

Favoriser l'utilisation des énergies renouvelables dans les marchés publics

Fruits d'une longue démarche législative de verdissement de la commande publique, divers leviers permettent désormais aux acheteurs publics de favoriser les énergies renouvelables lors de la passation puis de l'exécution de leurs contrats de la commande publique tels que les marchés publics. En parallèle, les énergies renouvelables trouvent depuis peu également leur place dans de nouvelles techniques d'achat d'énergie sous la forme, notamment, de marchés publics.

Par son poids dans l'activité économique, la commande publique constitue également un moyen d'intervention efficace pour accélérer et consolider la transition vers des modes de production et de consommation plus vertueux afin de répondre aux enjeux liés à la protection de l'environnement et notamment celui d'une nécessaire diminution des émissions de gaz à effet de serre », tels sont les termes de l'étude d'impact du Projet de loi relatif à l'industrie verte⁽¹⁾ présenté en Conseil des ministres le 16 mai 2023 et dont plusieurs mesures intéressent la commande publique.

C'est dans la droite ligne de cette logique pragmatique que l'utilisation et la promotion des énergies renouvelables par les acheteurs publics, favorisées, encouragées et parfois imposées par les textes européens et nationaux aux objectifs ambitieux, s'inscrit

Et grâce à un « verdissement » de la commande publique qui s'appuie notamment sur le développement des énergies renouvelables pour repenser l'achat public, les acheteurs disposent ainsi désormais d'outils leur permettant d'intégrer la considération environnementale au cœur de la passation puis de l'exécution de leurs contrats de la commande publique, bien qu'aucun ne soit spécifique aux énergies renouvelables.

Au-delà de tels leviers, les acheteurs publics peuvent désormais se tourner, pour répondre à leurs besoins en matière d'approvisionnement en énergie, vers les énergies renouvelables en usant de techniques d'achat innovantes dans le respect des règles de la commande publique, impulsées par un cadre juridique en pleine évolution.

Auteurs

Ana Nuytten

Avocate à la Cour

Alexandra Ouzar

Avocate à la Cour

Cabinet Seban et associés

(1) Projet de loi relatif à l'industrie verte, étude d'impact, 15 mai 2023.

La commande publique, un vecteur pour favoriser le développement des énergies renouvelables

La prise en compte de préoccupations environnementales par les acheteurs publics s'inscrit globalement dans la poursuite d'objectifs ambitieux fixés aux niveaux européen et national.

Pour citer les plus récents, le « Green Deal » ou Pacte vers pour l'Europe publié par la Commission européenne du 11 novembre 2019 a fixé comme ambition l'atteinte de la neutralité climatique en Europe d'ici 2050. Le cadre requis pour y parvenir a ensuite été posé par le Parlement européen et le Conseil au sein du Règlement (UE) 2021/1119^[2] dit « loi européenne sur le climat » publié le 9 juillet 2021 qui a fixé un objectif de réduction de 55 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 par rapport à 1990.

À cette fin, la politique énergétique européenne est repensée au sein d'un nouveau paquet énergie-climat, aussi intitulé « Fit for 55 », présentant notamment des propositions de refonte de certaines directives européennes pour les adapter aux objectifs annoncés.

On retiendra surtout la refonte de la directive RED II^[3], déjà révisée en 2018. Lors de cette refonte, la Commission a proposé l'atteinte d'un nouvel objectif de 40 % d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union européenne d'ici 2030. En l'état, cette directive refondée n'a pas encore été publiée bien qu'un accord provisoire semble avoir été trouvé entre les représentants du Conseil et du Parlement européen fin mars 2023 et que celle-ci devrait être soumise au vote très prochainement.

De tels objectifs incitent les acheteurs publics à adopter des politiques d'achats favorisant le développement des énergies renouvelables.

Plusieurs textes législatifs nationaux œuvrent en effet en ce sens, de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, dite « loi LTECV » à, plus récemment, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite « loi Climat et Résilience », traduisant une partie des propositions issues de la Convention citoyenne pour le climat et qui au sein de son titre III « Produire et Travailler » a fixé un objectif de « verdissement » de la commande publique.

[2] Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »).

[3] Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte).

Enfin, la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, dite « loi APER », a permis de clarifier certains liens entre commande publique et développement des énergies renouvelables, en apportant notamment des précisions sur les opérations d'autoconsommation individuelle et collective auxquelles peuvent prendre par les collectivités locales pour satisfaire leurs besoins propres, et a introduit la notion de « contrat de vente directe à long terme d'électricité », comme il en sera fait état ci-après.

Ainsi, les évolutions du cadre juridique encouragent, d'une part, les acheteurs publics à donner une place importante aux énergies renouvelables dans la passation de leurs contrats de la commande publique lorsque cela est possible et, d'autre part, clarifient le cadre dans lequel ceux-ci peuvent satisfaire leurs besoins en énergies renouvelables dans un double objectif environnemental et de maîtrise des coûts.

Les leviers d'intégration des énergies renouvelables dans les marchés publics

Ainsi que l'on vient de le voir, l'intégration des énergies renouvelables (ci-après ENR) dans les marchés publics s'inscrit dans la droite ligne d'une longue (voire lente) démarche législative et européenne de « verdissement » de la commande publique. Cette dimension environnementale qu'il convient désormais de prendre en compte dans l'acte d'achat étant naturellement entendue comme intégrant le développement des énergies renouvelables^[4].

Et au service de cette considération environnementale, plusieurs obligations ont été définies par le législateur pouvant permettre aux acheteurs publics d'intégrer les ENR à tous les stades de leur achat.

Une définition et une expression technique verte des besoins

L'article 35 de la loi Climat et résilience a intégré un article L. 3-1 au titre préliminaire du Code de la commande publique lequel dispose « La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. » Les contrats de la commande publique étant ainsi définis comme un moyen d'atteindre des objectifs environnementaux, ils doivent être pensés, dès le stade de la définition de leur objet par l'acheteur, à l'aune de leur impact environnemental et de l'efficacité énergétique des prestations à solliciter.

Cette appréhension nécessitera de s'interroger dès ce stade, sur le lien entre les énergies renouvelables et

[4] Ainsi que le précise notamment le Plan national pour des achats durables, dit « PNAD » 2022-2025, p. 8.

l'objet des prestations requises et le cas échéant, sur le degré d'intégration de ces dernières auxdites prestations. En effet, selon l'objet du marché public en cause, les énergies renouvelables pourront occuper une place accessoire ou au contraire centrale dans l'achat, tel que c'est naturellement le cas des marchés de fourniture d'énergie mais également de ceux portant sur des prestations de service de transport par véhicule à moteur^[5] ou encore sur la construction ou la rénovation des bâtiments^[6].

Une fois l'objet du marché ainsi déterminé, il conviendra de définir la nature et l'étendue précise des besoins à satisfaire par le marché public envisagé. Sans revenir sur l'importance d'une détermination tout aussi transparente que fine des besoins par les acheteurs publics afin de respecter les principes de la commande publique, on notera que, de longue date, la prise en compte des objectifs de développement durable est requise à ce stade. En effet, l'article 5 du Code des marchés publics prévoyait déjà : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. »^[7] Sous l'empire de ces dispositions, le juge administratif considérait alors que les acheteurs publics avaient à concilier dans la définition de leurs besoins « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social » ce qui leur permettait sans nullement que cela leur soit imposé de retenir des considérations environnementales dans l'attribution du marché^[8]. Ainsi, une sorte « d'obligation de moyen » pesait en la matière sur les acheteurs publics sans qu'ils ne soient tenus de retranscrire de quelconques exigences environnementales ou énergétiques dans les exigences techniques fixées par les documents de la consultation^[9].

C'est là l'une des nouveautés de la loi Climat et résilience, venue intégrer l'obligation de prise en compte dans les spécifications techniques prévues au marché « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »,

à compter du 22 août 2026^[10]. Ainsi, les acheteurs ont d'ores et déjà la possibilité d'inclure des prescriptions techniques dans leurs marchés tenant à l'utilisation d'ENR, possibilité qui pourra bientôt s'inscrire, dans le cadre de cette obligation. Ces spécifications techniques pourront être appuyées par le fait d'imposer à l'opérateur économique qu'il détienne un label, sous réserve de respecter les conditions prévues aux articles R. 2111-12 à R. 2111-17 du Code de la commande publique.

On rappellera toutefois, qu'afin de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques, les spécifications techniques requises par les documents de la consultation en matière d'ENR, bien qu'éventuellement innovantes dans une certaine mesure, ne pourront être excessivement restrictives en ayant indirectement pour effet de favoriser ou écarter certains opérateurs^[11].

L'intégration des énergies renouvelables au stade de l'analyse des offres et des conditions d'exécution du marché public par le titulaire

L'intégration d'un critère de sélection des offres tenant à l'utilisation d'ENR voire plus généralement environnemental n'était jusqu'alors pas envisagée comme une obligation pour les acheteurs publics, mais comme une faculté liée à l'objet du marché^[12]. En effet, le Code de la commande publique impose seulement aux acheteurs l'attribution des marchés publics aux soumissionnaires ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et aux critères d'être à cette fin objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution^[13].

En ce sens, la CJUE a considéré le critère d'attribution portant sur le niveau d'émission d'oxyde d'azote et de bruit des autobus comme effectivement lié au à l'objet du marché public en cause, portant sur des services de transports urbains par autobus^[14]. De même, elle admettait en 2003 le principe du recours à un critère de sélection des offres exigeant la fourniture d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables (même pondéré à 45 %) tout en le considérant, dans le marché public en cause illicite, car rédigé dans des termes dont il ressortait qu'il ne concernait pas son objet^[15]. En effet, le critère consistait « à attribuer des points pour la quantité d'électricité produite à partir d'énergie

[5] Voir en ce sens arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1830223A) relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics.

[6] Prestations pour lesquelles l'article L. 228-4 du Code de l'environnement impose à la commande publique de prendre en compte les exigences de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre et de stockage du carbone et veille au recours à des matériaux de réemploi ou issus des ressources renouvelables.

[7] Disposition désormais reprise et précisée à l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique

[8] CE, 23 novembre 2011, req. n° 35170.

[9] Voir en ce sens, La définition des besoins, Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019 ; Rép. min. n° 25167, *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75 ; M.-H. Pachen-Lefèvre et A. Ouzar, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi Climat et Résilience », *Contrats Publics - Le Moniteur* n° 226, décembre 2021.

[10] Voir en ce sens l'article 35 de la Loi Climat et résilience ainsi que l'article L. 2111-2 du Code de la commande publique dans sa version à venir à compter du 22 août 2026.

[11] Il en va de même de la mention de marques ou brevet, voir en ce sens *La définition des besoins*, Direction des Affaires Juridique du Ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019, précité.

[12] Pour un exemple jurisprudentiel sous l'empire des dispositions du Code des marchés publics, voir CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

[13] CCP, art. L. 2152-7.

[14] CJUE 17 septembre 2022, aff. C-513/99.

[15] CJCE 4 décembre 2003, aff. C-448/01 et conclusions de l'avocat général sous l'arrêt.

renouvelables que le soumissionnaire sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, étant précisé que seul sera pris en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'AO n'est pas lié à l'objet du marché ».

Mais la loi « Climat et Résilience », sous l'impulsion d'une des propositions de la convention citoyenne, est venue intégrer une disposition à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique imposant à compter du 22 août 2026 la prise en compte, par au moins un des critères de sélection des offres, de son caractère environnemental⁽¹⁶⁾. On notera qu'en vertu de l'article 91 de loi relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables cette disposition sera applicable dès le 1^{er} juillet 2024 pour les marchés portant sur l'implantation ou l'exploitation d'installations de production ou de stockage d'énergies renouvelables au sens de l'article L. 211-2 du Code de l'énergie.

En outre, le décret d'application de la loi climat et résilience du 2 mai 2022⁽¹⁷⁾ supprime à compter de la même date toute possibilité pour les acheteurs publics de ne retenir qu'un seul critère de sélection fondé sur le prix de l'offre. Ainsi, à partir du 22 août 2026, si un critère unique de sélection des offres venait à être retenu par l'acheteur, il devra porter sur leur coût au sens large prenant notamment en compte leurs caractéristiques environnementales.

En somme, les acheteurs publics auront l'obligation, à partir du 22 août 2026 (et du 1^{er} juillet 2024 pour les marchés susvisés portant susvisés en matière d'énergies renouvelables) de prendre en compte le caractère environnemental des offres qu'ils analyseront dans le cadre de la passation de leur marché public, y compris lorsqu'un critère unique relatif au coût a été fixé. En revanche, aucune injonction n'est précisément faite quant à l'intégration des ENR dans cette sélection toutes les fois où cela est lié à l'objet du marché. Les acheteurs demeurent ainsi libres ainsi qu'ils l'étaient déjà, à compter du 22 août 2026 de prendre en compte ce paramètre ou non (à condition donc de s'attacher à fixer un autre critère environnemental).

En parallèle et toujours en vertu de l'article 35 de la loi Climat et Résilience, sera imposée aux acheteurs publics, à compter du 22 août 2026 en vertu l'article L. 2112-1 du Code de la commande publique, la prise en compte des considérations relatives à l'environnement, sans d'avantage de précision, dans les conditions d'exécution des marchés publics une fois attribué à son titulaire.

Dès lors, à l'horizon 2026 les pouvoirs adjudicateurs pourront favoriser les énergies renouvelables au stade de l'analyse offres et de l'exécution du marché public par son titulaire *via* la définition de critères et conditions

techniques d'exécution idoines dans les pièces de la consultation en les inscrivant dans le cadre du dispositif désormais contraignant prévu par la loi Climat et Résilience. Mais en l'absence de prescription plus précise concernant les ENR – qui aurait en tout état de cause eu vocation à être adaptée au cas par cas à l'objet du marché public concerné – ce nouveau cadre législatif ne semble pas révolutionner l'achat public en la matière.

Et la proposition dont a été saisi Conseil d'État le 18 avril 2023 relative à l'industrie verte susvisée, en se contentant de proposer en la matière d'intégrer à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique une définition de l'offre économiquement la plus avantageuse faisant apparaître la possibilité de prévoir des critères environnementaux (de façon transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur prévoyant la loi Climat et Résilience) ne semble d'aucun secours sur ce point.

Sauf à ainsi faire usage du dispositif prévu par la loi « Climat et Résilience » en faveur de l'utilisation des ENR lorsque le marché public envisagé le permet, c'est en utilisant les marchés publics dans le cadre des techniques d'achat d'ENR créées par la loi du 10 mars 2023 dite « APER » que leur utilisation sera effectivement favorisée.

La satisfaction par les collectivités territoriales de leurs besoins en énergies renouvelables par le recours aux marchés publics

Cette loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, est intervenue dans le contexte désormais bien connu de flambée des prix de l'électricité sur le marché de gros et de crise écologique globale.

Dans un tel contexte, la nécessité pour les acheteurs publics locaux de maîtriser leurs ressources énergétiques et leurs dépenses publiques a été, plus que jamais, réaffirmée.

Pour y répondre, la loi APER prévoit et clarifie notamment le cadre d'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements dans le développement de leurs moyens de production d'énergie renouvelable en circuit-court tout en prenant en compte les contraintes de la commande publique.

Dans ce cadre deux techniques d'achat d'énergie renouvelable méritent d'être soulignées.

L'autoconsommation collective et individuelle

L'autoconsommation peut être collective ou individuelle. Si elle est individuelle, aux termes de l'article L. 315-1 du Code de l'énergie, elle permet précisément à un producteur de consommer lui-même et sur un même site tout ou partie de l'électricité produite par son installation. Si elle est collective, elle correspond à une opération au sein de laquelle la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un

(16) Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux marchés publics de défense et de sécurité, pour lesquels ce critère demeure facultatif.

(17) Décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique.

ou plusieurs consommateurs finals qui sont liés entre eux au sein d'une personne morale organisatrice et dont les points de soutirage et d'injection sont situés dans le même bâtiment, dans les termes de l'article L. 315-2 du Code de l'énergie.

Ces dispositifs étaient déjà utilisés par les acheteurs publics locaux pour produire et consommer de l'électricité pour leurs besoins propres.

L'article 86 de la loi APER a introduit un nouvel article L. 331-5 du Code de l'énergie qui consacre expressément la possibilité pour les acheteurs publics mettre en œuvre de telles opérations « dans les conditions prévues par le Code de la commande publique » et d'ainsi recourir à la conclusion d'un contrat de la commande publique « dans le cadre d'opération d'autoconsommation collective mentionnée à l'article L. 315-2 avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération » et « avec un tiers mentionné à l'article L. 315-1 pour la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle mentionnée au même article L. 315-1 ». Concrètement, le choix du ou des producteurs participant à cette opération est soumis aux règles de la commande publique.

De surcroît, s'agissant de l'autoconsommation individuelle, l'article susvisé précise que le contrat de la commande publique conclu pourra confier au titulaire « l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production pour autant qu'il demeure soumis aux instructions de l'autoproduiteur ».

Il sera également noté que l'article 100 de la loi APER introduit dans le Code de l'énergie un article L. 448-1 qui fixe le régime de l'autoconsommation collective en matière de gaz d'origine renouvelable.

Les contrats de vente directe à long terme d'électricité

La loi APER introduit en droit interne la notion de « contrat de vente directe à long terme d'électricité », désormais prévue aux articles L. 331-5 et L. 333-1 du Code de l'énergie, qui s'inspire de la notion de « PPA » (« Power Purchase Agreement ») sans toutefois donner une définition à cette notion.

Il s'agit d'un montage contractuel désintermédié entre un producteur et un consommateur final d'électricité.

L'objectif principal, au-delà de la consommation d'énergies renouvelables, est bien la maîtrise par la collectivité

de ses coûts pour s'approvisionner en énergie car, dans un marché de fourniture d'énergie classique, le fournisseur se charge lui-même de s'approvisionner auprès d'un producteur ou sur le marché de gros de l'électricité à des prix qui, au vu du contexte actuel, peuvent être très élevés.

On soulignera également que ce dispositif présente aussi le bénéfice pour les producteurs d'énergie de source renouvelable d'obtenir, sur le long terme, une certaine sécurité financière sans avoir besoin de recourir aux dispositifs de soutien étatique que sont l'obligation d'achat et le complément de rémunération.

L'article 86 de la loi APER susvisé qui, tel qu'exposé, a introduit un article L. 331-5 dans le Code de l'énergie précise donc que les acheteurs publics peuvent conclure des contrats de vente directe à long terme dans le respect des règles de la commande publique. On le comprend aisément dans la mesure où un tel contrat vise précisément à répondre à un besoin public. La mise en œuvre d'une procédure de publicité préalable et de mise en concurrence est donc de rigueur.

En outre, la loi APER a permis de clarifier la durée de ce contrat et ainsi de lever une difficulté liée à la conclusion d'un tel contrat sous forme de marché public. En effet, le nouvel article L. 331-5 du Code de l'énergie prévoit que la durée du contrat de vente directe d'électricité « est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations ». Pour rappel, aux termes de l'article L. 2112-5 du Code de la commande publique, la durée des marchés publics doit tenir compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique et, comme en dispose l'article L. 2125-1 de ce même code, les accords-cadres sont quant à eux limités à une durée de quatre ans.

Les opérations d'autoconsommation tout comme les contrats de vente directe à long terme d'électricité sont des techniques d'achat favorisant le recours aux énergies renouvelables. La loi APER, en affirmant ou réaffirmant la possibilité pour les acheteurs publics d'y recourir s'inscrit ainsi concrètement dans la lignée d'autres dispositifs législatifs plus généraux pouvant permettre, sous réserve du strict cadre des principes de la commande publique, de faire des marchés publics un vecteur du développement des énergies renouvelables.