

DÉLIBÉRATION

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 29 septembre 2016 portant avis sur le projet de décret relatif aux modalités de contrôle et de sanction des installations de production d'électricité

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

1. CONTEXTE JURIDIQUE

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) a été saisie, par courrier du 7 juillet 2016 reçu le 11 juillet 2016, par la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, d'un projet de décret relatif aux modalités de contrôle et de sanction des installations de production d'électricité.

Ce projet de décret est pris en application des articles L. 311-13-5, L. 311-14, L.314-7-1 et L. 314-25 du code de l'énergie, créés par la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Il prévoit les modalités de contrôle des installations de production d'électricité bénéficiant d'un contrat d'obligation d'achat ou de complément de rémunération, conclu en application d'un arrêté tarifaire ou à l'issue d'une procédure de mise en concurrence, lors de leur mise en service ou de manière périodique, ainsi que les conséquences relatives à l'exécution du contrat en cas de non-conformité.

2. ENJEUX DU CONTROLE DES INSTALLATIONS DE PRODUCTION D'ELECTRICITE BENEFICIAINT D'UN SOUTIEN PUBLIC

Les installations de production d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables ou de cogénération bénéficient depuis de nombreuses années d'un soutien public, organisé sous la forme d'une obligation d'achat (OA), à un tarif fixé administrativement au travers d'arrêtés tarifaires ou proposé par les producteurs dans le cas d'appels d'offres. Ce soutien doit désormais prendre la forme d'un complément de rémunération pour les installations de moyenne et grande puissance pour être conforme aux lignes directrices sur les aides d'État dans les domaines de l'énergie et de la protection de l'environnement adoptées par la Commission européenne en juin 2014.

Dans tous les cas, le soutien public est justifié par la nature de ces installations et par leur contribution aux objectifs de politique énergétique. Les textes organisant le soutien – décrets, arrêtés tarifaires, cahier des charges des appels d'offres – en conditionnent à ce titre le bénéfice au respect de diverses prescriptions, notamment techniques ou environnementales.

Pour autant, il n'existe à ce jour aucun dispositif de contrôle des installations sous obligation d'achat permettant de s'en assurer, alors même que les enjeux financiers sont considérables – les charges relatives à l'OA représentent 4,4 Md€ en 2015 en métropole continentale – et que des possibilités de fraude ont été identifiées.

Dans le cadre de sa mission d'évaluation des charges de service public de l'électricité, la CRE procède à l'examen des données de facturation transmises par les acheteurs obligés, qui est notamment l'occasion de s'interroger sur la conformité de certaines installations. Dans sa délibération relative à la CSPE pour 2013¹, la CRE relevait notamment au sujet de la filière photovoltaïque que « 98,5% des contrats présentés bénéficient d'une prime d'intégration au bâti, qui permet d'obtenir un tarif plus avantageux allant jusqu'à 580 €/MWh contre 420 €/MWh en intégration simplifiée au bâti. Compte-tenu des exigences de l'intégration au bâti, il ne peut être exclu qu'une partie de ces contrats présente un caractère frauduleux. Une simple attestation sur l'honneur suffit en effet pour bénéficier de la prime d'intégration au bâti. Dans la mesure où la durée des contrats d'achat est de vingt ans, cette fraude, si elle est avérée, devra être corrigée au plus vite et éventuellement sanctionnée. »

¹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 octobre 2012 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2013.

En réaction à ces alertes, différents travaux ont été engagés, notamment dans le cadre d'un groupe de travail réunissant la CRE, la Direction Générale de l'Énergie et du Climat (DGEC) et l'acheteur obligé EDF (EDF OA). Une mission d'enquête a par la suite été confiée au Conseil général de l'environnement et du développement durable à la fin de l'année 2013. Le principe du contrôle des installations a été introduit par la loi de transition énergétique pour la croissance verte, dont les dispositions sont précisées par le présent projet de décret.

Compte tenu de la situation rappelée ci-dessus, les enjeux portent à la fois sur le stock des contrats existants, qui n'ont à ce jour pas fait l'objet de contrôle, et sur le flux des nouvelles installations appelées à se développer.

3. CONTENU DU PROJET SOUMIS A LA CRE

3.1 Objet du contrôle

Le contrôle des installations vise à assurer leur conformité aux prescriptions s'appliquant au producteur bénéficiant d'un soutien public.

L'article R. 311-45 du code de l'énergie, introduit par l'article 2 du projet de décret, précise que les prescriptions générales sur le respect desquelles porte le contrôle seront définies par un arrêté du ministre chargé de l'énergie. Elles peuvent être précisées par les arrêtés tarifaires, par les cahiers des charges des appels d'offres et par les modèles de contrat d'achat ou de complément de rémunération.

3.2 Modalités du contrôle

Les contrôles prévus par le projet de décret s'appliqueront aux installations nouvelles, pour lesquelles la prise d'effet du contrat sera conditionnée à la fourniture d'une attestation de conformité, ainsi qu'aux installations existantes.

L'article 6 du projet de décret modifie les dispositions de la partie réglementaire du code de l'énergie relatives à la prise d'effet des contrats d'obligation d'achat et de complément de rémunération. Il introduit notamment une dérogation à l'obligation de transmettre une attestation de conformité pour que le contrat prenne effet dans le cas des installations photovoltaïques implantées sur bâtiment et des installations de méthanisation de moins de 100 kW et pour les cogénérations gaz de moins de 50 kW, pour lesquelles une simple attestation sur l'honneur sera suffisante.

Les articles 7 et 8 du projet de décret précisent les conditions dans lesquelles les installations ayant bénéficié de dispositions transitoires, conditionnant, jusqu'au 1^{er} janvier 2018 l'entrée en vigueur du contrat à la fourniture d'une attestation sur l'honneur du producteur, au lieu d'une attestation de conformité, font réaliser un contrôle de leur installation par un organisme agréé. La date avant laquelle ces contrôles doivent être réalisés est fixée entre le 31 décembre 2018 et le 31 décembre 2019, selon la date de demande du contrat.

Les contrôles seront réalisés par des organismes agréés à cet effet.

L'article 2 du projet de décret définit les conditions d'agrément des organismes chargés de réaliser les contrôles ainsi que les prescriptions générales relatives aux modalités d'organisation des contrôles dans les différents cas de figure : contrôle préalable à l'entrée en vigueur d'un contrat, contrôle consécutif à une demande du producteur de modification de son contrat et contrôle périodique réalisé sur injonction du ministre chargé de l'énergie ou du préfet.

Un *reporting* régulier des résultats des contrôles est prévu chaque année, à l'exception des contrôles réalisés sur injonction du ministre chargé de l'énergie ou du préfet pour lesquels les résultats sont à communiquer sous un délai d'un mois.

L'article 9 du projet de décret prévoit que les contrôles sont assurés par des fonctionnaires habilités si aucun organisme n'a été agréé à la date du contrôle prévu pour une installation.

Les articles 3 et 4 du projet de décret introduisent des modifications de la partie réglementaire du code de l'énergie, s'agissant notamment de l'habilitation des fonctionnaires chargés de procéder aux enquêtes prévues à l'article L. 142-20.

3.3 Conséquences en cas de non-conformité

L'article 1^{er} du projet de décret précise les sanctions administratives encourues lorsqu'un manquement est constaté. Celles-ci, décidées par le préfet de région, après qu'il a invité le producteur concerné à présenter ses observations, consistent d'abord en la suspension du contrat. Celle-ci est opérée par le co-contractant du producteur, l'acheteur obligé concerné dans le cas d'un contrat d'achat ou EDF dans le cas d'un complément de rémunération. Si la situation n'est pas régularisée au terme du délai fixé par le préfet de région, le contrat est résilié, et le montant total des sommes perçues par le producteur au titre de son contrat depuis la date du début du manquement est remboursé, dans la limite des surcoûts supportés par l'acheteur dans le cas d'un contrat d'achat. Ces indemnités de résiliation ne sont pas dues par le producteur en cas d'arrêt définitif de son installation indépendant de sa volonté.

Cet article prévoit également que le co-contractant peut ne « pas [être] intégralement compensé » des charges afférentes s'il ne respecte pas ses obligations de suspension ou de résiliation.

3.4 Dispositions diverses

L'article 6 du projet de décret prévoit également que la CRE réalise annuellement des audits visant à s'assurer que les conditions de l'obligation d'achat n'ont pas évolué, et propose des conditions d'achat révisées le cas échéant.

Les articles 10 et 11 du projet de décret prévoient diverses dispositions relatives aux modalités d'entrée en vigueur et de transfert des contrats d'achat et de complément de rémunération.

4. OBSERVATIONS DE LA CRE

4.1 Sur la procédure de contrôle

Installations concernées

La procédure de contrôle prévue par le projet de décret répond aux enjeux mentionnés dans la partie 2, dans la mesure où elle vise (i) le flux des nouvelles installations, pour lesquelles la prise d'effet du contrat d'achat ou du contrat de complément de rémunération est conditionnée à la fourniture d'une attestation de conformité, et (ii) le stock des installations existantes, dans la mesure notamment où un contrôle périodique peut être organisé sur demande du ministre chargé de l'énergie ou du préfet.

Le projet de décret encadre par ailleurs les conditions dans lesquelles les producteurs bénéficient des dispositions transitoires prévues à l'article 7 du décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération, qui prévoit que l'attestation de conformité nécessaire à la prise d'effet du contrat est remplacée jusqu'au 1^{er} janvier 2018 par une attestation sur l'honneur du producteur. Dans son avis sur ce décret², la CRE a estimé nécessaire de prévoir un contrôle *in situ* des installations ayant bénéficié de ces dispositions transitoires dès que les organismes agréés auront été désignés. C'est le sens des dispositions du présent projet de décret qui prévoient que les producteurs ayant bénéficié de cette disposition font réaliser un contrôle de leur installation, avant une date comprise entre le 31 décembre 2018 et le 31 décembre 2019 selon la période à laquelle ils ont adressé leur demande de contrat.

Rôle de la CRE

Le contrôle périodique des installations existantes est notamment organisé à l'initiative du ministre chargé de l'énergie et du préfet, dans la mesure où ce sont ces autorités qui demandent la réalisation de contrôles et sont informées des résultats. Le cas échéant, c'est le préfet qui demande au co-contractant de suspendre, voire de résilier le contrat du producteur.

Comme il a été rappelé ci-dessus, la CRE procède, dans le cadre de sa mission d'évaluation des charges de service public supportées par les opérateurs, à des contrôles des éléments de la comptabilité appropriée transmis par ces derniers. Ces contrôles, qui portent entre autres sur l'analyse des données de production des installations sous OA, peuvent être l'occasion de mettre en évidence un possible défaut de conformité de l'installation avec les éléments de son contrat d'achat.

Plus largement, la CRE est susceptible de détecter ou d'être informée de potentiels cas de non-conformité.

En conséquence, la CRE estime nécessaire que sa participation à cette procédure soit explicitement prévue par le projet de décret. En particulier la possibilité pour la CRE de porter à l'attention du ministre chargé de l'énergie et du préfet les cas dans lesquels elle estime qu'un contrôle *in situ* de l'installation est utile. En retour, les résultats des contrôles lancés sur le fondement de ces communications, ainsi que leurs conséquences éventuelles, doivent être portés à la connaissance de la CRE.

Ceci est particulièrement nécessaire s'agissant du respect des obligations prévues aux articles R. 314-14 et R. 311-27-6 du code de l'énergie, qui portent sur la transmission par les producteurs à la CRE et au ministre chargé de l'énergie des données économiques relatives à leur installation. La CRE recommande en outre qu'il soit explicitement prévu que le non-respect de ces obligations par les producteurs emporte les mêmes conséquences qu'une non-conformité de l'installation.

4.2 Sur le périmètre du contrôle

Le projet de décret prévoit des exceptions au principe de la réalisation d'un contrôle préalablement à la prise d'effet du contrat, pour les installations suivantes : installations photovoltaïque implantées sur bâtiment de moins

² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie.

de 100 kW, installations de méthanisation de moins de 100 kW et cogénérations gaz de moins de 50 kW. Pour ces installations, une simple attestation sur l'honneur est suffisante.

Le contrôle de ces installations pourrait permettre le cas échéant au producteur de mettre fin à une situation de non-conformité de son installation immédiatement après sa construction, en se retournant si nécessaire vers le constructeur, et lui éviter les conséquences d'un contrôle ultérieur. Au surplus, la CRE estime que ce contrôle représente un enjeu au regard de la maîtrise des charges de service public, en raison notamment du dynamisme de développement des filières en question. La CRE considère donc que ces exceptions ne sont pas justifiées.

Elle considère toutefois que le périmètre et le coût du contrôle des installations doivent être proportionnés aux enjeux pour chaque type d'installation visé. Les contrôles doivent *a minima* porter sur les éléments ayant un impact sur le niveau de rémunération du producteur, tels que le niveau d'intégration dans le cas du photovoltaïque sur bâtiment, ou ceux ayant un impact sur la notation dans le cas de projets issus de procédures de mise en concurrence, par exemple le résultat de l'évaluation carbone.

La CRE estime que les modalités de contrôle prévues par le projet de décret pour les installations de production d'électricité – ainsi que les dispositions du code de l'énergie relatives à l'obligation de transmission de données économiques à la CRE – devraient également concerner les installations d'injection de biométhane, qui bénéficient elles aussi d'un soutien sous forme d'obligation d'achat. En outre, le décret doit être étendu aux installations développées à l'issue de l'ensemble des procédures de mise en concurrence, appels d'offres et dialogues concurrentiels.

4.3 Sur les conséquences en cas de non-conformité

Dans le cas d'un contrôle périodique d'une installation existante, une non-conformité peut donner lieu à la demande par le préfet au co-contractant de suspendre, voire de résilier le contrat du producteur concerné.

L'article 1^{er} du projet de décret prévoit que le non-respect par le co-contractant de ses obligations « *peut conduire à ce que les charges afférentes [...] ne lui soient pas intégralement compensées [...]* ».

Pour que la CRE puisse tenir compte de ces dispositions dans l'évaluation des charges de service public à compenser aux opérateurs, dont elle a la responsabilité, il est nécessaire qu'elle soit informée des situations dans lesquelles le préfet aura demandé la suspension d'un contrat, afin de pouvoir constater, le cas échéant, le non-respect de ses obligations par le co-contractant. Les conditions dans lesquelles ces charges ne sont pas intégralement compensées devraient par ailleurs être précisées, pour viser explicitement les charges résultant de l'exécution du contrat en cause.

Le projet de décret prévoit dans le même article que « *en l'absence d'un manquement constaté [...], les contrats [...] sont présumés conformes [...]. Les charges mentionnées à l'article L. 121-7 relatives aux sommes versées par le co-contractant avant le constat du manquement ou de la non-conformité sont intégralement compensées* ».

À l'occasion de l'examen des charges de service public, la CRE peut être amenée à ne pas retenir certaines charges, notamment dans le cas où elles résulteraient d'une mauvaise application de la réglementation par le co-contractant. Le fait qu'aucun manquement n'ait été constaté pour une installation de production n'est en ce sens pas suffisant pour garantir la compensation intégrale des charges déclarées par le co-contractant. Les dispositions prévues doivent dès lors être modifiées pour en tenir compte.

4.4 Observations diverses

Le taux d'actualisation servant au calcul des indemnités de résiliation à payer par les producteurs doit être précisé par la réglementation.

De plus, la CRE estime nécessaire que l'arrêté prévu à l'article 2 du projet de décret, qui définira les prescriptions générales sur le respect desquelles porte le contrôle, prévoit des modalités spécifiques pour les installations issues d'appels d'offres antérieurs à la date de publication du décret, et dont les cahiers des charges ne comporteraient pas de telles prescriptions.

5. AVIS DE LA CRE

Compte tenu des observations qui précèdent, la Commission de régulation de l'énergie émet un avis favorable au projet de décret qui lui a été soumis, sous réserve de la prise en compte des observations suivantes :

- la mention explicite de la possibilité pour la CRE de porter à l'attention de la ministre chargée de l'énergie et du préfet les cas dans lesquels elle estime qu'un contrôle *in situ* de l'installation où une mise en demeure du producteur est nécessaire, notamment pour ce qui relève de l'obligation faite aux producteurs de transmettre à la CRE leurs données économiques ;
- la suppression des exceptions au principe de contrôle préalable à l'entrée en vigueur du contrat ;

29 septembre 2016

- la nécessité de préciser les dispositions relatives aux conséquences en cas de non-conformité, en supprimant l'automatisme prévue entre l'absence du constat d'un manquement dans le cadre des contrôles lancés en application de ce décret et la compensation des charges.

Fait à Paris, le 29 septembre 2016.

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

Le Président,

Philippe de LADOUCKETTE