trouvent en situation de position dominante

- Les contrats de long terme posent des problèmes du point de vue du droit de la concurrence :
 - ils verrouillent le marché et empêchent l'émergence de nouveaux fournisseurs, une grande partie de la clientèle étant déjà captive à l'égard de l'opérateur historique ;
 - ils peuvent conduire les opérateurs qui les concluent à abuser automatiquement de leur position dominante, que ce soit sur leur propre marché ou sur des marchés connexes.

- La Commission européenne a, à plusieurs reprises, remis en cause les contrats de long terme conclus par des opérateurs historiques qui risquaient de les placer en situation d'abus de position dominante.

- Lorsqu'ils sont associés à un dispositif de soutien, les contrats de long terme peuvent être assimilés à des aides d'Etat (exemple pour les producteurs : les obligations d'achat pour les ENR). Lorsqu'ils sont conclus avec des gros consommateurs et associés à des prix inférieurs aux prix du marché, ils sont considérés comme des aides au fonctionnement incompatibles.

1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme

1.2. C'est uniquement au prix de conditions très strictes que la Commission européenne accepte, avec réticence, les engagements de long terme

1.2.1. Certains contrats de long terme ont été admis en contrepartie d'engagements à en limiter la durée

A/ Contrats de long terme conclus par Distrigaz avec de gros consommateurs :

- Distrigaz, qui est en situation de position dominante, a conclu des contrats de long terme de fourniture de gaz avec de gros clients en Belgique.
- Pour la Commission européenne (décision du 11 octobre 2007), la nature de ces contrats pouvait entraîner un verrouillage du marché qui aurait exclu les autres fournisseurs du marché.
- En réponse à la décision de la Commission européenne, Distrigaz a proposé des engagements qui ont été validés :
 - chaque année, libération de 65% des volumes contractés par Distrigaz afin qu'ils puissent être contractés par d'autres fournisseurs ;
 - la durée des nouveaux contrats n'excèdera pas 5 ans ;
 - Distrigaz ne conclura pas d'accord de fourniture de gaz d'une durée supérieure à 2 ans avec ses revendeurs.

1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme

1.2. C'est uniquement au prix de conditions très strictes que la Commission européenne accepte, avec réticence, les engagements de long terme

B/ Contrats de long terme d'EDF avec des clients industriels

- Une enquête a été ouverte par la Commission européenne en juillet 2007 sur un potentiel abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE et visant les contrats de long terme entre EDF et des grands clients industriels en France.
- La Commission européenne a considéré que :
 - ces contrats pouvaient empêcher les clients de s'adresser à d'autres fournisseurs, réduisant ainsi la concurrence sur le marché, en particulier au regard de leur nature exclusive et de leur durée ;
 - les restrictions à la revente dans les contrats de long terme avec les clients industriels, en limitant le nombre potentiel de vendeurs d'électricité et les volumes disponibles à la revente, pouvaient avoir renforcé le manque de liquidité sur le marché du négoce et, par conséquent, les barrières à l'entrée sur le marché pertinent.



Compte tenu de la position dominante d'EDF, ces pratiques risquaient de verrouiller le marché français de l'électricité en rendant difficiles l'entrée et l'expansion des fournisseurs alternatifs.

1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme

1.2. C'est uniquement au prix de conditions très strictes que la Commission européenne accepte, avec réticence, les engagements de long terme

- La société EDF a pris des engagements validés par la Commission européenne le 17 mars 2010 et devenus contraignants pour une durée de 10 ans à compter du 1^{er} janvier 2010. Ces engagements consistent à :
 - remettre chaque année sur le marché 65% en moyenne de l'électricité pour laquelle EDF a passé des contrats avec des grands clients, soit du fait de l'expiration de contrats, soit en permettant aux clients de résilier leurs contrats sans frais ;
 - ne pas excéder de 5 ans la durée des contrats que la société signerait à l'avenir avec ses grands clients, à moins que lesdits clients ne puissent résilier leurs contrats sans frais tous les 5 ans au moins ;
 - proposer systématiquement, dans ses offres aux grands clients industriels, une formule contractuelle qui leur permettra de souscrire une fourniture complémentaire auprès d'un autre fournisseur de leur choix ;
 - ne plus restreindre la revente d'électricité par ses grands clients industriels (pour les contrats en cours ou pour les nouveaux contrats).

1. La Commission européenne a aujourd'hui une position d'opposition de principe aux contrats de long terme

1.2. C'est uniquement au prix de conditions très strictes que la Commission européenne accepte, avec réticence, les engagements de long terme

1.2.2. Certains contrats de long terme ont été acceptés sous réserve d'introduction de clauses de sortie et d'achat-revente

EXELTIUM

- En 2008, EDF a conclu un contrat avec un consortium d'industriels électro-intensifs pour la fourniture de volumes déterminés d'électricité à un prix compétitif en échange de la participation aux investissements d'EDF dans le nucléaire et aux risques d'exploitation de son parc nucléaire.
- La Commission européenne a considéré comme préoccupants :
 - la fourniture de volumes significatifs d'électricité au consortium pour une durée très longue ;
 - les restrictions à la revente qui auraient pu avoir un effet anticoncurrentiel.
- À la demande de la Commission, des modifications ont dû être apportées au dispositif :
 - une option de sortie effective pour les membres du consortium a été ajoutée, réduisant l'effet potentiel de verrouillage (insertion d'une clause de sortie) ;
 - les restrictions à la revente ont été supprimées par l'insertion d'une clause d'achat-revente.

- 2. Cette position de principe ne tient pas compte des défaillances du marché de l'énergie telles qu'on les constate aujourd'hui**

2. Cette position de principe ne tient pas compte des défaillances du marché de l'énergie telles qu'on les constate aujourd'hui

2.1. L'interdiction des contrats de long terme freine les acteurs du marché qui ont besoin de visibilité

L'interdiction des contrats de long terme ne serait pertinente que si le marché ne présentait pas de défaillances, ce qui n'est pas le cas. En effet, le marché de gros de l'énergie en France est un marché de court terme, qui reflète seulement la situation à court terme de l'équilibre offre-demande. C'est donc un marché d'ajustement journalier et d'optimisation financière qui n'offre pas de visibilité au-delà de quelques années.

Ce marché présente donc plusieurs défaillances :

■ **les gros consommateurs que sont notamment des industriels électro-intensifs ne trouvent pas sur ce marché les volumes adaptés à leurs besoins et sur une durée suffisante assurant la sécurité de leurs approvisionnements à un prix prévisible :**

- le marché présente des **fluctuations de prix de grande ampleur et très rapide**. Sur la période récente, une baisse rapide des prix du marché de gros est intervenue en Europe en parallèle de l'effondrement du prix du CO₂, du charbon et du pétrole. Pour autant, rien n'indique qu'il n'y aura pas une remontée significative des prix car ces derniers ne peuvent pas demeurer durablement inférieurs aux coûts de production ;
- le **marché de gros européen reste très fragmenté**. La situation entre la France et l'Allemagne se caractérise par un différentiel de prix, début 2015, de l'ordre de 7 euros/MWh ;
- les **procédés industriels sont structurellement assis sur des contrats à long terme dans le monde**. En dehors de l'Europe, les contrats long terme sont la règle pour la plupart des industriels.

2. Cette position de principe ne tient pas compte des défaillances du marché de l'énergie telles qu'on les constate aujourd'hui

2.1. L'interdiction des contrats de long terme freine les acteurs du marché qui ont besoin de visibilité

- le marché de gros de l'énergie est **non incitatif pour des investissements de long terme dans les capacités de pointe** :
 - la volatilité des prix de gros à court terme ne permet pas de donner des signaux-prix stables et de long terme seuls capables d'induire un niveau approprié d'investissement dans de nouvelles capacités de production de pointe ;
 - le marché de gros ne valorise pas à son juste prix l'énergie distribuée en cas de défaillances (prix trop bas). Le prix de l'électricité lors des pics de consommation sous-estime le coût de cette électricité, et ne permet donc pas d'inciter les investissements ;
 - même si le prix reflétait le coût de cette électricité, la faible probabilité de la pointe n'incite pas à investir dans les moyens de production de pointe. Un *business model* reposant sur des pics de prix certes importants mais dont la probabilité d'intervention demeure faible ne saurait, en effet, être viable.

- ce marché de court terme ne peut pas favoriser à lui seul les **investissements dans l'électricité décarbonnée** et ne peut donc pas financer le développement des ENR.

2. Cette position de principe ne tient pas compte des défaillances du marché de l'énergie telles qu'on les constate aujourd'hui

2.2. Si certains remèdes, dont l'efficacité doit encore être démontrée, ont été mis en place pour pallier ces difficultés, les contrats de long terme demeurent également indispensables

■ Remèdes :

- le marché de capacités qui prend acte des imperfections du marché « *Energy only* » ;
 - le maintien de l'obligation d'achat toutefois profondément réformée sous la forme de « *contract for difference* » pour assurer la convergence du prix des ENR avec le prix du marché de gros, tout en tenant compte du soutien dont les ENR ont besoin par le biais d'un complément de rémunération.
- ### ■ Les contrats de long terme de fourniture demeurent nécessaires tant pour les producteurs que les consommateurs afin d'introduire un signal-prix de long terme faisant actuellement défaut :
- pour assurer l'investissement dans les moyens de production d'énergie, en particulier pour les ENR qui sortiront de l'obligation d'achat et imposeront encore un coût d'investissement important pour un coût de fonctionnement (coût marginal) très faible ;
 - pour les industriels électro-intensifs qui ont des cycles d'investissements de plusieurs dizaines d'années. Pour ces derniers, il convient de relever que la Commission européenne ne surmonte ses réticences que si les contrats d'achats d'énergie de long terme peuvent être qualifiés de contrats de type industriels, dans lesquels les consommateurs prennent part aux investissements de production et partagent les risques d'exploitation du producteur. Ces contrats permettent d'écarter, en partie, les problématiques de droit de la concurrence.

Conclusion

- Manifestement, la Commission européenne est réticente à reconnaître l'existence des défaillances du marché « *Energy only* », ce qui explique la remise en cause du marché de capacités.
- La Commission européenne a, en effet, ouvert une enquête approfondie sur le mécanisme des capacités en France et a invité la France à présenter ses observations dans une lettre du 13 novembre 2015.
- Pour autant, cette réticence ne supprime pas les défaillances du marché et la Commission européenne ne trace pas aujourd'hui les contours des solutions qui s'avèrent nécessaires, tant pour les investisseurs que certains consommateurs.
- Dans sa contribution à la consultation publique sur la nouvelle organisation du marché de l'énergie du 15 juillet 2015, la France relève la nécessité de mettre en place de telles solutions et de réintroduire l'exigence du long terme dans la construction du marché européen de l'énergie.

DE PARDIEU BROCAS MAFFEI

AVOCATS A LA COUR

DE PARDIEU BROCAS MAFFEI

AVOCATS

Christine Le Bihan-Graf

Avocat à la Cour

Secrétariat : +33 (0)1 53 57 71 78

Standard : +33 (0)1 53 57 71 71

Le-bihan-graf@de-pardieu.com

57 avenue d'Iéna - CS 11610

75773 Paris Cedex 16

www.de-pardieu.com

De Pardieu Brocas Maffei A.A.R.P.I.

57 avenue d'Iéna – CS 11610

75773 Paris Cedex 16

France

Tél. : +33 (0)1 53 57 71 71 – Fax : +33 (0)1 53 57 71 70

info@de-pardieu.com

www.de-pardieu.com