



Quel impact de la crise liée au coronavirus sur
l'ARENH ?

L'accord-cadre ARENH doit-il être suspendu ?

La clause de force majeure peut-elle être activée ?



Le point sur les contentieux avec

Anatole PENY

Magistrat administratif

Energie en lumière



Notre ambition : mettre l'énergie en lumière !



Actualités



Ressources
documentaires



Analyses



QCM

Énergie en lumière a pour objectif de présenter et d'expliquer le plus complètement et le plus simplement possible les questions et enjeux de la transition énergétique.

Ce site se conçoit comme un outil qui s'adresse autant aux professionnels du secteur qu'au grand public. Il a vocation à être un lieu de débat, de connaissance et de partage de la culture scientifique.

Ce site internet est financé par le projet E2S de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (UPPA) et intervient dans le cadre des activités du consortium public-privé Pau droit énergie.

contact@energie-en-lumiere.fr

La crise sanitaire fait naître d'importants contentieux et le secteur de l'énergie n'est pas épargné. Le différend entre Total Direct Energie (TDE) et EDF sur les modalités de suspension de l'ARENH en est un témoin avec déjà plusieurs décisions : celle du Conseil d'Etat du 17 avril 2020 (n°439949) et celles du Tribunal de commerce de Paris du 20 mai 2020 (concernant TDE) et du 26 mai 2020 (concernant Gazel Energie).

Afin d'avoir une vision précise des tenants et aboutissants, la rédaction d'Energie en lumière a souhaité interviewer M. Anatole PENY, magistrat administratif au Tribunal administratif de Paris et ancien chef du bureau Droit de l'industrie, de l'énergie et des réseaux de communication de la direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances.

Le 28 mai 2020.

Energie en lumière (EEL) : En quoi consiste le mécanisme de l'ARENH (Accès régulé à l'électricité nucléaire historique) ?

Anatole PENY : Le mécanisme de l'ARENH, qui a été introduit par la loi NOME en 2010, a été imaginé comme une réponse juridique et technique à l'obligation posée par le droit européen d'ouvrir le secteur à la concurrence. Afin de ménager un espace concurrentiel suffisant aux nouveaux entrants, l'accès à des moyens de production compétitifs était crucial puisque le parc électro-nucléaire construit et exploité par EDF fournit 75 % des besoins en électricité du pays. Or, le seul approvisionnement sur les marchés de gros ne permettait pas aux fournisseurs de proposer, en moyenne, un prix de l'électricité aussi compétitif que celui d'EDF. Face à cette défaillance de marché, la solution a consisté à permettre aux alternatifs de se « sourcer » directement auprès d'EDF, qui est donc devenu à la fois un vendeur obligé et un concurrent direct.

Pour ne pas léser EDF, les conditions d'achat de cette électricité doivent refléter les conditions

économiques de production par les centrales nucléaires concernées. C'est l'idée de juste rémunération (art. L. 337-14 du code de l'énergie). Le prix d'achat a ainsi été fixé à 42 euros par mégawattheure, par voie d'arrêté. Ce prix n'a pas été modifié depuis 2012, malgré les demandes d'EDF. Par ailleurs, le volume total d'électricité pouvant être cédé est plafonné mais ce plafond devrait, après la modification législative récente et sous réserve de la publication de l'arrêté la mettant en oeuvre, être porté de 100 à 150 térawattheures par an, soit environ 40 % de la production annuelle du parc nucléaire historique.

Les conditions d'achat de cette électricité sont fixées dans un accord-cadre élaboré avec les parties prenantes sous le contrôle de la Commission de régulation de l'énergie mais qui ne peut être modifié que par un arrêté du ministre de l'énergie. Dérogeant à l'adage selon lequel les conventions tiennent lieu de loi aux parties, c'est ici de la loi que les parties reçoivent leurs contrats. En outre, EDF est tenue de signer l'accord avec tout fournisseur en faisant la demande.

EEL : Quelles raisons ont poussé certains acteurs à solliciter la suspension de l'accord-cadre ARENH ?

Anatole PENY : Le contentieux actuel n'est que la traduction juridique d'une bataille économique : la partie qui aura gain de cause devant le juge ne devra pas assumer le coût de la pandémie. Tout dépend donc de la lecture que fera le juge de l'accord-cadre, qui contient, très classiquement, une clause de force majeure en cas de survenue d'un événement imprévisible et irrésistible aux parties. Empêché d'exécuter l'obligation qui est la sienne, le débiteur s'en trouve libéré, au moins provisoirement, et le contrat est suspendu. C'est l'article 1218 du code civil.

C'est cette clause qui a été activée par Total et plusieurs autres fournisseurs après l'apparition du Covid-19 pour faire face à l'effondrement soudain de la consommation d'électricité. L'électricité n'étant pas un bien stockable, et pour faire face à une baisse de la consommation comprise entre 20 et 30 %, les fournisseurs ont été contraints de la revendre à prix très décoté sur les marchés de gros, au prix de lourdes pertes. On notera au passage qu'un événement de force majeure ne remet pas en cause les quantités d'électricité achetées, il en diffère seulement la date de livraison.

On saisit tout de suite l'enjeu : selon que l'on se place à la fin mars, au moment du confinement, ou aujourd'hui, alors que la consommation d'électricité reprend et que les prix de l'électricité ont remonté sur les marchés de gros, l'impact économique n'est pas du tout le même.

EEL : Quels ont été les arguments d'EDF pour refuser l'activation de la clause ?

Anatole PENY : Il y a deux questions. D'abord, sur le plan procédural, EDF était libre d'exprimer son désaccord, raison pour laquelle l'accord-cadre prévoit une phase amiable avant toute saisine du juge, mais elle ne pouvait pas bloquer son activation. Seule la CRE peut théoriquement le faire. Théoriquement, car l'accord-cadre ne dit rien sur ce point.

Ensuite, sur le plan juridique, l'argumentation d'EDF consiste à dire qu'une pandémie reste un aléa économique auquel tout opérateur industriel doit pouvoir se préparer, quand bien même ses chances de survenance sont minimales. Ce qui est un peu ironique, c'est que cette clause avait été au départ pensée en cas d'indisponibilité prolongée du parc nucléaire, donc plutôt à l'avantage d'EDF. Mais quand bien même ces contrats sont un peu particuliers puisqu'entièrement figés par voie réglementaire, il n'empêche que les obligations fonctionnent dans les deux sens !

EEL : Que nous enseignent les décisions du Conseil d'État et du Tribunal de commerce de Paris ? Sont-elles contradictoires ?

Anatole PENY : D'abord, il s'agit de deux décisions de référé, c'est-à-dire provisoires et ne présument pas de l'audience au fond. A ce stade, la décision du Conseil d'État et celle du Tribunal de commerce apparaissent plutôt complémentaires dans la mesure où chaque juge examine une question distincte en prenant soin de ne pas empiéter sur le travail de son homologue.

Devant le Conseil d'État, l'enjeu concernait l'intervention de la CRE dans le processus d'activation de la clause de force majeure. Les concurrents d'EDF soutenaient que la clause s'appliquait de plein droit et que la CRE était tenue de transmettre les données actualisées à RTE dès son activation. Mais le Conseil d'État n'a même pas eu à répondre à cette question, considérant que la condition tenant à l'urgence à statuer n'était pas remplie. Pour le Conseil d'État, les pertes subies par les fournisseurs alternatifs ne sont pas susceptibles de menacer « leur survie à horizon de quelques mois », c'est-à-dire le temps que le juge commercial se prononce.

Le Tribunal de commerce de Paris avait une tâche plus délicate puisqu'il lui revenait de statuer sur les obligations respectives des parties à la lecture du contrat ARENH.

En tant que juge de l'évidence, le juge des référés n'a pas compétence pour interpréter un contrat. Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance c'est donc que, pour le juge commercial, les conditions tenant à l'activation de la clause de force majeure sont manifestement réunies au terme d'une lecture littérale du contrat. La pandémie actuelle ne pouvait être raisonnablement prévu, c'est un phénomène qui échappe au contrôle du débiteur et l'empêche d'exécuter son obligation « dans des conditions économiques raisonnables. ». Cette dernière précision ne figure pas dans le code civil mais résulte des stipulations de l'article 10 de l'accord-cadre. En l'absence d'un tel ajout, qui impose une comparaison avec un fonctionnement économique normal, le débat aurait sans doute été plus difficile à trancher sur le point de savoir si les concurrents d'EDF étaient véritablement empêchés d'exécuter leur obligation de recevoir les quantités d'électricité achetées. Ce qui montre bien l'importance, même dans un contrat dont les clauses sont entièrement réglementaires, de bien négocier les termes en amont !

EEL : Quelles sont les prochains développements à attendre sur le plan contentieux ?

Anatole PENY : A défaut d'accord amiable entre les parties, il faut s'attendre à un contentieux en plusieurs épisodes, EDF ayant

annoncé sa volonté de faire appel de la décision de référé du Tribunal de commerce devant la Cour d'appel de Paris, qui devrait se prononcer d'ici quelques mois. Un pourvoi en cassation est par ailleurs toujours possible. Parallèlement, EDF a sans doute déposé une requête au fond devant le Tribunal de commerce, elle-même susceptible d'appel et de cassation. Devant le Conseil d'État, en revanche, un jugement au fond devrait intervenir d'ici quelques mois puisqu'il s'agit d'une délibération de la CRE, justiciable directement devant la haute juridiction administrative.

EEL : Quid du rôle de la CRE dans ce litige ?

Anatole PENY : La question du rôle de la CRE dans le cadre de l'activation de la clause de force majeure sera évidemment au cœur des débats et la réponse à apporter n'est pas évidente.

La particularité du mécanisme ARENH tient à la présence d'un intermédiaire dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre : la CRE. C'est à cette dernière qu'il incombe de notifier à Réseau de Transport d'Électricité et EDF, au moins trente jours avant le début de chaque période de livraison, la quantité d'électricité qu'EDF « doit injecter chaque demi-heure de la période de livraison à venir au titre de l'ARENH » (art. R. 336-19 du code de l'énergie).

En l'espèce, si la CRE avait accepté de faire jouer la clause de force majeure, elle aurait alors dû indiquer à RTE et EDF une baisse globale des quantités d'électricité à injecter sur le réseau, correspondant à la part des volumes initialement demandés par les fournisseurs et désormais jugés par eux excédentaires. Constatant le désaccord entre les parties, la CRE s'est cependant refusée à jouer ce rôle de messenger et a choisi d'attendre la réponse du Tribunal de commerce de Paris.

Toutefois, si l'on considère que la clause s'applique de plein droit, comme le Tribunal de commerce, alors il devrait y avoir une forme de transmission automatique des données de consommation à EDF. A cet égard, l'accord-cadre précise bien que les obligations des parties « sont suspendues pendant la durée de l'événement de force majeure. ».

A contrario, on peut aussi voir dans le choix de la CRE de ne pas transmettre les données, une forme de révérence vis-à-vis du juge, en s'abstenant de s'immiscer dans un contentieux qui ne la concerne pas.

La difficulté c'est que la CRE ne s'est pas contentée de constater le désaccord entre les parties mais a également précisé dans sa délibération que « les conséquences d'une suspension totale des contrats ARENH en raison de l'activation des clauses de force majeure seraient disproportionnées ».

Ce faisant, la CRE peut donner l'impression d'interpréter le contrat. Le Conseil d'État devra donc s'interroger sur le rôle joué par la CRE, en tant que régulateur, dans un litige de nature contractuelle. Dans l'éventualité où le juge administratif jugerait que la CRE était tenue de transmettre automatiquement les données à RTE, il ne serait pas inenvisageable qu'un recours indemnitaire soit introduit par les fournisseurs, y compris EDF, si la démonstration était apportée de ce que ce blocage aurait entraîné une baisse supplémentaire des prix sur les marchés de gros en raison de l'afflux de quantités d'électricité non consommées. Mais il s'agit d'un régime de faute lourde, qui joue rarement.

EEL : Peut-il y avoir un impact sur la réforme en cours de l'ARENH ?

Anatole PENY : A priori non, puisque ce litige

ne porte pas sur l'essence du dispositif mais sa mise en œuvre dans des circonstances exceptionnelles. La consultation ouverte par le ministère de la Transition écologique et solidaire en janvier dernier va se poursuivre et plusieurs options sont sur la table – revalorisation du prix d'achat, système de « corridor » de prix – afin de permettre un accès pérenne à la ressource tout en limitant les phénomènes d'arbitrage financiers entre l'approvisionnement nucléaire régulé et l'approvisionnement sur les marchés de gros à terme.

Enfin, tant que les contentieux ne sont pas purgés, il paraît difficile d'envisager une modification de l'accord-cadre, d'autant que tout changement ferait inévitablement naître des soupçons si la clause de force majeure était réécrite dans un sens plus favorable à EDF.





L'Énergie en lumière



Tous droits réservés

contact@energie-en-lumiere.fr