

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mai 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité

Participaient à la séance : Philippe de LADOUCKETTE, président, Christine CHAUVET, Catherine EDWIGE, Hélène GASSIN, Yann PADOVA et Jean-Pierre SOTURA, commissaires.

L'article 119 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte dispose que le gouvernement est habilité à modifier par ordonnance le code de l'énergie pour y introduire de nouvelles procédures de mise en concurrence pour le développement des énergies renouvelables, le projet d'ordonnance renvoyant les modalités d'organisation de celles-ci à un décret en Conseil d'Etat. Par courrier en date du 1^{er} avril 2016, la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer chargée des relations internationales sur le climat a saisi pour avis la Commission de régulation de l'énergie (CRE) d'un projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.

Le courrier de saisine précise que cette nouvelle procédure de mise en concurrence devrait essentiellement concerner à court terme la filière éolien en mer.

1. Contenu du projet de décret

Le projet de décret soumis pour avis introduit une nouvelle procédure de mise en concurrence, la procédure de dialogue concurrentiel, reposant sur trois étapes successives.

La première étape vise à la présélection des candidats, sur la base d'un document de consultation qui prévoit notamment l'objet du dialogue concurrentiel, le calendrier prévisionnel de la procédure, les critères techniques et financiers à remplir et les modalités de leur évaluation ainsi que les critères de sélection des offres à l'issue du dialogue concurrentiel. La CRE est saisie pour avis de ce document avant sa publication. Le projet de décret prévoit ensuite que la CRE reçoit les dossiers de candidature et procède à leur ouverture, à l'issue de laquelle elle pourrait demander à des candidats de compléter leur dossier, avant de procéder à l'analyse des dossiers sur la base des critères de recevabilité techniques et financiers prévus. Les candidats présélectionnés sont désignés par le ministre chargé de l'énergie sur la base de la proposition de la CRE.

La deuxième étape, qui constitue le dialogue concurrentiel à proprement parler, est organisée par le ministre chargé de l'énergie. Ce dialogue regroupe les candidats présélectionnés, lesquels doivent s'engager quant au maintien de leurs capacités techniques et financières à un niveau au moins équivalent à celui exigé à la première étape. L'invitation au dialogue comprend notamment un règlement de consultation précisant les modalités de déroulement du dialogue, un calendrier prévisionnel et un projet de cahier des charges. L'objet du dialogue est de préciser et d'adapter ce projet en vue de parvenir à un cahier des charges définitif. Le projet de décret prévoit que la CRE en est saisie pour avis au cours du dialogue.

La troisième étape est comparable à la procédure d'appel d'offres décrite aux articles R. 311-12 à R. 311-25 du code de l'énergie. Les candidats ayant participé au dialogue concurrentiel sont invités à remettre leur offre. La CRE les examine sur la base des critères prévus par le cahier des charges définitif et propose au ministre chargé de l'énergie une liste de projets à retenir. Les lauréats sont désignés par le ministre chargé de l'énergie, le cas échéant après avis de la CRE s'il envisage de s'écarter de sa proposition. Le ministre chargé de l'énergie peut par ailleurs déclarer la procédure sans suite ou infructueuse.

2. Enjeux du développement de la filière éolien en mer

La filière éolien en mer a fait l'objet de plusieurs appels d'offres successifs¹. Le premier, lancé en 2005, a conduit à la désignation de plusieurs lauréats, mais n'a abouti à la réalisation d'aucun parc. Plus récemment, deux appels d'offres, lancés en 2011 et 2013, ont permis d'attribuer six parcs représentant une puissance totale de 2 918 MW, pour des niveaux de soutien moyens de l'ordre de 200 €/MWh².

Ces niveaux de prix élevés traduisent certes les spécificités des conditions géographiques et météorologiques des côtes françaises mais ils sont aussi la conséquence des modalités d'organisation de ces appels d'offres qui ont pu contribuer à limiter la concurrence. Le délai de six mois imposé aux candidats pour préparer leurs dossiers avantageait les développeurs ayant déjà entrepris des études sur les zones proposées.

Les candidats étaient exposés à un risque technique lié aux conditions spécifiques de chaque site. Les études préliminaires qu'ils avaient pu mener préalablement à la remise de leur offre ne pouvaient lever que partiellement les incertitudes afférentes. Ce manque de visibilité au stade du dépôt des offres a pu conduire à la prise en compte de primes de risque dans les plans d'affaires, renchérissant le prix d'achat de l'électricité demandé. Au surplus, le cahier des charges de l'appel d'offres prévoyait l'engagement des lauréats de mettre en service leur projet conforme en tous points à la description faite dans leur dossier de candidature. Il introduisait ainsi, très en amont de la réalisation des projets une forte contrainte sur les choix techniques, alors même que l'ensemble des études nécessaires sur les sites n'avaient pas été achevées et que la filière ne disposait pas de retour d'expérience significatif.

La CRE estime que la mise en place d'une nouvelle procédure de mise en concurrence a vocation à répondre à ces enjeux – en traitant les questions de l'allocation des risques entre les candidats et la puissance publique et des moyens permettant de garantir des niveaux de concurrence suffisants – et ainsi permettre de minimiser le coût pour la collectivité du soutien à cette filière très capitalistique.

Le projet de décret soumis pour avis, s'il permet de regrouper les acteurs de la filière dans un processus de concertation encadré, y répond toutefois insuffisamment. La CRE estime qu'il devrait prendre en compte les dimensions suivantes.

2.1 Diminuer les risques

S'il est légitime que le développeur d'un projet de parc éolien en mer assume les risques industriels liés à sa conception et à sa réalisation, il est en revanche pertinent que le mécanisme de soutien dont il bénéficie assure une allocation équilibrée des risques, qui repose notamment sur la mise à disposition par les pouvoirs publics des études techniques nécessaires au développement des projets des candidats. Ceci permettrait de réduire la prime de risque demandée par les candidats.

Les premiers résultats des études techniques devraient être communiqués dès la première phase de consultation, afin de donner le plus de visibilité possible aux candidats potentiels. Le champ des investigations complémentaires doit par ailleurs faire partie des sujets abordés lors du dialogue concurrentiel. L'article 4 du projet de décret devrait dès lors être amendé de la manière suivante³ :

« art. R. 311-25-2 – le document de consultation précise notamment : [...] »

6° un projet de liste des études réalisées par les pouvoirs publics pendant la phase de dialogue concurrentiel et pendant une partie de la période de constitution des offres définitives »

« art. R. 311-25-10 – l'objectif du dialogue concurrentiel est d'échanger [...] afin de préciser et d'adapter d'une part la liste et le contenu des études mentionnées à l'article R. 311-25-2 et d'autre part le projet de cahier des charges [...] ».

¹ Les arrêtés tarifaires de 2006 et 2008 prévoyaient un tarif applicable aux parcs éoliens en mer de l'ordre de 130 €/MWh, qui n'a pas permis de développer la filière.

² Raccordement inclus.

³ Les propositions d'ajout de la CRE sont soulignées

Enfin, il serait utile que la procédure permette de nuancer le principe de réalisation d'un projet conforme en tous points à celui soumis par les candidats. Dans un tel schéma, il serait nécessaire de définir les engagements à respecter par les candidats ainsi que les conditions dans lesquelles les projets pourront évoluer, notamment les modifications autorisées et les éventuelles autorisations nécessaires. Cette souplesse devrait par ailleurs permettre une meilleure articulation avec la procédure de débat public, en donnant aux porteurs de projets la faculté de tenir compte de ses conclusions.

Le projet d'article R. 311-25-13 pourrait être complété de la manière suivante :

« 5° [le cahier des charges précise également] les éléments qui peuvent faire l'objet d'une modification après la désignation des lauréats ; dans les cas où une telle modification est soumise à autorisation, les modalités de celle-ci ».

2.2 Améliorer le niveau de concurrence

La procédure prévue par le projet de décret soumis pour avis, qui repose sur deux séquences de candidature successives, comporte un risque de réduction du niveau de concurrence par rapport aux appels d'offres, alors même que ce niveau est resté limité à ce jour pour la filière éolien en mer. En effet, seuls les candidats retenus à l'issue de la phase de présélection pourront candidater sur la base du cahier des charges définitif.

La procédure devrait permettre de garantir que le maximum de porteurs de projets dépose une candidature dès la première phase, tout en en retenant pour le dialogue concurrentiel un nombre compatible avec l'organisation de celui-ci. Or, dans la mesure où cette procédure est destinée à s'appliquer à des projets complexes et compte tenu de l'expérience antérieure, il est peu probable qu'une limitation, d'ailleurs délicate à mettre en œuvre, s'avère nécessaire.

Afin d'élargir le périmètre des candidats potentiels dès la première phase, la CRE recommande (i) qu'un projet de cahier des charges soit publié avec le premier document de consultation – cet élément devrait être ajouté à la liste du projet d'article R. 311-25-2, (ii) de ne pas plafonner le nombre de candidats retenus à l'issue de la première phase – ce qui nécessite de modifier le 5° du projet d'article R. 311-25-4, (iii) que la durée minimale entre la publication du document de consultation et la remise des dossiers de candidature au dialogue concurrentiel d'une part, et entre la publication du cahier des charges définitif et la date limite de remise des offres finales d'autre part soit fixée à six mois – ce qui implique de modifier le 6° du projet d'article R. 311-25-4 qui prévoit une durée minimale d'un mois et de compléter en cohérence le a) du 3° du projet d'article R. 311-25-13 – et (iv) que la durée maximale du dialogue soit encadrée par le décret. Cette dernière disposition est de nature à apporter de la visibilité sur les échéances de la procédure.

3. Articulation des procédures de dialogue concurrentiel et d'appel d'offres

Le projet de décret ne fixe pas de critère pour le recours à la procédure de dialogue concurrentiel ou à l'appel d'offres, le choix du ministre n'étant à cet égard pas encadré. La CRE recommande néanmoins que la procédure de dialogue concurrentiel soit réservée aux seules filières pour lesquelles le niveau de risque et les enjeux financiers associés le justifient.

La CRE se prononcera sur l'opportunité de recourir au dialogue concurrentiel à chaque fois qu'elle sera saisie d'un projet de document de consultation, en appréciant d'une part ses effets sur les risques des projets et d'autre part ses impacts sur la concurrence.

Certaines dispositions doivent être mises en cohérence avec celles des articles R. 311-12 à R. 311-25 du code de l'énergie issues du décret n°2016-170 du 18 février 2016 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité :

- Il doit être précisé dans les projets d'articles R. 311-25-5 et R. 311-25-15 que les réponses aux questions des candidats sont apportées par le ministre chargé de l'énergie en reprenant la rédaction de l'article R. 311-18 du code de l'énergie. Le cahier des charges doit également prévoir une date limite de publication des réponses, suffisamment éloignée du terme de la période de candidature pour permettre aux candidats d'en tenir compte.
- La CRE doit être saisie de toute modification substantielle du document de consultation ou du cahier des charges après leur publication, en particulier si celle-ci affecte les modalités d'instruction.

- Le délai dont dispose la CRE pour rendre son avis sur les projets de document de consultation et de cahier des charges définitif doit pouvoir être étendu d'un mois à sa demande. La rédaction des projets d'articles R. 311-25-3 et R. 311-25-12 doit être alignée sur celle de l'article R. 311-14 du code de l'énergie.

La CRE rappelle en outre les recommandations suivantes, formulées dans son avis sur le décret relatif à la procédure d'appel d'offres⁴, qu'il convient de prendre pleinement en compte et d'appliquer à cette nouvelle procédure de mise en concurrence :

- Le cahier des charges définitif doit préciser les pièces à fournir par les lauréats aux différents stades du développement, de l'exploitation ou du démantèlement de l'installation. Cette disposition doit notamment permettre de reporter le contrôle de certaines caractéristiques de l'installation, du site d'implantation ou du mode de financement – inopérant lors de l'instruction car reposant sur un engagement du candidat – à une étape ultérieure où il pourra être effectué sur la base d'éléments tangibles. En particulier, le décret doit prévoir que les pièces à fournir pour obtenir l'attestation de conformité conditionnant la mise en service de l'installation sont prévues par le cahier des charges.
- Le prix devrait être un critère prépondérant dans la sélection des offres. À ce titre, le 3° de l'article R. 311-13 et le 2° du projet d'article R. 311-25-13 doivent être modifiés pour indiquer que « *le critère prix doit représenter au moins 50% de la note totale* ».
- Les délais minimal et maximal d'instruction des offres à l'issue du dialogue concurrentiel doivent être portés respectivement à deux et six mois, le décret devant prévoir leur allongement en cas d'intervention de tiers pour l'instruction de certains critères.
- L'article R. 311-22 du code de l'énergie et le projet d'article R. 311-25-17 doivent être modifiés pour prévoir explicitement que la CRE transmet l'ensemble des offres au ministre chargé de l'énergie à l'issue de l'instruction.

Enfin, la CRE attire de nouveau l'attention du gouvernement sur l'opportunité, dans le prolongement du décret n° 2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer, de mener une réflexion sur le régime contentieux applicable aux appels d'offres et désormais à la procédure de dialogue concurrentiel. S'il est important de prévoir le régime contentieux – et notamment les délais – applicable aux recours introduits à l'encontre des décisions relatives aux appels d'offres, ceci est d'autant plus indispensable pour la procédure de dialogue concurrentiel. En effet, un recours sur les décisions relatives aux candidats autorisés à participer au dialogue concurrentiel pourrait remettre en cause la validité même de cette étape de concertation, ses conclusions et la phase de sélection elle-même.

4. Rôle de la CRE dans la procédure du dialogue concurrentiel

4.1 Avis de la CRE sur le cahier des charges définitif

Le projet de décret prévoit que la CRE sera saisie pour avis du cahier des charges au cours du dialogue. Si ces dispositions permettent que l'avis de la CRE, formel et public, soit pris en compte par l'ensemble des parties au dialogue pour finaliser la rédaction du cahier des charges, il convient toutefois que la CRE soit saisie d'une version consolidée, reflétant le projet du ministre à un stade suffisamment avancé du dialogue.

Dès lors, la CRE propose que le projet de décret soit modifié pour clarifier la procédure en prévoyant :

- la saisine de la CRE par le ministre chargé de l'énergie sur le projet de cahier des charges qu'il établit au terme de la phase de dialogue concurrentiel ;
- la possibilité de procéder à une réouverture de cette phase de dialogue pour une période maximale d'un mois pour que les candidats aient l'opportunité d'échanger sur les modalités de prise en compte des recommandations de la CRE.

⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 février 2016 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour des installations de production d'électricité

4.2 Ouverture des offres

Le projet de décret prévoit que la CRE « *peut demander* » aux candidats de compléter leurs dossiers s'il manque des éléments, aussi bien lors de la phase d'accession au dialogue concurrentiel que lors de la phase de sélection des lauréats.

La CRE demande la suppression de ces dispositions, qui (i) ajoutent une étape supplémentaire à une procédure déjà complexe, (ii) soulève d'importantes questions quant à la manière dont elles peuvent être mise en œuvre en respectant l'égalité de traitement des candidats et (iii) augmente le risque contentieux. Il appartient aux candidats de déposer une offre complète avant la date limite de candidature, la procédure de questions-réponses permettant d'apporter en temps utile les clarifications nécessaires au document de consultation ou au cahier des charges définitif.

Si cette possibilité de compléter les offres devait *in fine* être maintenue, il conviendrait *a minima* que les délais d'instruction des offres dont dispose la CRE soient calculés à partir de la date limite de réception des pièces supplémentaires qu'elle aurait fixée aux candidats.

Fait à Paris, le 26 mai 2016

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

Le président,

Philippe de LADOUCKETTE