

**L'APPEL D'OFFRES EOLIEN EN MER
A L'EPREUVE DES REGLES EUROPEENNES DE CONCURRENCE**

Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET

*Maître de conférences de droit public – HDR
UMR AMURE Centre de Droit et d'Economie de la Mer M_101
Institut Universitaire de la Mer - Université de Bretagne Occidentale*

Le 6 avril 2012, le ministre de l'énergie rendait public les résultats du premier appel d'offres éolien en mer lancé à la suite du Grenelle de l'environnement. Fruit d'une rencontre entre le droit de l'énergie et le droit du développement durable, cette procédure singulière a bien du mal à trouver sa place dans le paysage juridique existant¹. Empruntant les formes de la commande publique, il n'en a pas les attributs. Assurément, il est une procédure spécifique de promotion de la production d'électricité d'origine renouvelable aux racines européennes.

La politique énergétique de la France², est en effet intimement liée à ses engagements européens en la matière³. Ceux-ci résultent, d'une part, de la construction progressive du marché européen de l'électricité résultant de l'adoption des trois paquets législatifs en 1996⁴, 2003⁵ et 2009⁶, et d'autre

¹ G. GUEGUEN-HALLOUET et N. BOILLET. « L'appel d'offres éolien en mer – Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 8 octobre 2012, n° 40, Etude 2320, pp/ 27-34.

² V. L. RICHER, « La loi du 10 février 2000 sur le service public de l'électricité entre concurrence et service public », *AJDA*, 20 mars 2000, pp. 239-247.

³ V. L. GRARD, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité », *Revue Europe*, mars 2011, pp. 5-10.

⁴ Directive n° 96/92/CE du 19 déc. 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOCE n° L 27/2 du 30 janv. 1997).

⁵ Directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOUE n° L 176/37 du 15 juillet 2003), abrogeant la directive 96/92/CE et Règlement n° 1228/2003/CE, 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité (JOUE n° L 176/1 du 15 juillet 2003).

⁶ Directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOUE n° L 211/55 du 14 août 2009, p. 55), abrogeant la directive 2003/54/CE. – PE et Cons. UE, et Règlement n° 714/2009, 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité

part, de l'adoption d'instruments européens définissant une stratégie communautaire en matière d'énergies renouvelables et fixant des objectifs de production en ce domaine⁷.

La loi française⁸ a donc progressivement mis en forme cette politique énergétique en organisant une programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité arrêtée par le ministre chargé de l'énergie. Transposant la directive 2009/72/CE⁹, la loi du 10 février 2000¹⁰ prévoit en son article 8, à côté du système d'autorisations délivrées par une autorité indépendante, le recours à une procédure d'appel d'offres dans le cas où l'initiative des acteurs du marché amènerait trop de divergences par rapport à la programmation. C'est ainsi que le Ministre de l'énergie, conformément aux dispositions du décret du 4 décembre 2002 relatif à cette procédure pour les installations de production d'électricité¹¹, a choisi d'y recourir pour la construction et l'exploitation de cinq installations éoliennes de production d'électricité implantées en mer et en a confié la conduite à la Commission de régulation de l'énergie.

Indubitablement, la lecture attentive de l'avis d'appel d'offres, celle du substantiel cahier des charges¹², auquel il renvoie, et le choix des lauréats réalisé par le ministre illustrent l'utilisation de cet instrument par les pouvoirs publics aux fins de réaliser différents objectifs de politiques publiques relatives notamment au développement industriel, à la protection

abrogeant le règlement 1228/2003/CE et règlement 713/2009 du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (JOUE n° L 211/15 du 14 août 2009).

⁷ Directive n° 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, (JOUE n° L 140/16 du 5 juin 2006).

⁸ Et précisément dans l'ordre les textes de loi suivants :

Loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JORF 11 février 2000, p. 2143).

Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (JORF 11 août 2004, p. 14256).

Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique dite loi POPE (JORF 14 juillet 2005).

Loi n° 2006-1537 du 7 déc. 2006 relative au secteur de l'énergie (JORF 8 décembre 2006, p. 18531).

Loi n° 2010-1488 du 7 déc. 2010 (JORF 8 décembre 2010, p. 21467).

⁹ En remplacement des dispositions identiques de la directive 96/92 et de la directive 2003/54/CE qu'elle abroge.

¹⁰ Codifié à l'article L 311-10 du Code de l'énergie.

¹¹ Décret n° 2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, (JORF n°288 du 11 décembre 2002 page 20413), modifié par le décret n° 2011-757 du 28 juin 2011.

¹² Publié sur le site de la CRE le 11 juillet 2011, il détaille tout au long de ses 79 pages les conditions techniques, financières et administratives que doivent remplir les candidats potentiels.

de l'environnement, au développement durable ou encore à l'aménagement du territoire. Ce sont là des données essentielles. Elles ne doivent cependant pas nous faire perdre de vue que cette procédure, appelée à devenir l'instrument privilégié de promotion des énergies renouvelables en France¹³, a principalement pour objet d'organiser de manière transparente et non discriminatoire un accès concurrentiel au marché des EMR et permettre à l'Etat de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pourtant l'on constate que les exigences du substantiel cahier des charges¹⁴, le nombre restreint d'offres présentées et le choix des lauréats dessinent un marché peu ouvert, composé de quelques énergéticiens, équipementiers et développeurs collaborant au sein de consortiums. Quelle qu'en soient les causes, cette configuration du marché interroge sur l'effectivité de la concurrence qu'il s'agisse de l'accès au marché ou du respect des règles prohibant les comportements anticoncurrentiels.

Instrument au service de la libéralisation du secteur de l'énergie, les règles européennes de concurrence sont également un outil assurant le bon fonctionnement du secteur libéré dans l'intérêt de l'ensemble des acteurs concernés. Elles encadrent à la fois la liberté d'action de l'Etat adjudicateur (I) et les pratiques des opérateurs soumissionnaires dès lors qu'elles sont de nature à entraver la concurrence sur le marché.

I. Les règles européennes de concurrence applicables à l'Etat adjudicateur

L'appel d'offres a pour objet de sélectionner des candidats auxquels sera accordée l'autorisation de construire et d'exploiter des infrastructures de production d'électricité à base d'énergies renouvelables. En contrepartie, ils bénéficieront du rachat de l'électricité produite au tarif proposé dans la réponse à l'appel d'offres¹⁵.

Responsable du bon déroulement de cette procédure dont il confie l'organisation et le suivi à la Commission de régulation de l'énergie, l'Etat est donc le garant de l'accès concurrentiel à ce nouveau marché (A). Toutefois, s'il bénéficie d'une certaine latitude pour organiser sa politique

¹³ Tandis qu'un nouvel appel d'offres éolien a été annoncé le 16 septembre 2012, la ministre de l'écologie avait également annoncé au printemps son intention de recourir à l'appel d'offres pour l'implantation d'hydrolienne.

¹⁴ Publié sur le site de la CRE le 11 juillet 2011, il détaille tout au long de ses 79 pages les conditions techniques, financières et administratives que doivent remplir les candidats potentiels.

¹⁵ Article 8 de la directive n° 96/92/CE du 19 déc. 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JOCE n° L 27/2 du 30 janv. 1997), désormais remplacé par la directive n° 2009/72/CE (JOUE n° L 211/55 du 14 août 2009, p. 55), la loi n°2000-108 (JORF 11 février 2000, p. 2143.) et décret 2002-1434 (JORF n°288 du 11 décembre 2002 page 20413).