

Record II-5.4 : L'Agence Européenne de Coopération des Régulateurs de l'Energie (ACER) s'est réunie pour la première fois les 4 et 5 mai 2010

INFORMATION A RETENIR :

Les 4 et 5 mai 2010 se sont réunis à Bruxelles les régulateurs européens de l'énergie, au sein de l'Agence Européenne de Coopération des Régulateurs de l'Energie (ACER) créée par le Règlement communautaire du 13 juillet 2009. Cette réunion s'est tenue parallèlement à une nouvelle session de l'Assemblée générale du Conseil des Régulateurs Européens de l'Energie (CEER, association volontaire de coopération des régulateurs nationaux indépendants du secteur de l'énergie en Europe).

RAPPEL DU CONTEXTE ET RESUME DU DOCUMENT :

Antérieurement à l'instauration de l'ACER, et dans le but de faciliter la consultation des organes de régulation des États membres, une décision de la Commission européenne de 2003 avait mis en place le Groupe des Régulateurs Européens pour les secteurs de l'Electricité et du Gaz (GREEG). Cet organe consultatif indépendant assistait la Commission sur les questions énergétiques et devait faciliter la mise en place et le fonctionnement d'un marché unique de l'énergie.

Malgré les nombreux travaux du GREEG en termes de diffusion de bonnes pratiques, de consultations publiques et d'association avec diverses parties prenantes, une coopération accentuée des États membres au sein d'une structure communautaire est apparue nécessaire en vue de renforcer le marché intérieur du gaz et de l'électricité. L'enjeu pour l'Union européenne est d'accélérer l'intégration européenne du marché de l'énergie.

Le troisième « paquet énergie », composé de 2 directives et 3 règlements, dont l'objectif est de libéraliser les marchés communautaires du gaz et de l'électricité, a été adopté en séance plénière du Parlement européen le 22 avril 2009, à la suite d'une proposition de la Commission de septembre 2007. Entré en vigueur le 13 juillet 2009, ce paquet contient des règles destinées à poursuivre la mise en oeuvre d'un marché unique de l'énergie pour l'Europe des 27. Parmi ces instruments se trouve la nouvelle Agence.

Instaurée ce 13 juillet 2009 par le règlement n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil, l'ACER a été conçue comme un organisme communautaire doté de la personnalité juridique devant faciliter aux régulateurs nationaux **l'exercice de leurs tâches réglementaires et coordonner, voire compléter si besoin, leur action au niveau communautaire**. Cela signifie que des tâches importantes ont été confiées à la nouvelle Agence.

On examinera dans les propos ci-dessous la composition, le financement et les missions de l'ACER,

Concernant sa **composition**, l'Agence s'appuie tout d'abord sur une structure complexe, destinée à assurer son indépendance et sa représentativité, en ce qu'elle est composée d'un Conseil d'administration, d'un Conseil des Régulateurs, d'un Directeur et d'une Commission des recours.

Le Conseil d'administration, chargé d'adopter un programme pluriannuel, d'établir un règlement intérieur ainsi que le budget et d'en contrôler l'exécution, est composé de neuf membres et neuf suppléants. Trois des membres et leurs suppléants ont un mandat de six ans, les deux autres membres ainsi que leurs suppléants ayant un mandat de quatre ans, afin de garantir la continuité du

fonctionnement de l'Agence. Le Parlement européen et la Commission européenne désignent chacun deux membres et leurs suppléants. Le Conseil désigne les cinq autres membres et leurs suppléants.

Le Conseil des Régulateurs a pour fonction de donner des orientations au Directeur de l'Agence. Il est composé d'un représentant de l'autorité de régulation nationale de chaque État membre ainsi que d'un membre de la Commission européenne qui ne prend pas part au vote.

Le Directeur exerce les fonctions d'ordonnateur et exécute le budget de l'Agence. Il est nommé par le conseil d'administration après accord du Conseil des Régulateurs, pour un mandat de cinq ans.

La Commission de recours, composée de six membres et six suppléants, désignés par le Conseil d'administration sur proposition de la Commission européenne.. Toute personne physique ou morale, y compris les autorités de régulation nationales, peut former un recours devant cette commission contre une décision de l'ACER qu'il s'agisse : de décisions individuelles sur des questions techniques concernant les régulateurs nationaux ; de recommandations en terme d'échange de bonnes pratiques ; de recommandations encadrant la coopération régionale dans le domaine de l'énergie ; d'avis émis sur demande des autorités de régulation ou de la Commission concernant la conformité d'une décision prise par une autorité de régulation aux orientations communes pour le marché intérieur de l'électricité ; des modalités et conditions de sécurité et d'accès aux infrastructures transfrontalières arrêtées par l'ACER ; des avis rendu à la demande de la Commission relatifs aux décisions des autorités de régulation nationales en matière de certification.

Les décisions de la Commission de recours peuvent elles-mêmes être contestées devant la Cour de Justice de l'Union européenne. En raison du caractère très large des cas visés et de leur détermination assez vague, on peut imaginer quel contentieux important peut se développer effectivement.

Cette première réunion des régulateurs européens dans le cadre de l'ACER a permis d'aborder des questions organisationnelles et procédurales en lien avec l'organisation des travaux de l'Agence. Ont ainsi été nommées les autorités décisionnelles de l'ACER : Lord John Mogg, président du régulateur britannique des marchés du gaz et de l'électricité (Office of the Gas and Electricity Markets – Ofgem) et déjà président du CEER et du GREEG, a été nommé président du conseil des régulateurs de l'ACER. Walter Boltz, président du régulateur autrichien de l'électricité et du gaz (E-Control), a quant à lui été nommé vice-président de l'ACER. Leurs mandats sont de 2 ans et demi, renouvelables. La candidature d'Alberto Pototschnig, qui a fait l'objet d'un avis favorable du Conseil des Régulateurs de l'ACER, et proposée ensuite, le 6 mai 2010, par le Conseil d'administration de l'ACER pour le poste de Directeur chargé de la gestion de l'Agence, doit encore recueillir l'approbation du Parlement européen.

Concernant le **financement** de l'Agence, L'ACER jouit de ressources financières de provenances multiples, principalement de subventions issues du budget général de l'Union européenne, mais aussi de redevances payées à l'Agence ou contributions volontaires des États membres, legs, dons, subventions etc. Le budget de l'Agence s'élève à environ 5 millions d'euros par an.

Enfin, les **missions** de la nouvelle Agence sont précisément définies dans son acte constitutif du 13 juillet 2009.

- **Fonctions concernant la coopération des gestionnaires de réseau de transport dans les secteurs de l'électricité et du gaz.** L'Agence est notamment chargée d'émettre un avis sur le projet de statut, la liste des membres et le projet de règlement intérieur du réseau européen des gestionnaires de réseau de transport pour l'électricité et pour le gaz (REGRT ou **ENTSO - European Network of Transmission System Operators**). Elle surveille l'exécution des missions du REGRT et en rend compte à la Commission.
- L'Agence prend également part à l'élaboration des codes de réseau dans le domaine de l'électricité et du gaz et peut adopter des décisions individuelles ou des recommandations générales. Ces codes de réseau devront se conformer aux orientations-cadres de nature non contraignantes élaborées par l'ACER après consultation du REGRT et des parties prenantes. L'Agence joue aussi un rôle dans le réexamen, fondé sur les faits, des projets de codes de réseau, dont elle recommande ensuite l'adoption par la Commission. L'Agence évalue les propositions de modifications à apporter à ces codes qui lui sont soumises par le REGRT, les gestionnaires de réseau de transport, les utilisateurs du réseau et les consommateurs. Elle peut en recommander l'adoption par la Commission. L'Agence peut également proposer des amendements de sa propre initiative aux codes de réseau après consultation de toutes les

parties intéressées. Les gestionnaires de réseau de transport exploitent leurs réseaux conformément aux codes de réseau ainsi adoptés.

- L'Agence surveille et analyse la mise en oeuvre des codes de réseau et des orientations adoptés par la Commission et leur incidence sur l'harmonisation des règles applicables visant à faciliter l'intégration du marché, l'absence de discrimination, le jeu d'une concurrence effective et le fonctionnement efficace du marché. Elle communique son rapport à la Commission.

- **concernant les autorités de régulation nationales :** Les Autorités nationales de régulations ont une obligation de coopération avec l'ACER et la Commission européenne.

- Ainsi, l'Agence peut émettre des recommandations relatives aux exigences techniques minimales de conception et de fonctionnement en matière de raccordement au réseau d'installations de production, de réseaux de distribution, d'équipements de clients directement connectés, de circuits d'interconnexions et de lignes directes. Ces recommandations devant viser à ce que les prescriptions techniques élaborées par les autorités nationales de régulation assurent l'interopérabilité des réseaux, tout en étant objectives, non discriminatoires et compatibles avec les exigences du droit communautaire.,

- L'Agence approuve les programmes d'engagement établis par les entreprises communes auxquelles participent les gestionnaires de réseau de transport verticalement intégrés ; programme d'engagements qui contient les mesures à prendre pour garantir que les pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles soient exclues et la coopération régionale renforcée.

- Sur l'initiative de la Commission européenne, l'Agence donne son opinion sur les projets de décision relative à la certification de gestionnaire de réseau de transport que les régulateurs nationaux doivent soumettre pour avis à la Commission.

- L'Agence peut être consultée pour avis par les régulateurs nationaux en cas de doute sur la cohérence du plan national décennal de développement du réseau avec le plan décennal non contraignant de développement du réseau dans l'ensemble de la Communauté. L'ACER peut alors exiger du gestionnaire de réseau de transport qu'il modifie son plan décennal de développement du réseau dont elle surveille et évalue la mise en oeuvre par la suite.

- L'ACER peut soumettre un avis consultatif aux régulateurs nationaux sur la prise de décision en réponse à des demandes individuelles de dérogation aux principes généraux communautaires de gestion de la congestion des capacités concernant de nouvelles interconnexions en courant continu, et exceptionnellement des interconnexions en courant alternatif.

- **concernant les infrastructures frontalières**

- L'ACER jouit d'une sorte de pouvoir de médiation entre les régulateurs nationaux en cas de désaccord.

- Dans certaines conditions strictement définies L'ACER prend des décisions juridiquement contraignantes, si et seulement si, les autorités nationales ne parviennent pas à trouver d'accord dans un délai de six mois ou si elles décident de porter l'affaire devant l'Agence.

- En matière d'interconnexions en courant continu situées sur le territoire de plusieurs États membres, l'agence traite des demande d'exemption des règles communautaires de concurrence afin de mieux prendre en compte les incidences transfrontières et de faciliter le traitement administratif de la demande. L'Agence doit être informée de tout accord sur une décision de dérogation par les autorités nationales de régulations.

C'est à partir de mars 2011, que Ljubljana, capitale slovène, accueillera officiellement l'Agence, devenue opérationnelle.

COURT COMMENTAIRE :

On observera tout d'abord une sorte de paradoxe. En effet, la régulation est normativement conçue en miroir de son objet : ainsi, si le marché est mondial, les institutions le sont également, si le marché est national, les institutions demeurent dans ces frontières. De la même façon, la régulation ayant toujours à faire avec le Politique, selon que le secteur est dosé plus ou moins en données économiques ou en décisions politiques, dans le premier cas, la régulation pourra se détacher du niveau national, dans le second cas, elle devra s'y cantonner, seul lieu où elle peut s'adosser à la légitimité politique et démocratique. Or, le secteur énergétique est par définition un secteur hautement politique, si l'on veut bien définir le Politique comme le pouvoir qui a le pouvoir légitime de décider du futur du groupe social qu'il représente et il ne constitue pas techniquement un marché global.

Dès lors, sa régulation devrait être nationale. Or, à travers l'ACER, se constitue une sorte d'autorité de régulation européenne, même si le vocabulaire choisi cherche à éviter la prohibition communautaire d'origine qui, dans la jurisprudence de la Cour de justice, interdit d'établir des organismes qui dépossèdent les Etats membres de leur souveraineté, alors même que le secteur financier, pour le coup techniquement global n'est pas parvenu à le faire. Pourquoi ?

Cela tient au fait que précisément la décision de constituer l'ACER est elle-même une décision politique. En effet, il ne s'agit pas de donner acte d'une réalité déjà unifiée d'un secteur économique de l'énergie qui couvrirait la zone européenne, mais de se donner les moyens techniques de se construire un tel espace. On retrouve ainsi la première définition historique de la régulation telle que l'on pouvait la découvrir dans le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'Acier (CECA). Ainsi, on construit « aux forceps » un marché qui ne pourrait pas, par les seules forces concurrentielles, s'établir, afin de construire politiquement une Europe économique, l'Europe énergétique étant elle-même sous jacente à l'Europe des marchés ordinaires. On retrouve alors le même raisonnement en matière financière, c'est pourquoi l'on songe activement à créer une agence européenne financière et bancaire, et l'on retrouve chez certains auteurs la notion de monnaie souveraine (Aglietta, Michel, Orléan, André (dir.), la monnaie souveraine, Odile Jacob, 1998).

En second lieu, on observera que parmi les multiples pouvoirs de l'Agence, ceux-ci sont particulièrement renforcés en matière transfrontalière, notamment en matière de transport. On retrouve la même problématique en matière d'activités ferroviaires.

Les interactions physiques, en matière de transport d'énergie qu'il s'agisse du transport de gaz ou d'électricité, est la condition *sinequanone* pour l'établissement d'un véritable marché intérieur.

Apparaît alors la notion d'interopérabilité, ici physique, qui est une notion clef en économie et en droit de la régulation.

En troisième lieu, on observera que cette Agence européenne ne fait en rien disparaître les autorités de régulation nationales de l'énergie, au contraire, s'y superposant, elle a pour fonction de les coordonner dans leur intervention et d'en harmoniser les prises de position. On retrouve ici non pas tant un phénomène hiérarchique, ce à quoi le principe communautaire précité s'opposerait mais bien plus tôt un mécanisme de « spirale », tel qu'on le trouve en matière financière à travers le processus amphaloussis, ou d'une manière plus générale à travers la méthode européenne de la comitologie. Tout à la fois, il en résulte une meilleure adéquation de la structure institutionnelle à la réalité, exigence de la régulation qui doit être le miroir de son objet, mais dont le coût est d'une grande complexité avec un risque d'incertitude et de complexité interne, alors même que les notions de simplicité des règles et de sécurité juridique sont en train de devenir de véritables normes juridiques au cœur des systèmes de droit. Cependant, c'est le prix à payer du fait de la transnationalité des marchés, tant que les droits restent nationaux, ce que leur dimension politique justifie. En cela, la complexité est légitime puisqu'elle est nécessaire et fondée politiquement (voir d'une façon plus générale : Audit, Mathias, Les autorités de régulation, la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés, *in* Audit, Mathias, Muir Watt, Horatia, Pataut, Etienne (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Col. « Droit et Economie » L.G.D.J, 2008 p 3-15.

En quatrième lieu et enfin, on relèvera que l'agence doit donner son aval au Code de Réseau tel que les gestionnaires de réseau les élaborent. On observera, méthode désormais usuelle en droit économique, que les codes de bonne conduite, *soft Law*, gagnent ainsi en normativité par cette sorte d'imprimatur que leur donne l'Autorité. Mais pour ne prendre que le cas français, la Commission de Régulation de l'Energie (CRE) a également dans ses fonctions de chaque année valider un tel code. Un tel doublon peut entraîner des contradictions et c'est sans doute alors d'une façon plus hiérarchique que l'organisme communautaire fera prévaloir ses vues. Le texte constitutif de la réunion du 4 et 5 mai 2010 le démontre puisqu'il développe, ce que ne fait pas le règlement du 13 juillet 2009,

la façon dont l'Agence exerce son emprise sur les autorités nationales par des avis des recommandations, quand cependant qu'il organise des voies de recours, y compris à la disposition des autorités nationales. Certes, cela rend encore plus complexe le système et cela accroît son coût, le coût de la régulation pouvant devenir un véritable souci politique mais surtout cela participe au mouvement plus général de la juridictionnalisation de la régulation.

NB. Sources et liens :

- European Energy Regulator's News, issue May 2010
http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/NEWSLETTERS
- Energy regulators' new Agency (ACER) starts work, *European Energy Review*, 5 mai 2010.
<http://www.europeanenergyreview.eu/site/pagina.php?id=1937>
- sites communautaires officiels présentant l'ACER et renvoyant à son acte constitutif
http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/en0013_fr.htm
http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/acer/acer_en.htm
- Directive 2009/72/CE européen et du Conseil du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE
<http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta-pdf/2557a4.pdf>
- Règlement (CE) No 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) no1228/2003
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0015:0035:FR:PDF>
- Règlement (CE) No 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) no 1775/2005
http://www.grtgaz.com/fileadmin/user_upload/Institutionnel/Documents/FR/Reglement_conditionsaccs.pdf
- Lord John Mogg par EurActiv, "ERGEG : EU regulation at a turning point", Interview, 23 February 2010
<http://www.euractiv.com/en/energy/erggeg-eu-regulation-turning-point/article-179672>
- Agence de coopération de l'énergie: les régulateurs sont peu convaincus, *EurActiv*, 25 janvier 2010
<http://www.euractiv.com/fr/energie/agence-cooperation-nergie-rgulateurs-convaincus/article-169854>
- Audition du 24 janvier 2008 à Bruxelles de M. Philippe de Ladoucette, Président de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) auprès de la Commission ITRE du Parlement européen sur le thème «l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie»
http://www.bercy.gouv.fr/directions_services/daj/lettre/2008/lettre26/energie_acer.pdf

Links with other documents in the same sector : /