

SAMUEL COUVREUR,
avocat associé
au cabinet Seban



MARIANNE HAUTON,
avocate associée
au cabinet Seban

Engouement
La production d'énergie renouvelable et sa valorisation locale dans le cadre de circuits courts connaissent un engouement fort, en particulier chez les acteurs publics.

Gisement
La production énergétique des unités de valorisation énergétique (UVE) constitue un gisement de premier ordre pour les collectivités territoriales.

Freins
Les règles issues du code de la commande publique, du code de l'énergie et l'articulation nécessaire avec les contrats d'exploitation des UVE sont autant de freins au développement de ces dispositifs.

Énergie

Les outils de valorisation de l'électricité en circuit court

La mobilisation des acteurs publics et parapublics en matière de production d'énergie renouvelable amorcée depuis plusieurs années ne cesse de prendre de l'ampleur. Le recours à des outils industriels publics constitue ainsi une formidable opportunité: géothermie, stations d'épuration, unités de valorisation énergétique (UVE) sont autant de moyens gérés par les collectivités pour parvenir à réduire notre empreinte carbone, tout en produisant de l'énergie.

En particulier, les UVE sont, depuis longtemps, une source importante de production de chaleur et d'électricité grâce à la cogénération. Ils permettent souvent une autoconsommation individuelle (avec un équipement utilisant l'électricité qu'il produit) ou la vente d'électricité dans le cadre de dispositifs de soutien étatiques avant 2019 (obligation d'achat, puis complément de rémunération), ou via un agrégateur revendant l'électricité sur le marché de gros. Désormais, la valorisation en circuit court par les collectivités territoriales constitue un enjeu majeur: elle permettrait à la collectivité propriétaire de l'équipement d'utiliser l'électricité produite en fléchant, sur le plan juridique et financier, l'approvisionnement des infrastructures situées à proximité et, notamment, des infrastructures publiques.

Cette utilisation en boucle locale soulève néanmoins des questions juridiques liées au régime applicable et sa compatibilité avec les contrats d'exploitation de ce type d'équipement.

À NOTER

Deux principaux outils de valorisation de l'électricité sont aujourd'hui plébiscités: l'autoconsommation et le contrat d'achats directs d'énergie renouvelable.

LES OUTILS DE VALORISATION DE L'ÉLECTRICITÉ EN CIRCUIT COURT : UNE OPPORTUNITÉ POUR LES UVE

Deux principaux outils de valorisation de l'électricité sont aujourd'hui plébiscités: l'autoconsommation et le contrat d'achat direct d'énergie renouvelable.

L'AUTOCONSOMMATION

L'autoconsommation recouvre deux modalités distinctes: l'autoconsommation individuelle (code de l'énergie, art. L.315-1), qui consiste, pour une même entité à produire et consommer l'électricité sur un même site, et l'autoconsommation collective (ACC) (code de l'énergie, art. L.315-2), qui constitue véritablement un circuit court local de production et de consommation d'électricité, puisqu'elle correspond à l'hypothèse dans laquelle une ou plusieurs installations de production alimentent un ou plusieurs consommateurs situés dans un périmètre géographique limité, défini par le cadre juridique.

Ce périmètre correspond soit à un bâtiment, soit à une distance de 2 kilomètres séparant les participants les plus éloignés, ou de 20 kilomètres si un service départemental d'incendie et de secours (Sdis) y participe, soit par dérogation, à une distance étendue à 10 kilomètres (communes rurales et/ou périurbaines), à 20 kilomètres (communes rurales), voire à l'échelle du périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, pour les boucles ne réunissant que des acteurs publics ou parapublics (organismes privés chargés d'une mission de service public, société d'économie mixte [SEM], filiales de SEM).

En outre, la puissance des installations de production est plafonnée à 5 mégawatts ou à 10 mégawatts pour les ACC composées uniquement d'acteurs publics et parapublics.

LE PPA

Les PPA (Power Purchase Agreement) sont des contrats d'achat d'électricité conclus directement entre un producteur et un consommateur. Ils diffèrent donc 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 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. C'est uniquement la contractualisation directe entre un producteur et un consommateur qui est envisagée.

LES QUESTIONS JURIDIQUES SOULEVÉES PAR LES DISPOSITIFS D'AUTOCONSOMMATION

Les deux dispositifs précités permettent ainsi de valoriser une production d'électricité pouvant être locale, directement entre un producteur et un consommateur. En cela, leur mise en œuvre par les gestionnaires d'UVE peut constituer une opportunité particulièrement attractive.

Néanmoins, le cadre juridique soulève encore quelques questionnements et nécessite une certaine vigilance.

DU POINT DE VUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Si le code de l'énergie (art. L.331-5) consacre la possibilité pour les acheteurs, au sens du code de la commande publique, de s'approvisionner en énergie en recourant à ces outils, il précise également que les contrats ainsi passés doivent l'être dans le respect du code de la commande publique.

Si le sujet ne pose pas de difficulté lorsque la collectivité responsable et propriétaire de l'UVE est la même que celle qui se fournit en électricité, tel n'est pas le cas si les personnes publiques vendeuses et acheteuses sont différentes. Sauf à ce que le montant soit limité (code de la commande publique, art. R.2122-8) ou sauf à ce qu'il existe une relation de quasi-régie entre les deux (code de la commande publique, art. L.2511-1 et L.2511-2), ce qui n'est pas à exclure lorsque l'UVE est géré par un syndicat mixte ou un EPCI, consommer dans le cadre d'une boucle d'ACC ou d'un PPA ne dispense pas d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour sélectionner le producteur.

Une analyse fine au cas par cas est en conséquence requise avant d'envisager un approvisionnement direct auprès de l'UVE.

DU POINT DE VUE DU CODE DE L'ÉNERGIE

Les consommateurs soumis au code de la commande publique ne peuvent recourir à ces formes spécifiques de contractualisation que pour répondre aux « besoins en électricité produite à partir de sources renouvelables mentionnés à l'article L.211-2 » du code de l'énergie (code de l'énergie, art. L.331-5). Pour les autres types de consommateurs (purement privés, par exemple), cette exigence textuelle n'existe pas.

Or, cette exigence soulève des questionnements s'agissant de l'électricité produite par une UVE puisqu'elle n'est pas, en tant que telle, listée parmi les énergies renouvelables (code de l'énergie, art. L.211-2). Seule l'est la biomasse, qui correspond à la fraction biodégradable des déchets industriels et ménagers (notamment).

Une forme d'analogie pourrait alors être réalisée avec le régime des garanties d'origine, dispositif pour lequel le cadre juridique fixe, par principe, à 50% la part de l'électricité produite par l'UVE qui est considérée comme renouvelable (arrêté du 8 novembre 2007 pris en application de l'article 2 du décret n°2006-1118 du 5 septembre 2006 relatif aux garanties d'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou par cogénération).

Il pourrait alors être considéré qu'une UVE peut vendre 50% de l'électricité qu'elle produit dans le cadre de contrats nécessitant de justifier du caractère renouvelable de l'électricité achetée (PPA et ACC avec des acteurs soumis au droit de la commande publique).

Mais, à ce jour, ce raisonnement ne peut pas encore s'appuyer sur une confirmation jurisprudentielle ou issue de la doctrine administrative. Une telle confirmation aurait le mérite de sécuriser les projets en cours à venir.

UNE ARTICULATION À TROUVER AVEC LES CONTRATS D'EXPLOITATION DES UVE

La gestion des UVE est très souvent confiée, par le biais d'un marché public ou d'une délégation de service public, à un opérateur privé.

Or, selon le type de contrat, la gestion de la valorisation énergétique peut, ou non, faire partie des missions qui lui sont confiées.

RÉFÉRENCES

- Code de l'énergie, art. L.211-2, L.315-1, L.315-2 et L.331-5.
- Code de la commande publique, art. L.2511-1, L.2511-2 et R. 2122-8.
- Code général des collectivités territoriales, art. R.1617-1.

Ce choix emporte deux conséquences principales:

- celle de la qualification de deniers publics de la recette, et la nécessité corrélative de créer une régie de recettes (code général des collectivités territoriales, art. R.1617-1) permettant au titulaire de manier ces deniers. C'est très souvent le cas en marché public; moins souvent en délégation de service public car les recettes perçues n'ont alors pas vocation à être reversées à la collectivité et ne constituent ainsi pas des deniers publics.
- celle du risque assumé par le titulaire si cette mission lui est confiée: en marché public, il n'assume, en principe, pas de risques majeurs, et imposer, au titre de la valorisation électrique, un recours aux PPA et à l'ACC, est pertinent car ces contrats sont fondés sur un prix fixe et n'exposeront pas le titulaire à la volatilité des prix. Il convient alors de sécuriser l'exutoire (en assurant une consommation locale) sans pour autant neutraliser l'incitation que celui-ci doit avoir pour produire mieux et plus. À l'inverse, en délégation de service public, le titulaire doit assumer un risque et il s'agit de s'assurer que les recettes ne seront pas totalement acquises (du fait d'un recours à un PPA à prix fixe, par exemple), tout en permettant à la collectivité d'être intéressée aux recettes qui seraient plus importantes que celles imaginées lors de la conclusion du contrat.

Ces dispositifs de valorisation électrique nécessitent donc de réfléchir en amont à des mécanismes contractuels pertinents, pour protéger les intérêts de la collectivité et rester en phase avec la nature du contrat conclu. ●