

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 novembre 2015 portant rejet de la demande d'approbation du contrat entre RTE et EDF pour la fourniture et l'acheminement d'énergie électrique et services associés pour les sites RTE ayant une puissance souscrite supérieure ou égale à 36kVA

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

1. Contexte

Par décision du 26 janvier 2012¹, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a certifié que la société RTE respectait les obligations découlant des règles d'indépendance prévues par le Code de l'énergie².

L'autonomie de fonctionnement des gestionnaires de réseaux de transport (GRT) est encadrée par les articles L.111-17 et L.111-18 du Code de l'énergie et les articles 17 paragraphe 1 c) et 18 paragraphes 6 et 7 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

L'article L.111-17 dispose que tous les accords commerciaux et financiers entre le GRT et l'entreprise verticalement intégrée (EVI³) ou toute société contrôlée par l'EVI doivent être conformes aux conditions du marché et soumis à l'approbation de la CRE. L'article L. 134-3 1° du Code de l'énergie donne également compétence à la CRE pour approuver ces accords.

En outre, l'article L.111-18 prévoit un régime spécifique pour :

- les prestations de services de l'EVI au profit du GRT qui sont en principe interdites, à l'exception de celles exécutées dans le cadre des moyens strictement nécessaires à l'activité du GRT afin d'assurer l'ajustement, l'équilibrage, la sécurité ou la sûreté de son réseau. Lorsqu'elles relèvent de cette exception, ces prestations doivent en outre respecter des conditions de neutralité définies au second alinéa de l'article L.111-18, ainsi que les conditions qui s'appliquent à tous les accords commerciaux et financiers (conformité aux conditions de marché et approbation par la CRE) ;
- les prestations de services du GRT au bénéfice de l'EVI qui sont, quant à elles, autorisées pour autant qu'elles ne donnent lieu à aucune discrimination entre utilisateurs du réseau, qu'elles sont accessibles à l'ensemble des utilisateurs du réseau et ne perturbent pas la concurrence en matière de production et de fourniture. Elles sont également encadrées par la délibération de la CRE du 19 mai 2011 portant décision relative aux conditions de réalisation par un gestionnaire de réseau de transport de prestations de services au profit de l'entreprise verticalement intégrée à laquelle il appartient.

Le 6 novembre 2015, la CRE a été saisie par RTE en vue de l'approbation d'un contrat entre RTE et EDF pour la fourniture et l'acheminement d'énergie électrique et services associés pour les sites RTE ayant une puissance souscrite supérieure ou égale à 36 kVA (ci-après le « Contrat »).

¹ Délibération de la CRE du 26 janvier 2012 portant décision de certification de la société RTE.

² Ces règles sont définies par les articles L.111-2 et suivants du Code de l'énergie.

³ EVI EDF : entreprise verticalement intégrée à laquelle appartient RTE, telle que définie par la CRE dans sa délibération du 26 janvier 2012 portant décision de certification de la société RTE.

2. Analyse des conditions du Contrat

Le Contrat constitue un accord commercial et financier conclu entre RTE et une société appartenant à l'EVI EDF. Par conséquent, il entre dans le champ d'application de l'article L.111-17 du Code de l'énergie et doit être soumis à l'approbation de la CRE.

Le Contrat a pour objet de définir les modalités techniques, financières et juridiques relatives à i) la fourniture et l'acheminement d'électricité nécessaire à l'alimentation de la totalité des besoins de RTE pour l'ensemble de ses sites d'une puissance souscrite supérieure à 36 kVA, périmètre qui a été évalué à environ 55 GWh pour 192 sites au 1^{er} juin 2015, ii) l'attribution du rôle de responsable d'équilibre au sens de l'article L. 321-15 du Code de l'énergie pour l'ensemble desdits sites, et enfin, iii) la fourniture et la réalisation des services dits « associés » décrits ci-après.

Cette démarche s'inscrit dans le cadre de la fin des Tarifs Réglementés de Vente (TRV) d'électricité au 31 décembre 2015 pour les sites ayant une puissance souscrite supérieure à 36 kVA.

La demande d'approbation du Contrat par RTE était accompagnée des éléments suivants :

- 4 annexes au Contrat fournies sous format électronique ;
- le règlement de consultation ;
- le cahier des clauses techniques et particulières (CCTP) ;
- une note de présentation.

a) Analyse de la procédure d'achat

La note de présentation susmentionnée décrit notamment la procédure d'achat. RTE indique qu'un avis de marché a été publié dès le début de l'année 2015 afin de constituer une liste de fournisseurs à consulter. Cet avis de marché, publié au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) le 25 février 2015, comportait plusieurs lots (sites tertiaires, sites industriels, sites tertiaires haute technologie). Trois entreprises ([**élément confidentiel**], [**élément confidentiel**] et EDF) ont manifesté leur intérêt et remis un dossier de candidature le 6 mars 2015, s'agissant d'EDF, et le 13 mars 2015, s'agissant de [**élément confidentiel**] et de [**élément confidentiel**].

RTE précise qu'en parallèle de cette procédure, il a engagé une action de recensement de l'ensemble des points de livraison et le rassemblement de toutes les données de consommation. En outre, RTE indique qu'« *au fur et à mesure de cette collecte et de son analyse, la mesure a été prise par RTE de la difficulté à classer précisément les sites profilés (près de 160) dans les lots déclarés dans l'avis de marché* ».

RTE indique que, compte tenu de l'échéance du 31 décembre 2015, il a décidé d'avoir une approche plus globale sans constituer de lots. Un avis de marché rectificatif a été publié en ce sens le 17 mars 2015 au JOUE.

Le dossier de consultation a été envoyé le 17 juin 2015 aux candidats. Ce dossier comprenait le règlement de consultation explicitant notamment les critères de recevabilité des offres, le cahier des charges et son annexe rassemblant les exigences techniques attendues, ainsi que le modèle de contrat. Seul EDF a répondu en proposant une offre technique et commerciale. [**élément confidentiel**].

Le CCTP relatif au Contrat précise les caractéristiques et consommations historiques indicatives des sites concernés :

- 124 sites de consommation raccordés en HTA et bénéficiant d'un contrat unique (segments C2 et C3) ;
- 66 sites de consommation raccordés en BT, dont la puissance souscrite est supérieure à 36 kVA et bénéficiant d'un contrat unique (segment C4).

En outre, 179 de ces sites sont raccordés au réseau public de distribution (RPD) d'ERDF et 11 sites au RPD d'ELD.

Enfin, le CCTP identifie certaines incohérences relevées par RTE au cours du recensement des sites et des factures correspondantes. Ainsi :

- pour le dispatching [**élément confidentiel**], RTE indique ne plus recevoir de facture depuis 2013 ;
- pour le dispatching [**élément confidentiel**], RTE indique que « *la consommation affichée sur les douze derniers mois ne reflète pas l'activité réelle du site* ». Les données fournies par RTE font état d'un écart de 1 à 20 entre les consommations « *affichée* » et « *estimée* » ;
- pour le dispatching [**élément confidentiel**], RTE indique ne pas disposer de données de consommation récentes.

L'absence d'allotissement finalement retenu par RTE dans l'avis de marché rectificatif a conduit à regrouper au sein d'un même lot des besoins très hétérogènes (sites télérelevés et profilés, raccordés à ERDF et à diverses ELD en HTA ou en BT, etc.) ce qui a pu restreindre l'accès à ce marché pour certains fournisseurs. Peu de fournisseurs étant capables de fournir des offres compétitives sur tous les segments de marché, une pratique courante des acteurs de marché consiste en effet à constituer des lots par catégorie de consommation afin d'avoir le plus grand nombre d'offres de fournisseurs pour chacun de ces lots⁴.

A cet égard, EDF, [**élément confidentiel**] et [**élément confidentiel**] ont manifesté leur intérêt et remis un dossier de candidature avant la publication de l'avis de marché rectificatif, c'est-à-dire avant que RTE ne décide de procéder sans allotissement.

Par ailleurs, les éléments exposés ci-dessus permettent de constater que RTE n'a pas déterminé précisément son besoin, ni préalablement à la publication de l'avis de marché initial ni préalablement à la publication de l'avis de marché rectificatif. RTE indique en effet avoir réalisé après publication de l'avis de marché initial qu'il n'était pas en mesure de répartir ses sites dans les lots initialement envisagés.

En outre, pour trois sites pour lesquels les données de consommation ne sont pas disponibles ou erronées (cf. supra), RTE n'a fourni que des informations partielles dont le GRT a lui-même souligné les incohérences. Compte tenu de l'absence d'allotissement, il était impossible pour un fournisseur de faire une offre technique et commerciale sur les autres sites sans inclure ces trois sites.

Enfin, s'agissant de ces mêmes trois sites, EDF, fournisseur actuel de ces sites, bénéficie d'une connaissance plus précise de la situation des sites concernés que celle dont disposent d'autres fournisseurs.

En conséquence, l'absence de lots et la consultation sur un besoin mal identifié par RTE ont nui à l'exercice d'une réelle concurrence.

b) Analyse des services dits « associés » au Contrat

Le CCTP prévoit que le titulaire devra fournir :

- la mise à disposition d'un « *outil de suivi des factures* » ;
- une « *prestation d'accompagnement à la prise en main des outils de suivi des consommations et de la facturation auprès des collaborateurs concernés de RTE* » ;
- une « *prestation d'information sur la nouvelle réglementation du marché de l'électricité suite à l'ouverture à la concurrence et à la mise en place du nouveau marché dans ce contexte* » ;
- la mise à disposition d'une « *assistance téléphonique destinée à permettre à RTE de poser des questions liées à l'exécution du CCTP* » ;
- une réunion annuelle au cours de laquelle le prestataire (i) présentera et analysera site par site les consommations mensuelles, (ii) « *proposera des optimisations de consommation et fournira des conseils en performance énergétique des bâtiments* », (iii) apportera des « *éléments d'information*

⁴ Exemples d'appels d'offres d'achat d'électricité allotis :

- l'appel d'offres de la Poste attribué au 1^{er} trimestre 2015 comportait trois lots : anciens tarifs verts à courbe de charge (C2), anciens tarifs profilés (C3) et anciens tarifs jaunes (C4) ;
- l'appel d'offres de l'UGAP en cours comporte 12 lots : sur le réseau d'ERDF, 2 lots tarifs bleus (C5), 3 lots tarifs jaunes et verts profilés (C3-C4) et 3 lots tarifs verts à courbe de charge (C2), sur le réseau ESR, 1 lot C5 et un lot C2-C4, sur le réseau GEG, 1 lot C5 et un lot C2-C4 ;
- l'appel d'offres du SIPPAREC attribué en avril 2015 comportait 8 lots : 5 lots C3-C5 et 3 lots C2.

portant sur la veille relative aux marchés de l'électricité » et (iv) précisera « les conditions d'accompagnement de RTE dans ses économies d'énergie dans le cadre du système des certificats d'économie d'énergie ».

En outre, le règlement de consultation prévoit qu'un des critères non financiers d'attribution du marché porte sur la capacité du titulaire à gérer une évolution du périmètre couvert par le Contrat dite « *flexibilité de variabilité du périmètre en % du volume de consommation annuel* ».

Dans sa note de présentation susmentionnée, RTE précise que « *l'objet du contrat qui doit être conclu avec EDF porte sur la fourniture d'électricité ainsi que des services associés. Il est à noter que ces services sont indissociables de la fourniture d'électricité. Aucun autre offreur de services ne serait en capacité de fournir ces services sans être attributaire de la fourniture* ».

Il ressort de l'analyse de la CRE que les services dits « *associés* » sont pour une part des modalités indissociables de la fourniture d'électricité, et pour une autre part des prestations de services qui peuvent être fournies indépendamment de la fourniture d'électricité⁵.

En effet, selon une pratique de marché constante, certaines modalités sont indissociables de la fourniture d'électricité. S'agissant du Contrat, ainsi en est-il de :

- la mise à disposition d'un outil de suivi des factures ;
- la prestation d'accompagnement à la prise en main des outils de suivi des consommations et de la facturation auprès des collaborateurs concernés de RTE ;
- la prestation d'assistance téléphonique permettant à RTE de poser des questions liées à l'exécution du CCTP ;
- la présentation et l'analyse des consommations de chaque site (réunion annuelle) ;
- la capacité de gérer une évolution du périmètre couvert par le Contrat.

En revanche, des prestations de service prévues par le Contrat ne sont pas indissociables de la fourniture d'électricité. Ainsi en est-il de :

- la « *prestation d'information sur la nouvelle réglementation du marché de l'électricité suite à l'ouverture à la concurrence et à la mise en place du nouveau marché dans ce contexte* » ;
- la proposition d'optimisations de consommation et la fourniture de conseils en performance énergétique des bâtiments (réunion annuelle) ;
- l'apport d'éléments d'information portant sur la veille relative aux marchés de l'électricité (réunion annuelle) ;
- l'accompagnement de RTE dans ses économies d'énergie dans le cadre du système des certificats d'économie d'énergie.

L'article L. 111-18 du Code de l'énergie prévoit que les prestations de services de la part d'une société de l'EVI au profit du GRT qui en fait partie sont interdites, à l'exception de celles réalisées dans le cadre des moyens strictement nécessaires à l'activité du GRT en vue d'assurer, respectivement, l'ajustement ou l'équilibrage du système électrique ainsi que sa sécurité et sa sûreté. Les quatre prestations de services susmentionnées n'entrent pas dans le cadre de cette exception.

En conséquence, le fait que le Contrat prévoie la réalisation par EDF, au profit de RTE, des quatre prestations de service susmentionnées, est contraire aux dispositions de l'article L.111-18 du Code de l'énergie.

c) Analyse des critères d'attribution du marché

Le règlement de consultation susmentionné décrit les critères d'attribution du marché et prévoit son attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse « *avec pluralité de critères* » :

- un critère prix avec une pondération de 95 % (note commerciale) ;

⁵ De nombreuses entreprises sont en mesure de fournir ces prestations de service alors même qu'elles ne sont pas fournisseurs d'électricité.

- 4 critères non financiers avec une pondération de 5 % (note technique) :
 - capacité d'assurer des conseils sur la performance énergétique des bâtiments et sur l'optimisation des consommations ;
 - capacité de délivrer des informations sur les marchés des énergies ;
 - accompagnement sur la démarche de certification d'économie d'énergies ;
 - flexibilité de variabilité du périmètre en % du volume de consommation annuel.

Les éléments exposés ci-dessus permettent de constater que RTE a introduit des critères qualitatifs de sélection des offres avec une pondération de 5%. Les trois premiers de ces critères portent sur des prestations de services dissociables de la fourniture d'électricité (*cf. supra*).

Ainsi, RTE a prévu que l'attribution du marché se fasse non seulement au regard de l'offre de fourniture mais également au regard de la qualité des prestations de services prévues par le CCTP.

3. Décision de la CRE

En premier lieu, le Contrat a été conclu à la suite d'une procédure d'appel d'offres au cours de laquelle RTE n'a procédé à aucun allotissement, ce qui constitue pourtant une pratique courante lors de la passation de marchés d'achat d'électricité. En outre, les fournisseurs ont été consultés sur un besoin mal identifié par RTE, privant ainsi les fournisseurs concurrents de l'EVI d'un plein et libre accès à l'appel d'offres organisé par RTE.

Par ailleurs, le contrat inclut la réalisation par EDF, au profit de RTE, de prestations de services interdites au sens de l'alinéa 1 de l'article L.111-18 du Code de l'énergie.

Enfin, l'attribution du marché se fait non seulement au regard de l'offre de fourniture d'électricité mais aussi au regard de la capacité pour le prestataire de fournir des prestations de services.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la CRE rejette, en application des articles L. 111-17 et L. 111-18 du Code de l'énergie, la demande d'approbation du contrat entre RTE et EDF pour la fourniture et l'acheminement d'énergie électrique et services associés pour les sites de RTE ayant une puissance souscrite supérieure ou égale à 36kVA.

La CRE demande à RTE de conclure, au plus tard 6 mois après la publication de la présente délibération, et après avoir procédé à un nouvel appel d'offres, de nouveaux contrats pour la fourniture et l'acheminement de l'électricité nécessaires à l'alimentation de ses sites d'une puissance souscrite supérieure à 36 kVA.

Fait à Paris, le 26 novembre 2015

Pour la Commission de régulation de l'énergie,
Le président,

Philippe de LADOUCKETTE