

DÉCISION DU CORDIS

N° 02-40-21

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie du 20 septembre 2023 à l'égard de la société Danske Commodities A/S

Une saisine du comité de règlement des différends et des sanctions (le « CoRDIS » ou le « comité ») a été introduite par le président de la Commission de régulation de l'énergie (la « CRE ») et enregistrée le 23 septembre 2021, sous le numéro 02-40-21, à l'encontre de la société Danske Commodities A/S (« Danske » ou « la société Danske »).

Elle est relative à la méconnaissance par Danske du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (« le règlement REMIT »).

*

1. Procédure suivie par la Commission de régulation de l'énergie

1.1. Demandes d'informations

Dans le cadre de sa mission de surveillance, le directeur général de la CRE a adressé à Danske, par une lettre du 24 mars 2016, une demande d'informations relatives à son comportement lors de la journée du 9 février 2015 : à l'achat pour la plage horaire « 6h-10 h », sur le marché infra-journalier français de l'électricité ; sur le mécanisme d'ajustement de RTE, plus particulièrement pour ses offres à RTE sur la plage horaire « 6h-10h » avec activation sur le point d'échange « France-Suisse » ; en réservation de capacités d'interconnexion explicites¹ à l'exportation vers la Suisse.

Par une lettre du 28 avril 2016, Danske a transmis des éléments de réponse, dont une réponse E) : « *Due to the fact of dc being activated by RTE, dc was short in Swissgrid. An analysis of the market situation showed that the most efficient way to close this position was to buy the power in France and then nominate the power from RTE to Swissgrid* » (« *A cause de l'activation par RTE, Danske était en position courte à l'égard du gestionnaire du réseau de transport d'électricité suisse Swissgrid. Une analyse de la situation du marché a montré que la manière la plus efficace de clore cette position était d'acheter de l'électricité en France et, ensuite, de nommer l'électricité de RTE à Swissgrid²* »).

1.2. Ouverture d'une enquête

¹ En application des règles de marché, le point d'échange « France-Suisse » ne permet pas aux acteurs de marché de se voir allouer automatiquement (c'est-à-dire implicitement) des capacités de transport d'électricité couplées avec les acquisitions effectuées sur la bourse. Les acteurs sur ce point d'échange sont alors obligés de faire une démarche séparée. Compte tenu des limites des capacités physiques de transport, les acteurs doivent faire une demande explicite de réservation de capacités de transport, en relation avec leurs flux d'énergie au point d'échange donné.

² C'est-à-dire de réinjecter dans le réseau français, à partir de la Suisse, de l'électricité provenant d'un flux physique acquis sur le marché infra-journalier français.

Les informations transmises par Danske ont conduit la CRE à ouvrir une enquête en application de l'article L. 135-3 du code de l'énergie³, afin de déterminer si cette société s'était livrée, entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018, à des pratiques susceptibles de constituer des manquements aux dispositions des articles 3, 4 et 5 du règlement REMIT.

Par une lettre du 6 février 2018, le Président de la CRE a informé Danske de l'ouverture d'une enquête (référéncée « CRE-02-2018-NB ») et de la désignation de M. Nicolas Boyer en tant qu'agent enquêteur.

1.3. Demandes de l'agent-enquêteur

Par une lettre du 7 mars 2018, l'agent-enquêteur a adressé à Danske une première demande d'informations relatives au comportement adopté par cette société entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018 sur le marché infra-journalier français de l'électricité et sur le mécanisme d'ajustement.

Par une lettre du 7 juin 2018, Danske a transmis des éléments de réponse par l'intermédiaire de son conseil.

Par une lettre du 19 juillet 2018, l'agent-enquêteur a adressé une seconde demande d'informations à Danske.

Par une lettre du 24 septembre 2018, Danske a transmis des éléments de réponse par l'intermédiaire de son conseil. Le 27 septembre 2018, Danske a adressé une clé USB en complément de cette lettre du 24 septembre 2018.

Le 28 février 2019, le président de la CRE a désigné M. Nimitz Ty en qualité de nouvel agent-enquêteur, en remplacement de M. Nicolas Boyer.

1.4. Notification d'un procès-verbal

Compte tenu des réponses apportées par Danske aux demandes d'informations qui lui ont été adressées, l'agent-enquêteur a établi le procès-verbal n°CRE-02-2018-NB du 4 mars 2021, en application de l'article L. 135-12 du code de l'énergie⁴.

Ce procès-verbal expose, d'une part, la procédure suivie par la CRE, ainsi que les marchés et l'entreprise concernés, et d'autre part, décrit les faits à l'origine de l'ouverture de l'enquête.

Le procès-verbal met en avant un comportement suspect de Danske :

- à l'occasion de l'activation par RTE d'offres d'ajustement à la hausse d'acteurs à la frontière suisse (obligation à leur charge de vendre à RTE), à des prix parfois élevés voire très élevés et la réservation explicite des capacités d'export vers la France, engendrant une position courte dans la zone suisse ;
- au moment de l'achat d'électricité sur le marché infra-journalier français, avant ou à la suite de l'activation par RTE d'offres d'ajustement à la frontière suisse, pour des volumes très proches du volume activé par RTE et à des prix similaires ou inférieurs ;
- lors des nominations explicites à l'exportation vers la Suisse, pour des quantités identiques à celles achetées sur le marché infra-journalier français ou proches.

Dans son procès-verbal, l'agent-enquêteur fait notamment valoir :

- que, pour un même créneau horaire, Danske effectue des nominations à la frontière dans les deux sens, Suisse vers France et France vers Suisse, ce qui se solde par un bilan physique à somme nulle ; que par suite, le bilan physique de ces actions d'importation et d'exportation d'électricité est nul en termes d'énergie « réellement livrée » au système français ;

³ Aux termes de l'article L. 135-3 du code de l'énergie : « Les agents de la Commission de régulation de l'énergie habilités à cet effet par le président procèdent aux enquêtes nécessaires pour l'accomplissement des missions confiées à la commission ».

⁴ L'article L. 135-12 du code de l'énergie dispose que : « Lorsque le président de la Commission de régulation de l'énergie saisit le comité de règlement des différends et des sanctions d'une demande de sanction pour les manquements mentionnés aux articles L. 134-25, L. 134-26, L. 134-28 et L. 134-29, ces manquements sont préalablement constatés par les agents mentionnés à l'article L. 135-3. / Ces manquements font l'objet de procès-verbaux qui, ainsi que les sanctions maximales encourues, sont notifiés à la ou aux personnes concernées et communiqués à la Commission de régulation de l'énergie et au ministre chargé de l'énergie dès lors que ces manquements ou sanctions portent sur les activités de transport ou de stockage géologique de dioxyde de carbone. La ou les personnes concernées sont invitées à présenter leurs observations écrites ou orales dans un délai de quinze jours à compter de cette notification, sans préjudice des droits prévus à l'article L. 134-31 ».

- qu'en proposant des offres d'ajustement à la hausse à des prix élevés, fixés sans rapport avec une quelconque contrainte physique ou technique et en s'approvisionnant sur le marché infra-journalier français, Danske a cherché à acheter au meilleur prix dans la limite du prix de son offre d'ajustement activée ;
- que les prix offerts par Danske sur le mécanisme d'ajustement sont élevés à certaines dates, sans être justifiés par les forces du marché de l'offre et de la demande ou la disponibilité réelle de la capacité de production, de stockage ou de transport ;
- que, du point de vue du gestionnaire du réseau de transport français, Danske ne répond pas à l'objectif fondamental du mécanisme d'ajustement qui vise à l'apport physique de puissance, à la hausse (ou à la baisse), adossé à un moyen de production, pour les besoins d'équilibrage du système français ou, en tout cas, qui écarte l'approvisionnement sur le marché infra-journalier français à ces fins.

L'agent-enquêteur conclut que Danske :

- **a méconnu** les dispositions de l'article 5 du règlement REMIT qui prohibent les **manipulations de marché** ;
- **n'a pas méconnu** les dispositions des articles 3 et 4 du règlement REMIT relatives à l'interdiction des opérations d'initiés et à l'obligation de divulgation des informations privilégiées.

Ce procès-verbal a été notifié à Danske le 11 mars 2021, qui a été invitée, conformément à l'article L. 135-12 du code de l'énergie susmentionné, à présenter ses observations dans un délai de quinze jours à compter de cette notification.

Le 19 mars 2021, Danske a sollicité une prolongation de ce délai de réponse, qui lui a été accordée le 23 mars 2021.

1.5. Observations de Danske en réponse au procès-verbal

Le 26 mai 2021, Danske a transmis des observations écrites en réponse au procès-verbal, dans lesquelles elle conclut à l'absence de violation du règlement REMIT. En outre, elle demande à la CRE de mettre fin à la procédure d'instruction et de ne pas rendre public le fait que la CRE ait ouvert une enquête la concernant et ait rédigé un « rapport » en application de l'article L. 135-12 du code de l'énergie.

Elle fait notamment valoir :

- que son action s'inscrit dans le cadre de la « théorie économique fondamentale » selon laquelle l'électricité circule des zones à bas prix vers les zones à prix élevé en fonction de l'allocation des capacités et de la gestion de la congestion ; que dans cette optique, son action sur le marché infra-journalier français pour se couvrir d'une position courte aboutira à une production d'électricité en France ou à un flux d'électricité vers la France à partir d'un réseau connecté, à des prix plus bas ;
- que, comme tout acteur de marché, elle fait une offre sur le marché infra-journalier français pour attirer les vendeurs d'électricité, sans émettre pour ce faire de signal trompeur ; qu'un achat sur ce marché conduira à une fourniture d'électricité physique, nonobstant la circonstance qu'une compensation des achats et des ventes a lieu ; que par suite, l'effet d'une activation d'une offre d'ajustement à la hausse par RTE est le même, que l'électricité provienne directement d'une production physique en Suisse ou de la négociation sur le marché infra-journalier français ; que l'influence sur les prix mise en avant dans le procès-verbal n'est pas étayée ;
- que seule RTE connaît l'ensemble des offres soumises au mécanisme d'ajustement, ces offres n'étant publiées que lorsque la négociation en bourse du produit concerné est finalisée et qu'à ce moment-là, la négociation pour les heures concernées sur le marché infra-journalier est fermée, ce qui fait obstacle à une manipulation sur ce marché ;
- que l'assertion selon laquelle il faudrait implicitement s'attendre à ce que les prix reflètent le coût marginal d'une source de production n'est pas fondée ; qu'il revient à RTE de choisir l'offre qu'elle considère être la meilleure en fonction de ses critères de sélection et que, si l'offre de Danske a été choisie par RTE, c'est que RTE considèrerait alors que cette offre-ci était la meilleure ; que la fixation du prix de ses offres dépend de ses coûts et d'une prime de risque, laquelle est calculée sur la base de la situation du marché ; que, si l'objectif du mécanisme d'ajustement est d'assurer l'équilibrage du réseau, en revanche ni les règles relatives à la programmation, au mécanisme d'ajustement et au dispositif de

responsable d'équilibre (« les règles MA-RE ») ni le règlement REMIT ne fixent de limites à un bénéfice potentiel pour les acteurs du marché ;

- que, dans de nombreux cas, ses achats pour se couvrir après activation de ses offres au mécanisme d'ajustement ont eu lieu sur d'autres marchés que le marché français, ce qui révèle une absence de stratégie de négoce visant à créer un effet nul sur le marché infra-journalier français en relation avec sa participation au mécanisme d'ajustement ; qu'elle ne spéculait pas contre le gestionnaire de réseau de transport français mais qu'elle se borne à acheter l'électricité dont elle a besoin aux meilleurs prix disponibles ;
- qu'à la date des faits reprochés, les règles MA-RE en vigueur ne précisait pas qu'une entité d'ajustement n'était pas autorisée à procéder à des ventes ou achats sur le marché infra-journalier français après avoir été activée par le mécanisme d'ajustement.

*
* *

2. Saisine du CoRDIS

Le 1^{er} juillet 2021, le président de la CRE a, en application de l'article L. 134-25, alinéa 3, du code de l'énergie⁵, saisi le CoRDIS d'une demande de sanction à l'encontre de Danske, en raison des manquements constatés dans le procès-verbal du 4 mars 2021.

Le 23 septembre 2021, le président du CoRDIS a accusé réception de cette demande de sanction, enregistrée sous le n°02-40-21, et des pièces qui y sont annexées.

*
* *

3. Instruction de la demande de sanction

Par une décision du 3 novembre 2021, prise en application de l'article R.134-30 du code de l'énergie⁶, le président du CoRDIS a désigné M. Simonel en qualité de membre du comité en charge de l'instruction (le « membre désigné »).

Le 17 février 2023, le membre désigné a notifié à Danske et à son conseil, Me Lauriol (cabinet Jeantet) une copie de la saisine du CoRDIS et la décision de son président le désignant pour l'instruction de cette demande. Compte tenu de la nature particulière de certains éléments du dossier de saisine, le membre désigné a invité Danske à se rendre dans les locaux de la CRE pour avoir accès à l'ensemble du dossier dont l'inventaire détaillé était annexé à ce courrier.

Par une lettre jointe à un courrier électronique du 24 mars 2023, Mme Vemmelund Jensen, *compliance officer* de Danske, a informé le membre désigné de la désignation de Me Willis (Bird and Bird LLP) en qualité de nouveau conseil, succédant à Me Lauriol.

Par courrier électronique du 10 mai 2023, Me Willis a demandé au membre désigné de lui indiquer le « calendrier provisoire pour les prochaines auprès du CoRDIS dans le cadre de la demande de sanction n°02-40-21 (demande de renseignements ou de pièces, etc.) ».

Par une lettre du 17 mai 2023, le membre désigné lui a répondu que l'instruction était à un stade qui allait lui permettre d'envisager d'en arrêter les conclusions et l'a invité à communiquer le chiffre d'affaires hors-taxes des deux derniers exercices clos de Danske, en y ajoutant la précision de la part réalisée respectivement en France et en Suisse. Il lui a également rappelé qu'il lui était loisible de prendre connaissance de l'état actuel du dossier en prenant l'attache du greffe du CoRDIS, en renvoyant à sa lettre du 17 février 2023.

Par une lettre jointe à un courrier électronique du 19 mai 2023, Me Willis a informé le membre désigné de son intention « d'obtenir l'accès aux pièces manquantes au dossier » et a voulu savoir si le dossier auquel il aurait accès

⁵ L'article L. 134-25 alinéa 3 du code de l'énergie dispose que « Le comité de règlement des différends et des sanctions peut également, soit d'office, soit à la demande du (...) président de la Commission de régulation de l'énergie, (...) sanctionner les manquements aux règles définies aux articles 3, 4, 5, 8, 9 et 15 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (...) »

⁶ L'article R. 134-30 du code de l'énergie dispose que : « Pour chaque affaire, le président du comité de règlement des différends et des sanctions désigne un membre de ce comité chargé, avec le concours des agents de la Commission de régulation de l'énergie, de l'instruction. Le cas échéant, ce membre adresse la mise en demeure prévue à l'article L. 134-26 et notifie les griefs. Il peut ne pas donner suite à la saisine. / Ce membre peut entendre, s'il l'estime nécessaire, toute personne susceptible de contribuer à son information, y compris la personne poursuivie. »

contenait : « les volumes et les prix des offres d'ajustement des Entités d'Ajustement point d'échange à l'étranger à la frontière France-Suisse activées par RTE entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018 ; les indices de prix des marchés infra-journalier et day-ahead français pour chaque créneau horaire entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018 ; le coût marginal journalier en France entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018 ».

Par une lettre du 22 mai 2023 le membre désigné lui a notamment répondu que le dossier auquel il aurait accès contenait, en particulier, ces trois éléments.

*
* *

4. Notification des griefs

4.1. Rappel de la procédure suivie par le membre désigné

Il résulte des dispositions des articles L. 134-25, L. 134-27 et L. 134-31 du code de l'énergie qu'en cas de manquement constaté dans les conditions prévues à l'article L. 135-12 de ce code, après l'envoi d'une notification des griefs à l'intéressé qui est mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et orales assisté par une personne de son choix, le CoRDIS peut prononcer une sanction à l'encontre de l'auteur de ce manquement.

L'article 14 de la décision du 13 février 2019 portant adoption du règlement intérieur du CoRDIS précise que : « s'il y a lieu, le membre désigné notifie les griefs, les sanctions encourues et la sanction qu'il entend proposer au comité de règlement des différends et des sanctions. Cette notification est adressée à la personne mise en cause qui dispose d'un délai ne pouvant pas être inférieur à quinze jours pour présenter au comité de règlement des différends et des sanctions ses observations écrites ».

Il résulte de ces dispositions qu'en cas de manquement aux règles définies aux articles 3, 4, 5, 8, 9 et 15 du règlement REMIT constaté dans les conditions prévues à l'article L. 135-12 du code de l'énergie, le membre désigné du CoRDIS peut notifier des griefs à l'auteur de ce manquement sans le mettre préalablement en demeure.

4.2. Griefs retenus par le membre désigné

Le 22 mai 2023, le membre désigné du CoRDIS a fait grief à Danske « d'avoir, entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018 (...) dans le but apparent de répondre aux besoins en temps réel exprimés par RTE, gestionnaire du réseau public de transport français d'électricité, en exécution du mécanisme d'ajustement organisé par ce gestionnaire à la seule fin d'équilibrer physiquement le réseau de transport d'électricité français : d'abord, acheté de l'électricité sur le marché infra-journalier français de l'électricité pour sa livraison aux EDA Points d'Échange contrôlés par Danske situés à la frontière franco-suisse ; avant d'injecter vers la France, par ces mêmes EDA Points d'Échange, des quantités d'énergie identiques ou proches de celles précédemment achetées sur ce marché infra-journalier.»

Il ajoute que « cette stratégie commerciale a caractérisé la méconnaissance, par Danske, des dispositions de l'article 5 du règlement REMIT qui interdisent de procéder ou d'essayer de procéder à des manipulations de marché sur les marchés de gros de l'énergie, tels que ces agissements sont définis par l'article 2, paragraphe 2, du même règlement, dès lors que :

- à 52 reprises et entre le 8 février 2015 et le 1^{er} janvier 2018, la vente, par Danske, des quantités d'électricité appelées par RTE en exécution du mécanisme d'ajustement destiné à permettre au gestionnaire du réseau public de transport français d'électricité de pallier physiquement ses besoins d'électricité en temps réel n'a pas eu pour résultat l'injection sur ce réseau des quantités d'électricité dont RTE avait besoin pour l'équilibrer et a, par suite, constitué une forme de tromperie ou, à tout le moins, à une forme d'artifice qui a été susceptible de donner des indications trompeuses concernant la fourniture des produits énergétiques de gros, relevant des services d'équilibrage, constitués par des contrats énergétiques relatifs au mécanisme d'ajustement organisé par RTE (REMIT, art. 2, para 2), litt. a), iii) ;
- pour la commission de ce manquement, aux mêmes 52 reprises et pendant la même période, les achats d'électricité par Danske sur le marché infra-journalier français de l'électricité n'ont été justifiés que par la réponse que Danske a prétendu apporter aux besoins physiques exprimés par RTE ayant conduit à son appel au mécanisme d'ajustement et ont, par suite, donné ou été susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne la demande de produits énergétiques de gros sur le marché infra-journalier français de l'électricité (REMIT, art. 2, para 2), litt. a), i). »

Conformément aux dispositions de l'article R. 134-32 du code de l'énergie⁷, Danske a été invitée à présenter ses observations en réponse avant le 26 juin 2023 à 12h00 et à consulter le dossier.

*

Le 1^{er} juin 2023, le conseil de Danske a sollicité une extension du délai de réponse jusqu'au 15 septembre 2023.

Le 8 juin 2023, le greffe du CoRDIS a invité, jusqu'au 15 juin 2023, la société Danske « à utiliser la solution *TransfertPro de transfert sécurisé de fichiers* » pour consulter et télécharger l'ensemble du dossier d'instruction.

Le 9 juin 2023, le président du CoRDIS a fait partiellement droit à cette demande en repoussant la date de production des observations de Danske au 30 juin 2023. Interrogé par le conseil de Danske sur l'existence d'une erreur sur la nouvelle date de production des observations, le président du CoRDIS a confirmé cette date le 13 juin 2023.

Le 16 juin 2023, le conseil de Danske a demandé une extension de délai pour accéder au dossier *via* la plateforme *TransfertPro*.

Le même jour, le conseil de Danske a été informée que son accès à la plateforme *TransferPro* était étendu jusqu'au 19 juin 2023.

A la demande du conseil de Danske, un échange téléphonique a été organisé le 24 juillet 2023 avec le greffe du CoRDIS « pour mieux comprendre le déroulement de la séance : l'ordre du jour, la durée, l'utilisation de présentations PowerPoint, les modalités d'interprétation simultanée, les éventuelles questions des membres du CoRDIS, ect. »

Le 9 août 2023, le conseil de Danske a demandé au Président du CoRDIS à ce que la séance publique du 7 septembre 2023 « se tienne sans la présence du public » au motif, d'une part, que la présentation orale de ses arguments « entraînerait nécessairement la divulgation d'informations confidentielles et couvertes par le secret », et d'autre part, que les potentielles conséquences médiatiques « seraient de nature à porter atteinte à la présomption d'innocence (...) ».

*

* *

5. Observations en réponse à la notification des griefs

Par des observations en réponse à la notification des griefs enregistrées le 30 juin 2023, Danske, représentée par Me Willis, cabinet Bird & Bird, demande au CoRDIS :

- de pouvoir restituer ses arguments et observations lors de la séance publique devant le CoRDIS ;
- en l'absence de tout manquement au règlement REMIT de rejeter l'affaire et de ne pas la sanctionner.

Danske indique tout d'abord qu'elle est une société de négoce d'énergie, active sur le marché français depuis 2005, année depuis laquelle elle est responsable d'équilibre et fournit des offres au mécanisme d'ajustement de RTE.

Estimant que le membre désigné présente de manière erronée l'organisation et le fonctionnement des marchés de gros français, notamment sur celui du mécanisme d'ajustement, Danske rappelle que l'électricité ne se stockant pas facilement, il revient aux gestionnaires de réseau de transport, tels que RTE, d'assurer l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau en temps réel ; qu'elle explique également que l'électricité circule des régions où les prix sont les plus bas vers les régions où les prix sont les plus élevés, permettant ainsi de garantir les prix les plus bas et une rentabilité optimale, permettant de garantir la sécurité d'approvisionnement, et des prix compétitifs pour les consommateurs.

- En ce qui concerne la description du marché infra-journalier, Danske indique qu'à l'inverse du marché journalier, il n'y a pas de prix uniformes pour l'électricité, les prix variant en fonction des attentes des acteurs du marché en matière d'offre et de demande au cours de la séance de négociation ; qu'il s'agit d'un marché physique, de sorte que toute vente et tout achat se traduit par une livraison physique ou un soutirage d'électricité ; qu'il est donc inexact d'affirmer que son comportement n'a pas fourni à RTE le volume d'électricité requis et n'a pas entraîné d'injection d'électricité dans le réseau français ; qu'au contraire, en négociant sur le marché infra-journalier, elle a acheté de l'électricité physique pour satisfaire aux besoins de RTE ; qu'en livrant physiquement les volumes d'électricité requis à RTE ou en achetant de l'électricité sur le marché infra-journalier français afin d'honorer ses offres d'ajustement, elle envoie

⁷ L'article R. 134-32 du code de l'énergie dispose notamment que : « La notification des griefs mentionne les sanctions éventuellement encourues et le délai pendant lequel la personne concernée par cette notification peut consulter le dossier et présenter des observations écrites. »

l'indication selon laquelle il y a un besoin d'électricité dans le système français et répond ainsi aux objectifs de RTE ;

- En ce qui concerne le marché d'équilibrage, Danske explique que le mécanisme d'ajustement est contractualisé avec les entreprises et activé avant la fermeture du guichet du marché infra-journalier, ce qui signifie que le mécanisme d'ajustement est activé de manière proactive pour permettre à RTE de constituer des réserves tertiaires en amont de l'ajustement en temps réel, en complément des réserves primaires et secondaires, ce que confirme RTE ; que le mécanisme d'ajustement permet donc à RTE de préparer de manière proactive l'équilibrage du système en acceptant et en activant des offres en parallèle et à un moment où le marché infra-journalier est encore ouvert ; qu'en outre, les offres d'ajustement sont activées avant la fermeture du guichet infra-journalier pour permettre aux acteurs du marché ne disposant pas d'actifs de production d'utiliser le marché infra-journalier pour approvisionner RTE ; que si le membre désigné semble reconnaître que RTE accepte et active les offres d'ajustement avant la fermeture du guichet infra-journalier, celui-ci ne comprend pas la particularité du mécanisme d'équilibrage, lorsqu'il déclare à tort dans la notification des griefs que l'objectif de ce mécanisme est de pallier de manière effective les déséquilibres physiques entre la production et la consommation d'électricité sur le réseau de transport ; qu'en effet, il ne s'agit pas de compenser les déséquilibres physiques de manière réactive mais d'équilibrer le système de manière proactive en établissant des ressources tertiaires en amont du rééquilibrage en temps réel, permettant aux acteurs du marché de vendre ou d'acheter de l'électricité sur le marché infra-journalier.
- En ce qui concerne sa participation au mécanisme d'ajustement, Danske fait valoir que depuis 2005, elle s'est toujours conformée aux règles MA-RE et aux nouvelles exigences contractuelles déterminées par RTE ; qu'au cours de la période concernée par l'enquête, RTE n'a rejeté aucune de ses offres, lesquelles peuvent, dès lors, être réputées comme ayant été conformes aux règles MA-RE en vigueur ; que le point 4.2.1.1.1 des règles MA-RE applicable au moment des faits, ne lui interdisait pas d'acheter de l'électricité sur le marché infra-journalier français afin d'exécuter les offres d'ajustement ; qu'en outre, elle prétend que contrairement à ce qu'allègue le procès-verbal ainsi que le membre désigné, la délibération de la CRE n° 2017-279 censée approuver une nouvelle version des règles MA-RE n'avait pas pour objet d'interdire son comportement litigieux, mais d'indiquer que les offres d'équilibrage hors de France pouvaient être satisfaites par le biais du marché infra-journalier français, soit par un flux explicite, soit par une nomination implicite ; qu'elle précise que deux nouvelles exigences ont été introduites au point 4.2.1.1.1 précité après le 1^{er} janvier 2018, à savoir que le responsable d'équilibre doit être détenteur d'actifs de production physiques hors de France, et que l'activation des offres, ne doit pas conduire à des achats sur le marché infra-journalier français ; que ces nouvelles exigences ne reflètent pas la délibération de la CRE et semblent être en contradiction avec la réglementation du marché de l'électricité de l'Union européenne ; qu'il n'est pas possible d'en déduire qu'elles étaient également applicables rétroactivement avant le 1^{er} janvier 2018 en l'absence de dispositions explicites à cet effet au moment des faits.
- En ce qui concerne la complexité et la flexibilité du mécanisme d'ajustement, Danske soutient que le mécanisme d'ajustement est assez complexe et comporte un niveau de risque élevé pour l'acteur d'ajustement puisqu'il peut ne pas être activé même si son offre a été acceptée, ou n'être activé que pendant certaines heures ou même voir ses activations complètement annulées ; que c'est pour cette raison que seul un nombre limité de responsables d'équilibre participe au mécanisme d'ajustement, et parmi eux, seuls quelques producteurs d'électricité ; qu'ainsi, le régime applicable à l'époque, et en vertu des règles MA-RE en vigueur, en ouvrant à tout acteur du marché la possibilité de devenir responsable d'équilibre s'il est physiquement raccordé au réseau français par une interconnexion et s'il dispose d'un accord de participation avec RTE, plaçait RTE et les acteurs d'ajustement dans des conditions optimales afin d'assurer l'équilibrage du réseau ; que par conséquent, lorsqu'elle achète de l'électricité sur le marché infra-journalier français en réponse à l'acceptation de ses offres d'ajustement par RTE, cet achat satisfait l'objectif du mécanisme d'ajustement, tout en envoyant des indications précises au marché selon lesquelles davantage d'électricité est nécessaire pour satisfaire la demande.

S'agissant du cadre juridique applicable, Danske admet, d'une part, que le marché infra-journalier français et le marché de l'équilibrage en cause sont des marchés de gros de l'énergie, et d'autre part, que l'électricité physiquement fournie à RTE et achetée en partie sur le marché infra-journalier français est un produit énergétique de gros ; qu'elle ajoute que la manipulation de marché se réfère à deux types de comportement, à savoir les ordres qui donnent ou qui sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques en gros, mais également les procédés fictifs ou autres formes de tromperie ou d'artifice qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros.

Danske fait valoir que son comportement était rationnel, n'impliquant aucune tromperie ou artificialité, ni l'exercice déloyal d'une quelconque influence sur d'autres acteur du marché, dans la mesure où il visait à exécuter ses obligations contractuelles envers RTE pour lui permettre de reconstituer la réserve tertiaire conformément au mécanisme d'ajustement

Danske identifie également en se fondant sur les lignes directrices de l'ACER, la jurisprudence du Conseil d'Etat, la pratique décisionnelle du CoRDIS et en raisonnant par analogie avec les abus de marché sur les marchés financiers, deux étapes pour évaluer les manipulations de marché avec tout d'abord l'identification des ordres non authentiques et ensuite l'identification d'indications fausses ou trompeuses envoyées ou susceptibles d'avoir été envoyées par ces ordres à d'autres acteurs du marché ;

- que des ordres sont susceptibles d'être considérés comme non authentiques :
 - lorsqu'il n'y a aucune intention de les exécuter ou d'utiliser le produit énergétique de gros qui fait l'objet de l'ordre ;
 - lorsque les ordres sont retirés, annulés ou inversés au moyen d'une transaction opposée ;
 - lorsque les ordres ne reflètent pas les fondamentaux du marché et la position de l'acteur du marché.
- des ordres sont susceptibles d'être considérés comme envoyant des indications fausses ou trompeuses :
 - lorsqu'ils fournissent une indication trompeuse des fondamentaux du marché ;
 - lorsqu'ils sont susceptibles d'inciter d'autres acteurs du marché à agir d'une manière qu'ils n'auraient pas envisagée autrement.

Danske soutient que sa participation au mécanisme d'ajustement de RTE et dans ses transactions sur le marché infra-journalier français ne remplissait aucune de ces conditions ; qu'en outre, il ressort de la jurisprudence administrative qu'un acteur du marché ne peut pas être sanctionné pour une manipulation du marché REMIT si la réglementation enfreinte n'est pas suffisamment claire et établie, et plus précisément ne peut pas être sanctionné pour abus de marché sur la base d'un règlement entré en vigueur après la période de l'abus de marché présumé.

S'agissant de l'analyse de son comportement, Danske soutient tout d'abord que l'affirmation du membre désigné selon laquelle la fourniture d'électricité à RTE à l'interconnexion franco-suisse ne constitue pas un apport supplémentaire, démontre une appréciation erronée du fonctionnement du marché de gros de l'électricité et des obligations des participants au marché d'ajustement, et n'est étayée par aucun élément probant ; que son comportement était licite, légitime et rationnel.

- elle détaille ses actions et leur impact sur l'interaction entre l'offre et la demande sur les marchés, expliquant notamment dans le cadre du mécanisme d'ajustement, livrer physiquement les volumes d'électricité demandés ; qu'en amont de la livraison, elle doit acheter ces mêmes volumes d'électricité afin de s'équilibrer et de pouvoir fournir les volumes qu'elle est contractuellement tenue de livrer à RTE au moment de la livraison ; que si elle n'achète pas les volumes d'électricité requis pour satisfaire à ses obligations envers RTE, elle aurait été en déséquilibre, contribuant ainsi dans une telle situation au déséquilibre du système ; qu'elle dispose de trois options pour acheter de l'électricité : i) achat de manière bilatérale auprès de son réseau, ii) achat sur le marché infra-journalier en tout ou partie auprès d'un pays voisin ou sur d'autres marchés, iii) achat sur le marché infra-journalier français ; que dans la majorité des 52 occurrences, elle a acheté sur le marché infra-journalier français 50 % ou moins de l'électricité nécessaire pour satisfaire ses obligations envers RTE, le membre désigné n'alléguant pas que ces achats en dehors du marché infra-journalier Français ont enfreint REMIT ;
- elle indique que l'achat d'énergie sur le marché intérieur de l'électricité de l'UE est conforme à l'objectif et au fonctionnement des marchés intérieurs de l'électricité de l'UE, où l'électricité à bas prix devrait être déplacée là où elle est davantage nécessaire et donc plus chère ; qu'aux fins de l'enquête, le marché suisse de l'électricité peut être considéré comme faisant partie du marché intérieur de l'électricité de l'UE ;
- elle précise que son comportement était conforme au fonctionnement et à l'objectif du mécanisme d'ajustement et du marché infra-journalier ; qu'il est incorrect de supposer que son comportement a un effet nul sur le système électrique français, dans la mesure où lorsqu'une de ses offres est activée par RTE, elle assure la livraison physique des volumes demandés, et que lorsqu'elle achète de l'électricité sur le marché infra-journalier français, un volume supplémentaire d'électricité sera rendu physiquement disponible ; qu'elle présente cinq exemples pour illustrer le fonctionnement du mécanisme d'équilibrage et du marché infra-journalier ; que pour les exemples 2 à 5, elle explique que RTE a accepté et a activé des offres dans le mécanisme d'ajustement, et en conséquence des ordres, et grâce à diverses mesures prises sur les marchés de gros, une production supplémentaire a été obtenue, entraînant une augmentation nette

du système français et la satisfaction des besoins physiques de RTE ; que ce constat permet, d'après elle, de démontrer que les allégations soulevées dans la notification des griefs sont incorrectes, et que ses actions ont entraîné une fourniture nette positive d'électricité sur le marché français ; qu'en outre, lorsqu'elle intervient en tant qu'intermédiaire, elle envoie un signal aux producteurs leur indiquant la nécessité d'une production augmentée ; qu'enfin, en agissant comme intermédiaire, elle peut utiliser ses compétences en tant que négociant ayant accès à de nombreux marchés européens et à l'ensemble des ressources du marché infra-journalier français, pour répondre à la flexibilité requise ;

- elle soutient que son comportement était conforme à ses obligations en tant que responsable d'équilibre et aux règles MA-RE ; que son comportement a effectivement entraîné la livraison physique des volumes d'électricité demandés par RTE ; que les achats d'électricité qu'elle a effectué n'étaient pas la cause du déséquilibre du système électrique français, mais constituaient une réponse appropriée au déséquilibre anticipé du système et ont assuré une contribution nette d'électricité au système électrique français ; qu'en outre, les règles MA-RE applicables à l'époque n'interdisaient pas explicitement ou implicitement l'achat d'électricité sur le marché infra-journalier français en réponse au mécanisme d'équilibrage ; que la délibération de la CRE du 14 décembre 2017 précitée confirme la licéité de ses achats sur le marché infra-journalier français ; que les nouvelles règles entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018 contredisent cette délibération et semblent dépourvues de logique ainsi que de fondement légal ; que conformément au principe de légalité des délits et des peines, le membre désigné ne pouvait légitimement affirmer que la modification des règles MA-RE en janvier 2018 n'était que "déclarative et non constitutive" et que cette interdiction était « *raisonnablement prévisible par les professionnels concernés* » car elle était économiquement contre-intuitive, et qu'en conséquence, elle ne pouvait être interdite que de manière explicite ; qu'elle ne pouvait pas savoir que ses achats sur le marché infra-journalier français étaient illicites, d'autant plus qu'elle a livré de l'électricité à RTE conformément aux offres activées dans le cadre du mécanisme d'ajustement depuis 2015, qui ne les a pas rejetées ; qu'elle a donc supposé de bonne foi qu'elle était autorisée à acheter de l'électricité sur le marché infra-journalier et que les modifications conséquentes apportées par la suite aux règles MA-RE ne constituent pas une simple clarification, mais imposent des exigences supplémentaires aux responsables d'équilibre, lesquelles ne peuvent être appliquées rétroactivement ;
- elle fait valoir que les conclusions du membre désigné sont contradictoires, mais également incorrectes d'un point de vue factuel puisque les 52 cas qui font l'objet de la notification des griefs se sont tous produits entre le 9 février 2015 et le 21 mars 2017, soit près d'un an avant les dates mentionnées dans la notification des griefs ; qu'en outre, l'affirmation selon laquelle elle a enfreint le règlement REMIT entre le 8 février ou le 24 février 2015 et le 1^{er} janvier ou le 1^{er} février 2018 n'est pas étayée par des éléments de preuve ; qu'elle indique aussi avoir acquis pour 30 occurrences sur le marché infra-journalier français 50 % ou moins de l'électricité dont elle avait besoin pour répondre aux activations des offres d'ajustement de RTE, se procurant la majorité de l'électricité sur d'autres marchés ; que sur un total de 21 254 MWh, elle n'en a acquis que 46 % sur le marché infra-journalier français ; qu'ainsi, l'allégation selon laquelle elle a acquis de l'électricité « sur » le marché infra-journalier français est factuellement incorrecte et trompeuse ;
- elle soutient que ses achats d'électricité n'ont pas constitué une manipulation au sens de l'article 2(2)(a)(i) de REMIT, dès lors que les ordres passés étaient authentiques et que le membre désigné ne démontre pas au niveau de preuve requis, sur la base d'un faisceau d'indices précis et concordants, que les ordres n'étaient pas authentiques ; qu'elle précise également avoir émis les ordres relatifs à l'électricité à livrer physiquement, ne pas les avoir retirés ou annulés, et que ceux-ci reflétaient les fondamentaux du marché, de sorte qu'elle a acheté de l'électricité sur le marché infra-journalier français lorsque celui-ci était le plus rentable ; qu'en outre, ses ordres sur le marché infra-journalier français n'étaient pas susceptibles d'envoyer des indications trompeuses ; qu'elle précise que le membre désigné ne démontre pas en quoi son comportement était susceptible d'envoyer de telles indications, qui auraient été de nature à induire en erreur les acteurs du marché ; qu'au contraire, ses ordres émis sur le marché infra-journalier français ont envoyé des indications relatives à un manque d'électricité, et ont révélé l'état réel de l'offre et de la demande sur le marché infra-journalier français ;
- elle fait valoir que ses ventes d'électricité n'étaient pas fictives et n'ont pas constitué une manipulation au sens de l'article 2(2)(a)(iii) de REMIT, dès lors qu'elle a formulé des offres avec l'intention d'effectuer des livraisons physiques à RTE, ce qu'elle a effectivement réalisé ; que lorsqu'elle a soumis des offres au mécanisme d'ajustement, elle ne savait pas encore comment se procurer l'électricité nécessaire pour les réaliser et ce n'est qu'à l'approche du temps réel qu'elle a pu déterminer s'il était plus rentable d'acheter de l'électricité en France ou à l'intérieur ; qu'il n'y a donc pas de fiction au moment de la soumission de l'offre, dans la mesure où, si elle était activée ultérieurement, elle pourrait être remplie indifféremment à partir d'électricité achetée en France ou à l'étranger ; qu'en outre, les offres dans le cadre du mécanisme d'ajustement n'étaient pas susceptibles d'envoyer des indications fausses ou trompeuses, d'autant plus que le membre désigné n'explique pas comment ses offres étaient susceptibles d'induire RTE en erreur ;

qu'elle a également rempli ses obligations en vertu des offres et a physiquement livré les volumes d'électricité demandés à RTE, en sorte que les offres et les livraisons ultérieures n'ont pas pu induire en erreur ce dernier, ces offres indiquant avec précision la vente et la livraison physique de l'électricité ;

- elle soutient aussi qu'en tout état de cause, une présomption de manipulation de marché serait renversée par l'ensemble des circonstances énoncées par la jurisprudence du CoRDIS ; qu'elle rappelle que le membre désigné a commis des erreurs fondamentales, d'une part, dans l'évaluation du fonctionnement du marché de gros de l'électricité et des effets du comportement de Danske sur ce marché, et d'autre part, a commis un certain nombre d'erreurs dans la description factuelle de son comportement, qui était non seulement légitime, mais également légal et rationnel au cours de la période faisant l'objet de l'enquête ;
- elle rappelle par ailleurs qu'elle ne peut être condamnée sur la base d'une législation insuffisamment claire, ni sur celle d'une interdiction entrée en vigueur après les faits, ou encore pour un comportement conforme au droit applicable ; qu'à cet égard, elle fait valoir que l'interdiction d'acheter sur le marché infra-journalier français dans le cadre du mécanisme d'ajustement n'existait pas ou, à tout le moins, n'était pas claire au moment des faits, et que cette interdiction n'a été introduite dans les règles MA-RE qu'après les faits faisant l'objet de l'enquête ; qu'elle ajoute que le membre désigné n'a pu que constater que suite à l'entrée en vigueur en 2018 de l'interdiction de s'approvisionner sur le marché infra-journalier français, elle s'est tout de suite mise en conformité.

S'agissant de la sanction proposée, Danske estime :

- en premier lieu, que le niveau d'amende proposé doit être proportionné au comportement litigieux, c'est-à-dire la fourniture sur le marché infra-journalier français en réponse à l'activation des offres de RTE ; qu'or, elle n'a acheté 100 % de l'électricité sur le marché infra-journalier français que dans 2 occurrences sur 52 ;
- en deuxième lieu, elle a été un responsable d'équilibre précieux pour RTE depuis 2005 et a répondu et fourni de nombreuses offres au mécanisme d'ajustement de RTE, contribuant ainsi à sécuriser l'ajustement du réseau électrique français ;
- en troisième lieu, elle n'a jamais été informée par RTE que ses offres n'étaient pas conformes au règlement MA-RE ;
- en quatrième lieu, elle s'est toujours fermement engagée à se conformer au règlement REMIT et à être un acteur fiable et prudent sur le marché, ce qui se traduit notamment par la présence d'une équipe de conformité spécialisée et indépendante pour veiller à toutes les exigences légales, l'existence d'un programme de conformité professionnel respectant les recommandations de meilleures pratiques fournies dans les lignes directrices de l'ACER, une formation approfondie et annuelle à la conformité pour tout nouveau négociant et des ressources importantes consacrées à la conformité ; qu'en outre, elle a modifié ses opérations de négociation avec la modification des règles MA-RE et n'a jamais été destinataire d'une décision constatant une infraction du règlement REMIT par une autorité de régulation en Europe.

*
* *

6. Procédure de sanction

Vu le code de l'énergie, notamment ses articles L. 134-25 à L. 134-34 et R. 134-29 à R. 134-37 ;

Vu la décision du 13 février 2019, portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 9 juin 2023 du président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, relative à la désignation d'un rapporteur pour l'instruction de la demande de sanction enregistrée sous le numéro 02-40-21 ;

*

Le 27 juin 2023, Danske a été informée que la séance publique se tiendrait le 12 juillet 2023 à 09h00.

Le 30 juin 2023, Danske a demandé, par l'intermédiaire de son conseil, le report de la séance publique à une date ultérieure, en raison de la période de congés traditionnelle danoise, de la nécessité de préparer des observations

orales dans une affaire très complexe, de les traduire vers le français dans un délai réduit, et de la recherche dans un délai très court d'un traducteur disponible, et en mesure de l'assister le jour de la séance.

Le 3 juillet 2023, Danske a été informée de l'annulation de la séance publique du 12 juillet 2023.

Danske a été régulièrement convoquée à la séance publique, qui s'est tenue le 7 septembre 2023, du CoRDIS, composé de M. Tuot, président, Mme Ducloz et M. de Larosière de Champfeu, membres, en présence de :

M. Simonel, membre désigné par le président du CoRDIS,

M. Rodriguez, directeur des affaires juridiques adjoint et représentant le directeur général empêché,

M. Laurent, rapporteur,

Les représentants de Danske, assistés de Me Willis.

*
* *

A l'ouverture de la séance, interrogé par le président du CoRDIS, le conseil de Danske a confirmé sa demande tendant à ce que la séance se déroule hors de la présence du public.

Dans ces conditions, le CoRDIS a décidé que la séance se déroulerait, portes fermées, hors de la présence du public. Outre les représentants et conseils de Danske, dûment identifiés, ont assisté à la séance, sur autorisation du président du comité, des agents des services de la CRE qui sont tenus au secret professionnel.

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Laurent, présentant les faits, la saisine du CoRDIS par le président de la CRE, les griefs notifiés et les observations écrites en réponse aux griefs ;
- le rapport de M. Simonel présentant les motifs l'ayant conduit à notifier des griefs, précisant la nature pécuniaire de la sanction proposée ainsi que la fourchette dans laquelle devait s'inscrire le montant de la sanction proposée, et précisant les modalités de publication de la décision du CoRDIS à intervenir ;
- les observations de Me Willis par lesquelles cette dernière persiste dans ses moyens et conclusions.

Le CoRDIS en a délibéré, après que le membre désigné, le rapporteur, Danske, partie mise en cause, et les agents des services se sont retirés.

*
* *

7. Motifs de la décision du comité de règlement des différends et des sanctions

7.1. Présentation de Danske

1. La société danoise Danske pratique dans 39 pays l'activité de négoce et de services d'énergie, et, depuis le 1^{er} septembre 2005, a une activité de « responsable d'équilibre » en France.

7.2. Analyse des griefs retenus par le membre désigné

2. Dans le cadre de la mission qui est confiée par l'article L. 321-10 du code de l'énergie à RTE, gestionnaire du réseau de transport d'électricité français, afin d'assurer à tout instant l'équilibre physique entre l'offre (résultant de l'addition de la production d'électricité injectée sur le réseau national et de l'importation d'électricité provenant de l'étranger) et la demande (résultant de l'électricité soutirée sur le réseau national ou exportée vers l'étranger), RTE, s'assure de disposer de réserves immédiates à bref délai, ou mobilisables rapidement, ces réserves étant, dans ce dernier cas, dénommées réserves tertiaires. Pour se réserver la possibilité d'appeler les capacités ainsi réservées à hauteur des injections nécessaires, RTE procède à des appels d'offre, auxquels peuvent répondre des entités d'ajustement, situées soit sur le territoire national, soit à un point d'interconnexion entre le réseau français et un réseau étranger.

3. La société Danske répond habituellement à ces appels d'offres, et une enquête des services de la CRE a établi, ce qui n'est pas contesté par cette société, que, dans 52 cas, au cours d'une période allant du 8 février 2015 au

1^{er} janvier 2018, la société a répondu à des demandes de réserves tertiaires formées par RTE pour des livraisons comme entité d'ajustement située au point d'interconnexion avec la Suisse, et, lorsque RTE a exercé les options ainsi prises, que la société a fourni tout ou partie de l'électricité injectée sur le réseau français à partir de la Suisse en l'ayant préalablement importée de France.

4. La CRE a saisi le CoRDIS d'une demande de sanction en estimant que ce comportement, consistant à livrer de l'électricité d'une entité d'ajustement (EDA) étrangère pour contribuer à l'équilibre du réseau en se fournissant sur le marché français avant de réexporter vers la France l'électricité importée en Suisse, constituait un des procédés fictifs ou comportement trompeur que le règlement REMIT appelle les autorités de régulation à sanctionner. Le membre désigné a retenu le même grief et proposé une sanction pécuniaire contre la société Danske assortie de la publication de la décision.

5. L'article 5 du règlement REMIT prohibe les manipulations de marché. Celle reprochée à la société Danske consiste, d'une part, aux termes du i sous a) de sous 2) de l'article 2 du règlement à effectuer une transaction qui « donne ou est susceptible de donner des indications fausses ou trompeuse en ce qui concerne l'offre, la demande ou le prix des produits énergétiques de gros » et, d'autre part, aux termes du iii du a) sous 2) de l'article 2 du règlement à recourir à « un procédé fictif ou à toute autre forme de tromperie ou d'artifice, qui donne (...) des indications fausses ou trompeuses concernant la fourniture, la demande, ou le prix de produits énergétiques de gros ». Il appartient aux autorités compétentes de mettre en œuvre cette prohibition, en vertu de l'article 13 du règlement, et de sanctionner les infractions, en vertu de l'article 18.

6. La sanction d'une manipulation de marché exige en conséquence que le CoRDIS puisse, d'une part, regarder comme établi le caractère fictif du procédé utilisé, lequel peut résulter de son illicéité dans la seule mesure où la prohibition du comportement par une norme opposable a été fondée sur la volonté d'empêcher un comportement intrinsèquement constitutif d'agissements fictifs, d'autre part, regarder comme établi qu'il a eu pour effet de donner ou était susceptible de donner, des indications fausses ou trompeuses concernant la fourniture, la demande, ou le prix de produits énergétiques de gros. Pour le grief fondé sur le i sous a) sous 2) de l'article 2, seule l'établissement du caractère faux ou trompeur des indications données est requis.

7. En premier lieu, il est possible de regarder le fait de contribuer à l'ajustement en recourant à une ressource qui, en réalité, est déjà prise en compte dans le bilan électrique français par le gestionnaire de réseau pour déterminer son besoin d'ajustement, comme un agissement fictif au sens du règlement REMIT. Encore faut-il dans ce cas que les faits soient établis.

8. Or si, dans certains cas, comme le soutiennent à bon droit la CRE et le membre poursuivant, un comportement comme celui reproché à la société Danske peut aboutir à injecter sur le réseau, afin de l'équilibrer, une ressource qui en réalité y est déjà injectée, aboutissant à une fiction d'équilibrage, une telle situation n'est ni fatalement inhérente à ce genre d'opération, ni, au demeurant toujours décelable. Il n'est en l'espèce pas établi par l'enquête que, à chaque fois que la société Danske a couvert en tout ou partie l'appel de la réserve tertiaire qu'elle s'était engagée à livrer à RTE, les quantités d'électricité achetées sur le marché infra journalier et ainsi importées avaient déjà été prises en considération dans le bilan électrique français et donc par RTE pour déterminer son besoin d'ajustement. A aucun moment RTE n'a été sollicité par l'enquête pour établir les conséquences exactes du comportement reproché sur l'équilibrage du réseau les jours et heures où la société Danske a pratiqué des réexportations pour couvrir les réserves tertiaires qu'elle avait promis. Le caractère fictif de la contribution à l'ajustement ainsi réalisé n'est donc pas établi.

9. En deuxième lieu, si le caractère fictif du procédé utilisé peut, dans une certaine mesure telle qu'indiqué ci-dessus, résulter de la violation de dispositions visant à interdire un comportement fictif, en ce qu'il donne des informations fausses ou trompeuses concernant la fourniture, la demande, ou le prix des produits énergétiques de gros, l'article 4.2.1.1.1 des règles MA-RE disposait, dans sa rédaction en vigueur à la date des faits en litige : « une EDA Point d'Échange est constituée d'un Point d'Échange, c'est-à-dire d'un point de raccordement physique à une Interconnexion. Elle doit être déclarée par une personne titulaire d'un accord de participation aux Règles Imports/Exports. RTE fixe pour chaque frontière le nombre d'EDA Point d'Echange attribué à chaque Acteur d'Ajustement ».

10. En ce qui concerne les conditions de réponse à une demande de réserve tertiaire par RTE, ce texte n'imposait pas aux EDA étrangères de ne couvrir leurs injections sur le réseau français qu'avec des ressources provenant de l'étranger.

11. Ce n'est que dans sa rédaction entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, soit postérieurement aux faits en litige, que l'article 4.2.1.1.1 des règles MA-RE, qui dispose désormais qu'une « une EDA Point d'Echange est constituée d'actifs physiques situés en dehors du territoire français métropolitain et aptes à répondre à une demande de RTE

visant à injecter ou soutirer sur le Réseau une quantité d'électricité donnée pendant une période donnée par l'intermédiaire d'un Point d'Echange, c'est-à-dire d'un point de raccordement physique à une Interconnexion. En conséquence, l'Activation d'une Offre émanant d'une EDA Point d'Échange ne doit pas conduire à un approvisionnement (pour les Offres à la Hausse) ou une vente (pour les Offres à la Baisse) par l'Acteur d'Ajustement sur le marché infra-journalier français, que ce soit au tra-vers d'un flux explicite ou d'une nomination implicite. Elle doit être déclarée par une personne titulaire d'un accord de participation aux Règles Imports/Exports. RTE fixe pour chaque frontière le nombre d'EDA Point d'Échange attribué à chaque Acteur d'Ajustement. » Cette règle a interdit la couverture d'une offre de réserve tertiaire par une livraison depuis l'étranger approvisionnée par une importation d'électricité acquise en France.

12. Ces dispositions, à supposer qu'elles n'aient été adoptées que dans le but de prévenir un agissement fictif, ne se bornent ni à constater que le comportement qu'elles interdisent était déjà au nombre de ceux prohibés, ni à préciser les règles sous-jacentes et inhérentes au fonctionnement du marché d'ajustement. Au contraire, elles instituent une règle nouvelle dont l'intervention confirme qu'elle n'était, jusqu'alors, pas raisonnablement prévisible et que les opérateurs du marché de l'ajustement ne pouvaient, avant son entrée en vigueur, se regarder tenus par elle.

13. Tenu par le principe de légalité des délits et des peines et le principe de non rétroactivité des dispositions à caractère pénal plus sévères lorsqu'il statue comme autorité de sanction, le CoRDIS ne peut, dès lors, considérer que le comportement reproché à la société Danske pour une période antérieure au 1er janvier 2018 serait un procédé fictif au sens et pour l'application du iii) du a) sous 2) de l'article 2 du règlement REMIT en ce que ce comportement était interdit par une règle ou une obligation professionnelle raisonnablement prévisibles.

14. En dernier lieu, la sanction du procédé employé par la société, nécessiterait aussi que soit établi qu'il a donné ou était susceptible de donner des indications fausses ou trompeuses concernant la fourniture, la demande, ou le prix de produits énergétiques de gros. Les acteurs de marché ne pouvaient considérer, comme il a été dit ci-dessus, que la réponse à une demande de réserve tertiaire devait obligatoirement être fournie, sur un point d'échange situé à une interconnexion, à partir d'électricité ne provenant pas de France, avant le 1^{er} janvier 2018. La survenance d'un tel comportement n'était donc pas de nature à être regardée comme trompeuse par elle-même. Quant à RTE, s'il est indéniable que le recours à une production déjà comptée avant l'appel à la réserve tertiaire pour répondre à cet appel constitue une tromperie quant à la réalité de l'allocation d'une réserve, il en résulte que ce n'est que si, et seulement si, le caractère fictif de l'opération a été établi qu'elle est, pour le gestionnaire du réseau, trompeuse. Or, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, ce caractère fictif n'est, en l'espèce, pas établi.

15. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de défense de la société, que, faute que les faits reprochés soient établis et qualifiés conformément aux exigences du règlement REMIT, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de sanction.

7.3. Publication de la décision du CoRDIS

16. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 134-34 du code de l'énergie : « Ces décisions de sanction [du CoRDIS] sont motivées et notifiées à l'intéressé. Elles peuvent être publiées au Journal officiel de la République française et, selon les modalités précisées par le comité, sur le site internet de la Commission de régulation de l'énergie ou sur d'autres supports, notamment dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de la société sanctionnée, sous réserve des secrets protégés par la loi et de la mise en œuvre des garanties appropriées en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel. Les frais de la publication sont supportés par la personne sanctionnée ».

17. Le règlement REMIT poursuit une finalité d'ordre public économique au sein de l'Union qui suppose que les conditions de sa mise en œuvre soient largement diffusées dans le but d'intérêt général de l'information de l'ensemble des acteurs du marché de l'énergie, y compris les consommateurs finals, notamment pour assurer la confiance envers le marché et son bon fonctionnement. Dès lors, il y a lieu d'ordonner la publication de la présente décision, sous réserve des secrets protégés par la loi : au Journal officiel de la République française, sans anonymisation de l'identité de la société ; sur le site internet de la Commission de régulation de l'énergie, en anonymisant l'identité de celle-ci après une période de 6 mois à compter de la première mise en ligne.

*
* *

DÉCIDE :

Article 1^{er}. - Il n'y a pas lieu d'infliger une sanction à la société Danske Commodities A/S.

Article 2. - La présente décision sera publiée, sous réserve des secrets protégés par la loi : au *Journal officiel* de la République française, sans anonymisation de l'identité de la société ; sur le site internet de la Commission de régulation de l'énergie, en anonymisant l'identité de celle-ci après une période de 6 mois à compter de la première mise en ligne.

Article 3. - La présente décision sera notifiée à la société Danske Commodities A/S.

Copie de la présente décision sera adressée à la présidente de la Commission de régulation de l'énergie.

Fait à Paris, le 20 septembre 2023.
Pour le Comité de règlement des différends et des sanctions,
Le Président,

Thierry TUOT

