



## Participation des collectivités à des

## Sociétés de projets d'ENR :

## Points de vigilance et préconisations

### PRÉAMBULE

Depuis 2015, les collectivités peuvent investir dans le capital de sociétés de projet d'énergies renouvelables. Cette intervention dans le capital de sociétés commerciales est unique en matière d'action des collectivités. Cette possibilité offerte aux collectivités est pleine d'opportunités et est importante dans le développement des énergies renouvelables sur les territoires, mais s'accompagne cependant de nombreux points de vigilances avant de se lancer dans une telle implication. La participation à une société de projet engendre automatiquement des enjeux de gouvernance, de gestion des risques, de stabilité du projet, etc. Cette note a vocation à mettre en avant les principales recommandations issues d'un groupe de travail réunissant des collectivités ayant investies dans des sociétés de projets d'énergies renouvelables. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, les situations étant différentes en fonction de nombreux facteurs, mais regroupant les recommandations essentielles afin de se lancer en toute connaissance de cause dans un tel projet.

Nous ne parlerons pas dans cette note des sociétés d'économie mixte à opérations uniques (SEMOP), qui peuvent avoir un capital social détenu majoritairement par des personnes privées, mais qui sont un type de société assez spécifique. Par conséquent, nous nous concentrerons sur le montage de société anonyme (SA) et de sociétés par actions simplifiées (SAS). Il convient de souligner que le cadre juridique d'une SA est assez rigide car très encadré par la loi, tandis que la SAS se caractérise par une grande liberté de rédaction et une grande flexibilité. Cette forme est la plus couramment choisie.

## 1. RAPPEL DU CADRE JURIDIQUE

Historiquement, l'intervention des collectivités dans une activité commerciale est strictement limitée. Il s'agit donc d'une petite révolution juridique et culturelle de l'action publique en 2015 lorsque le législateur a ouvert la possibilité pour les collectivités territoriales et à leurs groupements de prendre des participations au capital de sociétés détenues majoritairement par des actionnaires privés et ayant pour objet le développement d'énergies renouvelables (les collectivités pouvaient déjà depuis longtemps participer à des sociétés d'économie mixte (SEM), à capital majoritairement public).



La participation d'une collectivité au capital social d'une SA/SAS est conditionnée à des règles strictes, rappelées dans la publication d'AMORCE : [ENE37 – Le financement des projets d'énergies renouvelables par les collectivités](#)

### Quel fondement juridique ?

La loi pour la transition écologique et la croissance verte du 17 août 2015 a modifié l'article L2253-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) et permet désormais à une collectivité de prendre des participations dans une SA ou SAS dont « l'objet social est production d'énergies renouvelables (...) par des installations situées sur leur territoire ou (...) sur un territoire limitrophe ». Les collectivités peuvent donc devenir actionnaire d'une société commerciale, sous condition d'objet (production d'ENR) et de territorialité (projets menés sur le territoire de la collectivité ou un territoire limitrophe).

### Quelle interprétation pour l'investissement conjoint ?

Différentes interprétations de ce texte ont soulevé des débats juridiques, sur la possibilité offerte par le texte, pour déterminer s'il s'agit d'une faculté d'action, d'une compétence exclusive ou d'une compétence partagée. En effet, la question se pose notamment lorsqu'une commune et son EPCI veulent investir conjointement. Or, les collectivités ne peuvent agir qu'en application d'une de leurs compétences. La qualification même de compétence a donc des implications concrètes.

A l'heure où sont écrites ces lignes, les services de l'État considèrent qu'il s'agit d'une compétence exclusive, empêchant ainsi, par cette interprétation restrictive, communes et EPCI d'investir conjointement. Cette interprétation interroge dès lors que l'article L2253-1 du CGCT mentionnent les communes « et » leur groupement, laissant penser qu'il s'agit plutôt d'une compétence partagée au sens de l'article L5211-17 du CGCT. Néanmoins, il est communément admis que la compétence, même exclusive, peut être séquencée selon des critères précis (par exemple en fonction du type de technologie ou de la puissance des projets), permettant ainsi à une commune et à son EPCI d'investir conjointement. Une question ministérielle, en attente de réponse, a été posée en juillet 2022 sur ce point précis.

L'intervention d'une collectivité ou d'un EPCI au sein d'une société de projet nécessite des phases de négociation et de travail avec un développeur. Ces phases peuvent notamment confronter des objectifs, des visions, des cultures de travail et de temps différents. Il est important pour les collectivités de veiller à la conservation de leurs intérêts dans le montage et la participation au sein d'une société, mais également de veiller à l'acculturation de certains élus et agents référents.

La collectivité peut intervenir via différentes modalités dans une société, et à différentes phases du projet. L'article L2253-1 du CGCT précise que les collectivités peuvent :

- Acquérir des actions et ainsi rentrer au capital de la société
- Lorsqu'elles sont actionnaires, consentir des avances en compte courant d'associé (CCA ou prêts d'actionnaires). Dans les SA/SAS, les collectivités peuvent consentir des avances en CCA pour une durée de 2 ans renouvelable une fois, sans pouvoir dépasser 5% des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité (en cumul avec toutes les avances accordées aux sociétés dont la collectivité est actionnaire). Par exception, lorsque l'énergie produite par les installations de production bénéficie d'un soutien de l'État, la durée de l'avance en CCA peut être portée à 7 ans renouvelable une fois, sans pouvoir dépasser 15% des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité. Ces avances en CCA constituent un prêt. Cela signifie qu'ils ne rentrent pas au capital de la société et doivent être remboursés aux actionnaires, sauf à être transformées en augmentation de capital.

En termes de temporalité, la collectivité peut prendre part à la société de projet à différentes phases :

- A la création de la société / au stade des études de préféabilité
- Durant la phase de développement / conception du projet
- Une fois les autorisations obtenues et purgées de tout recours (mise en place du plan de financement)
- Après la mise en service, durant la phase d'exploitation

La phase d'entrée de la collectivité dans le projet fera l'objet d'un choix politique de celle-ci (en fonction des capacités financières, de l'objectif poursuivi, du risque lié au projet, etc.). On constate cependant qu'une majorité des collectivités s'impliquent en amont de la création de la SPV (voir 2.3).

Le sigle de SPV (*Special purpose vehicle*) est fréquemment employé : il s'agit d'une société ad'hoc constituée pour les seuls besoins du projet. Elle n'emploie pas de salariés et détient les contrats et les droits (autorisations administratives, contrats de vente d'électricité...). Le sigle de SPV ne constitue pas un statut juridique. On désignera par ce sigle, ou par le terme société de projet, toute société (et notamment SA et SAS) ayant pour objet la production d'ENR, constituée en vue de réaliser un ou plusieurs projets.

Pour rappel, on distingue deux types de documents clés : les statuts de la société, et le pacte d'associés (ou pacte d'actionnaires).

Les **statuts de la société** : il s'agit d'un document juridique obligatoire et fondateur de la société. Les statuts de la société doivent être accessibles au public. Les statuts comprennent les informations essentielles constitutives de la société : dénomination sociale, objet, statut juridique, fonctionnement, montant du capital, etc.

Le **pacte d'associés** : il s'agit d'un document régissant les relations entre actionnaires. Ce n'est pas un document juridiquement obligatoire, mais fréquent en pratique. Il n'est pas public, mais oblige juridiquement les actionnaires qui y adhèrent à le respecter. Le pacte d'associés peut être conclu entre tout ou partie des actionnaires, et contenir plus ou moins de dispositions pour compléter les statuts. Ce document n'est pas déposé au greffe du Tribunal de commerce, ce qui permet d'assurer la confidentialité des dispositions convenues entre les actionnaires, contrairement aux statuts. Le pacte peut notamment traiter des conditions d'investissement des parties, des modalités de gestion de la société, des modalités de sortie et de blocage des actionnaires, etc.

A noter que le non-respect d'une clause statutaire est sanctionné par la nullité alors que le non-respect d'une clause d'un pacte se résout par des dommages-intérêts.



Pour voir en détail la structure d'un pacte d'associés et les différentes clauses qui peuvent y être insérées, vous pouvez solliciter AMORCE pour accéder à une synthèse de clauses élaboré par Energie Partagée avec le soutien d'AMORCE.

**Si la rédaction des statuts est une phase clé de la constitution d'une société, la conclusion d'un pacte d'associés est bien souvent primordiale pour déterminer la place de la collectivité au sein du projet, les marges de manœuvre de chaque actionnaire et préserver les intérêts de la collectivité.**

## 2. POINTS DE VIGILANCES ET PRECONISATIONS A L'ATTENTION DES COLLECTIVITES

L'appropriation politique du projet et des enjeux est un point essentiel. En effet, il sera important, dès lors que la collectivité s'implique dans un projet, de veiller à la concrétisation de la volonté politique dans la construction du projet.

Pour toutes les phases du projet, il peut être important, voire essentiel que la collectivité soit accompagnée par un conseil juridique spécialisé afin de sécuriser son implication. Elle pourra également bénéficier de retours d'expériences d'autres collectivités afin d'alimenter ses réflexions et connaissances. En pratique, de par la nature de leurs activités, les développeurs et/ou exploitants d'installations ENR disposent de moyens humains et d'expérience terrain généralement plus importants que les collectivités, notamment sur les aspects juridiques, financiers et techniques. Ils ont souvent plus d'expériences dans la rédaction de ces documents et le montage de sociétés. Face à ce déséquilibre, nous ne pouvons que conseiller aux collectivités de se faire accompagner, notamment si elles n'ont pas l'expérience de ce type de projet et d'implication.

## 2.1 Enjeux de gouvernance

La gouvernance va se définir au moment du montage des instances et de la rédaction des statuts et du pacte d'associés. Plusieurs questions se posent à ce stade : quelle place souhaite avoir la collectivité dans la société de projet ? Qui pour la représenter ? Sur quels types de décisions la collectivité veut-elle avoir un regard ou la main ? Quelle répartition du capital et quelle corrélation avec la gouvernance ?

Les enjeux liés à la gouvernance de la société et du projet vont déterminer la place de la collectivité et la marge de manœuvre dont elle disposera. Il est important de noter que les différences de cultures, d'objectifs, de temporalité peuvent être importantes entre un développeur privé (enjeu économique prioritairement, enjeu d'acceptabilité du projet en y associant la collectivité...) et la collectivité (enjeux de développement des ENR sur son territoire, enjeux d'image, enjeux de retombées économiques locales...). La collectivité devra donc définir en amont ses objectifs et enjeux, avant de rentrer en négociation avec le développeur.



Une part importante des enjeux se situe dans la phase de négociation en vue de créer la société de projet. Il est possible, voire conseillé de passer une convention de partenariat, qui établit un cadre de négociation. **Il est important de noter que toutes les règles de gouvernance (notamment concernant le foncier) doivent être fixées avant toute signature** (voir 2.5).

### 1. La représentation dans les organes de gestion et de direction

Le plus souvent, la collectivité sera présente au niveau des instances stratégiques de la société (comité de direction, comité de pilotage...) par un membre qu'elle aura désigné et qui la représentera. Certaines sociétés peuvent avoir des instances techniques, mais le plus souvent il s'agira d'organes assurant la gestion quotidienne de la société. **Dans tous les cas, il est nécessaire pour la collectivité d'être représentée dans les organes au sein desquels les décisions stratégiques sont prises.** Il reste à définir l'étendue des décisions comme relevant de la stratégie du projet (toutes les décisions impactant la société à long terme, budget, attribution des sous-contrats...).

Par ailleurs, il peut exister dans certains cas un organe de contrôle ou de surveillance, incluant des personnes expertes externes à la société. Néanmoins, on constate en pratique que cette instance est souvent réservée à des grosses sociétés ou bien des holdings. Il n'y aura pas de telle instance dans une SPV.

### 2. La répartition du capital

**La gouvernance peut être définie indépendamment ou non de la répartition du capital.** En effet, en fonction des règles définies dans le pacte d'associés, il est possible de définir des règles de gouvernance librement. Ainsi, les règles de vote pourront être proportionnelles au capital de chaque actionnaire. A l'inverse, il pourra être défini des règles différentes, avec des règles garantissant un droit de blocage (par exemple une minorité de blocage à 33% plus une voix), un droit de veto à la collectivité sur certaines décisions (par exemple en instituant des collèges de vote, permettant de garantir un nombre de voix déterminé pour chaque collège, indépendamment de la répartition du capital). Enfin, certaines décisions pourront être prises à l'unanimité (même s'il faudra veiller à limiter ce cas de figure pour éviter des situations de blocage). On peut également mentionner l'existence de clauses instaurant un droit à l'information renforcée, qui permet à un actionnaire (notamment minoritaire) d'accéder aux informations essentielles sur la gestion de la société et des projets.

### 3. Conditions et modalités de vote

Pour rappel, au-delà de l'enjeu économique du projet, il y a pour la collectivité un **enjeu d'image et d'exemplarité** lié au projet et aux décisions prises par la société de projet à laquelle elle appartient. A noter que l'image de la collectivité pourra être associée au projet quelle que soit la proportion du capital détenu par la collectivité.

## 2.2 Cession et transmission d'actions : enjeux d'inaliénabilité

Les statuts et/ou le pacte d'associés comprennent des dispositions sur les conditions de détention et de cession des actions de la société. Les actions détenues par les collectivités sont qualifiées juridiquement de biens meubles relevant du domaine privé de la collectivité. Elles sont donc libres de les céder, sous réserve de l'interdiction des libéralités, ce qui les empêche de céder leurs titres financiers à un prix trop inférieur à leur valeur. Il sera donc important de négocier avec précision les conditions organisant la transmissibilité ou non des actions qu'elle détient dans la société de projet. Le prix de cession résulte de l'offre et de la demande.

La détention de ces titres financiers implique pour la collectivité d'avoir une stratégie quant à la détention dans le temps de ces actions : souhaite-t-elle s'assurer une place dans la phase d'exploitation ou uniquement dans la phase de développement ? La collectivité peut ainsi :

- Avoir la volonté d'aider à la naissance du projet et avoir un rôle d'impulsion, et sortir du projet après la phase d'autorisation.
- Souhaiter demeurer dans la société avec un simple droit de regard durant la phase d'exploitation, ou un contrôle important sur les activités de la société.

Côté développeur, on peut aussi noter des différences selon les situations. Certains développeurs ne sont intéressés que par la phase de développement et souhaiteront se retirer du projet lors de la phase d'exploitation. A l'inverse, d'autres développeurs sont aussi exploitants et pourront ainsi réaliser toutes les phases du projet, de la conception jusqu'à l'exploitation.

La détention des actions et la participation des différentes parties au projet est donc à définir en amont du projet par les parties, afin d'avoir une vision claire de l'évolution de la société de projet dans le temps. Par conséquent, la question de l'inaliénabilité temporaire des actions se posera en fonction de la situation et de la stratégie choisie par les parties. Ce point devra faire l'objet d'une clause dans le pacte d'associés.

L'inaliénabilité peut se définir ainsi : « *les parties s'interdisent expressément tout transfert à titre volontaire des titres dont elles sont détentrices* ». Néanmoins, une inaliénabilité stricte est plutôt à éviter dans le pacte d'associés. L'inaliénabilité peut en effet être aménagée :

- Dans la durée : la durée va dépendre en grande partie de la technologie du projet. En pratique, on constate une inaliénabilité d'une durée égale à la phase d'études, de réalisation et de mise en service. Une inaliénabilité d'une durée supérieure à cette phase paraît à prescrire, notamment au regard de la stratégie choisie par la collectivité. A noter que dans le cadre des appels d'offres CRE, le bonus « gouvernance partagée » prévoit un engagement de 10 ans de la collectivité, qui peut être remplacée par des acteurs équivalents et éligibles. A noter que l'article L227-13 du Code de commerce interdit de prévoir une inaliénabilité pour une durée supérieure à 10 ans. La durée sera donc à définir entre les parties, en fonction du type de projet et de la volonté d'implication de la collectivité.
- En fonction des acteurs : l'inaliénabilité peut ne pas être stricte, et par exemple que des actions pourront être cédées à certains types d'acteurs : collectivités, entreprises publiques, collectifs citoyens, citoyens, etc.

Au-delà de l'inaliénabilité, se pose la question de la **clause d'agrément** pour l'actionnaire restant. Cela peut être nécessaire pour protéger la collectivité, notamment si celle-ci est minoritaire au sein du projet. Concrètement, la clause d'agrément permet à un ou plusieurs actionnaires d'approuver la cession qui est envisagée par un actionnaire à un tiers ou à un associé et d'agréeer l'acquéreur pressenti, et ainsi maîtriser l'évolution du capital de la société (cession ou ouverture de capital). Certains pactes d'associés prévoient également des **clauses de transferts interdits**, permettant ainsi de contractualiser l'interdiction de certaines évolutions de capital. Ces clauses peuvent également s'accompagner d'une **clause de préemption**. Cette dernière confère à son bénéficiaire d'un droit d'acquérir l'action en priorité en cas d'une cession par un autre actionnaire à un tiers.

Point de vigilance : il peut être judicieux dans le pacte d'actionnaire d'anticiper une éventuelle vente des actions par le développeur, notamment quand celui-ci est une filiale détenue par une société qui pourrait vendre la filiale durant la phase de développement du projet.

A noter enfin que dans le cadre d'une communauté d'énergie, il est imposé que les membres de la communauté disposant du contrôle effectif maintiennent ce contrôle durant toute la vie du projet. Aussi, en cas de cession d'actions, il faudra veiller à ce que ce soit un autre acteur éligible au contrôle effectif qui les acquière pour maintenir cette qualification.

La phase de développement est souvent une phase cruciale pour le développeur comme pour la collectivité. La phase d'exploitation et de maintenance est perçue comme soulevant moins d'enjeux, notamment économiques. Il ne faut pourtant pas mettre de côté certains aléas qui peuvent survenir lors de l'exploitation de l'installation et qui peuvent avoir des répercussions économiques importantes.

## 2.3 Gestion du risque et valorisation de la société dans le temps

On peut distinguer deux situations principales :

- La collectivité est à l'origine du projet et s'implique dès ses prémices
- La collectivité entre dans la société de projet après la sécurisation du projet, lors de la phase d'exploitation

Le choix dépend principalement de la volonté politique, du type de technologie et des enjeux du projet. Dans tous les cas, il est essentiel de mesurer les risques pris si la collectivité fait le choix de rentrer tôt au capital de la société. La rédaction du pacte d'associés, et la phase de négociation avec le développeur et/ou l'exploitant dépendront donc fortement de la phase dans laquelle la collectivité entre dans le projet.

Il convient de distinguer le risque pris lors de la création de la SPV et le risque lié au financement du développement. En effet, le montant du capital social des SPV est souvent faible (quelques milliers ou dizaine de milliers d'euros en SA ou SAS). Le risque financier lié au montant des apports en capital est donc jugé faible. En revanche, l'investissement nécessaire pour le développement sera beaucoup plus conséquent, et le risque financier pourra se situer dans cet investissement. Ce risque dépendra de différents facteurs propres à chaque projet (oppositions locales, recours, contraintes environnementales ou géographiques, etc.), mais sera souvent plus élevé dans des projets éoliens que photovoltaïques. A noter que d'un point de vue strictement financier, la valorisation économique se fera essentiellement sur la prise de risque liée au développement, la collectivité peut donc faire le choix de prendre ce risque si elle estime celui-ci mesuré.

Pour résumer :

- **Rentrer avant l'autorisation du projet** : permet de suivre le projet dès le début, de rentrer à un coût moindre et de bénéficier de meilleures retombées économiques, mais engendre une prise de risques plus élevées
- **Rentrer après l'autorisation du projet** : permet d'intégrer un projet sécurisé, avec une prise de risques limitée pour la collectivité, mais avec un « prix d'entrée » plus élevé puisque le développeur aura assumé la prise de risque (rémunération plus importante de la phase de développement à l'actionnaire « développeur »).



**On constate que de nombreuses collectivités font le choix de s'impliquer dans le projet dès la phase de constitution de la société de projet**, et cela pour plusieurs raisons : volonté d'impulser une dynamique, de construire et maîtriser le projet dès la conception, de maximiser ses retombées économiques, pour des raisons de communication, etc.

A noter que si la collectivité fait le choix de s'investir dès l'origine du projet, il pourra être pertinent de conclure une convention de partenariat entre la SPV, la collectivité et le développeur pour définir la place de chaque partie durant la phase de développement et notamment quelles seront les conditions de rémunération à l'issue de cette phase, lors de l'obtention des autorisations requises dans le cadre du projet.

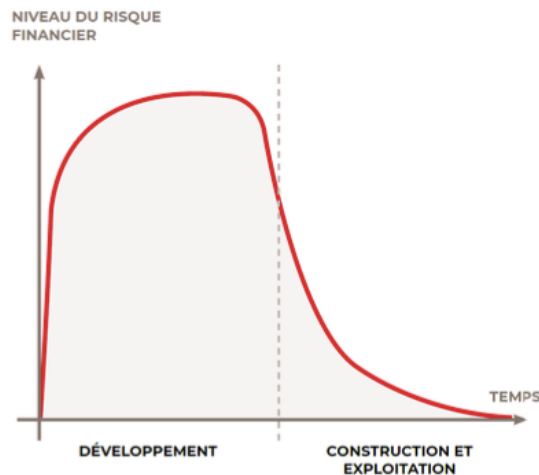


Schéma récapitulatif de l'évolution de la courbe de risques de la conception du projet à l'exploitation.  
Source : Espelia

## 2.4 Enjeux économiques

Il est important pour la collectivité d'avoir une vision globale et la plus précise possible de la dimension économique du projet. Pour rappel, le chiffre d'affaires d'une SPV provient de la vente de l'électricité (ou plus généralement d'énergie) produite par l'installation de production à partir d'énergies renouvelables.

Les développeurs peuvent alors proposer des modèles d'affaires clé en main, qui ne répondent pas forcément aux enjeux identifiés par la collectivité. Cette dernière doit donc analyser et éprouver les documents financiers qui lui sont transmis. Elle doit aussi, dans la mesure du possible, développer une vision précise de certains indicateurs qui peuvent l'aiguiller sur la pérennité et l'intérêt du projet, et donc sur l'opportunité d'entrer en négociation avec le développeur. Par ailleurs, des règles en lien avec les paramètres financiers peuvent être établies dans les statuts ou le pacte d'associés, d'où la nécessité de bien anticiper ces sujets.

### 1. Indicateurs financiers à étudier

Parmi les indicateurs, il convient notamment d'être attentif au **taux de rentabilité interne du projet (TRI projet)**. Il permet en effet de mesurer si l'investissement est pertinent ou non. Plus il est élevé, plus il est intéressant de réaliser le projet en question. Il ne peut pas être calculé via une formule, mais il est ajusté jusqu'à obtenir une approximation optimale. Cependant, le TRI projet permet de déterminer l'intérêt d'un projet pour la société et non pour ses actionnaires.

Pour un parc éolien par exemple, cet indicateur financier dépend de deux principaux facteurs : le productible (h/an) et le CAPEX<sup>1</sup> (coût d'investissement par MW). De bonnes conditions de vent et un CAPEX optimal vont donc permettre d'atteindre les meilleures performances en termes de rentabilité. Dans son rapport sur le coût et la rentabilité des EnR en France métropolitaine publié en avril 2014, la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) considère un coût moyen pondéré du capital (CMPC) de référence après impôts de l'ordre de

<sup>1</sup> À la différence du CAPEX, les OPEX sont les charges d'exploitation (coûts de maintenance et de fonctionnement, assurances, loyers...). Au vu des montants conséquents, le contrat de maintenance est par exemple un contrat clé à bien négocier par la SPV

5%. Autrement dit, il s'agit de la rentabilité minimale attendue par les producteurs en exploitant leur parc. Un TRI projet très supérieur au CMPC (dépassant parfois les 10 %) est considéré comme excessif par la CRE.

Il est intéressant pour les collectivités de comprendre ce qu'est le TRI projet car il permet d'étudier un deuxième type d'indicateur : le **taux de rentabilité interne des fonds propres ou TRI actionnaire**. Il est obtenu à partir du tableau de flux de trésorerie et correspond aux flux de trésorerie disponibles pour rémunérer les actionnaires après remboursement de la dette. Il dépend donc du TRI projet mais aussi de la structure de financement (ratio d'endettement et taux d'emprunt). En général, la répartition des fonds propres/dette bancaire est de l'ordre de 20/80 pour des projets éoliens ou solaires, ce qui constitue un important effet de levier pour augmenter le TRI actionnaire bien au-dessus du TRI projet. Hors cas particuliers de structure de financement, "le TRI actionnaires est une fonction globalement croissante du TRI projet" (CRE, avril 2014).

**Par conséquent, en amont de toute prise de participation, les collectivités peuvent avoir un intérêt à déterminer un TRI actionnaire plancher** afin d'optimiser les retombées économiques pour le territoire.

## 2. Mode de rémunération des associés

Par ailleurs, il est important d'anticiper et de fixer en amont le mode de rémunération des actionnaires. Les clauses relatives aux droits financiers et notamment à la **distribution des dividendes** (part des bénéfices de la SPV reversés) peuvent être prévues dans les statuts et/ou le pacte d'associés : distribution tous les ans (si cela est possible), distribution différente entre les associés (selon certaines conditions) ...

Par ailleurs, il est possible d'avoir recours à des comptes courants d'associés (CCA) qui sont des avances de fonds réalisées par les associés d'une société, en cas de besoin en financement de sa trésorerie par exemple. Il s'agit donc d'un mode de financement des fonds propres. L'utilisation des CCA est strictement encadrée et les statuts et/ou le pacte pourront également prévoir des dispositions sur leur utilisation. En contrepartie, les CCA donnent lieu au versement d'intérêts aux associés concernés.

À l'inverse des dividendes, les comptes courants permettent de rémunérer les associés même si la SPV n'a pas de bénéfice distribuable.



A noter qu'une autorisation pour un projet EnR (autorisation environnementale, permis de construire...) se valorise beaucoup plus chère que la somme des études qui ont abouti à son obtention. Une prime de succès ou "success fee" (en euros/MW) est alors définie par le développeur et s'ajoute aux frais réels de développement (elle peut être considérée comme des quasi-fonds propres). D'où l'intérêt pour les collectivités d'étudier un co-développement à ce stade du projet et de discuter également de ce paramètre financier (cf ci-dessus : 1. Rappel du cadre juridique, temporalité à prendre en compte par la collectivité pour prendre part au projet). Attention toutefois, il est important de noter que les collectivités ne peuvent pas être rémunérées pour du temps de développement considérant leur statut de collectivités.

Enfin, la collectivité ne sera pas toujours en mesure de réaliser elle-même un plan d'affaire ou une évaluation d'un plan d'affaire. Elle peut à ce stade se faire accompagner via un audit technique et/ou financier.

## 2.5 Maîtrise foncière

La question de la maîtrise foncière est primordiale en phase d'amorçage du projet. Le terrain convoité pour Les besoins du projet peut appartenir à une personne physique ou morale privée ou à une personne publique. Lorsque la collectivité est propriétaire du terrain envisagé pour le projet, il est essentiel d'avoir en tête que la maîtrise du foncier est une carte maîtresse pour la collectivité dans les négociations avec le développeur. Elle s'articule avec la question de la date d'entrée de la collectivité dans le projet. Par conséquent, **la collectivité a intérêt à négocier sa participation au projet, et notamment le pacte d'associés, avant même toute signature relative au foncier** (mise à disposition du terrain, conventions de servitudes).

On peut distinguer différentes stratégies :

- Une mise à disposition du terrain a priori : la collectivité crée la SPV avec le développeur sélectionné dans l'AMI pour l'octroi du titre d'occupation. La collectivité ne choisit donc pas librement le développeur mais a la garantie que le titre d'occupation sera délivré à la SPV dans laquelle elle participe.
- Une mise à disposition du terrain a posteriori : dans ce cas, la collectivité peut choisir le développeur sans mise en concurrence, mais sera obligée de mettre en place une procédure de publicité et de mise en concurrence pour la délivrance du titre d'occupation, avec le risque que ce dernier ne soit pas attribué à la SPV dans laquelle la collectivité participe.

L'application de la notion de **contrôle étroit** peut permettre à la collectivité de passer outre une procédure de mise en concurrence. Néanmoins, il convient d'être très vigilant quant à la qualification de contrôle étroit et son application. L'article L2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques prévoit une exception de procédure de mise en concurrence : « *lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit* ».

Cependant, le législateur n'a pas défini cette notion de contrôle étroit, qui se distingue de la notion de quasi-régie en droit de la commande publique. Elle est donc sujette à interprétation, et il revient à la collectivité de définir si elle détient un contrôle étroit sur une société pour passer outre une procédure de mise en concurrence. La question se pose donc de savoir sur quels critères se baser (part de capital, pouvoir de décision, minorité de blocage sur certaines décisions importantes, etc.).

On constate différentes pratiques des collectivités. Il est essentiel de retenir **qu'en cas de d'application de la notion de contrôle étroit, l'article L2122-1-3 impose de rendre public les considérations de droit et de fait l'ayant conduit à passer outre une procédure de mise en concurrence**. Il revient à la collectivité de justifier de ce contrôle étroit.

Il est donc conseillé de maintenir le plus longtemps possible le levier de négociation sur la signature et les loyers/indemnités octroyées dans le cadre notamment :

- d'un bail emphytéotique (BE) sur le domaine privé de la collectivité ou d'un bail emphytéotique administratif (BEA) sur le domaine public pour la présence d'un poste de livraison sur une parcelle ou des panneaux photovoltaïques en toiture par exemple
- d'une convention de servitudes permanentes (accès/travaux de confortement sur les voies communales pour les engins de chantier, câblage électrique, survol des pales d'une éolienne...) et/ou temporaires (pans coupés...).

Au démarrage des études pour un projet, ce sont des promesses de bail ou de convention des servitudes qui peuvent être proposées mais ces dernières doivent bien reprendre les conditions prévues dans les actes notariés finaux dont les redevances, l'objet, la durée, les conditions suspensives, le régime de résiliation... mais aussi la durée de la promesse.



A noter qu'AMORCE met à disposition de ses adhérents un [guide pratique pour la rédaction d'un AMI \(ENJ22\)](#) de mise à disposition d'une toiture pour un projet de solarisation, ainsi qu'un modèle de BEA et un modèle de COT.

## 2.6 Implication et responsabilité des élus et agents de la collectivité

Même si cela ne concerne qu'indirectement la rédaction des statuts et des pactes d'associés, il est important d'avoir en tête que les élus et agents qui représentent la collectivité au sein de la société peuvent engager la responsabilité de la collectivité, voire leur responsabilité personnelle pour les actes pris dans le cadre du projet.

Les collectivités peuvent être représentées par un ou des élus ou sein des instances de direction ou bien par un ou des agents. La durée du mandat d'un représentant d'une collectivité au sein d'une société ne pourra dépasser la durée de son mandat électif.

Pour rappel, on distingue la responsabilité civile (réparation de préjudices liés à un dommage causé à un tiers ou à l'entreprise elle-même) et la responsabilité pénale (sanction liée à une infraction, notamment la prise illégale d'intérêt, le délit de concussion, etc.). Les élus et agents représentant la collectivité doivent donc être, dans la mesure du possible, formés aux enjeux et aux conséquences des décisions qu'ils peuvent prendre au sein de cette société, notamment lorsqu'ils participent aux décisions relevant des organes de direction.

Les représentants sont responsables tant civilement que pénalement. Toutefois, la responsabilité civile des élus incombe à la collectivité locale ou au groupement dont ils sont mandataires au sein d'une société d'économie mixte (L1524-5 du CGCT) ou d'une société anonyme (L2253-5 du CGCT). Attention, a priori ces dispositions ne s'appliquent pas dans les SAS, dans lesquelles, la collectivité est tout de même solidairement responsable.

Enfin, depuis la loi 3DS, si la collectivité a une participation indirecte au sein d'une société de projet, par exemple à travers une SEM et que les élus au sein des instances de direction de la société de projet sont désignés pour représenter la SEM, la responsabilité civile de l'élu représentant de la SEM incombe également à la collectivité qui l'a désigné initialement (L1524-5-1 du CGCT). Ces élus ne peuvent pas non plus être considérés comme "entrepreneur de service municipaux". Enfin, les mêmes limites que pour les SEM sont applicables quand la collectivité délibère sur ses éventuelles relations avec cette société de projet en matière de prise illégale d'intérêt par les élus représentant de la SEM (et indirectement de la collectivité) au sein de la société de projet. Attention toutefois, cette modification législative est limitée : elles ne s'appliquent que dans les filiales des SEM (au sens du code de commerce, la SEM détient plus de 50% du capital de la filiale). Le texte semble ne désigner que les filiales constituées sous le statut de SA.

La responsabilité pénale de l'élu désigné comme représentant des collectivités et des groupements actionnaires peut être recherchée dans les conditions de droit commun. En effet, l'élu mandataire encourt les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom personnel.



Pour aller plus loin, vous pouvez consulter la publication [ENJ14 – Éolien : éviter le risque pénal pour les élus et agents](#)

Pour aller plus loin

Adhérez à AMORCE et participez aux échanges de son réseau



### Consultez nos précédentes publications

- ENJ15 – Guide des montages juridiques : production d'ENR et réalisation de RCF par les collectivités, AMORCE 2020
- ENE37 – Le financement des projets d'énergies renouvelables par les collectivités, AMORCE 2020
- ENJ14 – Éolien : éviter le risque pénal pour les agents et les élus, AMORCE 2019
- ENJ22 – Guide pratique : AMI pour la mise à disposition du patrimoine public pour un projet de solarisation, AMORCE 2023

### Réalisation

Robin FRAIX-BURNET, AMORCE  
Julie FERRY, AMORCE

### Contribution

Yannick PAILLET, Amiens métropole  
Dorian RUINI, Roannais agglomération  
Claire BRABAN-TICCHI, Sergies Energies Vienne  
Samuel ANDRE, Golfe du Morbihan Vannes agglomération  
Lionel JOUVE, Saint-Etienne métropole

### Relecture

Delphine MAZABRARD, AMORCE  
Nicolas PERAUDEAU, ADEME  
Mathieu NOËL, Parme avocats  
Olivier COGNARD, Harlay avocats  
Cécile CESSAC, Elisabeth GIVELET, Noélie GANIVET, Brun Cessac avocats associés  
Patrick LABAYLE et Claire BRETHEAU, Ravetto associés  
Elodie COURVALIN, Espelia

Avec le soutien technique  
et financier de

