



Série Juridique  
Réf AMORCE ENJ15  
Mai 2020

**Guide des montages juridiques :**  
**Production d'EnR et réalisation de réseaux**  
**De chaleur et de froid par les Collectivités**



Avec le soutien technique  
et financier de



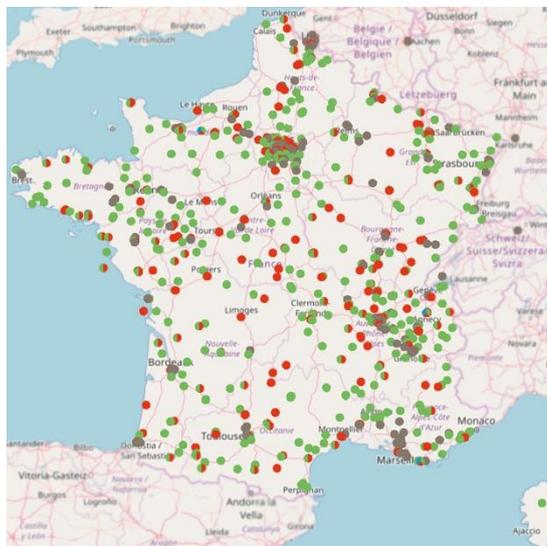
## PRÉSENTATION D'AMORCE

Rassemblant plus de 900 adhérents pour 60 millions d'habitants représentés, AMORCE constitue le premier réseau français d'information, de partage d'expériences et d'accompagnement des collectivités (communes, intercommunalités, conseils départementaux, conseils régionaux) et autres acteurs locaux (entreprises, associations, fédérations professionnelles) en matière de transition énergétique (maîtrise de l'énergie, lutte contre la précarité énergétique, production d'énergie décentralisée, distribution d'énergie, planification), de gestion territoriale des déchets (planification, prévention, collecte, valorisation, traitement des déchets) et de gestion du cycle de l'eau.

Force de proposition indépendante et interlocutrice privilégiée des pouvoirs publics (ministères, agences d'État et du Parlement) AMORCE est aujourd'hui la principale représentante des territoires engagés dans la transition énergétique, dans l'économie circulaire et dans la gestion durable de l'eau.

Partenaire privilégiée des autres associations représentatives des collectivités, des fédérations professionnelles et des organisations non gouvernementales, elle a joué un rôle majeur dans la défense des intérêts des acteurs locaux lors de l'élaboration de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte ou précédemment des lois relatives au Grenelle de l'environnement.

Créée en 1987, elle est largement reconnue au niveau national pour sa représentativité, son indépendance et son expertise, qui lui valent d'obtenir régulièrement des avancées majeures (TVA réduite sur les déchets et sur les réseaux de chaleur, création du Fonds Chaleur, éligibilité des collectivités aux certificats d'économie d'énergie, création de nouvelles filières de responsabilité élargie des producteurs, signalétique de tri sur les produits de grande consommation, généralisation des plans climat-énergie, obligation de rénovation des logements énergivores, réduction de la précarité énergétique, renforcement de la coordination des réseaux de distribution d'énergie, etc...).



## PRÉSENTATION DE L'ADEME

Soutenu par



**RÉPUBLIQUE  
FRANÇAISE**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*



**L'ADEME - l'Agence de la transition écologique** - nous sommes résolument engagés dans la lutte contre le réchauffement climatique et la dégradation des ressources.

Sur tous les fronts, nous mobilisons les citoyens, les acteurs économiques et les territoires, leur donnons les moyens de progresser vers une société économe en ressources, plus sobre en carbone, plus juste et harmonieuse.

Dans tous les domaines - énergie, air, économie circulaire, gaspillage alimentaire, déchets, sols... - nous conseillons, facilitons et aidons au financement de nombreux projets, de

la recherche jusqu'au partage des solutions.

À tous les niveaux, nous mettons nos capacités d'expertise et de prospective au service des politiques publiques.

L'ADEME est un établissement public sous la tutelle du ministère de la Transition écologique et solidaire et du ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation

### ADEME

20, avenue du Grésillé, BP 90406 - 49004 Angers Cedex 01

Tel : 02 41 20 41 20

[www.ademe.fr](http://www.ademe.fr) - [@ademe](https://twitter.com/ademe)

AMORCE / ADEME – Mai 2020

Guide réalisé en partenariat et avec le soutien technique et financier de l'ADEME

## REMERCIEMENTS

Nous remercions l'ensemble des contributeurs ayant participé à ce travail, et en particulier les collectivités qui nous ont fait part de leurs retours d'expérience et qui nous ont fourni des documents pour illustrer cette publication.

## RÉDACTEURS

Joël RUFFY, [jruffy@amorce.asso.fr](mailto:jruffy@amorce.asso.fr)

**Comité de relecture** : Lilian CARPENÈ (ADEME), Laurène DAGALLIER (AMORCE), Gwénoùé LE BARS (AMORCE), Delphine MAZABRARD (AMORCE), Julie PURDUE (AMORCE), Harold VANDENBERGHE (AMORCE)

## MENTIONS LÉGALES

©AMORCE – Mai 2020

Les propos tenus dans cette publication ne représentent que l'opinion de leurs auteurs et AMORCE n'est pas responsable de l'usage qui pourrait être fait des informations qui y sont contenues.

Reproduction interdite, en tout ou en partie, par quelque procédé que ce soit, sans l'autorisation écrite d'AMORCE.

Possibilité de faire état de cette publication en citant explicitement les références.

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>6</b>
<b>1. LES COMPETENCES DES COLLECTIVITES .....</b>	<b>7</b>
1.1. LA COMPETENCE POUR LA PRODUCTION D'ENR .....	7
1.2. LA COMPETENCE RESEAUX DE CHALEUR ET DE FROID .....	9
1.2.1. LA QUALIFICATION D'UN RESEAU DE CHALEUR/FROID.....	9
1.2.2. UNE COMPETENCE COMMUNALE TRANSFERABLE .....	11
<b>2. LE PORTEUR DE PROJET .....</b>	<b>13</b>
2.1. PORTER LE PROJET SEUL .....	14
2.2. PORTER AVEC D'AUTRES PERSONNES UNIQUEMENT PUBLIQUES.....	14
2.2.1. COOPERATIONS CONTRACTUELLES .....	14
2.2.2. COOPERATIONS SYNDICALES ET ASSOCIATIVES .....	18
2.3. PORTER AVEC DES PERSONNES PRIVEES.....	20
2.3.1. COOPERATIONS CONTRACTUELLES .....	20
2.3.2. COOPERATIONS SYNDICALES ET ASSOCIATIVES .....	20
2.4. SE COORDONNER AVEC, SUSCITER OU ACCOMPAGNER LES INITIATIVES EXTERIEURES .....	20
2.4.1. POUR LA PRODUCTION D'ENR .....	21
2.4.2. POUR LA REALISATION DE RESEAUX DE CHALEUR/FROID .....	21
<b>3. LE MODE DE GESTION ET LA CONTRACTUALISATION .....</b>	<b>23</b>
3.1. GESTION DIRECTE DES PROJETS .....	23
3.1.1. REGIE INTERNALISEE .....	25
3.1.2. REGIE EXTERNALISEE .....	29
3.2. GESTION DELEGUEE DES PROJETS .....	33
3.2.1. CONCESSION AVEC TRAVAUX .....	34
3.2.2. CONCESSION AFFERMAGE .....	35
3.3. MONTAGES DEDES AUX INITIATIVES EXTERIEURES.....	35
3.3.1. SUBVENTIONS .....	35
3.3.2. CONTRATS DOMANIAUX .....	36
3.3.3. EN DEHORS D'UN MONTAGE CONTRACTUEL.....	42
<b>4. L'OPERATEUR.....</b>	<b>44</b>
4.1. UN OPERATEUR 100% PUBLIC .....	44
4.2. UN OPERATEUR MAJORITAIREMENT PUBLIC.....	47
4.3. UN OPERATEUR MINORITAIREMENT PUBLIC.....	49
4.1. UN OPERATEUR 100% PRIVE .....	54
<b>CONCLUSION / SYNTHÈSE.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUCTION

La mise en œuvre des politiques énergie-climat locales engendre une forte volonté pour les collectivités de participer au développement de la production d'énergies renouvelables qu'il s'agisse d'électricité et gaz ou bien de production et de distribution de chaleur et de froid.

Suite à des évolutions législatives récentes, les modes d'action des collectivités tels qu'ils étaient présentés dans le guide rédigé en 2014 ont fortement été modifiés. AMORCE remet donc à jour son « Guide des montages juridiques » et le complète par de nouveaux outils d'aide à la décision et par la présentation de nouveaux retours d'expériences.

Il a également été fait le choix d'inclure dans un même guide les montages disponibles pour la production d'électricité et de gaz renouvelable (désignée dans le guide par la locution « production d'EnR ») ainsi que ceux pour la réalisation de réseaux de chaleur et de froid (tant techniques, que privés et ou sous forme de services publics (tels que nous le définirons ci-après) - dans ce guide désigné par la locution «réseau ») . D'une part, il existe des passerelles entre ces deux domaines et d'autres parts les réflexions à mener pour déterminer le montage adéquat à chaque projet sont les mêmes.

Le présent guide est articulé autour de 4 stades de réflexion qui doivent, selon nous, conduire la collectivité à choisir le montage juridique et financier adapté à chaque projet qu'elle souhaite mener : la compétence de la collectivité, le choix du porteur de projet, le choix du mode de gestion et de la contractualisation associée et enfin le choix de l'opérateur qui exécute le projet.

Il est clair qu'en pratique, ces 4 stades de réflexion sont menés en parallèle par les collectivités. Nous conseillons dans tous les cas qu'ils soient tous menés avant que le projet ne soit lancé. Ainsi la collectivité a une vision claire du schéma juridique et financier qu'elle souhaite mettre en place et étudie au préalable toutes les opportunités disponibles pour s'impliquer dans les projets énergétiques de son territoire.

Il est conseillé pour appréhender pleinement ce guide de le lire avec les schémas récapitulatifs disponibles en synthèse (p.56).

# 1. Les compétences des collectivités

## STADE 1 DE LA RÉFLEXION

Il s'agit pour la collectivité souhaitant s'impliquer dans un projet de production d'EnR ou de réseau de déterminer les compétences dont elles disposent pour le faire et, le cas échéant, d'effectuer les modifications statutaires nécessaires pour réaliser son projet.

La présente partie rappelle le cadre réglementaire applicable, lequel est encore, sur certains aspects, sujet à interprétations divergentes.

Il est également question des souplesses prévues par la Loi pour moduler l'exercice des différentes compétences afin de coller au mieux à la réalité des territoires.

## 1.1. La compétence pour la production d'EnR

Collectivité		Compétence	Références
Région		« aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales des installations <b>de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables</b> »	<a href="#">Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 (Grenelle II)</a>
Département		« aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales des installations <b>de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables</b> »	<a href="#">Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 (Grenelle II)</a>
Bloc communal	Commune	« aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le présent code toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant <b>les autres énergies renouvelables</b> »	<a href="#">Article L.2224-32 du CGCT</a>
	EPCI	On remarque que pour ce niveau de collectivités, cette faculté n'est pas limitée à l'électricité renouvelable.	
Toute autre entité		« <i>quelle que soit la mission pour laquelle elle a été constituée, exploiter une installation de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil dont les générateurs sont fixés ou intégrés aux bâtiments dont elle est propriétaire</i> »	<a href="#">Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 (Grenelle II)</a>

## DÉBAT JURIDIQUE → NON-RÉSOLU COMPÉTENCE, COMPÉTENCE PARTAGÉE, FACULTÉ D'ACTION ?

La qualification de ces dispositions comme une compétence des collectivités locales au sens juridique du terme ou une simple faculté d'action reste une question juridique en suspens. Ce débat concerne plus précisément l'action du bloc communal puisqu'il conditionne la faculté d'action conjointe d'un EPCI et d'une commune membre.

L'interprétation aujourd'hui retenue par les services de l'État est hétérogène sur ce point.

Considérer qu'il s'agit d'une compétence revient à appliquer les conséquences de droit associées à cette qualification qui sont les suivantes :

- Application du principe de spécialité
- Application du principe d'exclusivité (voir encadré NOTION – spécialité et exclusivité – P.8)

Cette interprétation peut apparaître restrictive au vu de la rédaction des dispositions législatives. En effet, la rédaction juridique de l'article [L.2224-32 du CGCT](#) mentionne les communes **et** leur EPCI, sans faire référence à un partage de compétence. Dès lors, il apparaît possible d'analyser cette disposition comme instituant pour les EPCI comme pour les communes une faculté d'action dans le domaine de la production d'EnR. Une faculté d'action qui n'obéit dès lors pas aux principes attachés aux compétences au sens juridique du terme. On pourrait en déduire que les deux niveaux de collectivités peuvent dès lors agir conjointement.

Quand bien même la qualification de compétence au sens juridique du terme serait retenue, il serait possible, au vu de la rédaction du texte, d'estimer que la compétence est **partagée** (comme cela a pu être reconnu explicitement dans la [Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019](#) pour la compétence « animation touristique ») dès lors qu'elle est reconnue aux EPCI et aux communes sans que le texte de loi ne mentionne d'obligation de partage, à l'inverse, d'autres dispositions connexes du CGCT. En effet, les compétences réseau de chaleur et de froid ([L.2224-38 du CGCT](#)) et pour les bornes de recharge ([L.2224-37 du CGCT](#)) sont rédigées différemment et précisent bien que la compétence est communale par principe et qu'elle peut être transférée à un EPCI. Dans ce cas on comprend bien que l'exercice de la compétence ne peut être conjoint.

S'il devait être confirmé que ces dispositions sont à considérer comme une compétence au sens juridique du terme et non partagée, il est envisageable pour les communes et les EPCI de s'accorder sur les contours du transfert de celle-ci. Dès lors qu'il s'agira d'une compétence facultative pour tous les EPCI à fiscalité propre (voir encadré NOTION – compétences des EPCI – p.11), **il est possible de moduler le transfert** : en fonction de la technologie, en fonction de puissance des installations, en fonction de leur situation géographique, en fonction de la date de mise en service, voire en listant les projets faisant l'objet d'un transfert de compétence. Ce transfert doit selon nous être envisagé en tout dernier recours dans la mesure où l'organisation matérielle d'un tel transfert ne paraît très aisé (quels biens, quels services, etc.).

### NOTION – Spécialité et exclusivité

- **Principe de spécialité** : les établissements publics (dont les EPCI) ne peuvent agir qu'en vertu d'une compétence qui leur a été soit transférée (par exemple par des communes membres), soit confiée par la Loi.
- **Principe d'exclusivité** : Dès lors qu'une collectivité a transféré une de ces compétences, elle n'est plus juridiquement fondée à intervenir dans le domaine. Elle ne peut plus engager de dépenses relatives à cette compétence, les biens et services affectés sont mis à disposition également.

## 1.2. La compétence réseaux de chaleur et de froid

A retenir :

- Il n'est pas nécessaire de disposer d'une compétence particulière pour constituer un réseau technique ;
- A partir du moment où une personne titulaire de la compétence de l'article [L.2224-38 du CGCT](#) réalise un réseau dans lequel l'énergie est facturée à au moins un client distinct du maître d'ouvrage, le réseau devient un service public de distribution de chaleur ou de froid ;
- Les autres personnes publiques semblent pouvoir développer des réseaux à titre accessoire ;
- Toutes les personnes publiques peuvent participer au portage de réseaux (technique, privés ou SPIC) qui les desservent par le biais de coopérations voire de montages dédiés au soutien des initiatives locales (voir partie 2 - p.13).

### 1.2.1. La qualification d'un réseau de chaleur/froid

La notion de réseau de chaleur ou de froid est largement utilisée et se retrouve dans différents textes sous plusieurs appellations : chauffage urbain, réseau de chaleur, chauffage à distance, systèmes de chauffage ou de refroidissement, service public de production et de distribution de la chaleur, etc. Il peut également s'agir d'une boucle d'eau tempérée dont le principe repose sur un réseau de distribution d'eau basse température (10-25°C) vers les sous-stations des bâtiments raccordés à cette boucle. Dans ces sous stations, sont installées les pompes à chaleur destinées à produire l'eau chaude et/ou froide. De nombreuses terminologies qui n'ont pas de véritable définition juridique harmonisée.

Ce qu'il faut retenir c'est que plusieurs critères sont à prendre en compte pour qualifier le réseau présent sur son territoire. En fonction des critères que remplissent les installations techniques mentionnées ci-dessus, elles sont qualifiées de réseau technique, de réseau privé ou de SPIC de chaleur et/ou froid. Les critères de qualification sont les suivants :

- Un critère purement technique : **réseau de canalisations alimentées à partir d'une ou plusieurs installations de production et alimentant plusieurs bâtiments ;**
- Un critère commercial : **vente de chaleur/froid**
- Et un critère organique : **service organisé par une collectivité locale compétente.**

#### NOTION - Fourniture de chaleur/froid et production de chaleur/froid

Il convient de distinguer la fourniture de chaleur/froid de sa production. Dans la plupart des cas, la production est intégrée dans un projet global de distribution d'énergie thermique, mais cette intégration n'est pas systématique : la production peut être assurée par un opérateur privé ou même public (cas d'un syndicat de traitement de déchets par exemple qui valorise l'incinération des déchets) qui vend la chaleur au réseau. Il convient dans ce cas de bien distinguer les montages juridiques des deux opérations "incinération avec récupération de chaleur" et "fourniture de chaleur".

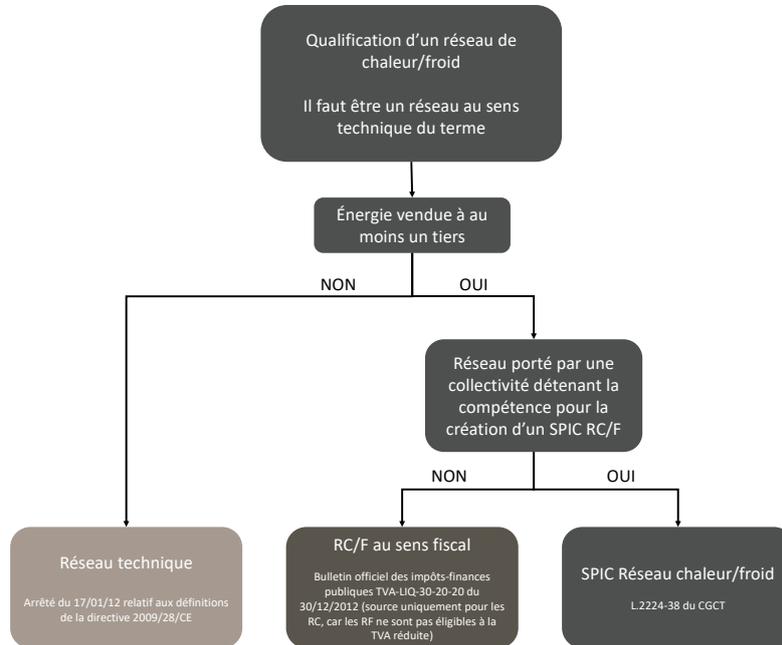
Un enjeu spécifique de la caractérisation des réseaux de chaleur tient à la difficulté d'identifier clairement la structure porteuse. Le vocabulaire même n'aide pas toujours à percevoir efficacement les circuits de fonctionnement ainsi que les responsabilités respectives des autorités organisatrices et des opérateurs.

#### NOTION - Maître d'ouvrage

Le terme de maître d'ouvrage est très souvent employé pour caractériser la structure qui porte le projet. En vérité, ce terme de maître d'ouvrage ne recouvre pas toutes les situations. Issu du vocabulaire de la construction et du bâtiment, il est plutôt adapté aux phases de conception-réalisation mais peine à décrire précisément les modes de gestion. Ainsi par exemple, certains modes de gestion tels que la concession de travaux induisent que la structure à l'origine du projet se dessaisisse au moins temporairement de la maîtrise d'ouvrage. C'est la raison pour laquelle nous préférons substituer à la notion de maîtrise d'ouvrage la notion de **porteur de projet**.

Une autre difficulté rendant peu aisée l'identification de la structure porteuse tient au fait que, même au sein du secteur public, il existe une multitude d'établissements ou de collectivités susceptibles de mettre en œuvre un réseau de chaleur, sans compter les porteurs privés.

Rappel des principales règles existantes pour la qualification d'un réseau :



**NOTION – pluralité de clients**

Selon le droit fiscal, le critère essentiel permettant de distinguer un réseau technique d'un réseau de chaleur est la vente de chaleur à au moins un tiers en plus du porteur de projet. En l'absence de possibilité de distinguer au moins deux abonnés distincts, le dispositif présente le caractère d'une chaufferie destinée à satisfaire les besoins en chaleur du seul porteur de projet du ou des bâtiments auxquels les installations sont raccordées.

Le droit fiscal évoqué ne traite que de la chaleur, puisqu'il n'existe pas pour l'heure de TVA réduite pour les réseaux de froid, pour autant, le raisonnement peut être appliqué par analogie pour la qualification d'un réseau de froid.

Par exemple : lorsqu'uniquement des bâtiments communaux sont desservis dont certains sont occupés par des locataires, si ces locataires ne sont pas abonnés au sens juridique du terme (contractualisation spécifique pour la vente de chaleur ou de froid – ex. police d'abonnement), le réseau doit être considéré comme un réseau technique. Les locataires payent la fourniture d'énergie à travers leurs charges locatives.

**NOTION – Service public industriel et commercial (SPIC)**

Le droit fiscal ne fait aucune distinction entre un réseau au sens fiscal et un SPIC. Pour autant, juridiquement ces deux types de réseaux doivent être distingués. Dès lors qu'ils sont portés par une ou des collectivités compétentes, le réseau au sens fiscal doit être considéré comme un SPIC.

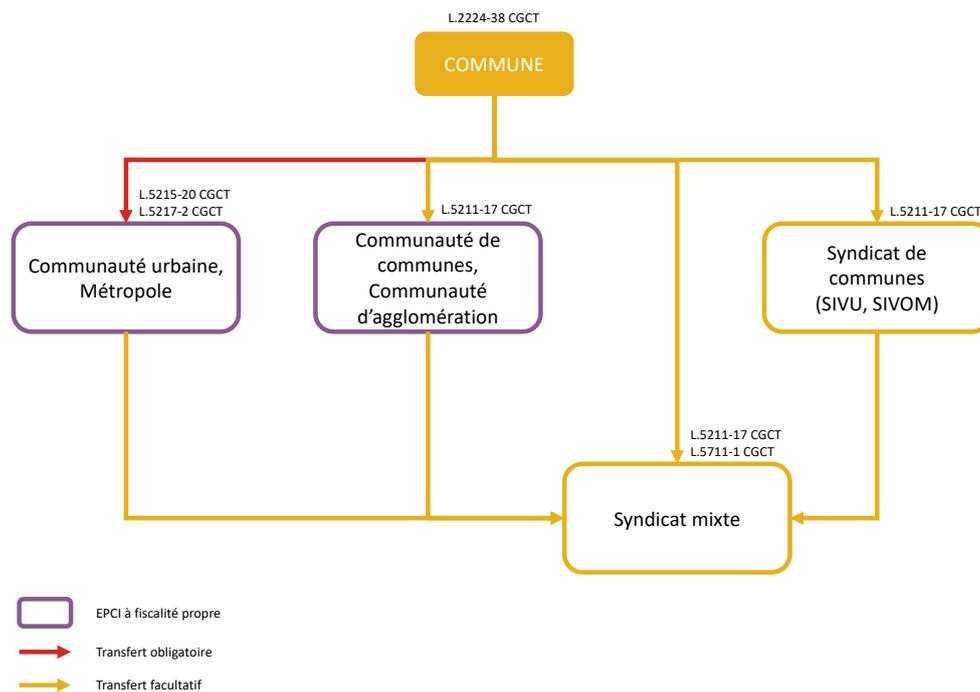
La qualification de service public induit des conséquences de droit particulières :

- **la règle de continuité** : le service public doit fonctionner quelles que soient les circonstances et l'utilisateur doit pouvoir y accéder normalement s'il est situé le long du réseau.
- **la règle de l'adaptation constante** : le service public doit suivre l'évolution des besoins et s'adapter en vue d'une efficacité constante. Le gestionnaire du réseau est donc tenu d'accepter les conséquences qui en découlent.
- **la règle d'égalité des usagers devant le service public** : aucune discrimination dans l'accès au service public et dans son fonctionnement n'est permise (droit au branchement). C'est une règle de droit impérative ; il ne s'agit cependant que d'une égalité relative. L'égalité des usagers est respectée quand toutes les personnes placées dans la même situation sont traitées de la même façon, sans privilège ni discrimination ; cette règle s'applique au droit d'accès au service, et aux modalités d'utilisation et de paiement du service. Des différences de traitement peuvent être introduites si elles sont justifiées par des différences de situation objectives des usagers par rapport au service, mais elles ne doivent en aucun cas avoir un caractère personnel.
- **le contrôle de la collectivité** : quel que soit le mode de gestion retenu et appliqué, il est important que l'Autorité Organisatrice du service ne perde pas la maîtrise du service public dont elle a la charge et protège l'intérêt public local. La collectivité a le devoir de contrôle de l'activité annuelle. Il faut bien avoir conscience que la responsabilité de la collectivité peut être engagée par l'utilisateur s'il déceit une insuffisance du contrôle de la collectivité sur son exploitant, privé ou public. C'est ce qui fait nettement la différence entre un réseau (technique ou privé) et un service public de distribution.

## 1.2.2. Une compétence communale transférable

La compétence de création et d'exploitation d'un réseau de chaleur et/ou de froid est attribuée aux communes par la loi<sup>1</sup>. Il s'agit d'une compétence facultative correspondant à l'exercice d'un service public industriel et commercial.

Les communes ont la possibilité de la transférer à un EPCI dont elles sont membres. Ce transfert est obligatoire quand la commune est membre d'une communauté urbaine ou d'une métropole. Les EPCI titulaires de la compétence peuvent également la transférer à leur tour à un syndicat.



### NOTION – compétence des EPCI

Les compétences des EPCI à fiscalité propre étaient de trois types avant la loi dite « engagement et proximité » :

- **Compétences obligatoires** : la Loi liste les compétences obligatoirement exercées par les EPCI à fiscalité propre. Les communes en sont donc dessaisies. La compétence réseaux de chaleur et de froid est une compétence obligatoire des communautés urbaines et des métropoles ;
- **Compétences optionnelles** : notion qui disparaît avec la Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019<sup>2</sup> (puisque les communautés de communes et les communautés d'agglomération ne sont plus obligées de choisir un certain nombre de compétences parmi la liste des articles [L. 5214-16](#) et [L. 5216-5 du CGCT](#)) ;
- **Compétences facultatives** : regroupe désormais les compétences listées aux articles [L. 5214-16](#) et [L. 5216-5 du CGCT](#) pour les communautés de communes et les communautés d'agglomération ainsi que toute autre compétence non listée par la Loi. La compétence réseaux de chaleur et de froid n'est pas listée dans les articles indiqués. Aussi il s'agit d'une compétence facultative si elle est transférée. De par cette qualification, la définition du contour de la compétence transféré peut être modulée. Pour tous les types d'EPCI à fiscalité propre, la compétence « production d'EnR », si elle devait être considérée comme telle, est une compétence facultative.

Ce transfert de compétence ne porte sauf mention contraire que sur les services publics de chaleur et de froid et non sur les réseaux techniques.

<sup>1</sup> Article [L.2224-38 du CGCT](#)

<sup>2</sup> [Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique](#)

Le transfert de compétence entraîne l'application des principes rappelés ci-dessus : spécialité et exclusivité.

Des atténuations de ces principes existent toutefois :

- S'agissant d'une compétence facultative (voir encadré NOTION – compétences des EPCI – p.11) pour les communautés d'agglomération et les communautés de communes, le transfert de compétence peut n'être que partiel<sup>3</sup>. Attention toutefois, certaines limites s'appliquent à cette modulation : il est impossible de dissocier investissement et fonctionnement ; a priori le transfert doit inclure la production et la distribution (des exceptions sont possibles notamment lorsque les installations de production sont affectées à une autre compétence : par exemple traitement des déchets). Il est dès lors possible de transférer :
  - o Uniquement les réseaux d'une certaine puissance (il conviendra de prévoir alors les modalités de transfert ou non en cas de développement des réseaux qui sont lors du transfert en dessous du seuil fixé) ;
  - o Uniquement les nouveaux réseaux ;
  - o Uniquement les réseaux qui desservent au moins deux communes ;
  - o Uniquement certains réseaux en opérant dans les statuts une liste des réseaux transférés.
- Nous rappelons également que les compétences des syndicats peuvent être exercées « à la carte », à l'inverse de celles des EPCI à fiscalité propre. Dès lors, une commune ou un groupement peut adhérer à un syndicat pour une partie seulement de ses compétences ([article L.5212-16 du CGCT](#)). De nombreux syndicats d'énergie par exemple proposent en compétence optionnelle la production et la distribution publique de chaleur. Les modalités d'intervention de ces syndicats sont alors très diverses et se limitent parfois au simple portage du projet avec une rétrocession des équipements au moment de leur mise en service. Cette faculté doit être prévue par les statuts du syndicat.
- Enfin, certains dispositifs de mutualisation permettent aux communes et à leurs établissements ou syndicats d'établir entre eux des conventions de coopération qui n'induisent pas de transfert de compétence à proprement dit (voir paragraphe 2.2 - p.14).

---

<sup>3</sup> [Article L.5211-17 du CGCT](#)

## 2. Le porteur de projet

### STADE 2 DE LA RÉFLEXION

Il s'agit à ce stade de déterminer si le projet est porté par une personne seule ou conjointement. Le portage conjoint est possible pour les projets d'EnR, notamment lorsqu'il est lié à de l'autoconsommation collective, et pour les projets de réseaux.

Le choix du porteur du projet doit être distingué du choix de l'opérateur qui réalisera effectivement le projet ainsi que du mode de gestion et de la contractualisation. Il s'agit d'une étape clé qui ne doit pas être négligée. Il y a de nombreux intérêts à mutualiser les moyens pour ce type de réalisations.

Plusieurs paramètres doivent entrer en ligne de compte dans le choix du portage du projet. Nous pouvons schématiser les principales caractéristiques des différents modes de portage de la manière suivante (schéma ci-contre).

<b>MAÎTRISE DU PROJET</b>	Soutien Initiatives	Coopérations avec d'autres dont PPriv	Coopérations uniquement PPub	Seul
	TRÈS FAIBLE	MAITRISE DILUÉE		TOTALE
<b>NÉCESSITE LA CAPACITÉ DE CONTRÔLER</b>	Soutien Initiatives	Coopérations avec d'autres dont PPriv	Coopérations uniquement PPub	Seul
	BESOIN FAIBLE	PARTAGÉE ENTRE LES PORTEURS		INDISPENSABLE
<b>PORTAGE DU RISQUE</b>	Soutien Initiatives	Coopérations avec d'autres dont PPriv	Coopérations uniquement PPub	Seul
	EXTÉRIORISÉ	PARTAGÉ ENTRE LES PORTEURS		INTERNALISÉ
<b>SYNERGIES À TROUVER</b>	Seul	Soutien Initiatives	Coopérations uniquement PPub	Coopérations avec d'autres dont PPriv
	FAIBLE BESOIN DE SYNERGIES À TROUVER	PORTEURS DE PROJETS LOCAUX À TROUVER	DE NOMBREUSES SYNERGIES À TROUVER	
<b>DÉPEND DU TERRITOIRE</b>	Seul	Coopérations avec d'autres dont PPriv	Coopérations uniquement PPub	Soutien Initiatives
	FAIBLE DÉPENDANCE	DÉPENDANCE MOYENNE – PARTENAIRES À TROUVER		FORTE DÉPENDANCE AUX INITIATIVES LOCALES EXISTANTES

## 2.1. Porter le projet seul

La collectivité compétente pour le projet à mettre en œuvre peut décider de le porter seule.

## 2.2. Porter avec d'autres personnes uniquement publiques

Les collectivités en fonction de leurs compétences peuvent s'associer entre elles pour porter ces projets. Il est possible de distinguer deux types de coopérations entre les personnes publiques au stade du portage de projet, des coopérations contractuelles et des coopérations associatives.

Toutes les collectivités sont compétentes pour la production d'EnR (moyennant le débat juridique concernant la compétence partagée des communes et des EPCI). Il est donc possible d'imaginer des coopérations entre ces personnes pour porter des projets.

Toutes les collectivités ne sont pas compétentes pour créer et exploiter des réseaux de chaleur et de froid. Pour autant, toutes les collectivités sont compétentes pour créer des installations chauffant et/ou refroidissant leurs bâtiments. Dès lors, en dépit de la répartition des compétences, des coopérations peuvent être trouvées pour développer de tels réseaux en partenariat avec les autres acteurs publics présents sur le territoire.

Ces mêmes coopérations peuvent être envisagées entre collectivités compétentes pour la création de services publics de chaleur ou de froid afin de mutualiser le portage des projets.

### 2.2.1. Coopérations contractuelles

#### 2.2.1.1. Groupement de commandes ([L.2113-6](#) et suivants ainsi que [L.3112-1 du code de la commande publique \(CCP\)](#))

Le groupement de commandes peut être défini comme la coopération entre différentes personnes morales dont au moins l'une d'entre elle est soumise au code de la commande publique pour la mise en œuvre d'une ou plusieurs procédures relevant dudit code. Le groupement est possible tant en marché qu'en concession.

Le groupement de commande est nécessairement porté par un coordonnateur. En marché, l'EPCI peut également sous certaines conditions se voir confier gratuitement la mission de passation et d'exécution du ou des marchés du groupement<sup>4</sup>. Cela signifie qu'une des personnes morales sera chargée de **recenser et de faire converger les besoins** (cette étape est d'ailleurs l'un des enjeux principaux de la démarche) puis de procéder à la **passation du marché ou de la concession**.

Cette coordination peut être plus ou moins mutualisée :

- la coordination peut s'arrêter au moment de la notification du contrat, tandis que l'exécution relève toujours de la prérogative des collectivités membres du groupement.
- dans une logique plus approfondie, le contrat peut être signé puis exécuté uniquement par la collectivité territoriale coordinatrice au nom des autres et pour leur compte. Cette seconde option est plus ambitieuse mais certainement moins aisée à mettre en œuvre.

Le groupement de commandes est une forme de mutualisation légère et souple à mettre en œuvre. Attention, il peut s'avérer rapidement insuffisant si une convention parallèle bilatérale solide ne vient pas établir les droits et devoirs de chacune des collectivités dans le cadre de l'exploitation des ouvrages mutualisés.

<sup>4</sup> [Article L.5211-4-4 du CGCT](#) issu de la LOI n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique

#### UTILISATIONS pour la production d'EnR

En matière de production d'EnR avec vente totale au réseau ou en autoconsommation individuelle, le groupement de commande permettra de mutualiser les achats.

Il ne semble pas mobilisable pour gérer en tant que telle une opération d'autoconsommation collective au sens du Code de l'énergie puisqu'il n'aboutit pas à la création d'une personne morale organisatrice (PMO). Pour autant, il peut être intéressant préalablement à la constitution de cette PMO de réaliser en groupement de commandes les investissements pour la réalisation des installations de production d'énergie.

#### UTILISATIONS pour les réseaux

Appliquée à un projet de réseau, le groupement de commandes peut dans certains cas permettre à deux ou plusieurs collectivités de financer ensemble la construction et l'exploitation d'un équipement, en attendant qu'une structuration organique ou conventionnelle plus intégrée se mette ou non en place.

Par exemples :

- Deux collectivités compétentes pour créer un SPIC se groupent pour la passation commune du marché global ou des marchés dissociés permettant la création et l'exploitation de réseaux. Cet exemple est également valable pour toutes les formes de concessions.

→ Réalisable que ces réseaux soient ou non interconnectés qu'ils disposent d'un ou de plusieurs équipements de production, que ces équipements soient mutualisés ou non

- Deux collectivités non compétentes pour créer un SPIC se groupent pour réaliser en commun (quel que soit le mode de gestion choisi) un réseau les desservant toutes les deux pour leurs besoins propres. Dans ce cas, il n'y a pas de vente de chaleur (réseau technique) mais une utilisation partagée pour leur besoins propres des équipements.

→ Réalisable que le réseau dispose d'un ou de plusieurs équipements de production, que ces équipements soient mutualisés ou non.

- Une collectivité compétente pour un SPIC et une autre non-compétente se groupent pour la réalisation d'un équipement de production en commun. La première l'utilisant pour l'alimentation d'un service public ; la deuxième l'utilisant pour la satisfaction de son besoin propre.

#### NOTION - copropriété et domaine public

La copropriété des équipements s'oppose à la domanialité publique. Aussi dans tous les cas où il est prévu la copropriété des installations, notamment de production, ceux-ci ne peuvent être considérés juridiquement comme relevant du domaine public.

Dès lors, ils relèvent du domaine privé des collectivités chacune pour leur quote-part. Cette situation est une bizarrerie juridique étant donné que ces biens remplissent tous les critères de la domanialité et notamment l'affectation à un service public accompagné d'un aménagement indispensable, sauf celui de la pleine propriété d'une personne publique puisque la copropriété implique deux propriétaires au moins. En pratique, les conséquences de droits n'ont pas d'impact fort sur le service en lui-même. Ces équipements sont plus facilement cessibles ; ils ne sont pas sujets à une redevance d'occupation mais à un loyer en cas d'occupation.

### 2.2.1.2. Co-maitrise d'ouvrage ([L2422-12 du CCP](#))

Anciennement prévue par la Loi MOP (article 2 II tel que modifié par l'ordonnance n°2004-566 du 17 juin 2004) et désormais intégrée au code de la commande publique, une convention peut prévoir « *lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération* ».

La convention de co-maitrise d'ouvrage (dite aussi de maitrise d'ouvrage unique) permet ainsi à deux personnes de construire ensemble un ou plusieurs ouvrages, en désignant un maître d'ouvrage unique pour conduire l'opération.

La convention de co-maîtrise d'ouvrage devra prendre le soin de bien prévoir en amont le statut des futurs ouvrages (indivision avec jouissance partagée, partage dans le temps, division en volumes, ...) ainsi que les clés de répartition des charges liées aux études de faisabilité, aux investissements, à l'exploitation de l'installation et à son approvisionnement, avec un mode de calcul « à prix coûtant » (pour éviter la requalification de la convention en marché public). De même il conviendra d'être très vigilant sur les clauses de sortie du dispositif, en cas de conflit éventuel ultérieur entre les parties prenantes.

À l'inverse des groupements, cette possibilité est circonscrite aux marchés.

#### UTILISATIONS pour la production d'EnR

En matière de production d'EnR avec vente totale au réseau ou en autoconsommation individuelle, la co-maîtrise d'ouvrage permettra de manière plus intégrée que le groupement de commande de mutualiser les achats.

La co-maîtrise d'ouvrage ne semblent pas mobilisables pour gérer en tant que telle une opération d'autoconsommation collective au sens du Code de l'énergie puisqu'elle n'aboutit pas à la création d'une personne morale organisatrice (PMO). Pour autant, il peut être intéressant préalablement à la constitution de cette PMO de réaliser en co-maîtrise d'ouvrage les investissements pour la réalisation des installations de production d'énergie.

#### UTILISATIONS pour les réseaux

Appliquée à un projet de réseau, cette coopération est envisageable dans les mêmes cas que le groupement de commande. La mutualisation est davantage poussée puisqu'une seule collectivité exerce la maîtrise d'ouvrage.

#### RETOUR D'EXPÉRIENCE

Le SIVOS du Mont Joyet et la commune de Critot, en Seine-Maritime, se sont associés sous la forme d'une convention de co-maîtrise d'ouvrage pour entreprendre la construction d'une chaufferie bois pour alimenter la mairie de Critot et l'école maternelle gérée par le syndicat intercommunal à vocation scolaire.

### 2.2.1.3. Coopérations locales ([L.5111-1 al.3 du CGCT](#)) et Entente ([L.5221-1 du CGCT](#))

La coopération locale est définie de manière générale et concerne toutes les collectivités et groupements de collectivités. Elle a une portée assez large puisqu'elle permet hors champ de la commande publique de conclure des conventions de prestations de service entre les collectivités.

Cette coopération se retrouve ensuite déclinée de manière spécifique entre différents types de collectivités et groupements :

- Une forme est spécifiquement prévue entre les EPCI à fiscalité propre et leurs communes membres. Elle permet de confier à une de ces communes ou à l'EPCI à fiscalité propre la création et/ou la gestion d'équipements et de services sans pour autant leur transmettre la ou les compétences concernées ([L.5215-27](#), [L.5216-7-1](#), [L.5214-16-1 du CGCT](#)).
- Le code de la commande publique prévoit également spécifiquement une forme de coopération consistant à confier à un mandataire la maîtrise d'ouvrage d'un équipement en son nom et pour son compte ([L.2422-5 du CCP](#)). Ce mandat peut être conclu entre deux personnes publiques, il échappe à la qualification de marché lorsqu'il n'est pas conclu à titre onéreux, à défaut une procédure de sélection préalable est nécessaire en fonction du montant du mandat.

L'entente intercommunale (article [L.5221-1 du CGCT](#)) est une forme encore plus intégrée de coopération pour la gestion d'un service. Le Conseil d'État s'est prononcé sur le dispositif par sa décision Commune de Veyrier-du-Lac du Conseil d'État du 3 février 2012, et ouvre la possibilité pour les collectivités de coopérer par la voie

d'une entente conventionnelle avec d'autres personnes publiques, hors règles de la commande publique, pour accomplir les missions de service public qui leur incombent, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel. A noter toutefois que le cas d'espèce de cette décision a pour objet « *un même service public, en continuité géographique* ».

Le code de la commande publique consacre ces exonérations aux articles : [L.2511-6](#) (marchés) et [L.3211-6 du CCP](#) (concessions).

#### UTILISATIONS pour la production d'EnR

Appliquée à la production d'EnR en vente totale ou en autoconsommation individuelle, ces dispositions peuvent permettre de mutualiser les achats voire la gestion de certains projets. En autoconsommation collective, là encore, aucune personnalité morale n'est créée limitant donc ces coopérations aux investissements préalables à une opération d'autoconsommation collective.

#### UTILISATIONS pour les réseaux

Même si pour l'heure ces outils sont peu utilisés pour la gestion des réseaux, on pourrait imaginer plusieurs circuits :

- Deux ou plusieurs communes décident de gérer ensemble leur compétence au travers de la construction d'une chaufferie commune et du déploiement d'un réseau qui s'étend sur le territoire de chacune des communes parties prenantes ;
- Un EPCI disposant déjà d'un réseau met à disposition ses équipements et son savoir-faire d'une commune voisine qui souhaiterait bénéficier de l'extension du réseau sur son territoire, alors même qu'elle n'est pas membre de l'EPCI.

### 2.2.1.4. Équipement collectif ([L.1311-15 du CGCT](#)) et bien partagé ([L.5211-4-3 du CGCT](#))

Deux types de coopérations contractuelles peuvent être ajoutés en **matière de réseau** :

- La réalisation d'un équipement collectif : permet à une collectivité de construire un équipement puis d'en permettre l'utilisation par d'autres par le biais d'une convention d'utilisation partielle de l'équipement moyennant le paiement d'une participation financière.

Concernant la qualification d'équipement collectif, le Conseil d'État a déjà pu la reconnaître pour une UIOM<sup>5</sup>. La jurisprudence ne s'est pour autant pas prononcée, à notre connaissance, concernant une installation de production de chaleur ou de froid voire d'un réseau au complet. Selon notre analyse, il est possible d'utiliser ces dispositions.

- La réalisation d'un bien partagé par un EPCI permet à celui-ci, même sans compétence, de construire un équipement et de le mettre à disposition de ses communes membres suivant un règlement de mise à disposition.

<sup>5</sup> [CE, 23 décembre 1988, Association de défense pour l'environnement de la région de Miremont, n° 82863](#)

### UTILISATIONS pour les réseaux

Là encore plusieurs situations sont envisageables, par exemple la création d'un équipement de production ou d'un réseau par une collectivité et utilisation de cet équipement de manière partagée par plusieurs autres pour leurs besoins propres. A priori, ce montage n'aboutit pas à la création d'un réseau au sens fiscal du terme, puisqu'il n'est pas procédé à de la vente de chaleur en tant que telle mais à une participation financière à la gestion du bien.

## 2.2.2. Coopérations syndicales et associatives

Les personnes publiques conservent la possibilité de constituer entre elles des structures associatives voire syndicales.

- Une **association classique dite « Loi 1901 »** semble envisageable pour la gestion de certains projets communs de production d'EnR.
- Un **syndic de copropriété** pourrait être constitué entre deux personnes publiques pour gérer un équipement qu'elles détiennent en commun. Toutefois, le régime du syndic de copropriété fixé dans la [Loi n°65-557 du 10 juillet 1965](#) est incompatible avec la domanialité publique comme rappelé ci-dessus (voir encadré NOTION – copropriété des équipements publics – p.15). Aussi, les biens communs gérés par le syndic seront considérés comme appartenant au domaine privé des personnes publiques concernées.
- De même, une association syndicale de propriétaires (ASP) sous la forme d'une association foncière urbaine libre ou bien une association syndicale libre peut être envisagée pour gérer des terrains, aménagements, équipements ou services communs. Toute personne peut être membre d'une telle association dès lors qu'elle possède des immeubles dans le périmètre syndical. Les collectivités publiques peuvent être membres d'une ASP. La jurisprudence indique toutefois que le régime de la domanialité publique est incompatible avec celui de la copropriété, aussi les biens compris dans le périmètre d'un ASP relèveront du domaine privé<sup>6</sup>. Cela n'empêche pas qu'une telle association ne soit constituée que des personnes publiques.

Les associations syndicales de propriétaires sont régies par l'[ordonnance du 1er juillet 2004 modifiée par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004](#) :

- o **Une association syndicale libre** est une personne morale de droit privé dont l'objet est déterminé par ses statuts, mais portant nécessairement sur des travaux d'intérêt collectif ou actes de gestion relatifs aux immeubles englobés dans le périmètre de l'association. Les ASL gèrent elles-mêmes leur budget et leurs statuts déterminent librement leurs modalités de financement (cotisations, emprunts, subventions, ...). Les cotisations ne sont dues que par les propriétaires membres ; cette charge se transmet avec la propriété du bien lui-même. Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles le périmètre de l'association est éventuellement élargi.
- o **Une association foncière urbaine libre** réunit plusieurs propriétaires "*pour exécuter et entretenir, à frais communs, les travaux qu'elle énumère*" et dont l'objet est limitativement prévu par la loi. Parmi les quatre objets prévus figure la construction et l'entretien d'équipements d'usage collectif (voire, chauffage, espaces verts, ...). L'[article L.322-2 du code de l'urbanisme](#) précise que peut être concerné notamment le chauffage collectif.

Le régime général des associations syndicales s'applique aux AFUL mais certaines règles sont spécifiques afin de tenir compte de leur objet. Ainsi par exemple, les AFUL peuvent assurer directement la maîtrise d'ouvrage des équipements communs ou faire appel à des tiers. Les AFUL peuvent également bénéficier pour l'accomplissement de leurs missions de l'assistance technique des services de l'État, des collectivités territoriales ou des établissements publics.

<sup>6</sup> [CE, Sect., 11 février 1994, n° 109564](#) - [CE, 23 janvier 2020, n° 430192](#)

**La coopération associative de type AFUL, et dans une moindre mesure ASL, semble davantage pertinente pour les projets d'EnR et de réseaux par rapport aux autres formes de coopérations syndicales et associatives.** Il s'agit d'une structure souple dont l'objet peut se définir de façon très large, grâce à la liberté d'association.

L'association dotée de la personnalité morale peut, de ce fait, signer des contrats, être propriétaire de biens, emprunter de l'argent, agir en justice, etc. L'association fonctionne essentiellement grâce aux cotisations versées périodiquement par ses adhérents ainsi que des subventions qui peuvent lui être allouées par des collectivités publiques. Il est également possible pour les membres de faire des apports en nature et en espèces temporaires (puisqu'ils peuvent être repris à la dissolution).

Dans la plupart des cas, l'association va recourir à d'autres montages juridiques pour confier la construction et la gestion du service à un opérateur. Il s'agit donc d'une structure intermédiaire pour porter un projet en commun.

Dans le cas où ces associations sont constituées uniquement ou majoritairement de personnes publiques et compte-tenu de leur objet, elles seront soumises aux dispositions du code de la commande publique pour la réalisation des montages contractuels. Il convient également de prendre en compte le risque d'association transparente et de gestion de fait associé.

#### UTILISATIONS pour la production d'EnR

Appliqué à la production d'EnR, ces 4 structures sont potentiellement utilisables pour :

- La création et la gestion d'installations de production pour l'autoconsommation individuelle ou la vente au réseau sur des terrains ou bâtiments en copropriété ;
- Constituer la PMO d'une opération d'autoconsommation collective dans laquelle les installations de production sont situées sur des bâtiments ou terrains en copropriété ou à proximité immédiate et acquis au préalable par l'association.

Spécifiquement concernant les réseaux, le réseau construit et exploité ne peut être qualifié de service public puisque :

- Soit il dessert uniquement les propriétaires des installations pour leur propres besoins ;
- Soit lorsque l'énergie est également vendue à des clients hors de l'association, le portage du projet est réalisé par une structure privée (association).

Les principaux avantages d'un regroupement au sein d'une association de propriétaires sont la garantie de pérennité du lien entre les propriétaires et l'association. En cas de changement de propriétaire de l'un des immeubles concernés, les sujétions sont transmises au nouveau propriétaire. Par voie de conséquence, l'opérateur de chauffage urbain bénéficie d'une garantie de commercialisation. Les principaux inconvénients sont, outre la complexité du montage pour la mise en place de l'association et la contractualisation avec l'opérateur, le caractère relativement fermé du réseau même si une extension du périmètre ainsi qu'une évolution du statut sont envisageables.

#### UTILISATIONS pour les réseaux

Il s'agit d'un montage envisageable : les utilisateurs publics se regroupent au sein d'une AFUL qui a fait l'acquisition d'un terrain susceptible d'accueillir un équipement de chauffage urbain. Puis l'AFUL confie la construction et l'exploitation de la chaufferie et du réseau de chaleur à un opérateur spécialisé (Concession – voir paragraphe 3.2 - p.33). Ce dernier assure le financement des investissements nécessaires puis une fois l'équipement réalisé, fournit et facture le chauffage aux membres de l'association. Les membres de l'association paient leur quote-part des frais de chauffage urbain dans les charges de fonctionnement de l'AFUL.

### RETOUR D'EXPÉRIENCE

Réalisation de deux réseaux privés :

- Plusieurs établissements d'enseignement supérieur situés sur le site de la Chantrerie à Nantes ont souhaité se doter d'une chaufferie bois mutualisée et ont créé une AFUL à cette fin. Cet équipement ne bénéficie d'aucun apport financier public et n'a pas vocation à intégrer le patrimoine de Nantes métropole ;
- la ville de Rezé, le Conseil régional en tant que gestionnaire d'un lycée et trois importants bailleurs sociaux ont développé une réflexion en vue de substituer un réseau de chaleur à plusieurs chaufferies vieillissantes et développer un réseau à l'échelle tout un quartier (le Château) avec au passage diversification de l'approvisionnement via la biomasse.

## **2.3. Porter avec des personnes privées**

### **2.3.1. Coopérations contractuelles**

Plusieurs des coopérations contractuelles citées précédemment peuvent inclure des personnes privées :

- Le groupement de commandes ;
- La co-maitrise d'ouvrage est réservée aux personnes assujetties à l'ancienne Loi MOP désormais listés à l'article [L.2411-1 du CCP](#). Certaines de ses personnes sont des personnes privées notamment les bailleurs sociaux à statut privé ;
- Le mandat de maîtrise d'ouvrage peut être conclu avec une personne privée dans les mêmes formes et selon les mêmes conditions qu'avec une personne publique (le caractère onéreux entraîne la qualification de marché public et impose une sélection préalable en fonction du montant du mandat).

### **2.3.2. Coopérations syndicales et associatives**

Les coopérations syndicales et associatives citées précédemment peuvent inclure des personnes privées également.

Si la création d'une personne morale dédiée présente de grands atouts pour mener à bien le projet, il n'en reste pas moins, comme indiqué précédemment, qu'il est parfois préférable de combiner cette création de personne morale à un autre montage juridique de sorte que l'association ne soit qu'une structure intermédiaire de portage de projet. En d'autres termes, la personne morale créée peut contracter avec des partenaires publics ou privés.

### RETOUR D'EXPÉRIENCE

Plusieurs éco-quartiers (Dock de Ris à Ris-Orangis, Ginko à Bordeaux) ont constitué des AFUL comportant des personnes privées pour porter des projets de réseaux de chaleur.

## **2.4. Se coordonner avec, susciter ou accompagner les initiatives extérieures**

Les collectivités dans leurs actions peuvent faire le choix, plutôt que de porter des projets directement, de susciter ou d'accompagner les initiatives locales voire d'y participer.

Titulaire de la compétence ou non, les collectivités peuvent susciter des initiatives extérieures ou les accompagner.

Lorsqu'elles suscitent ou accompagnent ces initiatives, les collectivités peuvent faire le choix de recourir à des montages contractuels spécifiques :

- Contrats domaniaux ;
- Subventions ;
- Ou « hors montage contractuel » :
  - o Garanties d'emprunt.
  - o Entrée au capital de l'opérateur.

Ces opérations sont réalisables en fonction des compétences détenues par les collectivités.

Pour plus de précision sur ces opérations, se reporter au paragraphe 3.3 mode de gestion et contractualisation dédiés au soutien - p.35.

### 2.4.1. Pour la production d'EnR

La compétence des collectivités étant reconnue par la Loi, il ne semble pas nécessaire pour les collectivités qui souhaitent intervenir de démontrer la carence de l'initiative privée dans le domaine. Leur action est pourtant toujours limitée par l'intérêt local. Dès lors que les installations sont situées sur leur territoire (voire à proximité) ce critère est rempli.

Par ailleurs, exerçant une activité industrielle et commerciale, elles doivent se comporter et sont considérées comme un véritable opérateur économique sur un marché concurrentiel.

Les personnes privées peuvent, en outre, toujours être à l'origine de projets d'EnR.

On rappelle également que toute entité, même publique, quel que soit son objet est toujours autorisée à aménager, exploiter ou faire aménager et faire exploiter une installation photovoltaïque **sur ses bâtiments**.

En pratique donc, les autres initiatives envisageables sur le territoire sont :

- Projets publics (réalisés par des personnes publiques non-compétentes pour la production d'EnR) de toiture solaire en injection ou en autoconsommation ;
- Projets privés d'EnR en injection ou en autoconsommation.

### 2.4.2. Pour la réalisation de réseaux de chaleur/froid

Les mêmes considérations d'exercice de l'activité sont à prendre en compte dans ce domaine.

Les autres initiatives publiques ne semblent pas exclues non plus. Certains réseaux sont développés par des entités publiques : autres collectivités, bailleurs sociaux, universités, hôpitaux, ... *A fortiori*, il n'est pas exclu que des réseaux techniques, même développés en communs, soient mis en place par des personnes publiques.

De même, il n'est pas obligatoire pour une collectivité détentrice de la compétence de l'[article L.2224-38 du CGCT](#) de mobiliser pour participer à un réseau ou susciter/soutenir son développement.

En pratique donc, les autres initiatives envisageables sur le territoire sont :

- Projets de réseaux privés techniques ou réseaux privés avec vente d'énergie ;
- Projets de réseaux publics, en coopération ou non, techniques ou réseaux privés avec vente d'énergie à titre accessoire.

#### 2.4.2.1. Autres initiatives publiques

En dehors de la réalisation de réseaux techniques, toujours possible quelle que soit l'objet ou la compétence de la personne porteuse du projet, des réseaux privés (avec vente d'énergie) peuvent être mis en place par d'autres personnes publiques que les collectivités compétentes.

Les établissements publics (hôpitaux, universités, etc.) sont également soumis au principe de spécialité qui leur interdit d'entreprendre des activités qui ne relèvent pas de leur objet statutaire, généralement fixé par le législateur et n'intégrant pas la gestion de réseaux de chaleur ou de froid ou la vente d'énergie à des tiers, sauf

si ces activités constituent le complément normal de sa mission et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci ([CE, 29 décembre 1999, Société consortium français de localisation, n° 185970](#)).

Il en va de même pour les collectivités qui n'ont pas la compétence pour la création et la gestion d'un réseau de chaleur ou de froid.

La difficulté est que la notion de complément ou d'accessoire est difficile à objectiver et n'a jamais vraiment été précisée par les textes. Elle dépendra donc grandement des circonstances des projets si un juge avait à se prononcer.

On peut toutefois estimer que le caractère complémentaire ou accessoire de la vente sera d'autant plus facilement reconnu que cette vente portera sur une quantité limitée d'énergie et que l'on pourra établir l'utilité de cette vente pour l'optimisation technique du fonctionnement de la chaufferie et donc pour la satisfaction des besoins personnels du porteur du projet en matière de chauffage ou de refroidissement.

Dans d'autres domaines que les réseaux d'énergie, la jurisprudence a déjà pu admettre le caractère accessoire et valider l'action de la personne publique non compétente :

- Pour une activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, « *tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population* »<sup>7</sup> ;
- Pour la création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui « *contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité* »<sup>8</sup>.

On relève également d'autres cas dans lesquels, le porteur du projet est une personne morale de droit privé bien qu'il ait une vocation publique (sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré, sociétés anonymes de gestions de certains aéroports). Le statut de ces sociétés est généralement également établi par le législateur et pose les mêmes questions au regard du principe de spécialité. Là encore, la jurisprudence permet de considérer qu'une vente d'énergie à titre accessoire serait autorisée.

Juridiquement, ces réseaux ne peuvent être considérés comme des services publics. Ils seront assimilés à des réseaux privés. Ce qui n'exclut pas l'intervention ou les liens avec les collectivités compétentes ou non en matière de réseau de chaleur et de froid dans le cadre de ces projets.

#### 2.4.2.2. Autres initiatives privées

L'initiative purement privée n'est pas à exclure non plus. Il existe de nombreux projets portés uniquement par des entreprises ou structures privées.

Juridiquement, ces réseaux sont des réseaux privés. Ce qui n'exclut pas l'intervention ou les liens avec les collectivités compétentes ou non en matière de réseau de chaleur et de froid dans le cadre de ces projets.

---

<sup>7</sup> CE 4 juin 1954, Dame Berthod

<sup>8</sup> [CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, n°249995](#)

## 3. Le mode de gestion et la contractualisation

### STADE 3 DE LA RÉFLEXION

A ce stade, les collectivités ont fait le choix d'un mode de portage du projet. Elles ont décidé de leur implication plus ou moins importante dans ce portage. En fonction de leur volonté concernant la répartition des missions et des risques tels que présentés dans le tableau ci-contre, elles doivent désormais déterminer le mode de gestion de l'activité et ensuite la contractualisation la plus adaptée à leur volonté.

Mode de gestion >	Régie internalisé	Régie externalisé	Déléguée Affermage	Déléguée Concession	Soutien initiatives
Propriété	Porteur de projet				Opérateur
Financement des investissements	Porteur de projet	Porteur de projet	Porteur de projet	Opérateur « concessionnaire »	Opérateur
Financement du fonctionnement	Porteur de projet	Porteur de projet	Opérateur « fermier »	Opérateur « concessionnaire »	Opérateur
Conception	Opérateur « Moe »	Opérateur « Moe »	Opérateur « Moe »	Opérateur « concessionnaire »	Opérateur
Réalisation	Opérateur « prestataire »	Opérateur « prestataire »	Opérateur « prestataire »		
Exploitation	Porteur de projet	Opérateur « prestataire »	Opérateur « fermier »		
Maintenance	Porteur de projet	Opérateur « prestataire »			
Commercialisation/ Facturation	Porteur de projet	Porteur de projet			

Dans chaque colonne, toutes ou partie des prestations en orange dans le tableau ci-dessus peuvent être groupées dans un seul marché global : conception-réalisation, conception-réalisation-exploitation-maintenance, réalisation-exploitation-maintenance, exploitation-maintenance.

Hormis lorsqu'il est fait le choix du soutien aux initiatives ou de la **régie directe** lorsqu'elle est possible, le choix du mode de gestion s'agissant de services publics est soumis à l'appréciation de la commission consultative des services publics locaux (CCSPL)<sup>9</sup>.

### 3.1. Gestion directe des projets

Une collectivité territoriale peut assurer directement la création et l'exploitation d'une installation de production d'énergie renouvelable ou d'un réseau de chaleur et/ou de froid. Elle assume alors tous les risques de création et d'exploitation de l'activité.

<sup>9</sup> [L.1413-1 du CGCT](#)

La gestion directe d'une activité va de la gestion interne de toute l'activité (très rare, à minima la construction passe par des marchés de travaux) à la réalisation de certains pans de l'activité via la passation d'un ou plusieurs marchés.

Juridiquement, même lorsqu'elle passe des marchés pour gérer une activité de réseaux de chaleur et/ou de froid constitutive d'un SPIC, la collectivité est obligée de créer une régie avec *a minima* l'autonomie financière. La régie directe est donc réservée aux projets de réseaux techniques.

Selon l'interprétation ministérielle des textes, il en va de même pour la production d'EnR dès lors qu'au moins une partie de la production est vendue<sup>10</sup>. La régie directe est donc réservée aux projets d'autoconsommation totale. Pour autant, nous comptons encore des territoires où l'interprétation des services préfectoraux n'est pas aussi stricte et permet la régie directe pour les projets photovoltaïques les plus petits.

Les différents types de régies :

Régie directe	Régie autonome	Régie personnalisée
Utilisation possible uniquement dans le cadre d'un SPA <sup>11</sup> ( <a href="#">L.2221-2 CGCT</a> ) donc : <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Production d'EnR pour autoconsommation individuelle totale</b></li> <li>- <b>Réseau technique de chaleur ou de froid</b></li> </ul>	<b>Utilisation possible pour les SPIC et les SPA donc pour tous les types de projets.</b>	<b>Utilisation possible pour les SPIC et les SPA donc pour tous les types de projets.</b>
Pas de personnalité juridique propre.	<b>Pas de personnalité juridique propre.</b>	<b>Personnalité juridique propre.</b>
Recettes et dépenses inscrites au budget général.	Dispose d'un <b>budget annexe (M4)</b> au budget général dans lequel sont retracées toutes les opérations financières	Dispose d'un <b>budget propre et distinct de la collectivité (M4)</b> dans lequel sont retracées toutes les opérations financières
Pas d'organe de direction propre	Conseil d'exploitation et directeur sous l'autorité du maire et du conseil municipal	Conseil d'administration, président et directeur
Personnel fonctionnaire et/ou agents de droit public	Personnel privé sauf directeur et comptable des lors que l'activité est un SPIC. Mise à disposition ou détachement impossible.	Personnel privé sauf directeur et comptable car création d'une personne morale distincte. Possible mise à disposition ou détachement.

<sup>10</sup> [Réponse du Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales publiée dans le JO Sénat du 14/02/2019 – page 830](#) ainsi qu'une [instruction produite par la DGCL en 2016 relative aux collectivités locales et à la TVA](#)

<sup>11</sup> Service public administratif

#### NOTION – Versements du budget de la régie vers le budget principal

Les excédents du budget de la régie ne peuvent être reversés au budget général que lorsque le financement des dépenses d'exploitation ou d'investissement devant être réalisés à court terme<sup>12</sup> a déjà été effectué. En effet, les excédents du budget annexe sont affectés obligatoirement et par ordre de priorité :

- 1° au financement des dépenses d'investissement du budget annexe ;
- 2° à la couverture des besoins de la section investissement apparu à la clôture de l'exercice précédent ;
- 3° au financement des dépenses d'exploitation ou d'investissement à nouveau en report ;
- 4° au budget général de la collectivité.

S'ajoute à cela le principe d'adéquation entre le prix du service et la valeur de celui-ci. Aussi, une régie dégagant de trop forts bénéfices est dans l'obligation de diminuer le prix du service pour les usagers. Bien entendu, pour la production d'EnR revendue au réseau en l'absence d'usagers au sens propre, la régie pourra continuer à dégager des bénéfices importants

#### NOTION – Versements du budget principal vers le budget du SPIC

En vertu du principe d'équilibre d'un budget d'un SPIC, le budget général d'une collectivité ne peut financer directement un service public industriel et commercial exploité en régie, concédé ou affermé. Il existe toutefois trois cas limitatifs énumérés dans les textes<sup>13</sup> permettent le versement de subventions d'équilibre :

- lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement : on peut songer par exemple aux transports publics assurant des voyages pendant les jours fériés ;
- lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ; le cas typique étant la construction d'une station d'épuration ou de tout équipement indispensable au fonctionnement régulier du service ;
- lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

Étant précisé que le versement de telles subventions doit faire l'objet d'une délibération motivée présentant a minima le chiffrage de cette prise en charge ainsi que sa durée, dans la mesure où de telles opérations doivent être limitées dans le temps. De même, en aucun cas, cette prise en charge ne peut se traduire par la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement qui devra nécessairement être compensé par une hausse des tarifs sauf bien entendu dans le cadre de la production d'EnR vendue au réseau.

Lorsque le porteur de projet fait le choix de ce mode de gestion, il décide ensuite d'internaliser plus ou moins les prestations de conception, réalisation, exploitation et maintenance des réseaux ou des installations de production d'EnR. Traditionnellement, la gestion en régie est qualifiée d'internalisée lorsque l'exploitation est réalisée directement par les services de la régie, et d'externalisée quand ces prestations sont confiées à un opérateur via un marché.

## 3.1.1. Régie internalisée

### 3.1.1.1. Production d'énergies renouvelables

La gestion en régie internalisée de projets de production d'énergie renouvelable consiste :

- En autoconsommation, à retracer la consommation de la collectivité couverte par la production des installations et à revendre l'éventuel surplus, voire d'assurer directement la maintenance de ces installations ;
- En revente totale, à facturer à l'acheteur obligé, l'agrégateur ou l'acheteur direct la vente d'énergie produite, voire d'assurer directement la maintenance des installations. Cette facturation est soumise à la TVA.

Pour l'heure, il n'apparaît pas possible de gérer via une régie une opération d'autoconsommation collective avec plusieurs participants dans la mesure où la réglementation impose la création d'une PMO liant tous les participants ce que ne permet pas de faire une régie.

Une autre piste pourrait être envisagée dans l'hypothèse d'une interprétation extensive de la réglementation de l'autoconsommation collective ([article L.315-2 du code de l'énergie](#)) : envisager une opération d'autoconsommation entre différents sites appartenant tous à une seule collectivité. Dans cette hypothèse, la régie est envisageable. La collectivité dispose de sites de production et de sites de consommation qui ne

<sup>12</sup> [CE, 9 avril 1999, commune de Bandol, n° 170999](#) et les articles [R.2221-48](#) et [R.2221-90 du CGCT](#).

<sup>13</sup> Articles [L.2224-1](#) et [L.2224-2 du CGCT](#)

peuvent, de par la distance les séparant, être liés au sein d'une opération d'autoconsommation individuelle. Il s'agira alors de prévoir cette opération dans le champ de l'autoconsommation collective en jouant sur les termes « *un ou plusieurs* ». **Il convient, toutefois, d'envisager cette solution avec une grande prudence dans la mesure où elle ne s'inscrit pas totalement dans l'esprit du texte instituant l'autoconsommation collective.**

En pratique, ce mode de gestion convient davantage à des projets de plus petite taille et plutôt pour des installations photovoltaïques.

#### RETOUR D'EXPÉRIENCE

##### Régie photovoltaïque de la ville de Rennes

Typologie de la collectivité : habitat urbain

Nombre d'habitant : 216 268

Montage : Régie autonome non dotée de la personnalité morale

Décidée à exploiter le potentiel photovoltaïque des toitures de ses bâtiments, la ville de Rennes a voté en 2016 la création d'une régie photovoltaïque. Ce véhicule juridique implique la création d'un budget annexe destiné à recevoir les recettes de la régie. En 2018 la régie a obtenu 22 631 euros de la vente de l'énergie solaire produite, qui seront réinvestis dans l'entretien et le développement de nouvelles installations.

La régie municipale de Rennes détient 7 installations photovoltaïques apposées sur des bâtiments municipaux : trois groupes scolaires, un local associatif et un local administratif. Ces 7 installations produisent en moyenne 120 233 kWh d'énergie solaire.

La ville de Rennes met aujourd'hui ses toitures à dispositions de tiers, pour qu'ils y exploitent des installations photovoltaïques. Elle s'engage également dans la production d'énergie solaire destinée à alimenter directement ses bâtiments, soit en autoconsommation. La ville de Rennes gère déjà 3 installations photovoltaïques en autoconsommation, qui ont vu le jour grâce à un financement participatif. De nombreux autres projets en autoconsommation sont prévus.

### 3.1.1.2. Réseaux de chaleur et de froid

La gestion en régie de réseaux techniques n'appelle pas de commentaire particulier, hormis le fait que pour leurs investissements les collectivités pourront bénéficier du fond de compensation de la TVA (FCTVA).

La gestion en régie de réseaux dits « privés » au sens des définitions données par le présent guide, n'entraîne pas l'obligation de respecter les principes relatifs aux services publics. C'est le droit privé qui s'applique (consommation ou commercial) ainsi que les obligations contractuelles définies.

Pour autant, dès lors que l'énergie est vendue à des tiers dans le cadre d'un SPIC des considérations particulières sont à prendre en compte.

Considérant la présence d'utilisateurs du service, le respect des principes du service public rappelés précédemment sont pleinement de la responsabilité de la personne publique dans ce mode de gestion, ainsi que :

- La rédaction, l'application et les modifications de la police d'abonnement et du règlement de service ;
- La gestion de la facturation, de la TVA et des litiges associés ;
- La gestion commerciale (développement et service client) ;
- Les études de raccordement et l'obligation de raccorder les demandeurs (dans les conditions du service).

Il convient également de prendre en compte le fait que la régie sera, selon l'interprétation actuelle des textes par les services fiscaux, assujettie aux impôts commerciaux et locaux (TVA, CET, IS et TFPB).

Le contrôle de la collectivité doit s'exercer directement par les organes de direction mais également par le contrôle des bilans financiers et du bilan d'activité annuel des régies avec au moins une autonomie financière. La collectivité est également encouragée à conclure avec la régie un contrat d'objectif et de performance dans le cadre de son devoir de contrôle.

La CCSPL est également saisi du bilan d'activité et le contrôle<sup>14</sup>.

La gestion en régie sans externalisation permet une maîtrise totale du service par la collectivité :

- Conduite opérationnelle du service ;
- Politique de financement des opérations d'investissements et de renouvellement ;
- Garantie de la mise en œuvre de la commande politique ;
- Gestion de proximité avec les abonnés et usagers du service, en pleine transparence ;
- Souplesse pour faire évoluer l'outil
- Adaptabilité facilitée aux évolutions du service notamment pour intégrer tout projet de mutualisation ;
- Résultats réinvestis dans l'amélioration continue du service et dans la maîtrise du prix.

De plus, en tant qu'entité adjudicatrice, la collectivité n'a pas nécessité de mettre en concurrence pour ses achats de combustibles et d'énergie (possibilité de structurer une filière locale d'approvisionnement en bois-énergie).

NOTION – Achats d'énergies et combustibles par les entités adjudicatrices

L'article [L.2514-2 du CCP](#) indique « *Sont soumis aux mêmes règles, les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, lorsque cette entité exerce l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux a et c du 1° et au 2° de l'article [L.1212-3 \(du même code\)](#).* »

Or, une collectivité quand elle exploite un réseau de chaleur/froid en vendant de l'énergie à au moins un tiers est considérée (pour cette activité) comme une entité adjudicatrice en vertu de l'article [L.1212-1 1° du CCP](#) puisqu'elle exerce une activité d'opérateur de réseau prévue au [L.1212-3 1° a\) du CCP](#).

Quand le texte indique « *sont soumis aux mêmes règles* », il est fait référence aux dispositions des [articles L.2521-1 à L.2521-5 du CCP](#) uniquement. Dans ces articles ne figurent pas d'obligation de mise en concurrence mais les règles concernant la sous-traitance, les délais de paiement, etc.

Toutefois, nombre de collectivités hésitent, faute de moyens techniques et humains suffisants et conscientes de la complexité de la conception et de l'exploitation d'un réseau de chaleur, à assumer la gestion internalisée dès que le projet atteint une certaine taille. En effet, la gestion en régie impose :

- Le portage de l'ensemble des risques : liés à la commercialisation, liés à la conception et réalisation, liés à l'exploitation, liés au financement, liés également à la financiarisation d'un certain nombre d'achats (gaz notamment ou quotas de CO<sub>2</sub> le cas échéant) ;
- La mise en place d'un service de facturation, la gestion des contrats en direct avec les abonnés ;
- La responsabilité directe des élus (pour une régie avec la seule autonomie financière) ;
- La soumission au Code de la commande publique pour les achats (hors énergie et combustibles) et sous-traitances ;
- Le respect des règles de droit public et de la comptabilité publique ;
- La gestion du poste Gros entretien et Renouvellement par la collectivité.

<sup>14</sup> [L.1413-1 du CGCT](#)

## RETOUR D'EXPÉRIENCE

Régie dotée de la seule autonomie financière organisée en gestion directe de la commune de Tramayes

Typologie de la collectivité : habitat rural

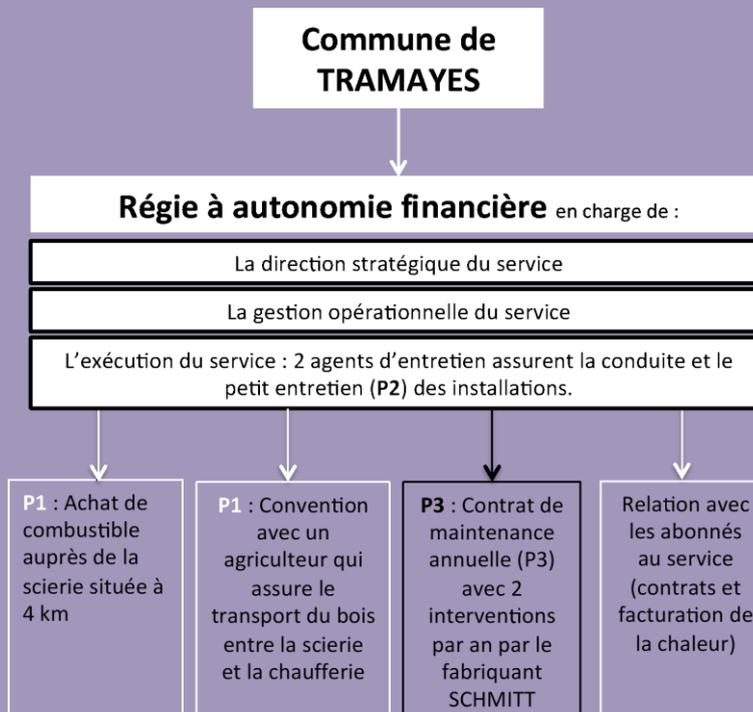
Nombre d'habitant : 1001

La régie mise en place par la ville de TRAMAYES gère en direct les installations du réseau de chaleur.

### Les grands chiffres du réseau de chaleur de Tramayes

<b>Propriétaire des installations</b>	Mairie de Tramayes (71)
<b>Puissance totale installée</b>	Une chaufferie inférieure à 2 MW (non déclarée ICPE) avec : <ul style="list-style-type: none"> <li>• une chaudière bois de 1,2 MW</li> <li>• une chaudière fioul domestique de 600 kW</li> </ul>
<b>Longueur du réseau</b>	Un réseau de 1400 mètres linéaires
<b>Quantité annuelle d'énergie livrée</b>	1,3 GWh livrés en sous-stations par an 27 sous-stations (6 à la Mairie, 1 à l'Hôpital et 20 particuliers, soit 10% de la population))
<b>Mix énergétique</b>	93 % de taux de couverture bois / 7% de gaz naturel

Le schéma des Acteurs (en phase fonctionnement du réseau de chaleur)



### 3.1.2. Régie externalisée

Lorsqu'une collectivité exploite un service public en régie elle n'est pas obligée de recourir uniquement à ses propres agents, elle peut tout à fait sous-traiter certaines tâches, voire même la globalité du service.

Les cas d'usage de la régie externalisée sont donc les mêmes que pour la régie internalisée. Il s'agira simplement de confier par marchés certaines des prestations.

La responsabilité de la collectivité est la même que pour la régie internalisée ainsi que ses obligations de gestion du service (application des principes, gestion de la facturation, ...). Il ne s'agit que de contractualiser avec un prestataire dont la collectivité maîtrise totalement la gestion du service.

Par le biais des marchés conclus, il est possible de confier certaines de ces prestations à l'opérateur mais la collectivité en demeure pleinement responsable. Attention également, il n'est pas possible de faire gérer les recettes d'exploitation par le prestataire sans convention de mandat validée par le trésorier public.

#### 3.1.2.1. Les marchés publics

« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs (...) avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »<sup>15</sup>. Il fait l'objet au-delà de certains seuils de **procédures de publicité et de mise en concurrence**.

Les prestations sont réalisées en contrepartie d'un prix déterminé ou déterminable dès la conclusion du contrat et versé par la collectivité. Il n'est donc pas fonction des recettes tirées du service. Il est toutefois possible d'objectiver le ou les prestataires avec des clauses incitatives ou des pénalités pouvant faire évoluer la rémunération de l'opérateur.

En matière de réseaux de chaleur et de froid :

- Il est recouru aux marchés publics, lorsque collectivité à une volonté forte de maîtrise du service mais qu'elle ne dispose pas des compétences internes pour la gestion du service ;
- En pratique, cette modalité de gestion s'observe également dans les plus petits réseaux pour lesquels il serait difficile de trouver un prestataire en concession compte-tenu du risque fort d'exploitation ;
- On peut aussi imaginer que dans la phase critique de création du réseau, la collectivité souhaite maîtriser la réalisation des investissements et les premières années d'exploitation par exemple par un marché global. Dans ces cas, un seul prestataire ou groupement de prestataires est responsable de la mise en œuvre du cahier des charges, puis de l'exploitation durant la période de garantie à première demande et les premières périodes de chauffe. A terme, la collectivité pourra affermer le service, le concéder avec de nouveaux travaux voire le reprendre en régie internalisée.

En matière de production d'EnR :

- Il peut être recouru à ce type de montage tant pour la revente au réseau que pour de l'autoconsommation individuelle. Le photovoltaïque est particulièrement propice à ce type de montage :
  - o Marché de travaux pour l'installation des modules puis exploitation/maintenance gérée par la collectivité ou un autre prestataire ;
  - o Voire un marché global intégrant tout ou partie de ces composantes.

D'une manière générale, le recours aux marchés publics est un moyen pour les collectivités territoriales et leurs groupements qui n'auraient pas les ressources techniques internes, de faire réaliser certaines opérations. Les marchés peuvent être dissociés : conception, travaux, exploitation, maintenance ou plus ou moins groupés. En effet, certains types de marchés publics spécifiquement prévus par le code de la commande publique présentent l'avantage de confier au prestataire une mission globale<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> [L.1111-1 du CCP](#)

<sup>16</sup> Par dérogation au principe d'allotissement des marchés publics [L.2113-10 du CCP](#).

### 3.1.2.1.1. Le marché global de performance

Le marché global de performance est un outil de la commande publique autorisant l'acheteur à confier une mission globale à un prestataire qui doit remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique et doivent être mesurables<sup>17</sup>.

Le marché global de performance associe l'exploitation et/ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations. Il correspond au contrat de conception, réalisation, exploitation et maintenance (CREM) ou encore au contrat de réalisation, exploitation et maintenance (REM) dont les régimes étaient fixés dans l'ancien code des marchés publics. Ce type de montage est à rapprocher également de la gérance dans laquelle il n'y a pas de transfert d'un risque d'exploitation.

#### RETOUR D'EXPÉRIENCE

Marché public global de performance du réseau de chaleur de Donges

Typologie de la collectivité : Communauté d'Agglomération

Nom : CARENE – Saint-Nazaire Agglomération

Nombre d'habitants : 120 000 hab.

Montage : Marché public global de performance

Déployé sur la commune de Donges (7 850 habitants), ce projet est porté par l'agglomération. Ce projet de réseau de chaleur s'inscrit dans une stratégie de développement des énergies renouvelables visant à porter à 25% la consommation d'énergie renouvelable dans le mix énergétique à l'horizon 2030, 38% en ce qui concerne la chaleur. Détentrice de la compétence réseau de chaleur et de froid, la CARENE a opté pour un marché public global de performance. Dans le cadre de ce marché, le cocontractant. S'engage à concevoir, construire, exploiter et assurer la maintenance de la chaufferie et du réseau sur une durée de six ans au total. L'investissement, qui avoisine les 2M€, est porté par la CARENE qui, à travers son SPIC, facturera les abonnés du réseau : service Piscines de la CARENE, Ville de Donges, collège, bailleur social, etc. L'Ademe devrait apporter une subvention de l'ordre de 50%.

La chaufferie sera raccordée à plusieurs bâtiments identifiés comme particulièrement énergivores lors de l'étude de faisabilité. Prévu pour délivrer 2,8 GWh/an au maximum, elle remplacera plusieurs chaudières au gaz naturel ou fioul. Elle sera approvisionnée en bois dans un rayon de 100 km maximum autour de la commune de Donges.

L'opérateur a été sélectionné fin 2019 après deux séances de dialogue sur la base d'un programme définissant notamment un niveau de performance minimal à atteindre en termes d'efficacité énergétique (rendement des chaudières, rendement de distribution du réseau de chaleur, etc ...) de respect de l'environnement (valeur d'émissions à l'atmosphère, valorisation des cendres, etc ...), de service public.

Le respect ou le non-respect des performances donnent droit à des primes ou à des pénalités pour l'opérateur. Les objectifs ont été fixés sur la base de l'étude de faisabilité et des retours d'expérience de l'assistant à maîtrise d'ouvrage.

**Avantages :** Le recours à un tel marché permet d'optimiser les coûts du projet, de limiter le nombre d'intervenants et de circonscrire leurs responsabilités, de rassurer les abonnés sur les objectifs recherchés tout en se donnant les moyens d'atteindre des performances ambitieuses.

**Contraintes :** La procédure est longue et nécessite de verser des primes aux candidats non retenus. Les candidats auraient tendance à surestimer les coûts d'exploitation dans la mesure où la durée d'exploitation est courte et condensée sur les premières années de mise au point des installations et de gestion des aléas extérieurs (qualité du bois notamment).

<sup>17</sup> [Article L.2171-3 du CCP](#)

### 3.1.2.1.2. Le marché de partenariat

Le marché de partenariat est également un marché global, dont la rémunération est liée à la réalisation d'objectifs de performance<sup>18</sup> et peut être étalée par la personne publique sur toute la durée du contrat.

Ce type de marché public déroge à la règle de l'allotissement des marchés publics ainsi qu'à celle de l'interdiction des paiements différés<sup>19</sup>.

Le recours à ce type de marché dérogeant à deux grands principes de la commande publique est difficile à justifier pour une collectivité territoriale ou un EPCI. Il faut en effet que la personne publique justifie que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que tous les autres modes de réalisation du projet. Le code précise que le recours au paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Ce bilan favorable doit s'apprécier en fonction des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables<sup>20</sup>.

L'utilisation du contrat de partenariat n'est possible qu'au-delà de certains seuils davantage compatibles avec des projets de réseaux. L'[article R.2211-1 du CCP](#) prévoit que les acheteurs « ne peuvent recourir au marché de partenariat que si sa valeur est supérieure à un seuil fixé à :

- 1° **2 millions d'euros hors taxes** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages **ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs** ;
- 2° **5 millions d'euros hors taxes** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :  
a) **Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;** »

Dans ce montage :

- Le prestataire assure la maîtrise d'ouvrage ;
- Partage des risques via l'élaboration d'une matrice des risques.

Il faut signaler que dans ce type de montage, les collectivités perdent en maîtrise du service et sur sa gestion. Le coût financier peut *in fine* s'avérer élevé pour le porteur de projet.

### 3.1.2.1.3. Le marché de location

Nous mentionnons ici les marchés de location de modules photovoltaïques qui apparaissent comme une solution adéquate dans le respect des règles de la commande publique pour contractualiser une opération d'autoconsommation individuelle **avec tiers investisseur et hors concession avec travaux. Cette solution semble également transposable pour la création d'un réseau technique biomasse par exemple.**

En effet, dans ce montage, la collectivité recourt à un prestataire loueur de panneaux photovoltaïques (voire de chaufferie biomasse « préfabriquée ») qu'il viendra installer sur les toitures ou sur un terrain à proximité immédiate appartenant à la collectivité. Le contrat pourra inclure des prestations de maintenance et d'exploitation également.

La collectivité s'acquitte alors d'un loyer mensuel ou annuel au loueur. Attention, nous conseillons de calculer un loyer lissé sur l'année et qui n'est pas fonction du MWh autoconsommé pour éviter les risques juridiques de requalification en marché de fourniture d'électricité. Un index sur le taux de disponibilité semble plus adéquat. L'énergie produite appartient à la collectivité qui autoconsomme et revend le surplus le cas échéant.

<sup>18</sup> [Article L.2213-8 du CCP](#)

<sup>19</sup> [Article L.2191-5 du CCP](#)

<sup>20</sup> [Article L.2211-6 du CCP](#)

En termes de procédure, un marché de location est qualifié de marché de service, il suit donc les règles de publicité et de mise en concurrence applicables.

Nous attirons l'attention toutefois sur la durée de contractualisation dans ses montages. En effet, la durée des marchés publics est nécessairement limitée<sup>21</sup> même si le texte actuel ne prévoit pas de durée maximale. La doctrine juridique et la jurisprudence sur la question indiquent qu'il est possible de prendre en compte pour la fixation de la durée du marché, la durée d'amortissement des investissements réalisés par le prestataire pour répondre au besoin de la collectivité<sup>22</sup>.

Il convient, toutefois, de préciser que la jurisprudence sur ce type de montage précis est inexistante alors même qu'il peut poser question au regard des règles de la commande publique.

De même, il convient d'indiquer une décision du Conseil d'État de 2018 censurant un marché public de service eu égard à la circonstance que le contrat litigieux était un marché de services, au terme duquel le centre de tri devant être réalisé par l'opérateur n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, et que dès lors sa durée, fixée à quinze ans, méconnaît le code de la commande publique et est de nature, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ([CE, 10 oct. 2018, n° 419406](#)).

#### 3.1.2.1.4. Le marché de fourniture longue durée

Depuis quelques années se développent un mode de contractualisation : la conclusion d'un marché de fourniture longue durée.

##### UTILISATIONS

Des montages de ce type ont déjà été conclus pour de la vente de chaleur biomasse.

Cette solution comme le marché de location serait transposable pour de l'autoconsommation d'électricité avec tiers investisseurs (sur un même site) voire d'autres modes d'approvisionnement en chaleur/froid.

A l'inverse, cette solution ne semble pas transposable pour la gestion d'un réseau avec vente de chaleur si ce n'est pour la gestion d'une installation de production seule.

Le montage consiste en la passation avec un opérateur d'un marché de fourniture de chaleur (classique ou sous forme d'accord-cadre à bons de commande) lequel implique la pose par l'opérateur d'une chaufferie « préfabriquée » pour répondre au besoin de la collectivité sans que celle-ci ne devienne sa propriété.

Dans ce montage, seule la fourniture de chaleur est facturée à la collectivité périodiquement. L'appareil de production n'appartient, dès lors, pas à la collectivité. D'ailleurs, pour éviter la requalification en marché de travaux illégal du fait d'un paiement différé, les installations ne peuvent revenir à la collectivité en fin de contrat.

De même, il existe une incertitude juridique sur la possibilité de prendre en compte dans la rémunération du prestataire les investissements qu'il réalise en raison des mêmes risques de requalification.

Enfin, le marché de fourniture est conclu pour une durée longue (15/20 ans) en s'appuyant sur le texte du code de la commande publique. Sur ce point, nous attirons l'attention sur les mêmes éléments que pour les marchés de location.

<sup>21</sup> [Article L.2112-5 du CCP](#)

<sup>22</sup> [QE AN, 13 janvier 2015, n° 66370](#)

## 3.2. Gestion déléguée des projets

Le porteur de projet peut faire le choix d'une gestion déléguée. Il n'est, alors, pas nécessaire de créer une régie avec a minima une autonomie financière même lorsqu'il s'agit de faire gérer un SPIC. En revanche, la constitution d'un budget annexe est nécessaire. Il devra être équilibré, lui aussi, en recettes et en dépenses<sup>23</sup>.

Une concession est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie l'exécution de travaux et/ou la gestion d'un service à un prestataire à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix<sup>24</sup>.

### NOTION – les contrats de concession au sens du code de la commande publique

<b>Concession de travaux</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Investissements / travaux réalisés par le concessionnaire qui se rémunère ensuite sur l'exploitation du réseau</li> <li>- Si le contrat confie l'exploitation d'un service public (SPIC chaleur/froid mais également production d'EnR si l'on suit la position ministérielle récente), il est qualifiable de DSP</li> <li>- Passation et exécution soumises au Code de la commande publique (titre « concessions »)</li> </ul>
<b>Affermage</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Investissements / travaux réalisés par le concédant</li> <li>- Le fermier se rémunère sur l'exploitation du service</li> <li>- Si le contrat confie l'exploitation d'un service public (SPIC chaleur/froid mais également production d'EnR si l'on suit la position ministérielle récente), il est qualifiable de DSP</li> <li>- Passation et exécution soumises au Code de la commande publique (titre « concessions »)</li> </ul>
<b>Régie intéressée</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Investissements / travaux réalisés par le concédant</li> <li>- Le régisseur est payé par le concédant mais une part substantielle de sa rémunération est liée aux résultats de l'activité (perçus par le concédant)</li> <li>- Si le contrat confie l'exploitation d'un service public (SPIC chaleur/froid mais également production d'EnR si l'on suit la position ministérielle récente), il est qualifiable de DSP</li> <li>- Passation et exécution soumises au Code de la commande publique (titre « concessions »)</li> </ul>

La responsabilité du service est conservée par la personne publique délégante :

- Le prix (même si le concessionnaire et la négociation du contrat sont importants dans la fixation et l'évolution de celui-ci) ;
- Le fonctionnement général du service ;
- Le contrôle de la gestion (rapport annuel du concessionnaire et contrôle global et permanent. Avis et contrôle de la CCSPL)<sup>25</sup>.

En revanche la responsabilité de l'exploitation revient au délégataire. Quant aux risques d'exploitation ils sont partagés entre le délégant et le délégataire puisque la rémunération de l'opérateur doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

La gestion déléguée permet :

- L'utilisation du savoir-faire industriel et de la capacité d'investissement du délégataire ;
- De conserver un contrôle exercé par la collectivité ;
- De transférer une mission globale regroupant le financement et la construction d'un ouvrage sous maîtrise d'ouvrage privé (hypothèse de la concession) ;
- Un partage des risques d'exploitation ;

<sup>23</sup> [Article L.2224-1 du CGCT](#)

<sup>24</sup> [Article L.1121-1 du CCP](#)

<sup>25</sup> [ENJ10-2 - Contrôle des concessions - Volet 2 : réseaux de chaleur et de froid](#)

- Une durée obligatoirement limitée, déterminée par le délégant, en général plus longue que celle d'un marché public ;
- La possibilité de négociation assez importante, si le dossier de consultation des entreprises a été bien préparé et bien rédigé.

Pour autant, le recours à ce mode de gestion impose pour le concédant la nécessité de mettre en place un contrôle adapté et de suivre l'exécution du contrat au risque de perdre de l'information sur la gestion du service et donc la gouvernance associée au pouvoir de contrôle de la collectivité.

Nous ne développerons que les deux modalités principales de gestion déléguée :

- La concession avec travaux ;
- La concession affermage ;

Nous rappelons également, qu'il est également possible de faire des montages hybrides mixant affermage et concession.

#### NOTION – les contrats mixtes au sens du code de la commande publique

Nous indiquons également ici que le droit de la commande publique permet de mixer les montages contractuels marchés et concession. En effet, au titre de l'[article L.1300-1 du CCP](#), il est possible de recourir à des contrats mixtes. Dans ce cas, une partie du contrat relève du marché public puisque le prix des prestations est payé par la collectivité sans lien avec les recettes du service. Sur l'autre part du contrat, le montage s'apparente à une concession dans la mesure où l'opérateur se rémunère sur les recettes du service.

Ce type de montage hybride existe très peu en France mais pourrait être envisagé pour le développement de réseaux en scindant les périmètres du contrat et en différenciant le portage du risque d'exploitation en fonction de ces périmètres. Ce type de montage permettrait par exemple de maintenir un prix du service intéressant sur tout le réseau.

Il convient d'alerter sur le fait que ce type de montage nécessite quand même une certaine dextérité juridique dans la rédaction des documents contractuels. Cette piste de réflexion est en tout cas à signaler et pourrait répondre à certaines difficultés actuelles de développement des projets.

### 3.2.1. Concession avec travaux

Dans ce cas de figure, la maîtrise d'ouvrage et le financement des investissements est déléguée à l'opérateur. La capacité d'endettement de la collectivité n'est donc pas impactée. Le concessionnaire amortit ses investissements grâce aux recettes tirées du service.

En contrepartie de son rôle de contrôle, la collectivité perçoit une redevance dite « redevance de contrôle », cette redevance n'est pas assujettie à la TVA.

Elle peut percevoir en plus une redevance d'occupation du domaine public (RODP). Il subsiste des doutes quant à l'assujettissement de cette redevance à la TVA.

#### UTILISATIONS

La concession est essentiellement utilisée pour les projets de réseaux d'une certaine importance. En dessous d'une taille critique, il est difficile de trouver des candidats potentiels.

Pour la production d'EnR :

- En autoconsommation individuelle et collective, il s'agit d'un montage sécurisé et envisageable ;
- En revente totale, ce modèle est possible même si les retours d'expérience ne sont pas très favorables (complexité de gestion pour ce type de projet, manque de transparence, ...).

### 3.2.2. Concession affermage

Ici, les investissements sont réalisés en amont par la collectivité. Elle confie ensuite la gestion à un prestataire « fermier ».

A l'inverse de la concession avec travaux, les investissements impactent la capacité d'endettement de la collectivité.

La collectivité perçoit une redevance d'affermage en contrepartie de la mise à disposition des investissements. Cette redevance est assujettie à la TVA.

Ce type de montage permet à la collectivité de maîtriser la réalisation des constructions puisqu'elle en est le maître d'ouvrage. La gouvernance de la collectivité sur la réalisation du projet est donc plus forte que dans une concession avec travaux.

Les cas d'usage sont les mêmes que pour la concession avec travaux. Le choix entre les deux montages s'effectue avant tout sur la capacité et la volonté de la collectivité de porter les investissements initiaux. On rappelle également que les contrats peuvent mixer les deux formules.

## 3.3. Montages dédiés aux initiatives extérieures

Dès lors que la collectivité fait le choix de ne pas porter elle-même le projet, elle peut tout de même susciter sur son territoire des initiatives locales voire s'impliquer directement dans l'opérateur du projet. Elle peut également être sollicitée par des porteurs de projets pour soutenir leur initiative.

Les montages contractuels sont identiques que la collectivité soit à l'origine ou qu'il s'agisse d'un porteur de projet extérieur. Pour autant, la collectivité est obligée, pour certains montages, de mettre en œuvre au préalable une procédure de sélection, pour d'autres montages elle peut l'envisager sans y être obligée.

Cette procédure de sélection peut répondre à plusieurs appellations différentes en fonction des territoires : appel à manifestation d'intérêt (AMI), appel à projet (AAP), etc.

Deux principes doivent être rappelés à ce stade :

- Lorsque la collectivité se fixe des règles de sélection, elle doit les respecter jusqu'au bout sous peine d'engager sa responsabilité ;
- Les contrats conclus doivent se distinguer des contrats de la commande publique sous peine de requalification des contrats et des conséquences juridiques associées.

### 3.3.1. Subventions

Les subventions regroupent les aides de toute nature, justifiées par un intérêt général, attribuées de manière facultative par :

- l'État,
- les collectivités territoriales et leurs groupements.

La collectivité qui attribue une subvention dispose d'une compétence associée à l'attribution de celle-ci (production d'EnR, réseaux de chaleur, développement économique, maîtrise de la demande en énergie, ...).

Ces aides ne peuvent pas constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent sous peine de requalification en contrat de la commande publique. Aussi la collectivité qui organise un AMI/AAP pour l'attribution de subvention doit veiller à ce que les candidats ne répondent pas à un besoin de celle-ci.

Lorsque la subvention dépasse 23 000 €, l'administration ou l'organisme qui l'attribue doit conclure une convention avec le bénéficiaire définissant l'objet, le montant, les conditions de versement et d'utilisation de la subvention.

Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, le bénéficiaire doit fournir à l'administration ou l'organisme qui l'a accordée un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. Ce compte-rendu financier doit être transmis dans les 6 mois suivant la fin de l'exercice pour lequel la subvention a été attribuée.

Le budget, les comptes de l'association, la demande de subvention, la convention et le compte rendu financier doivent être communiqués, par l'administration ou l'organisme ayant accordé la subvention, à toute personne qui en fait la demande.

L'utilisation des subventions accordées par l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public peut faire l'objet de contrôles :

- par l'autorité qui l'a accordée,
- et par les comptables supérieurs du Trésor, de l'inspection générale des finances, de certains corps d'inspection et de la cour des comptes.

Le bénéficiaire ayant reçu au cours de l'année, une ou plusieurs subventions en numéraire dont le montant global dépasse 153 000 € doit établir des comptes annuels comprenant notamment un bilan et un compte de résultat.

Pour rappel, le droit des aides d'État est applicable en la matière et il convient de prendre en compte ses règles spécifiques.

#### UTILISATIONS

- Aides directes et indirectes à la production d'énergie renouvelable ;
- Aides aux investissements pour les réseaux de chaleur et de froid ;
- Aides aux projets citoyens et publics ;
- Etc.

#### RETOURS D'EXPÉRIENCE

- Région Sud : programme d'aide « cadre d'intervention régional pour la production de gaz renouvelables »
- Département Côte d'Or : programme d'aide « Aide aux investissements pour la filière Bois-Énergie

### 3.3.2. Contrats domaniaux

Le patrimoine des collectivités territoriales et de leurs groupements représente un potentiel important pour la production d'énergies renouvelables.

Lorsque le patrimoine d'une collectivité est affecté à un service public<sup>26</sup> il relève de son domaine public. Le domaine public est une catégorie de biens des personnes publiques qui bénéficie d'un régime juridique particulier plus protecteur.

Les autres biens des collectivités relèvent du domaine privé dont le régime se rapproche de celui des biens des personnes privées et dont l'utilisation est de ce fait plus aisée.

<sup>26</sup> Il faut également qu'il ait subi un aménagement indispensable à l'exécution de ce service public.

La dualité du régime des biens des personnes publiques implique que les règles de mise à disposition de ces biens vont varier en fonction des régimes.

**NOTION - La division en volume et le déclassement en volume**

La division en volume est une technique juridique issue de la pratique notariale qui consiste à diviser la propriété en volume, qu'il s'agisse de la partie au-dessus du sol qui ne comporte pas forcément de construction au moment de la division, ou du sous-sol.

La division en volume a un intérêt certain lorsqu'elle est complétée d'un déclassement en volume qui permet de déclasser une partie du domaine public, sous réserve que cela soit physiquement et juridiquement possible. Le recours au déclassement en volume est une façon de s'affranchir des règles de protection du domaine public et de conclure sur la parcelle déclassée des montages de droit privé.

Dans ce cas encore, la collectivité peut être sollicitée par un porteur de projet mais elle peut également organiser au préalable un AMI/AAP.



**La mise à disposition du domaine public lorsqu'elle a pour objet l'exploitation économique du domaine doit faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, sauf exceptions<sup>27</sup>.** Cette procédure doit présenter « *toutes les garanties d'impartialité et de transparence* », et comporter « *des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* ».

Il peut être conseillé, dans certains cas, de procéder également à une procédure de sélection préalable en cas de mise à disposition du domaine privé.

**NOTION - Les exceptions à la procédure de sélection préalable**

Le CGPPP prévoit plusieurs exceptions à cette obligation de sélection préalable.

Celles qui nous paraissent les moins pertinentes pour les projets visées sont :

- Celles listées à l'article [L.2122-1-2 du CGPPP](#) :
  - o Lorsque la délivrance du titre est déjà incluse dans un autre montage dont la passation nécessite une procédure de mise en concurrence (marchés publics, concession, etc.) ;
  - o Lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ;
  - o Lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante. Les facultés de prolongation sont toutefois strictement limitées ;
- Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient (article [L.2122-1-3 5° du CGPPP](#)).

Celles qui peuvent concerner davantage des projets énergétiques (listées du 1° au 4° de l'article [L.2122-1-3 du CGPPP](#)) :

- Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause. C'est par exemple le cas d'Enedis et de GRDF pour la mise en œuvre des réseaux de distribution ;
- Lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente. C'est par exemple le cas d'une régie avec personnalité morale issue de la collectivité propriétaire.
- Lorsque le titre est délivré à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un « contrôle étroit ». Cette exception pose question puisque la notion de « contrôle étroit » n'est pas définie par la réglementation, pas plus que par la jurisprudence. Il semble que cette notion diffère quelque peu du « contrôle analogue » défini par les textes relatifs à la commande publique, sans que cela ne soit clairement acté toutefois. Il convient de noter que cette notion est appliquée sous la responsabilité de la collectivité, celle-ci devant rendre publiques les considérations de droit et de fait qui la conduisent à penser qu'elle est en mesure d'exercer ce contrôle. Pour l'heure donc, il n'existe pas de règle stricte en la matière ;
- Lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse. Sur ce deuxième point, il est rappelé que lorsque la collectivité est sollicitée spontanément par un porteur de projet avant toute initiative de sa part, elle est tenue de « *s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente* » ([article L.2122-1-4 du CGPPP](#)). En l'absence d'autre réponse, elle est en droit de conclure avec celui qui l'a sollicitée ;
- Lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée. Pour l'heure, cette disposition est assez floue et pourrait éventuellement être mobilisable toujours sous la responsabilité de la collectivité.

Dans tous les cas listés à l'article L.2122-1-3 du CGPPP, la collectivité doit tout de même rendre publique la conclusion du contrat domanial et les justifications qui l'ont conduit à ne pas procéder à une procédure de sélection. Là encore, les modalités de publication de cette information ne sont fixées précisément.

<sup>27</sup> [Article L.2122-1-1 du CGPPP](#)



**La mise à disposition de son domaine public ne doit pas s'apparenter à un contrat de la commande publique au risque d'être requalifier.** L'occupation ne doit pas répondre à un besoin de la personne publique.

Si la collectivité peut conclure des contrats domaniaux sur des parcelles relevant de sa propriété, rien ne l'empêche juridiquement de bénéficier de promesses de baux ou directement de baux de la part de propriétaires fonciers et de conclure sur ces biens des contrats domaniaux de « sous-location ».

Nous formulons cependant les remarques suivantes sur ce point :

- Les collectivités doivent toujours agir en justifiant de leur compétence pour le faire et d'un intérêt local ;
- En vertu des articles [L.1311-9](#) et [L.1311-10 du CGCT](#), les collectivités qui acquièrent ou prennent en location un bien, doivent consulter au préalable les services financiers de l'État sur le prix quand il dépasse un certain seuil. Cet avis est obligatoire mais non contraignant. Pour la location, il est fixé à 24 000 euros / an ([Arrêté du 5 décembre 2016 relatif aux opérations d'acquisitions et de prises en location immobilières poursuivies par les collectivités publiques et divers organismes](#)) ;
- Ensuite, le fait d'être bénéficiaire d'une promesse de bail sur des terrains donne à la collectivité un certain pouvoir pour choisir le sous-occupant.

Une interprétation juridique extensive de la jurisprudence de la [Cour de justice de l'Union Européenne « Promoimpresa »](#) et d'une [réponse ministérielle du 29 janvier 2019 \(Réponse ministérielle n° 12868, JOAN 29 janvier 2019, p. 861\)](#) peut conduire à la soumission de l'attribution de la convention de sous-location à une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Par ailleurs, lorsque la collectivité sécurise le foncier, cela implique de se poser la question du devenir des promesses conclues sur des terrains qui finalement ne seront pas utilisées. Seule l'insertion de clauses suspensives prévoyant des conditions de rupture permettrait de rompre la promesse. De plus, la collectivité devra indemniser les propriétaires.

### 3.3.2.1. La mise à disposition via un bail emphytéotique simple ou administratif

Grâce au bail emphytéotique simple ou administratif (BE ou BEA), une collectivité peut donner à bail un de ses biens immobiliers, afin qu'y soit exploitée une installation de production d'énergie par le preneur.

Elle peut également être locataire d'un bien immobilier appartenant à une autre personne, pour y exploiter elle-même ou y faire exploiter une installation de production d'énergie.

Par conséquent, le BE et le BEA permettent à une personne publique bailleur de valoriser un de ses biens immobiliers par la production d'énergies renouvelables. En outre ils permettent aussi à une personne publique preneur d'occuper un terrain public ou privé pour y produire de l'énergie ou le sous-louer.

Le bail emphytéotique (BE) est un contrat de bail, d'une durée de 18 à 99 ans, par lequel une personne publique ou privée octroie un droit réel à une personne publique ou privée sur la chose relevant du domaine privé donnée à bail ([articles L1311-2 et suivants du CGCT](#) et [articles L451-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime](#)).

Le bail emphytéotique peut être qualifié d'administratif (BEA), dès lors qu'il s'agit : d'un contrat de bail, d'une durée de 18 à 99 ans, par lequel une collectivité territoriale (sauf l'État et ses établissements publics) octroie un droit réel à une personne publique ou privée sur ses biens immobiliers, en vue de l'accomplissement pour son compte d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence.

#### NOTION – Droits réels

Le *droit réel* se définit comme une prérogative directe d'une personne sur un bien immobilier. Le droit de propriété est un exemple de droit réel. Un propriétaire d'immeuble a le droit de d'user, de jouir et de disposer (« usus », « fructus » et « abusus »). Ces trois prérogatives peuvent être partagées entre plusieurs personnes : il existe des démembrements du droit de propriété que sont l'usufruit, la servitude et l'emphytéose. L'autorisation d'occupation du domaine public est, à l'inverse, par principe, un *droit personnel*.

Dans les deux cas, l'occupant paie une redevance d'occupation ou un loyer à la personne publique propriétaire composée, dans la plupart des cas, d'une part fixe calculée en fonction de la valeur locative du domaine et d'une part variable calculée en fonction de l'avantage retiré de l'occupation (chiffre d'affaire le plus souvent).

#### UTILISATIONS

Le BE ou BEA est fréquemment utilisé pour la production d'énergie solaire, qu'il s'agisse de centrales solaires sur bâti ou implantées au sol. Le BE ou BEA est également utilisé pour d'autres énergies renouvelables. S'agissant de l'éolien, le BE est souvent utilisé alors que le BEA ne l'est que très rarement, car les terrains suffisamment étendus pour pouvoir accueillir un parc éolien relèvent généralement du domaine privé.

Pour les projets de réseaux de chaleur et froid, un tel montage est envisageable dans une logique de soutien aux initiatives locales uniquement. Le montage est indiqué pour permettre sur un terrain public la réalisation d'installations de production de chaleur ou de froid destiné à la vente à un ou plusieurs autres clients que la collectivité sous forme d'un réseau privé non contrôlé par la collectivité.

Il convient d'être particulièrement vigilant sur la rédaction du contrat, sous peine de requalification et des risques associés, le contrat :

- ne peut donc pas servir à la réalisation d'un équipement qui desservirait la collectivité qui conclut le contrat ;
- ne peut pas servir non plus à confier la réalisation sous le contrôle de la collectivité d'un service public de chaleur ou de froid. Dès lors, la collectivité ne peut fixer dans le contrat de prescriptions trop précises sur la manière de réaliser l'opération.

### 3.3.2.2. La mise à disposition via une convention d'occupation temporaire constitutive ou non de droits réels

Cette mise à disposition vise également l'occupation par une autre personne d'un bien immobilier appartenant à une personne publique. Le régime juridique de ces mises à disposition est légèrement plus souple que le bail emphytéotique puisqu'elles sont conclues pour des durées traditionnellement plus courtes.

Ainsi, là encore, la collectivité peut :

- soit autoriser l'occupation d'un de ses biens immobiliers par une autre personne, pour que cette dernière y exploite une centrale de production d'ENR → la collectivité est alors la personne publique propriétaire du bien immobilier objet de la mise à disposition ;
- soit occuper un bien immobilier d'une autre personne publique, afin d'y exploiter une centrale de production d'EnR directement ou par l'intermédiaire d'un prestataire → la collectivité est alors l'occupant du bien immobilier.

Cette mise à disposition peut être ou non constitutive de droits réels. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un contrat (ne pouvant excéder 70 ans) par lequel une personne publique octroie un droit réel à une personne publique ou privée, sur ses biens immobiliers relevant de son domaine public (à l'exclusion de son domaine public naturel), en vue de l'accomplissement, pour son compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ([articles L.1311-5 et suivants du CGCT](#), et [articles L.2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques \(CGPPP\)](#)). Le principal avantage pour l'occupant de la constitution de droit réels est de pouvoir garantir son emprunt conclu pour financer l'installation de production d'EnR, en hypothéquant le contrat de mise à disposition.

Dans les deux cas, l'occupant paie une redevance d'occupation à la personne publique propriétaire composée, la plupart du temps, d'une part fixe calculée en fonction de la valeur locative du domaine et d'une part variable calculée en fonction de l'avantage retiré de l'occupation liée au chiffre d'affaire le plus souvent.

## UTILISATIONS

Si juridiquement, les cas d'utilisations sont les mêmes que les BE et BEA, on retrouve davantage ce montage avec ou sans droits réels pour des installations photovoltaïques sur toiture ou parking publics.

## RETOUR D'EXPÉRIENCE

Délivrance d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels par le Grand Angoulême pour l'installation d'ombrières photovoltaïques

Grand Angoulême a engagé depuis 2016 une politique volontariste en matière de production d'énergie renouvelable. Le Centre Régional des Énergies Renouvelables (CRER), association financée par la région, a réalisé pour eux une étude d'opportunité de photovoltaïque sur leur territoire et plus précisément sur leur patrimoine foncier (domaine privé + domaine public). Le CRER a identifié plusieurs sites pouvant accueillir des panneaux photovoltaïques. Le Grand Angoulême a décidé de réaliser lors d'une première phase quatre sites, dont deux en autoconsommation, et les deux restant en recourant à un tiers investisseur.

### La conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitutive de droits réels

Cette convention a été délivrée par Grand Angoulême sur le parking de la Société de transport du grand Angoulême (STGA) afin d'autoriser la société sélectionnée à installer et exploiter les ombrières photovoltaïques. Le parking de la STGA est en effet une parcelle relevant du domaine public routier de la collectivité, affectée au service public de transport urbain.

### La division en volume :

L'AOT constitutive de droits réels procède au découpage en volume des parcelles initialement affectées au service public du transport urbain. La convention autorise seulement l'occupation des volumes abritant les ombrières de la société exploitante : il s'agit de toitures construites suffisamment hautes pour servir d'abris aux bus et de support aux panneaux photovoltaïques. Les volumes ne faisant pas l'objet de la convention demeurent affectés au service public de transport urbain et supportent des servitudes pour le temps des travaux, de l'entretien, ainsi que pour le passage des câbles et canalisations permettant de raccorder chaque ombrière au réseau de distribution.

### Le contrat d'occupation en lui-même :

La société Technique Solaire Invest 27 a été sélectionnée par Grand Angoulême à la suite d'un appel à projet. La convention confère des droits réels à la société Technique Solaire Invest 27 sur les volumes affectés à la production d'énergies renouvelables. La société, détient à titre d'exemple un droit d'hypothèque mais uniquement pour garantir les emprunts contractés afin d'installer et exploiter le parc solaire.

La société Technique Solaire Invest 27 verse une redevance annuelle à Grand Angoulême. Le montant de cette redevance correspond à 5,40% de la somme des paiements de l'énergie injectée sur le réseau. Elle est due même en cas de non production d'énergie et ne pourra être inférieure à 12 000 euros Hors Taxe par an. L'autorisation est conclue pour une durée de 30 années auxquelles s'ajoute la durée entre la signature de la convention et la mise en service de la centrale photovoltaïque.

### 3.3.2.3. Bail à construction

Le bail à construction est défini aux [articles L.251-1 à L.251-9](#) et [R.251-1 à R.251-3 du code de la construction et de l'habitation \(CCH\)](#) comme : « le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail. »

Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

Le bail à construction peut être consenti par une personne publique sur les parcelles relevant de son domaine privé. Sur le domaine public, il n'est pas interdit de conclure un tel contrat mais il devra respecter les conditions de la COT avec droit réel rappelés ci-dessus, et notamment une durée plus courte : maximum 70 ans.

Le bail à construction présente des caractères communs avec le bail emphytéotique classique :

- La durée est identique ;
- Les deux baux confèrent un droit réel immobilier au preneur (voir encadré NOTION – Droits réels – p.38) ;
- Ce droit réel est librement cessible : le bien peut être sous-loué, le droit réel peut être cédé à une autre personne, le droit réel peut également être hypothéqué notamment pour garantir l'emprunt du preneur ;
- Les deux baux font l'objet d'une publicité foncière.

Le bail à construction présente toutefois des caractéristiques propres qui peuvent conduire à privilégier cette contractualisation par rapport au bail emphytéotique :

- L'obligation d'édifier est inhérente à ce bail contrairement au bail emphytéotique qui peut ne contenir qu'une faculté de construction. La conséquence directe étant que le preneur qui ne réalise pas les constructions objet du contrat encourt la résolution du bail à ses torts<sup>28</sup> ;
- Tout type de construction peuvent être objet du bail à construction y compris donc des installations de production d'EnR ou de chaleur/froid. La Cour de cassation impose que les travaux soient déterminés dans le bail<sup>29</sup>. Attention toutefois, comme rappelé ci-dessus, il n'est pas possible d'entrer trop dans le détail des prescriptions techniques sur la construction ou d'aller trop loin dans le contrôle de la collectivité sous risque que le contrat soit requalifié en contrat de la commande publique ;
- Le sort des biens en fin de contrat est déterminé par le bail. Toutefois, dans le silence de celui-ci, en application de l'article L.251-3 du CCH, les parties s'entendent librement en fin de contrat sur leurs droits respectifs. En général, les constructions édifiées par le preneur deviennent en fin de bail, moyennant ou pas indemnité, la propriété du bailleur. Il est cependant possible de déroger à ce principe soit directement dans le bail soit en fin de contrat ;
- Le prix du bail peut consister en tout ou partie soit dans la remise au bailleur des constructions en propriété ou en jouissance ; soit dans le paiement d'un loyer périodique ;
- Il est admis par la jurisprudence que le bail à construction peut, à la différence du bail emphytéotique, contenir une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur ;
- Les parties peuvent convenir que les constructions réalisées par le preneur ne reviendront pas au bailleur dans la mesure où celui-ci aura pris l'engagement de céder son terrain en fin de bail au preneur ;
- Elles peuvent prévoir – ce qui demeure très exceptionnel – que le preneur rende le terrain nu et libéré de toute construction.

En pratique donc, le bail à construction permet d'être plus prescriptif sur l'usage du bien que le bail emphytéotique et permet d'assurer une plus grande pérennité de cet usage. Cela étant, la limite d'intervention de la collectivité pour éviter la requalification du contrat s'applique également.

#### UTILISATIONS

Les cas d'utilisations sont les mêmes que les BE. Il convient selon nous de bien appréhender les différences entre les deux types de contrats pour effectuer le meilleur choix pour la collectivité.

<sup>28</sup> [Cass., 3e civ., 5 novembre 2008, n°07-18.174](#)

<sup>29</sup> [Cass., 3e civ., 12 mai 2010, n°09-14.387](#)

### 3.3.3. En dehors d'un montage contractuel

#### 3.3.3.1. Garantie d'emprunt

Les collectivités peuvent accorder à des personnes morales de droit public ou de droit privé des garanties d'emprunt. Il est possible pour la collectivité de recourir au préalable à une sélection par un AMI/AAP.

La collectivité garante s'engage, en cas de défaillance du débiteur, à assumer l'exécution de l'obligation, ou à payer à sa place les annuités du prêt garanti. La réglementation encadre de manière très stricte les garanties que peuvent apporter les collectivités et les EPCI.

Les garanties de « *cautionnement* » ne sont pas autorisées. Le Conseil d'État réaffirme régulièrement l'interdiction de l'octroi de garanties autres, que celles relatives aux emprunts. La doctrine juridique indique : que les dispositions de l'article [L.2252-1 du CGCT](#) excluent la possibilité pour une commune d'accorder à une personne de droit privé des garanties portant sur des lignes de trésorerie, des créances commerciales, des loyers ou des contrats de crédit-bail.

L'octroi de garantie d'emprunt donne lieu à délibération de l'assemblée délibérante. Les garanties font l'objet de conventions qui définissent les modalités de l'engagement de la collectivité ou du groupement. Pour être en capacité de connaître les risques qu'elle peut être amenée à supporter, la collectivité doit être informée de la manière dont le bénéficiaire de la garantie satisfait à ses obligations vis-à-vis de l'établissement prêteur. Il est préconisé de prévoir, dans l'acte engageant la collectivité, les modalités de cette information.

Les garanties d'emprunt au bénéfice de personnes morales de droit public ne sont soumises à aucune disposition particulière.

Pour les garanties accordées aux personnes privées, les textes suivants prévoient des limitations et ratios prudentiels :

- Commune et EPCI : [articles L.2252-1 à L.2252-5 du CGCT](#) et [D.1511-30 à D.1511-35 du CGCT](#).
- Département : [articles L.3231-4 à L.3231-5 du CGCT](#)
- Région : [articles L.4253-1 à L.4253-2 du CGCT](#)

Seuls les emprunts auxquels sont applicables ces ratios prudentiels sont susceptibles d'être garantis<sup>30</sup>, ils visent :

- Un plafonnement pour la collectivité : Une collectivité ou établissement ne peut garantir plus de 50% du montant total de ses recettes réelles de fonctionnement. Le montant total des annuités d'emprunts garanties ou cautionnées à échoir au cours de l'exercice majoré du montant des annuités de la dette de la collectivité ou de l'établissement ne peut excéder 50% des recettes réelles de la section fonctionnement. Le montant des provisions constituées pour couvrir les garanties vient en déduction.
- Un plafonnement par bénéficiaire : Le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d'un même débiteur ne doit pas être supérieur à 10% du montant total susceptible d'être garanti.
- Une division du risque : La quotité maximale susceptible d'être garantie par une ou plusieurs collectivités sur un même emprunt est fixée à 50% ; un emprunt ne peut être totalement garanti par une ou plusieurs collectivités.

Les communes, EPCI, départements et régions ne provisionnent pas les garanties d'emprunt. La provision ne doit être constituée qu'à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une personne morale bénéficiaire de la garantie. Par ailleurs, les collectivités compétentes en la matière peuvent prendre en charge, totalement ou partiellement, les commissions dues par les bénéficiaires de garanties d'emprunt accordées par des établissements de crédit<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> [CE, 16 janvier 1995, Ville de Saint Denis, n°141148](#)

<sup>31</sup> [Article L.1511-3 du CGCT](#)

L'[article L.2253-7 du CGCT](#) ouvre une autre possibilité aux communes ou aux EPCI de garantir des emprunts par la participation au capital d'un établissement de crédit ou d'une société de financement.

Nous attirons l'attention sur ce point sur la nécessité de respecter, dans l'octroi d'une telle garantie, les libertés économiques :

- Notamment le principe d'égalité et la liberté d'entreprendre particulièrement lorsque la garantie est accordée à une seule entreprise sans sélection préalable ;
- Ainsi que le droit des aides d'État.

### 3.3.3.2. Participation au capital des opérateurs

En dehors des montages contractuels décrits ci-dessus **ou en complément**, une collectivité compétente peut faire le choix de poursuivre son action jusqu'à l'entrée au capital de l'opérateur et le financement de ces actions en tant qu'actionnaire.

Là encore, la sélection d'opérateur avec lequel sera créé la société de projet peut faire l'objet d'un AMI/AAP. Pour le détail des structurations de capital possibles, se reporter à la partie 4 – Le choix de l'opérateur.

## 4. L'opérateur

### STADE 4 DE LA RÉFLEXION

Le choix du mode de gestion et de la contractualisation effectué, la collectivité doit sélectionner l'opérateur avec qui elle contractera. Même si ce cas ne sera pas spécifiquement détaillé, elle peut contracter avec une autre personne publique compétente pour réaliser l'opération visée.

Dans les autres cas, elle recourt à un opérateur privé dont la structuration du capital peut varier du 100% public à 100% privé. Dans les cas où la société comprend des capitaux publics, ceux-ci peuvent avoir été investis par la collectivité porteuse de projet ou une autre personne publique. En effet, la collectivité porteuse de projet peut faire le choix de poursuivre son implication dans le projet jusqu'à cette entrée au capital de l'opérateur. **Pour les développements qui suivent, il est présupposé que la ou les collectivités impliquées dans le capital sont les collectivités porteuses du projet.**

Bien évidemment, la création d'un opérateur autonome qui portera ses propres projets constitue un montage juridique en soi, lorsque la collectivité a circonscrit son action à l'entrée au capital d'un opérateur.

À ce stade, la régie internalisée n'est plus évoquée puisqu'elle constitue un mode de gestion qui, par définition, ne donne pas lieu à contractualisation avec un opérateur gestionnaire du service.

Par principe, l'ensemble des modes de gestion et de contractualisation indiqués ci-dessus permettent de recourir à l'ensemble des types d'opérateurs détaillés ci-après.

Par principe également et sauf exception précisée dans les paragraphes ci-après, lorsque le mode de gestion et la contractualisation choisie impose une procédure de sélection préalable, la présence de la collectivité porteuse du projet au capital de l'opérateur ne doit pas conduire à traiter celui-ci de manière favorisée. **Il est donc important de prendre en compte que cet opérateur n'est pas certain d'être sélectionné à l'issue de la procédure sauf pour la collectivité attributaire à s'exposer à un risque juridique.**

### 4.1. Un opérateur 100% public

La société publique locale (SPL) est une Société anonyme (SA) à capital exclusivement public, compétente pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou toutes autres activités d'intérêt général. Dès lors, une SPL peut être l'opérateur d'un projet d'EnR ou d'un réseau de chaleur et/ou de froid.

Elle ne peut être créée que par des collectivités territoriales et leurs groupements, qui en sont les actionnaires. La [Loi du 17 mai 2019 n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionariat des entreprises publiques locales](#) prévoit qu'une collectivité ou un groupement de collectivités peut être actionnaire d'une SPL dès lors qu'elle détient a minima une des compétences que recouvre l'objet social de ladite société, et à condition que les différentes activités composant l'objet social de la société soient complémentaires.

SPL		
CAPITAL PUBLIC		100%
DIVERSIFICATION ACTIVITÉ		LIMITÉ PAR LA LOI – INTERVENTION UNIQUEMENT POUR SES ACTIONNAIRES
DIVERSITÉ DES PARTENAIRES		UNIQUEMENT COLLECTIVITÉ OU GROUPEMENT
LIBERTÉ AFFECTATION DES RÉSULTATS		LIBRE – SPL = SA
CONTRACTUALISATION SOUMISE À CONCURRENCE		NON – EXCEPTION «QUASI-RÉGIE»
CHOIX DES PRESTATAIRES SOUMIS AU CCP		OUI
FONCTIONNEMENT RÉGLEMENTÉ		RÉGLEMENTÉ PAR LE CGCT

### UTILISATIONS

La SPL n'exerce son **activité que pour le compte de ses actionnaires** sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités concernés ([articles L.1531-1 et suivants du CGCT](#), et [articles L.225-1 et suivants du code de commerce](#)).

La SPL agit donc :

- Par l'intermédiaire d'un contrat de la commande publique pour des projets d'EnR ou de réseaux ;
- En se voyant confier une mission d'intérêt générale confiée en dehors d'un contrat de la commande publique par les collectivités actionnaires (réalisation d'un projet d'EnR, réalisation d'un réseau de chaleur/froid privé). Pour autant, dans ce cas, il y a forcément un lien conservé avec les collectivités actionnaires (contrat domanial par exemple).

Comme les SPL sont composées intégralement de capitaux publics, elles bénéficient de l'exception « in house » ou « quasi-régie » au sens du code de la commande publique lorsqu'elles contractualisent avec les collectivités actionnaires qui exerce sur elle un « contrôle analogue » au sens du code de la commande publique. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une mise en concurrence pour leur attribuer un contrat : marché ou concession.

Concernant la conclusion d'un contrat domanial, l'exception du « contrôle étroit » ([voir encadré NOTION - Les exceptions à la procédure de sélection préalable – p.37](#)) semble pouvoir s'appliquer aux SPL pour les contrats domaniaux attribués par leurs actionnaires qui les contrôlent. Les autres exceptions peuvent éventuellement s'appliquer également.

Le recours à une SPL permet :

- Un contrôle fort sur l'activité de l'opérateur ;
- De bénéficier de la souplesse d'action d'une structure privée pour la gestion du service (sauf dispositions particulières) : comptabilité analytique, répartition des bénéfices, etc. ;

Il convient toutefois de prendre en compte les démarches administratives nécessaires à la création de la structure ainsi que le risque financier associé à la participation au capital d'une société anonyme.

Il était recensé en 2018, 359 SPL par la fédération des entreprises locales dont 43 dans le domaine de l'environnement et des réseaux.

## RETOUR D'EXPÉRIENCE

La SPL Bois Énergie Renouvelable

### Le projet en résumé :

La Société publique locale Bois Énergies Renouvelables de Lorient est composée de communes et de deux EPCI, elle est à cheval sur les départements du Finistère et du Morbihan : Quimperlé communauté et Lorient Agglomération. Il s'agit d'une société anonymes spécialisée dans la création et l'exploitation de chaufferies biomasses et de réseaux de fourniture chaleur. Elle participe à la structuration d'une filière bois énergie locale.

La ville de Lorient est l'actionnaire majoritaire de cette société à capitaux 100% publics. La SPL a été créée afin de développer de façon stratégique et à moindre coût pour les abonnés, des chaufferies et des réseaux de chaleurs sur les territoires des collectivités et groupements de collectivités actionnaires.

### Typologie de la collectivité majoritaire au capital de la SPL (Ville de Lorient) :

Pour la bonne gouvernance de la société, il est fortement recommandé d'avoir un actionnaire majoritaire disposant de plus de 50% des actions. La compétence réseau de chaleur n'ayant pas été transférée aux 2 agglomérations présent dans la SPL, l'actionnaire majoritaire devait nécessairement être une commune.

### Focus sur un ou plusieurs réseaux de chaleur en particulier :

#### **En fonctionnement et exploités par la SPL :**

- RCU Lorient Agglomération,
- RCU Ville de Lorient (livraison de bois),
- RCU Lanester,
- RCU Locmiquélic.

**Engagés :** 7 réseaux de chaleur / Concessions signées avec la SPL.

Investissements prévus 7 000 000 € HT.

**En projet :** 11 réseaux de chaleur / étude de faisabilité.

### Actionnariat et investissements :

150 000 € de capital social répartis en 300 actions de 500 €

### Les bâtiments/abonnés structurant des réseaux :

Piscine, maison d'arrêt, bâtiments universitaires et d'enseignements (lycée, collège, écoles,...), logements collectifs, bâtiments communaux,

### Les raisons initiales du choix de l'outil SPL :

- Outil permettant de créer et d'exploiter des réseaux de chaleur pour ses actionnaires et **sans mise en concurrence** ;
- Outil permettant de « financer la chaleur par la chaleur » : société privée devant être à l'équilibre, faibles marges pour conserver les meilleurs tarifs de chaleur ;
- **Évite l'endettement** des collectivités ;
- Outil qui permet de **mutualiser** l'expertise technique et de rassurer les communes sur l'exploitation des futurs réseaux ;
- Outil de structuration de la **filière bois** : gestion plus efficace du stockage, des chantiers, entretien de parcelles boisées = maîtrise de l'évolution des prix ;
- Outil de développement de la chaleur **renouvelable** sur le territoire en phase avec l'engagement de l'agglomération dans ce domaine ;
- Outil **transparent** : les actionnaires (les communes) ont accès à l'ensemble des informations financières.

### Inconvénients constatés

- Formalisme dû à la gestion d'une société de droit privé et pour l'entrée de nouveaux actionnaires.

## 4.2. Un opérateur majoritairement public

La Société d'économie mixte (SEM) est une Société anonyme créée par des collectivités territoriales et leurs groupements, lesquels choisissent de s'associer à une ou plusieurs personnes privées et éventuellement à d'autres personnes publiques, pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général.

La participation des actionnaires publics au capital doit être majoritaire sans pouvoir excéder les 85%. La [Loi du 17 mai 2019 n° 2019-463 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales](#) prévoit qu'une collectivité ou un groupement de collectivités peut être actionnaire d'une SEM dès lors qu'elle détient a minima une des compétences que recouvre l'objet social de ladite société, et à condition que les différentes activités composant l'objet social de la société soient complémentaires.

Depuis 2005<sup>32</sup> la jurisprudence européenne a clairement énoncé que les sociétés d'économie mixte ne pouvaient bénéficier de l'exception « in house » ou « quasi-régie » puisqu'elles sont en partie constituées de personnes privées.

SEM		
CAPITAL PUBLIC		ENTRE 51 ET 85%
DIVERSIFICATION ACTIVITÉ		OBJET LIMITÉ PAR LA LOI – INTERVENTION NON LIMITÉE AU PROFIT DES ACTIONNAIRES
DIVERSITÉ DES PARTENAIRES		FORTE LIBERTÉ MAIS RESPECT DES RÈGLES DE COMPOSITION DU CAPITAL
LIBERTÉ AFFECTION DES RÉSULTATS		LIBRE
CONTRACTUALISATION SOUMISE À CONCURRENCE		OUI
CHOIX DES PRESTATAIRES SOUMIS AU CCP		OUI DANS DE NOMBREUX CAS
FONCTIONNEMENT RÉGLEMENTÉ		RÉGLEMENTÉ PAR LE CGCT

Concernant la conclusion d'un contrat domanial, l'application de l'exception du « contrôle étroit » (voir encadré NOTION - Les exceptions à la procédure de sélection préalable – p.37) n'est pas tranchée concernant les SEM selon les éléments rappelés ci-avant. Les autres exceptions peuvent éventuellement s'appliquer également.

### UTILISATIONS

La SEM peut intervenir de deux manières :

- En étant opérateur d'un projet de réseau ou de production d'EnR par le biais d'un contrat de la commande publique ;
- En portant de manière autonome un projet de production d'EnR, ou un réseau de chaleur ou de froid privé, éventuellement en bénéficiant d'un contrat domanial. En effet, son activité n'est pas exclusivement réservée aux actionnaires.

La SEM est très utilisée en matière de production d'énergies renouvelables et particulièrement dans le domaine de l'éolien. Outre la production énergétique, les champs d'intervention de la SEM sont souvent élargis à la maîtrise de l'énergie. Les recettes de la production d'EnR sont alors utilisées pour des projets de baisse des consommations, matérialisant ainsi une approche complète et cohérente.

La SEM est un outil également très utilisé pour la réalisation de projets de réseaux, le plus souvent via un contrat de concession.

Le recours à la SEM permet :

- La gestion et le contrôle de la société assurés majoritairement par les actionnaires publics, *a fortiori* le contrôle par la ou les collectivités porteuses du projet ;
- De bénéficier des outils d'une société anonyme : souplesse et rapidité d'action (comptabilité analytique, répartition libre des bénéfices, etc.)
- La participation d'actionnaires personnes privées au capital de la société :
  - o Avec une compétence technique (entreprise du secteur d'activité du projet) ;
  - o Avec une capacité financière certaine (entreprises du secteur bancaire, etc.) ;

<sup>32</sup> [Arrêt Stadt Halle de la Cour de justice de l'Union européenne C-26/03](#)

- Avec un intérêt pour le ou les projets (citoyens, etc.).

Il convient toutefois de prendre en compte les démarches administratives nécessaires à la création de la structure ainsi que le risque financier associé à la participation au capital d'une société anonyme.

## RETOUR D'EXPÉRIENCE

### La SEM Energies Renouvelables (SEMER)

#### Le projet en résumé

La Société d'économie mixte locale Energies Renouvelables (SEMER) a été créée le 5 octobre 2010, à Issoudun dans le département de l'Indre (36). Il s'agit d'une société anonyme (SA) à conseil d'administration spécialisée dans le secteur de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables. La SEMER a été créée afin de permettre la production d'énergies renouvelables par des collectivités locales, et plus précisément pour gérer le premier parc éolien du Berry : le parc éolien de Saint-Georges-sur-Arnon et de Migny (36).

#### Le parc éolien de Saint-Georges-sur-Arnon et de Migny : premier parc éolien du Berry

Au début de l'année 2005, la commune de Saint-Georges-sur-Arnon (36) a lancé un projet de parc éolien, qui sera à terme composé de 19 éoliennes pour une puissance totale de 46 MW. Le parc éolien a été bien accueilli par les habitants car il s'accompagne d'une transparence importante et fait l'objet d'une communication permanente avec la population. Ce projet éolien s'est développé en 4 ans et 8 mois, de la genèse du projet au raccordement du parc éolien, ce qui est nettement plus rapide que la moyenne (7 ans).

La parc éolien de 46 MW a nécessité un investissement de 66 millions d'euros, auquel ont participé de nombreuses entreprises locales. Les cinq premières éoliennes du parc ont été acquises par les collectivités, par le biais de la SEMER, pour un montant de 15 millions d'euros HT.

#### Les retombées économiques locales

Les retombées économiques de l'énergie éolienne sont locales. Elles se matérialisent en ce sens à travers : les emplois locaux, les loyers, mais aussi les recettes de la société d'exploitation SEMER le résultat de la SEMER en 2018 était de 273 658 € – ainsi que les recettes fiscales.

Grâce à ces retombées, des investissements ont été faits dans l'économie locale : rénovation et extension de la Maison culturelle Georges Sand (BBC), éco-quartier et audits énergétiques, toitures photovoltaïques, programme biodiversité (Arnon Théols et Natura 2000), fiscalité locale modérée (baisse de 16% des impôts locaux), réseau de chaleur avec chaufferie biomasse, etc.

#### Le choix d'une SEM

La commune de Saint-Georges-sur-Arnon, à l'origine du projet éolien, a choisi une SEM pour la gestion des éoliennes essentiellement pour des raisons financières. En effet, la SEM est un « *excellent moyen de trouver des financements et des partenaires à la fois publics et privés, pour créer une société dont les dividendes seront ensuite réinjectés localement* » (Jacques Pallas, Maire de Saint-Georges-sur-Arnon). Enfin, la SEMER constitue une « *vitrine qui aidera peut-être d'autres collectivités à sauter le pas* » (Jacques Pallas, Maire de Saint-Georges-sur-Arnon).

Avant la création de la SEMER, le dossier financier a été développé avec l'aide de la GCE SEM, société du Groupe Caisse d'épargne. Celle-ci s'est mise en contact avec Nordex, le développeur du projet éolien de 46 MW, au sujet de la conclusion d'une convention de rachat, mais aussi afin de déterminer le coût du projet et le montant des investissements. Puis, l'actionnariat public et privé de la SEMER a été réuni. Cette dernière pouvait alors être créée.

#### Actionnariat et investissements

La SEM Energies Renouvelables, en tant que société d'économie mixte, réunit aussi bien des actionnaires publics que des actionnaires privés. Ces actionnaires ont participé à l'acquisition des cinq premières éoliennes du parc susmentionné, d'un montant de 15,35 millions d'euros HT. Concrètement, l'investissement

de 15,35 millions d'euros HT comprend 20% de fonds propres (3,1 millions d'€), et 80% d'emprunts (12,25 millions d'€).

Les actionnaires sont distingués au sein de deux collèges :

- Le collège A, qui est composé d'actionnaires publics, ayant apporté 51% des fonds propres soit 1 550 100 euros HT : la Communauté de communes du Pays d'Issoudun (450 100€), la Région Centre (500 000€), la commune d'Issoudun (550 000€), la commune de Migny (40 000€), et le Syndicat départemental d'énergies de l'Indre dit SDEI (10 000€).
- Le collège B, qui est composé d'actionnaires privés, ayant apporté 49% des fonds propres soit 1 549 900 euros HT : la société SERGIES (600 000€), la Caisse d'Épargne Loire Centre (350 000€), la Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Centre Ouest (300 000€), et Énergie partagée.

## 4.3. Un opérateur minoritairement public

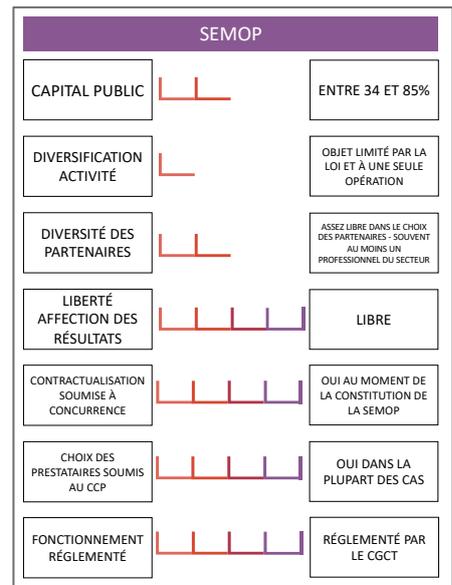
### 4.3.1.1. La société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)

La SEMOP est une Société anonyme créée par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités avec au moins un opérateur économique sélectionné après mise en concurrence.

L'objet unique d'une SEMOP doit être l'exécution d'un contrat de la commande publique (marché ou concession) dont l'objet peut être :

- La réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;
- La gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ;
- Toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

La participation des actionnaires publics au capital doit être supérieure à 34% sans pouvoir excéder les 85%. La sélection de l'opérateur économique et l'attribution du contrat à la SEMOP sont effectuées par un unique appel public à la concurrence conforme aux procédures marchés ou concessions en fonction du choix du contrat fait par la collectivité. Les personnes publiques sont le plus souvent minoritaires dans ces sociétés disposant en conséquence d'une capacité de contrôle plus limitée.



Créé en 2014 sur le modèle des PPPI (Partenariat public privé institutionnalisé) la SEMOP est encore peu utilisée tous domaines confondus. Seulement 16 SEMOP ont été recensées en 2018 par la Fédération des entreprises publiques locales. Toutefois 10 sur 16 SEMOP relèvent du domaine de l'environnement et des réseaux.

#### UTILISATIONS

La SEMOP est constituée en vue de la réalisation d'un contrat de la commande publique, à durée limitée dont l'objet unique ne peut être modifié. Elle est dissoute de plein droit à la fin du contrat.

Ce type de montage est davantage indiqué et pertinent pour la réalisation d'un réseau de chaleur ou de froid via un contrat de concession.

Le recours à la SEMOP permet, sur une opération unique et ciblée :

- Le contrôle, plus ou moins important, de la société par la ou les collectivités porteuses du projet ;
- De bénéficier des outils d'une société anonyme : souplesse et rapidité d'action (comptabilité analytique, répartition libre des bénéfices, etc.)
- La participation d'actionnaires personnes privées au capital de la société avec une compétence technique (entreprise du secteur d'activité du projet) ;

Sur ces deux derniers points, cela apparaît tout de même complexe au vu de la réglementation imposant la sélection des actionnaires via la procédure de mise en concurrence.

Il convient toutefois de prendre en compte les démarches administratives nécessaires à la création de la structure ainsi que le risque financier associé à la participation au capital d'une société anonyme.

#### RETOUR D'EXPÉRIENCE

##### La SEMOP Amiens Énergie

La ville d'Amiens a créé en 2016 une société d'économie mixte à opération unique à laquelle elle a confié via une délégation de service public la compétence de création et d'aménagement de réseaux de chaleurs. L'opérateur sélectionné par la ville d'Amiens est Engie-cofely qui détient 51% des parts de la société pour un investissement au capital de 4 079 800 euros. Il a été sélectionné notamment pour la qualité environnementale de son offre.

La ville d'Amiens détient 49% des parts de la société pour un investissement de 3 920 000 euros. Le comité stratégique de la société est composé de 10 membres dont 8 avec voix délibérative. La présidence de ce conseil revient à un représentant de la ville d'Amiens. Deux représentants du maire de la ville siègent également avec voix délibérative.

L'Ademe a subventionné le projet à hauteur de 3 701 058, 50 euros dans le cadre d'une convention de financement via le fonds chaleur.

### 4.3.1.2. La société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)

La SCIC est une Société anonyme (SA) ou société à responsabilité limitée (SARL) à capital variable, ayant pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. La SCIC permet d'associer autour d'un même projet des acteurs multiples : salariés, bénévoles, usagers, collectivités publiques, entreprises, associations, particuliers, etc.

Les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital de chacune des sociétés coopératives d'intérêt collectif.

Le fonctionnement des SCIC est régi, principalement, par les dispositions de la [Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération \(mise à jour suite à la loi-cadre sur l'ESS d'août 2014\)](#). Son fonctionnement est coopératif (1 actionnaire = 1 voix). La répartition des bénéfices de l'activité est également contrainte par les dispositions applicables : elles obligent de conserver en réserve au minimum 57,5% de ceux-ci.

Ces sociétés dans lesquelles la collectivité détient au plus 50% du capital ne peuvent bénéficier de l'exception « in house » ou « quasi-régie » au sens de la commande publique.

Concernant la conclusion d'un contrat domanial, l'application de l'exception du « contrôle étroit » ([voir encadré NOTION - Les exceptions à la procédure de sélection préalable – p.37](#)) n'est pas tranchée concernant les SCIC selon les éléments rappelés ci-avant. Les autres exceptions peuvent éventuellement s'appliquer également.

SCIC	
CAPITAL PUBLIC	ENTRE 0 ET 50%
DIVERSIFICATION ACTIVITÉ	OBJET LIMITÉ PAR LA LOI
DIVERSITÉ DES PARTENAIRES	LIBERTÉ TOTALE
LIBERTÉ AFFECTATION DES RÉSULTATS	OBLIGATION DE CONSTITUTION DE RÉSERVES
CONTRACTUALISATION SOUMISE À CONCURRENCE	OUI
CHOIX DES PRESTATAIRES SOUMIS AU CCP	NON
FONCTIONNEMENT RÉGLEMENTÉ	RÉGLEMENTÉ PAR LA LOI SUR LES SCIC

#### UTILISATION

La SCIC peut agir de deux manières différentes :

- En étant opérateur d'un projet de réseau ou de production d'EnR par le biais d'un contrat de la commande publique. Dans ce cadre, elle doit être considérée comme un opérateur économique classique, elle ne bénéficie pas de l'exception « in house » ;
- En portant de manière autonome un projet de production d'EnR, ou un réseau de chaleur ou de froid privé, éventuellement en bénéficiant d'un contrat domanial.

La participation de la collectivité à une SCIC permet :

- Dans le cas où elle est attributaire d'un contrat de la commande publique, de bénéficier des mêmes avantages que la SEM ou la SEMOP, en fonction de l'implication plus ou moins forte de la collectivité au capital ;
- D'une manière générale :
  - o D'associer autour d'un même projet des acteurs multiples et variés (salariés, bénévoles, usagers, collectivités publiques, entreprises, associations, particuliers, etc.) ;
  - o La participation de tous les associés, aussi multiples et variés soient-ils, à la prise de décision ;
  - o De bénéficier des outils d'une SA, SAS ou d'une SARL : grande souplesse et rapidité d'action (à relativiser compte-tenu des modalités coopératives de prise de décisions) (comptabilité analytique, répartition des bénéfices contrainte en partie, etc.).

Il convient toutefois de prendre en compte les démarches administratives nécessaires à la création de la structure ainsi que le risque financier associé à la participation au capital d'une société. En outre, il convient de bien appréhender les inconvénients possibles liés à la forme coopérative de la société, ainsi que les risques associés à la participation d'élus ou agents de la collectivité aux instances de direction de ces sociétés. En effet, aucun régime juridique n'est prévu pour ce cas à l'inverse des entreprises publiques locales ([article L.1524-5 du CGCT](#) non-applicable) (sur ce point, il est possible de consulter la [publication AMORCE – ENJ14](#)

– [Éolien : éviter le risque pénal pour les élus et agents des collectivités – 2019](#), dont les principes énoncés s'appliquent à toute participation des collectivités).

### 4.3.1.3. La société anonyme (SA) et la société par action simplifiée (SAS)

La Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a ouvert la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de participer au capital de sociétés anonymes (SA) ou de sociétés par actions simplifiée (SAS) portant des projets locaux de production d'énergies renouvelables.

Pour plus de précisions sur ce montage dont les contours précis restent encore, pour partie, à définir, il est possible de consulter la publication AMORCE [ENE37 « Financement des projets d'EnR par les collectivités »](#).

Les grands éléments à prendre en compte sont :

- Que l'objet social de ces sociétés sera nécessairement limité tant en termes d'activités (production d'EnR ou participation au capital de sociétés de production) que de territorialité (limitation au territoire de la collectivité ou de collectivités limitrophes) ;
- Qu'il n'est fixé aucune limite haute ou basse quant à la participation d'une collectivité au capital ;
- Que les modalités de participation au financement d'un projet par d'autres moyens que l'apport en capital ne sont pas clairement définis par le CGCT (sauf pour les avances en comptes courants d'associés).

SA/SAS	
CAPITAL PUBLIC	NON RÉGLEMENTÉ – A PRIORI MINORITAIRE
DIVERSIFICATION ACTIVITÉ	TRÈS LIMITÉ PAR LA LOI – PRODUCTION ENR SUR LE TERRITOIRE OU LIMITROPHE
DIVERSITÉ DES PARTENAIRES	LIBERTÉ TOTALE
LIBERTÉ AFFECTATION DES RÉSULTATS	LIBRE
CONTRACTUALISATION SOUMISE À CONCURRENCE	OUI DANS LA MAJORITÉ DES CAS
CHOIX DES PRESTATAIRES SOUMIS AU CCP	A PRIORI NON – EN FONCTION DU CAPITAL
FONCTIONNEMENT RÉGLEMENTÉ	DROIT COMMUN DES SA/SAS

Ces sociétés dans lesquelles la collectivité détient, dans la plupart des cas, une minorité du capital ne peuvent bénéficier de l'exception « in house » ou « quasi-régie » au sens de la commande publique sauf à pouvoir démontrer, comme pour les SPL, que la collectivité exerce sur cette société un « contrôle analogue » à ces propres services, ce qui suppose a minima un capital 100% public (ce qui n'est pas impossible au vu de l'absence de limitation quant à la participation publique au capital).

Concernant la conclusion d'un contrat domanial, l'application de l'exception du « contrôle étroit » ([voir encadré NOTION - Les exceptions à la procédure de sélection préalable – p.37](#)) n'est pas tranchée concernant les SA/SAS d'EnR selon les éléments rappelés ci-avant. Les autres exceptions peuvent éventuellement s'appliquer également.

#### UTILISATIONS

La SA/SAS peut agir de deux manières différentes :

- En étant opérateur d'un projet de réseau ou de production d'EnR par le biais d'un contrat de la commande publique. Dans ce cadre, elle doit être considérée, dans la plupart des cas, comme un opérateur économique classique, elle ne bénéficie pas de l'exception « in house » ;
- En portant de manière autonome un projet de production d'EnR, ou un réseau de chaleur ou de froid privé, éventuellement en bénéficiant d'un contrat domanial.

La participation de la collectivité à une telle société permet :

- Dans le cas où elle est attributaire d'un contrat de la commande publique, de bénéficier des mêmes avantages que la SEM ou la SEMOP, en fonction de l'implication plus ou moins forte de la collectivité au capital ;
- D'une manière générale :
  - o D'associer autour d'un même projet des acteurs multiples et variés ;

- De bénéficier des outils d'une SA, SAS ou d'une SARL : grande souplesse et rapidité d'action (à relativiser compte-tenu des modalités de prise de décisions et de la structure juridique choisie) (comptabilité analytique, répartition libre des bénéfices, etc.).

Il convient toutefois de prendre en compte les démarches administratives nécessaires à la création de la structure ainsi que le risque financier associé à la participation au capital d'une société. En outre, il convient de bien appréhender les risques associés à la participation d'élus ou agents de la collectivité aux instances de direction de ces sociétés. En effet, aucun régime juridique n'est prévu pour ce cas à l'inverse des EPL ([article L.1524-5 du CGCT](#) non-applicable) (sur ce point, il est possible de consulter la [publication AMORCE – ENJ14 – Éolien : éviter le risque pénal pour les élus et agents des collectivités – 2019](#), dont les principes énoncés s'appliquent à toute participation des collectivités).

### RETOUR D'EXPÉRIENCE

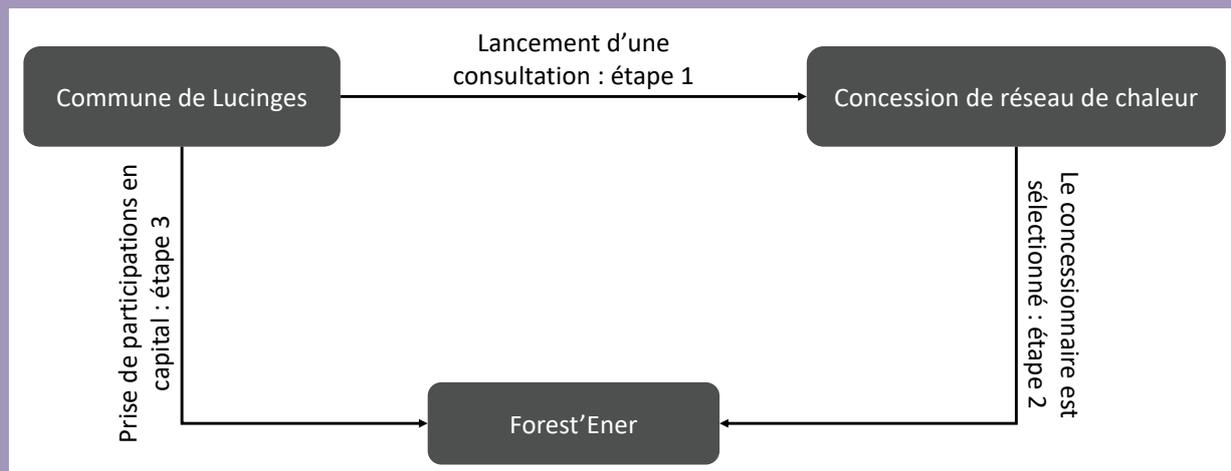
Investissement de la commune de Lucinges dans la SAS ForestEner

Collectivité : Commune de Lucinges

Typologie de l'habitat : rural

Population : 1699

Montage : prise de participation en actions dans une SAS à capital variable bénéficiant d'une DSP réseau de chaleur



La société ForestEner est née de la rencontre de spécialistes techniques (le bureau d'étude Éepos et le fabricant de chaudières Hargassner) et de collectifs citoyens (Énergie Partagée et Enercoop Rhône Alpes) ayant la volonté de porter des projets locaux et citoyens de réseaux de chaleur dans la région.

La SAS a d'abord été sélectionnée par la commune de Lucinges comme délégataire de service public pour la création et l'exploitation d'un réseau de chaleur. La commune gérait auparavant en interne plusieurs anciennes chaufferies au fioul et a eu la volonté politique de passer à la chaleur renouvelable.

Aujourd'hui le réseau de chaleur de Lucinges exploité par ForestEner est composé de deux chaudières à bois d'une puissance respectives de 330 kW et 150 kW fournissant au moins 92% de la chaleur du réseau. Une chaudière d'appoint fonctionnant au fioul couvre les 8% restant. ForestEner s'est engagé à ce que 80% du bois des chaufferies soit issu de forêts locales situées à moins de 30 km.

Lucinges a acquis des actions de la SAS pour un montant de 1600 euros correspondant aujourd'hui à 4% des parts de la société. La commune est cliente du réseau de chaleur exploité par ForestEner et paie sa chaleur pour les bâtiments publics raccordés (la mairie, l'école, le restaurant scolaire, la salle des fêtes). Les bâtiments de la commune gérés par Annemasse Agglomération (bibliothèque, maison patrimoniale et Manoir des Livres Michel Butor) sont aussi raccordés au réseau de chaleur. 60 logements en résidences collectives,

cinq maisons individuelles, une brasserie artisanale de bière biologique et une entreprise sont également alimentés en chaleur par le réseau. ForestEner Lucinges distribue 1100 MWh de chaleur chaque année, soit la consommation de 110 foyers.

Une gouvernance partagée entre les acteurs de la transition écologique :

La SAS ForestEner compte d'autres collectivités actionnaires, sur le territoire desquelles elle a réalisé des projets de réseaux de chaleur biomasse. Il s'agit des communes de Quaix en Chartreuse et Sassenage toutes deux membres de la Métropole de Grenoble Alpes Métropole (également actionnaire), ainsi que du Parc Naturel Régional de Chartreuse dont la commune de Quaix en Chartreuse est membre.

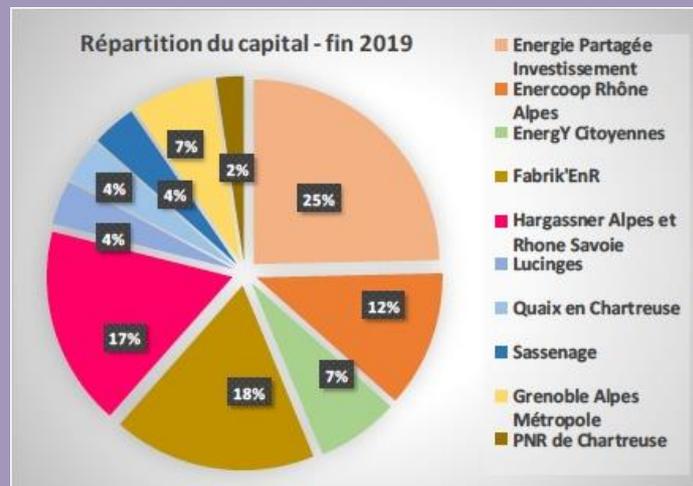


Image issue de ForestEner présentation 2019, chiffres décembre 2019

Au total les collectivités territoriales et EPCI confondus représentent 21% du capital de ForestEner, tandis que les collectifs citoyens composés d'Énergie partagée investissement, Enercoop Rhône Alpes et EnergY citoiyennes représentent 44% du capital de la société.

La prise de décision au sein de la société est réalisée par un Conseil de gestion au sein duquel chacun des 12 membres (issus de collèges territoriaux, intégrant notamment les collectivités) dispose d'une voie, indépendamment de sa part au capital de la société.

Les avantages de la participation au financement d'une SAS telle que ForestEner :

- Soutien de projets de production d'énergie à moindre coût (1600 euros pour Lucinges hors abonnement au réseau de chaleur et financement d'une partie de l'étude de faisabilité initiale ainsi que de l'AMO pour le montage juridique du dossier) ;
- Vision globale sur l'activité de la société et participation à sa gouvernance ;
- Contractualisation avec une société fournissant de la chaleur renouvelable et locale à un coût compétitif (ForestEner veille à conserver un taux de rentabilité interne assez faible) ;
- Participation active à la lutte contre le dérèglement climatique ;
- Possibilité de sensibiliser et d'impliquer les citoyens ainsi que les élèves et enseignants de l'école dans la transition énergétique.

Pour davantage de détails sur le projet : <https://energie-partagee.org/projets/forestener-lucinges/>

## 4.1. Un opérateur 100% privé

Les collectivités peuvent également faire le choix de pas s'impliquer au sein de l'opérateur dans ce cas, elles recourent aux opérateurs privés compétents.

## CONCLUSION / SYNTHÈSE

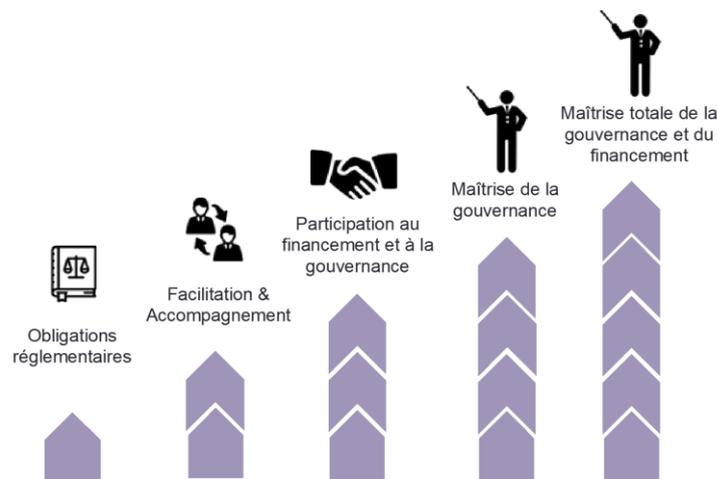
Sur leur territoire, les collectivités ont la possibilité d'être de véritables moteurs de la transition énergétique par le biais de leur implication dans ces projets. Elles ont nécessairement un rôle d'organisation et de gouvernance à jouer. En fonction de la réponse à ces différentes questions, elles doivent déterminer leur niveau d'implication dans les projets



- Quelle place souhaite donner la collectivité aux EnR/Réseaux ? Quel projet de territoire plus global envisage-t-on autour de ces projets ?
- Quel positionnement en termes de gouvernance publique et citoyenne ?
- Quelle est la mobilisation autour des projets ?
- Quelles distribution et répartition des retombées entre collectivités, citoyens et tierces parties ?
- Quelle implication en termes de financement des projets et des risques afférents est souhaitée pour la collectivité ?
- Quelles sont les compétences internes et externes relatives au projet à

porter ?

Schématiquement, elles ont la possibilité d'intervenir de 5 manières différentes



- 1 Remplir leurs obligations réglementaires → délivrance des autorisations, élaboration des planifications
- 2 Faciliter/accompagner → laisser faire ou susciter, 1<sup>er</sup> niveau de montages : contrats domaniaux, subvention, garantie d'emprunts
- 3 Participer → possible à différents stades : lors du portage projet et/ou dans l'opérateur
- 4 Maîtriser la gouvernance → A différents stades également : portage du projet seule et montages consistant à déléguer la réalisation et la gestion (gestion déléguée ou régie externalisée)
- 5 Maîtrise totale → A différents stades également : portage du projet seule et montage intégré (régie internalisée)

En fonction de la volonté de la collectivité et de la réalité économique, technique et territoriale de chaque projet, elle opère des choix aux différents stades de la réflexion conduisant à la réalisation d'un montage juridique et financier. Nous avons souhaité représenter ce cheminement dans les schémas synthétiques et récapitulatifs suivants.

Schéma récapitulatif – Projet de réseau de chaleur/froid

Volonté de créer ou de participer à un RC/F

RC/F uniquement pour mes besoins (pas de vente de chaleur à un tiers) : Réseau technique

Arrêté du 17/01/12 relatif aux définitions de la directive 2009/28/CE

Quelle que soit ma compétence



Directe

Déléguée

Régie internalisée

Régie externalisée

Marchés globaux ou dissociés (travaux et exploitation)

Affermage

Concession

100% public

+50% public

-50% public

100% privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

Sans la compétence RC/F

Participer à un RC/F privé

Participer à un SPIC

Susciter / Soutenir initiatives locales

Avec d'autres uniquement PPub

Avec d'autres dont PPriv

Avec d'autres uniquement PPub

Avec d'autres uniquement PPub

Susciter / Soutenir initiatives locales

Coopérations Contractuelles Ou Associatives

Coopérations Contractuelles Ou Associatives

Coopérations Contractuelles Ou Associatives

Directe

Déléguée

Régie externalisée

Marchés globaux ou dissociés (travaux et exploitation)

Affermage

Concession

100% public

+50% public

-50% public

100% privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

Contrats domaniaux

Subvention

Hors montage contractuel

AOT/COT BE/BEA

Garantie d'emprunt

Entrée capital opérateur

RC/F avec vente chaleur et/ou froid à au moins 1 tiers : RC/F au sens fiscal

Bulletin officiel des impôts-finances publiques TVA-LIQ-30-20-20 du 30/12/2012

Avec la compétence RC/F

Sans mobiliser ma compétence – Participer à un RC/F privé

Mobiliser ma compétence et créer un SPIC : L.2224-38 du CGCT

Susciter / Soutenir initiatives locales

Avec d'autres uniquement PPub

Avec d'autres dont PPriv

Coopérations Contractuelles Ou Associatives

Coopérations Contractuelles Ou Associatives

Directe

Déléguée

Régie externalisée

Marchés globaux ou dissociés (travaux et exploitation)

Affermage

Concession

Déléguée

Directe

Régie externalisée

Régie internalisée

Marchés globaux ou dissociés (travaux et exploitation)

Marchés de travaux

100% public

+50% public

-50% public

100% privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

100% public

+50% public

-50% public

100% privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

Schéma récapitulatif – Projet d'EnR en autoconsommation même partielle

Projet d'EnR  
En autoconsommation

Individuelle  
(L.315-1 du Code de l'énergie)

Collective  
(L.315-2 du Code de l'énergie)

Quelle que soit  
ma compétence

Quelle que soit  
ma compétence

Seul  
Plusieurs sites différents  
appartenant à la même  
personne

Avec d'autres  
dont PPriv

Avec d'autres  
PPub

Directe

Déléguée

Sans structure  
intermédiaire  
Opérateur =  
PMO  
Contrat entre  
Coll et PMO

Avec PMO  
intermédiaire  
Coopérations  
associatives

Sans structure  
intermédiaire  
Opérateur =  
PMO  
Contrat entre  
Coll et PMO

Régie  
internalisée

Régie  
externalisée

+50%  
public

-50%  
public

100%  
public

Marchés  
de travaux

Marchés  
globaux

Marchés  
dissociés

Marché de  
location

Affermage

Concession

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

Directe

Déléguée

SPL

Régie  
internalisée

Régie  
externalisée

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

100%  
privé

Marchés  
de travaux

Marchés  
globaux

Marchés  
dissociés

Marché de  
location

Affermage

Concession

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

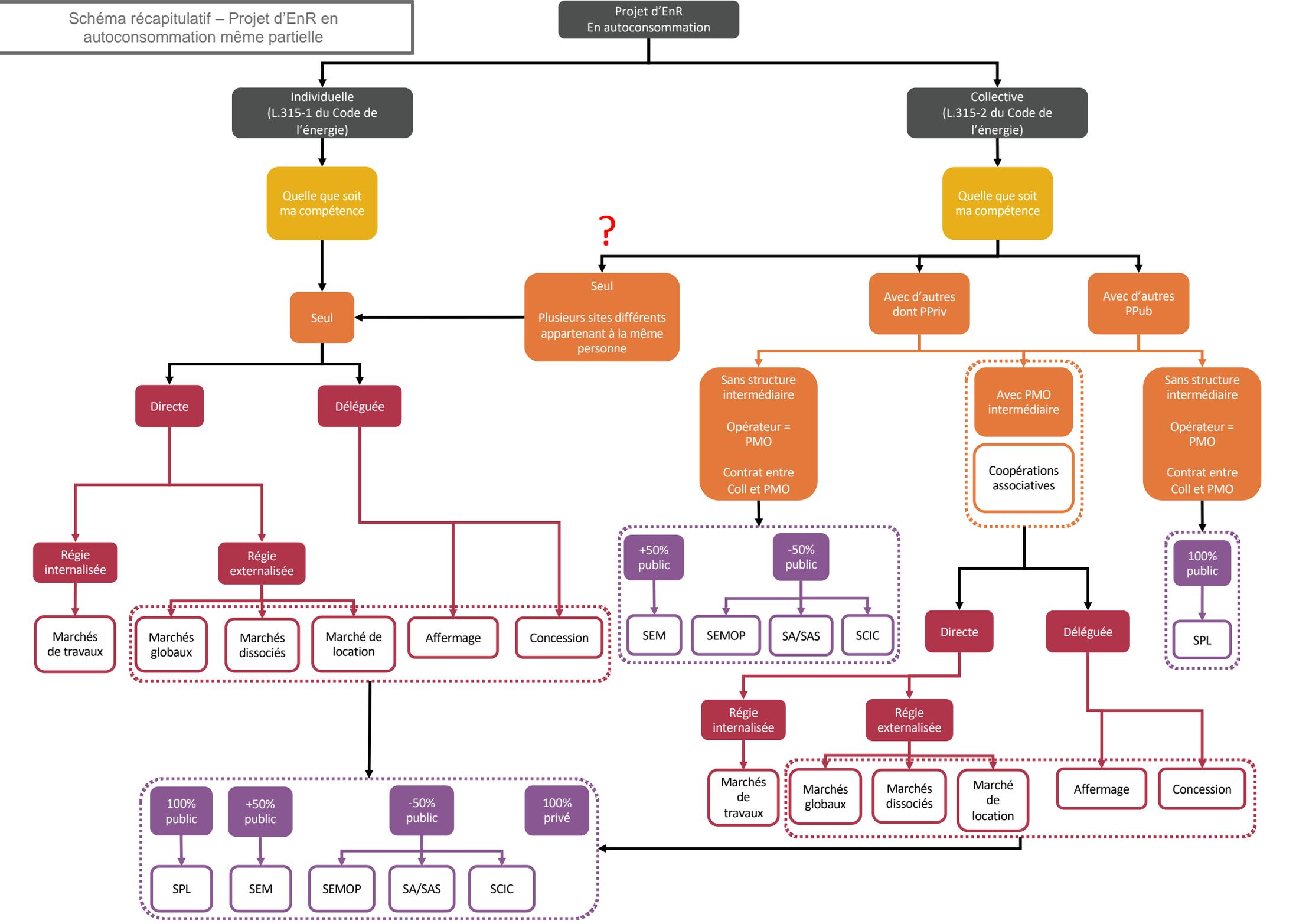


Schéma récapitulatif – Projet d'EnR  
En vente totale au réseau

Projet d'EnR  
Vente totale au réseau

Sans compétence  
prod EnR

Avec compétence  
prod EnR

Produire quand même –  
Uniquement PV sur mes  
bâtiments

Produire

Susciter / Soutenir  
initiatives locales

Susciter / Soutenir  
initiatives locales

Seul

Avec d'autres  
dont PPriv

Avec d'autres  
PPub

Coopérations  
contractuelles  
ou associatives

Coopérations  
contractuelles  
ou associatives

Contrats  
domaniaux

Subvention

Hors  
montage  
contractuel

AOT/COT  
BE/BEA

Garantie  
d'emprunt

Entrée capital  
opérateur

Mobiliser ma  
compétence prod  
EnR et/ou  
participation au  
capital sociétés  
d'EnR

Hors  
montage  
contractuel

Contrats  
domaniaux

Subvention

Garantie  
d'emprunt

AOT/COT  
BE/BEA

Compétence liée  
au moins en partie  
à l'objet social de  
l'opérateur

Compétence pour la garantie  
d'emprunt

Possible  
quelque soit sa  
compétence

Compétence  
liée à la  
subvention

Directe

Déléguée

Possible  
quelque soit sa  
compétence

Compétence  
liée à la  
subvention

Compétence  
pour la garantie  
d'emprunt

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

100%  
privé

SPL

SEM

SA/SAS

SCIC

Régie  
internalisée

Régie  
externalisée

Marchés  
de travaux

Marchés  
globaux

Marchés  
dissociés

Affermage

Concession

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

SPL

SEM

SA/SAS

SCIC

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

100%  
privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

SPL

SEM

SCIC

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

100%  
privé

SPL

SEM

SA/SAS

SCIC

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

SPL

SEM

SA/SAS

SCIC

100%  
public

+50%  
public

-50%  
public

100%  
privé

SPL

SEM

SEMOP

SA/SAS

SCIC

**AMORCE**

18, rue Gabriel Péri – CS 20102 – 69623 Villeurbanne Cedex

**Tel :** 04.72.74.09.77 – **Fax :** 04.72.74.03.32 – **Mail :** [amorce@amorce.asso.fr](mailto:amorce@amorce.asso.fr)

[www.amorce.asso.fr](http://www.amorce.asso.fr) -  **@AMORCE**

