

DELIBERATION N° 2023-33

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 janvier 2023 portant avis sur un projet de décret portant modification de la partie réglementaire du code de l'énergie relative à la production d'électricité et de gaz

Participaient à la séance : Emmanuelle WARGON, présidente, Anthony CELLIER, Catherine EDWIGE, Ivan FAUCHEUX et Valérie PLAGNOL, commissaires.

Par courriel du 10 novembre 2022 et courrier rectificatif du 25 janvier 2023, la Direction générale de l'énergie et du climat a saisi pour avis la Commission de régulation de l'énergie (CRE) d'un projet de décret en Conseil d'Etat portant modification de la partie réglementaire du code de l'énergie relative à la production d'électricité et de gaz.

1. CONTEXTE, SAISINE ET COMPETENCE

En application des dispositions de l'article L. 314-27 du code de l'énergie, la CRE a été saisie d'un projet de décret visant à :

- clarifier les dispositions relatives à la phase de demandes d'informations lors des procédures d'appels d'offres et d'exclusion d'un candidat durant la phase de dialogue concurrentiel ;
- permettre la consignation auprès de la Caisse des dépôts d'une garantie financière constituée dans le cadre des procédures de mise en concurrence ;
- autoriser les cas de changement d'actionnaires pour les installations bénéficiant d'un soutien public ;
- faciliter l'accès de l'Etat et de la CRE aux données relatives aux installations bénéficiant d'un soutien public ;
- permettre la reprise par les acheteurs obligés¹ des contrats d'achat gérés par un organisme agréé² en cas de retrait de son agrément ;
- organiser les échanges entre le Gouvernement et la CRE sur les appels d'offres.

¹ Article L. 314-1 du code de l'énergie

² Articles R. 311-33 et suivants du code de l'énergie

2. CONTENU DU PROJET DE DECRET

2.1 Les modifications relatives à la procédure d'appel d'offres et au dialogue concurrentiel (article 1^{er} du projet de décret)

L'article 1^{er} du projet de décret vise, d'une part, à préciser que la garantie financière constituée par le porteur de projet peut prendre la forme d'une consignation auprès de la Caisse des dépôts et, d'autre part, à fixer un délai maximal de publication par la CRE des réponses aux demandes d'informations portant sur un appel d'offres (au plus tard quinze jours avant la date d'ouverture du dépôt des offres).

Il est également prévu explicitement un délai au-delà duquel l'avis de la CRE sur la décision du ministre retenant un candidat différent de celui qu'elle avait proposé est réputé favorable.

L'article 1^{er} permet d'exclure un candidat durant la phase de dialogue concurrentiel en cas de manquement à une prescription du règlement de consultation.

2.2 Les modifications relatives au changement d'actionnaire après la mise en service des installations bénéficiant d'un soutien (article 2 du projet de décret)

L'article 2 du projet de décret a pour objet de réputer autorisé, sauf stipulation contraire du cahier des charges, le changement d'actionnaire intervenant après la mise en service complète de l'installation dans le cadre des procédures de mise en concurrence.

Pour les installations bénéficiant d'un tarif prévu par arrêté tarifaire, et dans le cas où l'arrêté prévoit des dispositions sur l'indépendance des propriétaires des sites d'implantation des installations, le projet de décret précise que le changement d'actionnaire doit être autorisé par l'autorité administrative. En outre, il précise que, dans le cas où le changement d'actionnaire intervient moins de 18 mois après la mise en service complète de l'installation, celui-ci ne peut être autorisé que s'il n'a pas conduit à méconnaître les dispositions de l'arrêté tarifaire sur l'indépendance des propriétaires lors de la conclusion du contrat d'achat.

2.3 Les modifications relatives à la modification non substantielle des cahiers des charges applicables à la réalisation et à l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de sources renouvelables (article 3 du projet de décret)

L'article 3 du projet de décret prévoit que lorsque la CRE rend un avis favorable sur le projet de modification du cahier des charges, elle publie la modification sur son site internet. A défaut d'un tel avis dans le délai visé, celui-ci est réputé favorable et la CRE publie le cahier des charges modifié. Il précise par ailleurs que la CRE peut rendre un avis défavorable qu'elle doit transmettre au ministre chargé de l'énergie dans le délai indiqué. En l'absence de réponse du ministre dans le délai fixé, sa réponse est réputée favorable. La CRE est alors chargée de la publication de la modification sur son site internet.

2.4 Les modifications relatives à l'accès aux données des installations bénéficiant d'un soutien (article 4 du projet de décret)

L'article 4 du projet de décret crée une sous-section 2 au sein de la section 7 du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre 1^{er} de la partie réglementaire du code de l'énergie concernant les données relatives aux installations bénéficiant d'un soutien public. Le nouvel article D. 111-58-1 du code de l'énergie impose aux gestionnaires de réseaux une obligation de transmission d'informations au ministre chargé de l'énergie, à la CRE et au préfet. Les gestionnaires de réseau doivent transmettre, à leur demande, les éléments d'identification ou de caractérisation des installations bénéficiant d'un soutien public au titre des articles L. 121-7, L. 311-10, L. 314-1, L. 314-6-1, L. 314-18, L. 314-26 et L. 314-31 du code de l'énergie et les informations relatives à l'avancement des travaux de raccordement afférents.

L'article 4 impose également à Electricité de France (EDF), aux entreprises locales de distribution (ELD), aux organismes agréés et plus généralement aux cocontractants des contrats de soutien la transmission des informations contenues dans les demandes de contrats et contrats d'obligation d'achat ou de complément de rémunération, ainsi que les informations relatives à la négociation, la conclusion et l'exécution de ces contrats.

L'article 4 prévoit enfin que le producteur peut demander la modification de la tension de livraison, préalablement ou postérieurement à la transmission de l'attestation de conformité initiale mentionnée à l'article R. 314-7 du code de l'énergie et ce, y compris en l'absence de dispositions spéciales prévues par l'arrêté tarifaire applicable.

2.5 Les modifications relatives aux organismes agréés et à la suspension des contrats de soutien (articles 5 et 6 du projet de décret)

En application de l'article L.314-6-1 du code de l'énergie, les contrats d'obligation achat portant sur des installations de production d'électricité peuvent être cédés par un acheteur obligé à des organismes agréés disposant de capacités techniques et financières suffisantes. L'agrément fixe le nombre maximal de contrats d'achat que l'organisme est autorisé à gérer et la puissance installée maximale correspondante. L'article 5 du projet de décret prévoit que la demande de puissance maximale installée ne peut être inférieure à 10 mégawatts électriques.

Par ailleurs, le projet de décret impose à l'organisme agréé d'informer le producteur, le ministre chargé de l'énergie et la CRE, de tout élément ou circonstance susceptible de remettre en cause l'agrément délivré.

Il prévoit par ailleurs qu'en cas de retrait de l'agrément d'un organisme par le ministre chargé de l'énergie, les contrats conclus avec cet organisme sont repris par un autre cocontractant dans les conditions prévues à l'article R. 314-52-6 du code de l'énergie, sans que cette reprise ne puisse emporter aucune modification des droits et obligations des parties.

Le projet de décret insère, à cet effet, de nouvelles dispositions au sein de l'article R. 314-52-6 du code de l'énergie, qui prévoient que EDF, les ELD ou un autre organisme agréé reprennent les contrats d'achat à la demande des producteurs dans un délai prévu par arrêté du ministre chargé de l'énergie. Dans le cas où ce délai ne serait pas respecté, le projet de décret prévoit la possibilité pour le préfet de région d'infliger une sanction financière au producteur.

Le projet de décret prévoit que les conditions et les modalités de la reprise des contrats seront définies par arrêté du ministre chargé de l'énergie.

Enfin, le projet de décret précise les dispositions relatives à la suspension des contrats d'obligation d'achat ou de complément de rémunération. Le code de l'énergie prévoit en effet une procédure de sanction à l'égard du producteur qui ne respecterait pas ses obligations, pouvant aboutir à la suspension du contrat. L'article 6 du projet de décret précise que la prise d'effet de la levée de cette suspension est subordonnée à la transmission de l'attestation de conformité de l'installation. En outre, il prévoit que, si les sommes du contrat de complément de rémunération sont négatives durant la période de suspension du contrat, le producteur est redevable de cette somme.

3. ANALYSE DE LA CRE

3.1 La procédure d'appel d'offres et le dialogue concurrentiel (articles 1 et 3 du projet de décret)

Lors d'une procédure de mise en concurrence, les candidats ont la possibilité de formuler toute demande d'informations, laquelle est adressée à la CRE qui les transmet au ministre chargé de l'énergie pour réponse et publication sur le site internet de la CRE.

Le projet de décret modifie l'article R. 311-18 du code de l'énergie. Il supprime, d'une part, la compétence de la CRE pour fixer un délai au ministre pour répondre aux questions et précise, d'autre part, que la CRE publie les réponses faites aux demandes d'informations formulées dans le cadre des appels d'offres dans un délai de quinze jours avant la date d'ouverture du dépôt des offres. La CRE est favorable à ce que le délai laissé au ministre pour répondre ne soit pas fixé par la CRE mais par le code de l'énergie et recommande de modifier la rédaction du deuxième alinéa de la manière suivante :

« La Commission de régulation de l'énergie les transmet au ministre chargé de l'énergie qui lui communique ses réponses dans un délai de quinze jours avant la date d'ouverture du dépôt des offres. Elle publie sur le site de candidature les réponses apportées à ces demandes ».

En effet, la rédaction actuelle fait reposer sur la Commission de régulation de l'énergie un délai qui ne dépend pas d'elle.

S'agissant de la désignation des candidats retenus, celle-ci est faite par le ministre après proposition de la CRE. Le ministre a cependant la possibilité de retenir des candidats différents de ceux proposés par la CRE. Dans ce cas, la CRE est chargée de rendre un avis sur la décision du ministre. Le projet de décret modifie l'article R. 311-23 du code de l'énergie et prévoit que, dans le cas où le choix du ministre serait différent de celui de la CRE, l'avis de cette dernière serait réputé favorable à l'expiration d'un délai de quinze jours. La CRE est défavorable à cette modification et propose de conserver la rédaction actuelle du texte prévoyant que l'avis de la CRE est réputé donné, la décision du ministre ne devant pas entraîner dans le silence de la CRE un changement de sa position sur le classement précédemment proposé.

Le projet de décret modifie également les dispositions règlementaires du code relatives au dialogue concurrentiel. Il ajoute à l'article R. 311-25-11 du code de l'énergie que lors de la phase de dialogue concurrentiel, un candidat peut être exclu en cas de non-respect d'une prescription du règlement de consultation. La CRE accueille favorablement l'ajout de ces précisions.

Enfin, à l'issue de la phase de désignation des lauréats dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence, le code de l'énergie prévoit la possibilité de modifications non-substantielles du cahier des charges. Le projet de modification envisagé par le ministre est alors transmis à la CRE, qui s'assure du respect des conditions posées par les articles R. 311-27-12 et R. 311-27-13 du code de l'énergie et émet un avis favorable si tel est le cas. En cas d'avis défavorable émis par la CRE, le ministre a l'obligation de réexaminer son projet de modification. Le projet de décret modifie la forme de l'article R. 311-27-14 du code de l'énergie en prévoyant que la CRE publie la modification du cahier des charges sur son site internet à la suite de son avis favorable ou à l'expiration du délai donné dans le cas où son avis serait réputé favorable. Il ajoute en outre que si la CRE rend un avis défavorable celui-ci est transmis au ministre qui réexamine son projet de modification. En l'absence de réponse du ministre dans le délai imparti, la modification est considérée comme acceptée et la CRE publie le cahier des charges sur son site internet. La CRE est favorable aux modifications apportées.

3.2 La constitution d'une garantie financière (article 1 du projet de décret)

Les modèles de cahiers des charges des appels d'offres prévoient fréquemment que les candidats ont l'obligation d'assurer la constitution d'une garantie financière. Le projet de décret modifie les articles R. 311-13 et R. 311-13-1 du code de l'énergie afin de préciser que la garantie financière peut prendre désormais la forme d'une consignation entre les mains de la Caisse des dépôts et consignations. La CRE est favorable à cette modification.

La CRE est également favorable à la précision apportée par le projet de décret étendant la possibilité de consignation entre les mains de la Caisse des dépôts et consignations à la procédure de dialogue concurrentiel.

3.3 Le changement d'actionnaire (article 2 du projet de décret)

Le projet de décret prévoit la modification des articles R. 311-27-5 et R. 314-10 du code de l'énergie afin d'introduire une disposition relative au changement d'actionnaire après la mise en service complète de l'installation pour celles ayant recours à des procédures de mise en concurrence ou au guichet ouvert. La CRE prend acte de ces modifications.

3.4 L'accès aux données (article 4 du projet de décret)

3.4.1 Sur les dispositions concernant les gestionnaires de réseaux

Le projet de décret crée un nouvel article D. 111-58-1 du code de l'énergie prévoyant, pour les gestionnaires de réseaux, de nouvelles obligations de transmission d'informations au ministre chargé de l'énergie, à la CRE et au préfet. Les gestionnaires de réseaux devront transmettre, sur la demande de ces derniers, les éléments d'identification ou de caractérisation des installations bénéficiant d'un soutien public et les informations relatives à l'avancement des travaux de raccordement afférents.

La CRE est favorable à l'insertion de ces dispositions dans le code de l'énergie, lesquelles permettront un meilleur suivi du développement effectif des différentes installations soutenues.

3.4.2 Sur les dispositions concernant les cocontractants des contrats de soutien

Le projet de décret modifie les articles R. 311-27-4, R. 314-13 afin d'imposer aux cocontractants des contrats de soutien de transmettre au ministre chargé de l'énergie, à la CRE et au préfet les informations contenues dans les demandes de contrats et contrats d'obligation d'achat ou de complément de rémunération ainsi que les informations relatives à la négociation, la conclusion et l'exécution de ces contrats.

Il étend cette obligation de transmission d'informations de manière similaire à la production de gaz renouvelables soutenue par l'Etat par la modification de l'article R. 446-15-1 du code de l'énergie.

La CRE est favorable à l'introduction de ces nouvelles dispositions visant à faciliter l'accès aux données des installations bénéficiant d'un soutien public, notamment dans le cadre des audits sur les coûts et recettes des installations soutenues par l'Etat qu'elle peut mener.

En outre, la CRE est favorable à l'inclusion des contrats conclus en application des dispositions de l'article L. 121-7, prévue par les nouvelles dispositions de l'article R. 314-13 du code de l'énergie, afin d'étendre le champ d'application de cette obligation aux contrats conclus dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental.

3.4.3 Sur la tension de livraison

Le projet de décret prévoit que producteur peut demander la modification de la tension de livraison, préalablement ou postérieurement à la transmission de l'attestation de conformité initiale mentionnée à l'article R. 314-7 du code de l'énergie, y compris en l'absence de dispositions spéciales prévues par l'arrêté tarifaire applicable. La CRE prend acte de cet ajout.

3.5 Les organismes agréés (articles 5 et 6 du projet de décret)

La CRE est favorable à l'introduction d'un mécanisme de reprise des contrats par EDF, les ELD ou les organismes agréés en cas de retrait de l'agrément de l'organisme agréé, ainsi qu'à l'introduction de nouvelles obligations d'information pesant sur l'organisme agréé.

La CRE est favorable à l'introduction d'un seuil de dix mégawatts fixant la demande de puissance maximale installée par les organismes agréés à l'article R. 314-52-2.

S'agissant de l'article 5 bis du projet de décret, la CRE est favorable à subordonner la levée de la suspension du contrat à la transmission de l'attestation de conformité à l'article R. 311-31 du code de l'énergie. La CRE est aussi favorable à l'insertion d'une disposition permettant d'assurer le remboursement des sommes négatives à l'Etat pendant la période de suspension du contrat.

26 janvier 2023

AVIS DE LA CRE

Par courriel reçu le 10 novembre 2022 et courrier rectificatif du 25 janvier 2023, la Direction générale de l'énergie et du climat a saisi la Commission de régulation de l'énergie (CRE) pour avis, en application de l'article L. 314-27 du code de l'énergie, d'un projet de décret portant modification de la partie réglementaire du code de l'énergie relative à la production d'électricité et de gaz.

Sous réserve que le projet de décret conserve la rédaction actuelle de l'article R. 311-23 du code de l'énergie en ce qu'il prévoit que l'avis de la CRE est réputé donné lorsque le ministre choisit de retenir un classement différent de celui qu'elle propose, la CRE accueille favorablement ce projet de décret dont l'objectif est de simplifier, clarifier et compléter diverses dispositions du code de l'énergie.

En particulier, la CRE accueille favorablement l'introduction de nouvelles dispositions visant à faciliter l'accès aux données des installations bénéficiant d'un soutien public. Elle recommande néanmoins de modifier la rédaction de l'article R. 311-18 comme précisé dans le corps de la délibération.

Sous ces réserves, la CRE rend donc un avis favorable sur le projet de décret.

La présente délibération sera publiée sur le site internet de la CRE et transmise à la ministre de la transition énergétique.

Délibéré à Paris, le 26 janvier 2023.

Pour la Commission de régulation de l'énergie,

La présidente,

Emmanuelle WARGON