

L'achat d'électricité par les collectivités publiques

- La fin programmée de certains tarifs réglementés de vente d'électricité, prévue pour 2016, impacte les conditions d'achat de cette électricité par les collectivités publiques.
- Partant, ces collectivités devront, tout au moins pour leurs sites les plus consommateurs en électricité, procéder à leurs achats sur le marché, en respectant les règles posées par le code des marchés publics.
- Il leur appartient par ailleurs soit de conclure un contrat unique, intégrant à la fois la fourniture ou l'acheminement, soit un contrat spécifique de fourniture d'électricité et un contrat d'accès au réseau de transport ou de distribution d'électricité.

Auteurs

Thomas Rouveyran, avocat associé, et Cécile Fontaine, avocat à la cour, SCP Seban & Associés

Références

- Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
- Article 30 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières
- Article 76 du code des marchés publics

Mots clés

Électricité • Achat • Modalités • Éligibilité • Tarif réglementé • Service public • Réversibilité • ARENH • Fourniture d'électricité • Distribution • Contrat d'acheminement • Contrat d'accès au réseau • Transport • Accord-cadre • Marché non fractionné •

POUR ALLER PLUS LOIN

<http://www.energie-info.fr/pro>

Depuis 2007, tous les consommateurs d'électricité, quel que soit leur profil, sont dits éligibles, c'est-à-dire qu'ils peuvent librement choisir leur fournisseur d'électricité en souscrivant une offre de marché. Cette libéralisation du marché coexiste toutefois avec le maintien de tarifs réglementés de vente de l'électricité, l'activité de fourniture aux tarifs réglementés constituant l'une des composantes du service public de l'électricité⁽¹⁾.

Ce dispositif des tarifs réglementés de vente de l'électricité vient d'être révisé par le législateur national, sous l'impulsion du droit communautaire. Ainsi, aux termes de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité – dite loi NOME –, les tarifs réglementés applicables aux consommateurs souscrivant une forte puissance ont vocation à disparaître le 1^{er} janvier 2016⁽²⁾.

Cette réforme des tarifs réglementés conduit les collectivités publiques à s'interroger sur leurs futurs achats d'électricité : vont-elles pouvoir continuer à bénéficier des tarifs réglementés ou doivent-elles d'ores et déjà s'approvisionner sur le marché ? Il est utile d'examiner l'impact que la loi NOME a sur les tarifs d'achats d'électricité pour les collectivités publiques (I), avant d'exposer les conditions dans lesquelles ces mêmes collectivités peuvent procéder à leurs achats d'électricité dans le cas où elles souscrivent une offre de marché (II), s'agissant pour la plupart d'entre elles d'un achat nouveau auquel il est important qu'elles se préparent pour le maîtriser.

(1) Voir l'article 2 III de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

(2) Voir l'article 14 de la loi NOME, modifiant l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

I. L'impact de la loi NOME sur les tarifs d'achats d'électricité pour les collectivités publiques

La loi NOME a, d'une part, réformé le régime des tarifs réglementés de vente de l'électricité, d'autre part, institué un dispositif visant à rendre les offres de marché plus compétitives.

A) Le sort des tarifs réglementés de vente

La loi NOME vise à mettre le dispositif national des tarifs réglementés de vente de l'électricité en conformité avec le droit communautaire.

Le régime des tarifs réglementés de vente de l'électricité, tel qu'il était en vigueur avant l'adoption de la loi NOME, avait en effet fait l'objet d'une procédure d'examen de la Commission européenne qui considérait que les tarifs réglementés offerts aux entreprises pour leurs consommations les plus importantes⁽³⁾ étaient assimilables à des aides d'État.

En revanche, le droit communautaire autorise le maintien de tarifs réglementés pour les « petits » consommateurs au titre du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionné en électricité à des prix raisonnables⁽⁴⁾.

C'est dans ce cadre que le nouveau dispositif national des tarifs réglementés de vente de l'électricité a été adopté. Pour les collectivités publiques, cette réforme emporte les conséquences suivantes :

- les tarifs réglementés de vente sont maintenus pour tous leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, et ce sans limitation dans le temps. Pour ces mêmes sites, le maintien des tarifs réglementés de vente de l'électricité est assorti d'un dispositif de réversibilité sans condition de délai ;

- pour leurs sites souscrivant une puissance supérieure à 36 kilovoltampères, et jusqu'au 31 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente sont maintenus et assortis d'un dispositif de réversibilité sous certaines conditions. À compter du 1^{er} janvier 2016, les collectivités publiques ne pourront plus bénéficier des tarifs réglementés de vente de l'électricité pour leurs sites souscrivant une puissance supérieure à 36 kilovoltampères.

Il est intéressant de relever que la loi NOME permet à présent aux collectivités publiques de bénéficier d'un dispositif de réversibilité, c'est-à-dire de la possibilité de revenir aux tarifs réglementés de vente de l'électricité une fois qu'elles ont souscrit une offre de marché pour un site. Ce dispositif de réversibilité est sans condition pour les sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, et sous conditions de délai pour les sites de puissance supérieure.

(3) Ce sont les tarifs dits « jaune » et « vert » – c'est-à-dire les catégories tarifaires destinées aux sites souscrivant une puissance supérieure à 36 kilovoltampères – qui étaient ainsi visés.

(4) Voir l'article 3 de la directive 2009/72 du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

B) Les perspectives d'évolution des tarifs d'achat d'électricité

Outre la question du sort des tarifs réglementés de vente, se pose naturellement la question de l'évolution du niveau des prix de l'électricité et de l'opportunité, pour une collectivité publique, de souscrire une offre de marché pour ses achats d'électricité. Sur cette question du prix de l'électricité, le rapport de la Commission sur l'organisation du marché de l'électricité, présidée par Paul Champasaur⁽⁵⁾, établissait, en 2009, le constat suivant : le prix de l'électricité est aujourd'hui fixé, en dépit de la compétitivité du parc nucléaire français, par « la plus chère des unités de production nécessaires pour satisfaire la demande » au niveau européen (le charbon par exemple). En conséquence de quoi, les prix du marché ne reflètent pas, en France, la compétitivité du parc français de production nucléaire.

Ce rapport relevait également que le coût de l'électricité est appelé à augmenter dans les années à venir compte tenu du vieillissement du parc de production nucléaire dont la durée de vie devra être allongée avant son remplacement. C'est pour tenter d'y remédier que la loi NOME a institué le dispositif dit de « l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique » (ARENH) qui

permet à tout fournisseur qui alimente des consommateurs sur le territoire national d'obtenir une certaine quantité d'électricité de base à un prix régulé reflétant les coûts du parc de production nucléaire. L'objectif est de rendre plus compétitives les offres de marché proposées par les fournisseurs alternatifs. Dans le même temps, la loi NOME a révisé les conditions de fixation des tarifs réglementés de vente de l'électricité : désormais le niveau de ces tarifs sera arrêté en tenant compte du prix de l'ARENH que les fournisseurs alternatifs auront à payer à EDF pour s'approvisionner en électricité de base : on peut donc prévoir un « alignement » progressif des offres de marché sur les tarifs réglementés de vente de l'électricité.

Dans ces conditions, et indépendamment de la question de la fin programmée des tarifs « jaune » et « vert » à l'horizon 2016, les collectivités publiques peuvent d'ores et déjà s'interroger sur l'opportunité de continuer à bénéficier des tarifs réglementés de vente pour leurs sites de consommation souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, c'est-à-dire la catégorie des tarifs dits « bleu ».

Sur ce point, on observera que la loi NOME confirme la règle selon laquelle l'exercice par les collectivités publiques de leur éligibilité demeure optionnel. Selon la loi en effet, le code des marchés publics n'impose pas aux collectivités publiques de souscrire une offre de marché tant que le bénéfice des tarifs réglementés de vente leur reste offert⁽⁶⁾.

Mais dans le cas où une collectivité publique souhaiterait souscrire une offre de marché pour ses achats d'électricité, elle serait alors tenue de suivre les règles de la commande publique.

(5) Rapport disponible sur le site <http://www.developpement-durable.gouv.fr>.

(6) Article 30 modifié de la loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

II. La passation d'un marché public de fourniture d'électricité

Dès lors qu'une collectivité publique se fournit en électricité sur le marché, en déclarant son éligibilité⁽⁷⁾, son achat entre dans le champ de la commande publique, avec certaines dispositions propres à ce type d'achat : elle peut conclure un contrat unique ou encore deux contrats autonomes pour la fourniture et le transport; elle peut également recourir à un accord-cadre ou à un marché non fractionné; enfin, la nature particulière du bien fourni nécessite pour elle de bien préparer le cahier des charges du marché.

A) La passation d'un contrat unique ou d'un marché public associé à un contrat d'acheminement

L'achat d'énergie ne peut être entièrement dissocié des modalités d'acheminement de cette énergie, dont on sait qu'elle transite par les réseaux de transport et de distribution présents sur le territoire français. Or, la gestion de ces réseaux ne relève pas des prestations ouvertes à la concurrence mais demeure maintenue dans ce que les directives communautaires ont reconnu comme monopole naturel. Et quelle que soit la qualité du consommateur, privé ou public, la loi du 10 février 2000 lui reconnaît la possibilité de ne pas conclure un contrat d'accès au réseau avec le gestionnaire du réseau pour la fourniture d'un site de consommation, lorsque le fournisseur a lui-même conclu un contrat relatif aux modalités d'accès aux réseaux de distribution ou de transport pour l'exécution des contrats de fourniture conclus par cette entreprise⁽⁸⁾. Le consommateur contracte avec le seul fournisseur et se trouve dans ce cas lié à lui dans un contrat unique. Ce consommateur est toutefois susceptible si besoin d'avoir des relations directes avec le gestionnaire du réseau, pour des questions notamment de raccordement, de comptage et d'alimentation.

Lorsque ce consommateur est une personne publique qui a déclaré son éligibilité, il lui appartient alors d'intégrer dans les documents administratifs et techniques de la consultation publique la prise en compte de prestations réglementées « acheminement ». Mais c'est là une particularité importante puisque seules les prestations de fourniture feront l'objet de la mise en concurrence, les prestations portant sur l'acheminement y étant exclues et soumises au contraire à des tarifs réglementés (les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, dits « TURPE », régulièrement approuvés par les pouvoirs publics après avis de la Commission de régulation de l'énergie). On précisera enfin que le recours à ce contrat unique est recommandé pour des achats d'électricité qui ne présentent pas un volume particulièrement important. Dans le cas contraire, par exemple pour les besoins d'un site de production dont la consommation est très élevée, il est nécessaire de conclure directement, avec ERDF, un contrat d'accès au réseau de distribution (CARD) ou encore, avec RTE, un contrat d'accès direct au réseau de transport (CART).

B) Le recours à un accord-cadre ou à un marché non fractionné

Dès lors que le montant estimatif du marché ou de l'accord-cadre à passer sera supérieur aux seuils des procédures

formalisées – 125 000 € HT pour les marchés de l'État et 193 000 € HT pour les marchés des collectivités selon l'article 26 du code des marchés publics –, la personne publique qui entend se fournir sur le marché en électricité fera application des règles visées à l'article 76 VII du même code. En effet, des mesures spécifiques ont été adoptées pour tenir compte du caractère non stockable de l'électricité :

- si l'achat donne lieu à un accord-cadre, les marchés passés sur le fondement de cet accord-cadre précisent la période durant laquelle a lieu la fourniture d'énergie mais la quantité exacte d'énergie qui sera fournie durant cette période sera constatée uniquement à l'issue de la période mentionnée dans le marché;
- si l'achat ne donne pas lieu à un accord-cadre ou à un marché à bons de commande, le marché détermine la consistance, la nature et le prix unitaire de l'énergie fournie ou les modalités de sa détermination. Il peut toutefois, dans les mêmes conditions que ce qui est prévu dans un accord-cadre, ne pas indiquer la quantité précise d'énergie qui sera fournie durant son exécution, celle-ci étant alors constatée à l'issue de la durée de validité du marché.

Il convient donc de ne pas se fonder sur la procédure des marchés à bons de commande visée à l'article 77 du code – qui impose de déterminer dans les bons de commande la quantité commandée.

Pour l'acheteur public par ailleurs, le recours à un accord-cadre peut s'avérer opportun, dans le cas notamment de commandes importantes. Cela nécessite toutefois de prévoir très précisément quand et comment se fait la remise en compétition (selon la survenance du besoin par site de consommation, selon une certaine périodicité, etc.). Mais la forte volatilité des prix de l'électricité sur le marché peut rendre délicate cette remise en compétition, plusieurs mois voire plusieurs années après la passation de l'accord-cadre, et il faut éviter dans ce cas que les fournisseurs renoncent à déposer une offre.

C) Les principales particularités du cahier des charges

Outre le choix qui s'offre à la personne publique de recourir ou non à une procédure de remise en compétition au travers d'un accord-cadre, certains éléments du cahier des charges sont essentiels à la réussite de la consultation publique : la définition de son profil de consommation, la décision ou non d'allotir, le prix ou encore la durée du marché.

Un préalable incontournable porte sur la meilleure identification possible du profil de consommation de l'acheteur public, avec une évaluation la plus précise possible de sa consommation passée, de son type de consommation et de ses besoins estimatifs futurs.

La détermination de ce profil permet à l'acheteur de faire ou non le choix d'allotir, dans le respect des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics. Il peut en effet y avoir un intérêt à agréger l'ensemble des besoins dans un lot unique, afin d'obtenir un profil de consommation global régulier qui rassurera les fournisseurs quant aux prévisions de fourniture. Il peut dans d'autres cas être au contraire particulièrement utile de définir des types de consommation très hétérogènes, qui seront individualisés par lots (anciens points de livraison et ceux nouvellement créés, sites fournis ou non au tarif réglementé d'ajustement du marché (TaRTAM), niveaux de puissance souscrite comme c'est le cas dans le cadre réglementé actuel des contrats bleu, jaune ou vert, prise en compte de la saisonnalité des besoins, etc.), afin de chercher à obtenir le meilleur prix par lot spécifique.

(7) Voir l'article 22-I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée.

(8) Voir l'article 23 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée.

Le prix de la fourniture d'électricité est en effet un point essentiel puisque l'électricité fournie est identique quel que soit son fournisseur. Et s'agissant de la détermination de ce prix – qui constituera au demeurant le critère de jugement unique ou, tout au moins, principal –, il est possible de prévoir un prix forfaitaire associé à un prix unitaire ou encore un seul prix unitaire par kilowattheure fourni, intégrant l'ensemble des prestations de fourniture et d'acheminement dans le cas d'un contrat unique. Il convient également de s'interroger sur l'obligation et l'opportunité de prévoir une formule de révision du prix dans le respect des règles de l'article 18 du code des marchés publics. Dans ce cas, le choix de l'indice de révision (indice Platts, indices pétroliers ou DIREM, etc.) est primordial en raison du caractère particulièrement volatile des prix de l'électricité. Enfin, le choix de la durée du marché ou de l'accord-cadre est également primordial : une durée très courte nécessitera de

procéder à une nouvelle consultation dans des délais très rapprochés et ceci, d'autant plus, que les prestations de fourniture ne peuvent être exécutées qu'après intervention du gestionnaire du réseau de distribution ou de transport au titre de l'accès au réseau. Une durée en revanche assez longue inquiétera les fournisseurs qui pourraient alors décider de ne pas déposer d'offre, ou à des prix dissuasifs afin d'être couverts de tout aléa économique.

Les personnes publiques disposent désormais d'une vision clarifiée sur le sort à venir des tarifs réglementés. Il leur appartient d'ores et déjà de se préparer à un achat sur le marché, tout au moins pour leurs sites dont la puissance souscrite est supérieure à 36 kilovoltampères. Les particularités d'une consultation publique propre à cette catégorie d'achat doivent pour cela être connues et maîtrisées. ■

Exemple

Exemple de clauses pouvant être insérées dans le cahier des charges d'un marché de fourniture d'électricité intégrant l'accès au réseau de distribution (contrat unique)

1 - Relations avec le gestionnaire du réseau de distribution (GRD)

Le présent marché intégrant les services liés à l'accès au réseau public de distribution et à l'utilisation de ce réseau (contrat unique), la personne publique bénéficie toutefois de la possibilité de se prévaloir d'un droit direct à l'encontre du GRD pour les engagements contenus dans le contrat GRD-Fournisseur conclu entre le GRD et le titulaire du marché.

2 - Recouvrement des sommes dues au titre de l'accès au réseau

Conformément aux modalités contractuelles régissant le contrat unique, le titulaire du marché assurera le paiement auprès du GRD des sommes dues pour l'accès au réseau de distribution. Dans le cadre de cette prestation, le titulaire du marché s'engage à facturer strictement les montants dus au GRD au titre de l'accès au réseau. Le titulaire s'engage à répercuter dans le cadre du présent marché toute modification des tarifs d'accès au réseau public de distribution qui interviendrait en cours de marché.

Extrait

Article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique

I. - Les tarifs réglementés de vente de l'électricité mentionnés au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée bénéficient, à leur demande, aux consommateurs finals domestiques et non domestiques pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères.

II. - Les tarifs réglementés de vente de l'électricité mentionnés au même premier alinéa du I de l'article 4 bénéficient, à leur demande, aux consommateurs finals domestiques et non domestiques pour leurs sites situés dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental.

III. - Jusqu'au 31 décembre 2015, les consommateurs finals domestiques et non domestiques autres que ceux mentionnés au I du présent article bénéficient des tarifs réglementés de vente de l'électricité mentionnés à l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée pour la consommation d'un site autre que ceux mentionnés au II du présent article et pour lequel il n'a pas été fait usage, à la date de promulgation de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, de la faculté prévue au I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée. À partir du 1^{er} janvier 2016, ils ne bénéficient plus, pour leurs sites autres que ceux mentionnés au II du présent article, de ces tarifs.

Jusqu'au 31 décembre 2015, les consommateurs finals domestiques et non domestiques autres que ceux mentionnés au I du présent article bénéficient, à leur demande et pour une durée qui ne peut être inférieure à un an, des tarifs réglementés de vente de l'électricité mentionnés à l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée pour la consommation d'un site autre que ceux mentionnés au II du présent article et pour lequel il a été fait usage, après la date de promulgation de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 précitée, de la faculté prévue au I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée. Les consommateurs finals qui font usage de la faculté prévue au même I ne peuvent demander à bénéficier à nouveau des tarifs réglementés qu'à l'expiration d'un délai d'un an après avoir usé de cette faculté. À partir du 1^{er} janvier 2016, ils ne bénéficient plus, pour leurs sites autres que ceux mentionnés au II du présent article, de ces tarifs.