

JURIDIQUE Analyse



MARIANNE HAUTON,
avocate, cabinet Seban et associés

Projets énergétiques

L'implication des acteurs publics et parapublics dans les projets de production d'énergie renouvelable, comme producteurs ou consommateurs, connaît une forte augmentation.

Pluralité d'outils

Selon le but recherché, les contraintes techniques et juridiques identifiées, différents mécanismes sont envisageables et peuvent se combiner.

Commande publique

Le droit étant encore en construction sur ces sujets, des questions demeurent, en particulier en ce qui concerne l'articulation avec le code de la commande publique.

Transition écologique La valorisation de l'énergie renouvelable

L'intérêt et la mobilisation des acteurs publics et parapublics en matière de production d'énergie renouvelable, de circuits courts et d'autoconsommation énergétique ne sont, aujourd'hui, plus à démontrer.

A titre d'illustration, actuellement, plus de la moitié des opérations d'autoconsommation collective sont portées par des acteurs publics (1). Parmi une pluralité d'outils juridiques, qui peuvent se combiner sur une même opération, il est nécessaire, pour les acteurs publics, de mener, en amont des projets, une réflexion leur permettant d'identifier le montage le plus approprié et les contraintes qui s'imposent, notamment au regard du droit de la commande publique.

LES PRINCIPAUX OUTILS DE VALORISATION

En fonction de l'objectif poursuivi par les acteurs concernés, différents outils, dont les caractéristiques sont parfois proches, mais qui obéissent néanmoins à des régimes distincts, existent.

DISPOSITIFS DE SOUTIEN ÉTATIQUES

Une première possibilité consiste à s'inscrire dans le cadre d'un dispositif de soutien étatique et à conclure un contrat d'obligation d'achat ou de complément de rémunération (2).

L'obligation d'achat (3) consiste à vendre la production d'électricité à la société EDF OA et à bénéficier, à ce titre, d'un tarif d'achat fixé pour une longue durée. Cependant, le dispositif ne confère pas de dimension locale aux projets : l'électricité étant, sur le plan technique, injectée sur le réseau public et, sur le plan contractuel, vendue à EDF OA.

Le complément de rémunération repose sur une logique distincte et vise, pour le producteur, à vendre librement l'électricité produite, tout en bénéficiant d'une « prime » contribuant à l'équilibre de son projet. En ce qu'il conduit le producteur à vendre l'électricité produite à un tiers librement déterminé, le complé-

ment de rémunération peut, quant à lui, s'inscrire dans un projet local.

L'AUTOCONSUMMATION

Outil de valorisation locale de l'énergie par excellence, l'autoconsommation est plébiscitée par les acteurs publics. L'autoconsommation (code de l'énergie, art. L.315-1 et s.) est individuelle lorsque l'unité de production est installée sur le site de consommation et l'alimenté.

L'autoconsommation collective (ACC) (code de l'énergie, art. L.315-2) vise le cas dans lequel une ou plusieurs installations de production alimentent un ou plusieurs consommateurs, et obéit à un certain nombre de contraintes techniques et juridiques qui lui sont propres et ne s'appliquent pas aux PPA (Power Purchase Agreement) (lire p.49).

Une contrainte géographique déjà, puisqu'une ACC doit être réalisée, soit au sein d'un même bâtiment, soit dans un périmètre géographique de 2 kilomètres séparant les participants les plus éloignés. Par dérogation, cette distance peut être étendue à 10 kilomètres (communes rurales et/ou périurbaines), à 20 kilomètres (communes rurales ou participation d'un service départemental d'incendie et de secours), voire à l'échelle du périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre (pour les boucles réunissant des acteurs publics ou parapublics).

Si les dérogations permettant d'élargir le périmètre se sont multipliées, cela demeure une contrainte structurante pour le dimensionnement des projets, mais qui est consubstantielle au caractère local de l'outil.

En outre, la puissance des installations de production est plafonnée à 5 mégawatts (4) ou à 10 mégawatts pour les ACC dédiées aux acteurs publics et parapublics.

Enfin, la désignation d'une « personne morale organisatrice » (PMO) réunissant l'ensemble des participants s'impose. Elle est chargée, en particulier, de contracter avec le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité. Si sa forme est libre, conférant ainsi une souplesse, et



À NOTER
Le complément de rémunération consiste, pour le producteur, à vendre librement l'électricité produite, tout en bénéficiant d'une « prime » contribuant à l'équilibre de son projet.

JURIDIQUE

s'il est envisageable en fonction des participants de recourir à des PMO mutualisées (cette fonction mutualisée est parfois exercée par des syndicats d'énergie ou sous forme d'associations), il s'agit tout de même d'une formalité souvent perçue comme un frein.

LES PPA OU CADER

Les PPA (Power Purchase Agreement) ou contrats d'achats directs d'énergie renouvelable (Cader) sont des contrats d'achat d'électricité d'origine renouvelable conclus directement entre un producteur et un consommateur. En cela, ils diffèrent des contrats de fourniture classiques conclus entre un fournisseur, passant lui-même au préalable par le marché de gros, et un consommateur.

Ces contrats permettent aux consommateurs d'assurer leur approvisionnement en énergie d'origine renouvelable, le cas échéant, sur une longue durée, et pour un prix déterminé à l'avance, évitant ainsi une exposition aux aléas du marché de gros de l'électricité.

Aucun plafond de puissance ou critère géographique ne vient limiter les possibilités de contractualisation en la matière. Dès lors, si le PPA peut concerner de l'électricité produite par une installation locale, la proximité géographique n'est pas automatiquement induite par le recours à ce type d'outil.

UNE NÉCESSAIRE ARTICULATION AVEC LES RÈGLES DE DOMANIALITÉ ET DE COMMANDE PUBLIQUES

Quel que soit l'outil retenu, les personnes publiques, soumises aux règles de la domanialité publique, et les acheteurs en général, soumis au code de la commande publique, doivent s'assurer de l'articulation entre leurs projets et ces différentes règles.

LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

La domanialité publique impose, dans l'hypothèse où un tiers est autorisé à déployer une installation de production sur une dépendance publique (toiture, parc de stationnement, etc.), d'organiser au préalable une procédure de sélection, sauf à pouvoir s'inscrire dans l'un des cas de dispense prévus par le code (code général de la propriété

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables.
- Arrêté du 21 novembre 2019 fixant le critère de proximité géographique de l'autoconsommation collective étendue.
- Code de l'énergie, art. L.211-2, L.315-1 à L.315-8, L.331-5 et L.333-1.

des personnes publiques, art. L.2122-1-1 et s.). Si l'occupant a, en réalité, vocation à contracter avec la collectivité pour l'approvisionnement en électricité et, plus globalement, dans toutes les hypothèses où il s'agit pour une collectivité de satisfaire ses besoins énergétiques, il faut alors s'inscrire, non pas dans une logique domaniale, mais dans le cadre du code de la commande publique.

L'ARTICULATION AVEC LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Si l'article L.331-5 du code de l'énergie issu de la loi «Aper» a consacré la possibilité, pour les personnes publiques, de satisfaire leurs besoins énergétiques, notamment, en concluant un PPA ou en participant comme consommatrices à une opération d'autoconsommation collective, le code précise que c'est «dans les conditions prévues par le code de la commande publique» et que, pour ce faire, elles recourent à un «contrat de la commande publique».

Il est donc nécessaire, d'une part, de choisir l'un des outils prévus par ledit code et, d'autre part, d'organiser, préalablement à la conclusion des contrats, une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Cette obligation génère cependant une multiplicité de questionnements auxquels le cadre juridique n'apporte, en l'état, aucune réponse claire. On peut ainsi s'interroger sur la définition du besoin, la nécessité d'assurer une neutralité technologique entre les modes de production, sur la question de l'allotissement des prestations ou sur le point de savoir si le caractère local d'un outil de production peut être érigé en modalité d'exécution du contrat ou en critère de sélection? En matière d'ACC, on peut, en outre, questionner l'objet de la mise en concurrence et, s'il y a lieu,

mettre en concurrence des boucles existantes (lorsque c'est le cas) ou également les boucles à créer.

Naturellement, les dérogations aux obligations de mise en concurrence prévues par le code de la commande publique peuvent être invoquées, en particulier, la dérogation dite de la «quasi-régie», sous réserve que les conditions soient remplies.

La possibilité d'invoquer d'autres dérogations prévues par le même code, par exemple, celles liées à l'existence de droits exclusifs ou reposant sur l'invocation de raisons techniques imposant de contracter avec un opérateur déterminé, est régulièrement soulevée. Néanmoins, en l'absence de jurisprudence rendue spécifiquement sur des PPA ou des boucles d'ACC, et au vu de la position stricte du juge administratif lorsqu'il examine l'invocabilité de ces dérogations de manière générale, la prudence semble pour l'heure de mise.

LA POSSIBILITÉ D'UNE DURÉE LONGUE

De manière plus positive, l'article L.331-5 du code de l'énergie prévoit que la durée de ces contrats tienne compte «de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations [...] y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations». Autrement dit, des durées longues sont possibles, même pour un marché de fourniture. Un tel assouplissement des règles relatives à la durée était indispensable, l'absence des PPA ou des contrats conclus dans le cadre de projets d'ACC étant de s'inscrire dans la durée. ●

(1) Source Enedis : <https://tinyurl.com/2s36erah>

(2) La possibilité de s'inscrire dans l'un ou l'autre de ces régimes est fonction de la technologie considérée et de la puissance produite par l'installation.

(3) Auxquels sont éligibles les projets photovoltaïques, dont la puissance est inférieure à 500 kWc.

(4) Depuis un arrêté du 21 février 2025 modifiant l'arrêté du 21 novembre 2019 fixant le critère de proximité géographique de l'autoconsommation collective étendue. La puissance maximale s'élève à 0,5 MW dans les zones non interconnectées.