

LES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES AU SOUTIEN DE LA PRODUCTION D'ENR : LES AVANTAGES COMPARATIFS DES MONTAGES JURIDIQUES

Henri Bouillon^{1,2,*}

- Les collectivités territoriales s'investissent sans cesse davantage dans la production d'énergies renouvelables. Dans cette optique, la création d'entreprises publiques locales (EPL) constitue un outil précieux. Toutefois, plusieurs types d'EPL existent. D'où la question de la formule la plus pertinente.
- Les sociétés d'économie mixte sont actuellement privilégiées, du fait de la souplesse de leur gestion : elles offrent une mixité des capitaux (publics et privés) et un vaste champ de compétences, qui leur permet de diversifier leurs activités.
- Les sociétés publiques locales, moins promues, ont pour spécificité d'être des personnes privées ne rassemblant que des actionnaires publics. Son attrait essentiel est de pouvoir conclure des contrats avec ses actionnaires (publics) sans que ces contrats soient soumis au (lourd) droit de la commande publique.
- La société d'économie mixte à opération unique est très peu exploitée dans le domaine de l'énergie. Créée pour répondre à un besoin temporaire, selon une procédure de sélection contractuelle, elle associe des personnes publiques à un opérateur économique.
- La tension inhérente à ces structures tient à la recherche d'une souplesse de gestion (que permet la forme privée de ces sociétés), mais qui doit se concilier avec la volonté des personnes publiques de piloter leurs activités.

Remerciements : Je tiens à remercier Mmes Laura Lachaise et Marie Courrouyan, de la Fédération des élus des entreprises publiques locales (FédEPL), de m'avoir reçu pour répondre à mes questions.



MOTS CLÉS :

ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES # COLLECTIVITÉS TERRITORIALES # ÉNERGIES RENOUVELABLES

¹ Maître de conférences, droit public, Université de Franche-Comté, CRJFC

² Responsable de l'axe « Décentralisation et déconcentration : acteurs publics locaux et transition énergétique » du Réseau EDEN.i.

* henri.bouillon@univ-fcomte.fr

La production d'énergies renouvelables (EnR) est d'intérêt général : la production d'énergies répond aux besoins énergétiques des populations et dynamise économiquement le territoire ; la production de *renouvelables* correspond à d'évidentes exigences de protection de l'environnement et de transition énergétique.

Pour ce motif, les collectivités territoriales (communes, départements et régions) et leurs groupements (établissements publics de coopération intercommunale, syndicats mixtes, etc.), cherchent à concourir à la production d'EnR de différentes manières. La production d'EnR est d'ailleurs l'un des domaines de compétences reconnus aux collectivités territoriales et aux EPCI, qui peuvent « aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter [...] toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables définies notamment à l'article L. 211-2 du code de l'énergie, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés [...] ou toute nouvelle installation de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du code de l'énergie » (article L. 2224-32 du Code général des collectivités territoriales).

Hormis les cas où les collectivités produisent elles-mêmes des EnR, elles peuvent aussi soutenir cette production et les innovations qui s'y rapportent par de nombreuses techniques qui les engagent plus ou moins (conclusion de concessions ou marchés publics, subvention, prise de participation dans une société privée productrices d'EnR¹, etc.). L'une d'entre elles retiendra ici notre attention : la création d'entreprises publiques locales (EPL) dédiées à cette fin. Les entreprises publiques locales sont de trois sortes : les sociétés d'économie mixte (1), les sociétés publiques locales (2) et les sociétés d'économie mixte à opération unique (3).

En raison de cette pluralité de formes, la question peut être, pour une collectivité, de choisir la structure la plus adaptée pour mener à bien son projet de production d'EnR. Aussi chercherons-nous ici à donner une idée des avantages et inconvénients de chaque structure, qui se déduisent assez largement de leurs caractéristiques propres.

1. Les sociétés d'économie mixte

Désormais ancien, puisque créé par les décrets-lois Poincaré (1926), « le procédé de l'économie mixte consiste en une collaboration entre administrations et particuliers pour la gestion d'entreprises d'intérêt public, en faisant usage des méthodes du droit privé et, spécialement, du procédé des souscriptions d'actions »². La SEM est, par définition, une société de droit privé dont les actionnaires sont pour partie des personnes publiques et, pour partie, des personnes privées (entreprises, banques, etc.). La ou les personnes publiques doivent néanmoins détenir entre 51 % et 85 % du capital de la société³, ce qui lui assure le contrôle de la société. En moyenne, les capitaux privés ne s'élèvent d'ailleurs qu'à 20 % du capital⁴.

¹ Article L. 2253-1 alinéa 3 du Code général des collectivités territoriales.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1933, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 1096.

³ Fixé par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, ce taux résulte de la combinaison des articles L. 1522-1, 2° et L. 1522-2 du CGCT.

⁴ Cour des comptes, *Les sociétés d'économie mixte locales, un outil des collectivités à sécuriser*, Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale, 27 mai 2019, p. 24-25.

Le grand intérêt de la société d'économie mixte (SEM) est précisément sa mixité : en combinant des capitaux publics et privés, elle permet le financement de gros projets (notamment) de production d'EnR. Elle permet ainsi aux collectivités publiques de ne pas assumer, à elles seules, l'intégralité des investissements et des risques, en partageant le capital de la société avec au moins un acteur privé. Grâce à sa mixité, la SEM peut ainsi agréger des initiatives publiques et privées, qui se concrétisent par ce capital hybride.

La SEM a pour autre avantage de disposer d'un champ de compétences potentiellement très large : une SEM peut réaliser des opérations d'aménagement, des opérations de construction ou des missions d'exploitation de services publics industriels et commerciaux (SPIC) ou de toute autre activité d'intérêt général (article L. 1521-1 du CGCT). De toute évidence, la production d'EnR peut être prise en charge par une SEM (et l'est même largement). La seule limite véritable que rencontre le champ de compétences de la SEM est qu'elle doit justifier d'un intérêt public pour agir (CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n° 308564) et, donc, ne pas prendre en charge un objet exclusivement commercial et lucratif. La participation de personne publique à son capital le justifie.

Les SEM sont marquées par une nette tendance à la pluriactivité. Cependant, l'article L. 1521-1 du CGCT précise que si l'objet social de la SEM implique plusieurs activités différentes, elles doivent être complémentaires. Cette complémentarité signifie que le complément d'activité doit, non pas forcément être *nécessaire* à l'activité principale, mais en être un complément *normal* (CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n° 308564). Il est donc possible à une SEM, par exemple, d'être à l'origine de la construction d'une installation productrice d'EnR et d'en assurer l'exploitation et la gestion, mais aussi de prendre des parts dans le capital d'une autre société active dans ce secteur.

Dans le cas de la pluriactivité de l'objet social de l'entreprise, les collectivités doivent toutefois veiller à montrer, lorsqu'elles prennent part à son capital, la concordance entre cet objet social et leur champ de compétence (dont elles ne doivent pas sortir), pour ne pas être mise en cause lors du contrôle de légalité préfectoral.

Un autre avantage de la SEM est qu'elle est de création facile. Il suffit que chaque collectivité approuve les statuts de la SEM, qu'elle inscrive à son budget (section d'investissement) la dépense correspondant à l'acquisition des actions et désigne ses représentants. Il faut toutefois s'assurer que le capital de la SEM soit suffisamment étoffé pour que la SEM fonctionne correctement (cela impose la réalisation d'un *business plan* en amont, pour éviter toute sous-capitalisation).

La SEM a pour autre attrait de pouvoir prendre part au capital d'autres sociétés (y compris de SEM) ou de créer des filiales⁵. Mais ces opérations nuisent à la transparence de ses activités et, donc, à l'exercice du contrôle des collectivités publiques. Pour remédier à ces difficultés, la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 (dite loi 3DS) a complété l'article L. 1524-5 du CGCT, qui dispose dorénavant que toute prise de participation d'une SEM locale dans le capital d'une société commerciale doit faire l'objet d'un accord exprès et préalable de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil

⁵ Cf. Fédération des élus des entreprises publiques locales (FédéEPL), *Les filiales de SEM*, coll. Mode d'emploi, 2021.

d'administration. De même, les SEM sont à présent représentées dans leurs filiales par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités exerçant une compétence à laquelle concourt la filiale (article L. 1524-5-1 du CGCT). Il n'en reste pas moins que ces solutions ne régleront pas toutes les difficultés de contrôle des collectivités.

Une autre difficulté que rencontrent les SEM locales tient au régime juridique applicable à leurs contrats. D'une part, lorsqu'une collectivité actionnaire de la SEM veut conclure un contrat avec elle, elle doit en principe se soumettre aux (lourdes) obligations de publicité et de mise en concurrence définies par le Code de la commande publique (CCP). D'autre part, lorsque la SEM conclut un contrat avec d'autres personnes que ses actionnaires, elle peut aussi être soumise à ces mêmes obligations (CDBF, 3 décembre 2021, *Société d'économie mixte locale Teractem*, n° 254-861) si elle répond aux conditions de l'« organisme de droit public » définies à l'article L. 1211-1 du CCP (à savoir : poursuivre un intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et être majoritairement contrôlée par ses actionnaires publics).

Toutefois, ces difficultés n'ont pas freiné l'essor des SEM, assez largement utilisées dans le domaine de la production d'EnR. En 2022, on recense ainsi 35 SEM actives dans la production hydroélectrique, 40 dans la production d'énergie éolienne et 65 dans la production d'énergie solaire⁶.

2. Les sociétés publiques locales

Depuis la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des sociétés publiques locales (SPL) prenant en charge toute activité d'intérêt général. L'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dans son alinéa 2, précise que les SPL sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement ou de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. On notera que cet objet est identique à celui des SEM. Ce n'est donc pas l'objet qui peut permettre de comparer l'attrait des deux structures, puisque la SPL est un tout aussi bon moyen que la SEM pour « mettre en œuvre ensemble des politiques énergétiques, d'exploiter et de développer des installations d'EnR, de faire de la maîtrise d'ouvrage déléguée, et de développer des fonctions de conseil et d'études »⁷.

Ce domaine de compétences *a priori* très large rencontre toutefois quelques limites. Premièrement, les compétences de la SPL doivent correspondre aux domaines de compétence des personnes publiques qui l'ont créée (article L. 1531-1 alinéa 1^{er} du CGCT), même si chaque collectivités publiques actionnaires ne doit pas nécessairement posséder *toutes* les compétences de la SPL. Cette limite est logique. « Il était à la vérité difficilement compréhensible que des collectivités puissent disposer de davantage de compétences et agir dans plus de domaines *via* une SPL qu'elles n'étaient habilitées à le faire directement. »⁸ La seconde limite est que les SPL ne doivent pas avoir un objet commercial, une « vocation de marché » (CJCE,

⁶ FédEPL, *Panorama des EPL engagées dans la transition énergétique*, coll. Stratégie, 2022, p. 41, 44 et 45.

⁷ Marie-Anne Vanneaux, « Les entreprises publiques locales, l'actionnariat des collectivités territoriales et l'électricité », *JCP A*, 2021, n° 2, étude 2008.

⁸ Michaël Karpenschif, « Les nouveaux maux du *in house* à la française », *JCP A*, 2019, n° 4, 2021.

10 septembre 2009, *Comune di Ponte Nossà*, aff. C-573/07) ; elles doivent avoir une finalité d'intérêt public, et non un but commercial et lucratif.

Hormis la détermination de ce champ de compétence, la création de la SPL est soumise à deux conditions restrictives, qui, d'ailleurs, marquent sa spécificité par rapport aux SEM.

Premièrement, la SPL présente cette particularité, bien qu'elle soit une structure de droit privé, de n'avoir que des actionnaires publics. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 1531-1 du CGCT impose en effet que son capital soit 100 % public, car il doit être détenu par les collectivités publiques qui sont à l'origine de sa création. L'article 189 de la loi 3DS du 21 février 2022 permet à présent d'ouvrir le capital d'une SPL à une collectivité territoriale étrangère (à condition qu'elle ne détienne pas plus de la moitié du capital et des droits de vote dans les organes délibérants), ce qui doit permettre une coopération locale transfrontalière qui ne peut qu'être souhaitable en matière de production d'EnR (nouvel article L. 1531-1 du CGCT).

Une telle condition exclut la possibilité de faire appel à des fonds privés (contrairement aux SEM). La SPL est donc la créature de ses actionnaires publics. L'objectif est de « concilier les atouts du privé et les valeurs du public »⁹, c'est-à-dire la souplesse de gestion offerte par la forme sociétaire¹⁰ (application du Code de commerce, régime juridique applicable aux salariés, responsabilité civile et pénale des dirigeants, régime comptable et fiscal, etc.) avec le désintéressement et le dévouement à l'intérêt général propre aux personnes publiques.

L'avantage est évidemment de permettre aux collectivités territoriales de maîtriser entièrement la société et, donc, l'activité qui est la sienne. Mais elle présente le défaut de ses qualités : en ne faisant intervenir aucun actionnaire privé, elle fait reposer la production d'EnR sur le seul budget de ses actionnaires publics, dont on sait les limites. Il y a là un frein évident à la création de SPL pour des projets réclamant des investissements importants. La Fédération des élus des entreprises publiques locales (FédEpl) souligne à cet égard que la SPL peut plus adaptée « au portage de petites installations de panneaux photovoltaïques sur la toiture des bâtiments publics, permettant d'éviter, pour des projets faiblement consommateurs de fonds propres, la mise en concurrence des AOT (autorisations d'occupations temporaires) »¹¹.

La deuxième condition à la création d'une SPL est que celle-ci ne doit avoir d'activités que pour le compte de ses seuls actionnaires (article L. 1531-1 alinéa 3 du CGCT). De cette façon, la SPL ne présentera pas de but lucratif : selon le législateur, elle n'intervient pas sur un marché, puisqu'elle n'agit que pour le compte de ses actionnaires publics (encore que son activité puisse concurrencer celle d'opérateurs économiques). Elle ne peut pas avoir d'autres clients ou répondre à un appel d'offres d'une collectivité qui n'est pas son actionnaire (notamment pour répondre à ses besoins en énergie). Elle ne peut pas davantage prendre des participations financières dans le capital d'une autre société, ce qui neutralise son efficacité pour multiplier les projets d'EnR, notamment ceux qui nécessiteraient des fonds importants.

Les deux conditions mise à la création de la SPL (avoir un capital 100 % public et agir pour le compte exclusif de ses actionnaires) doivent lui permettre – et c'est l'avantage essentiel

⁹ Adrien Fourmon, « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2010, n° 268, p. 34.

¹⁰ Cf. Alexandre Vigoureux, « Les avantages de la société publique locale », *RFDA*, 2012, n° 6, p. 1075.

¹¹ FédEPL, *Panorama des EPL engagées dans la transition énergétique*, coll. Stratégie, 2022, p. 19.

recherché par la loi de 2010 – de correspondre à l’exception *in house* du droit de l’Union européenne (appelée en France la quasi-régie ou les *prestations intégrées*).

Qu’est-ce que l’exception *in house* ? Il s’agit d’une exception au principe du droit de la commande publique, qui régit la passation de certains contrats administratifs (marchés publics et concessions) et qui impose à la collectivité de ne choisir son cocontractant que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le Code de la commande publique (CCP). Toutefois, depuis la fameuse jurisprudence *Teckal* (CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98), l’exception *in house* permet à une collectivité publique de déroger à ces règles lorsqu’elle conclut un contrat avec un organisme (public ou privé) qui 1° est entièrement sous sa dépendance (elle exerce sur lui un « contrôle analogue » à celui qu’elle exerce sur ses propres services) et qui 2° lui est dédié, car il réalise son activité pour elle à hauteur d’au moins 80 % de son chiffre d’affaires (articles L. 2511-1 et suivants du CCP pour les marchés publics ; articles L. 3211-1 et suivants pour les concessions). L’idée est ici que l’organisme est si proche de la personne publique que, bien qu’elle recoure à un organisme distinct, elle exerce en quelque sorte l’activité par ses propres moyens.

En créant les SPL, la loi du 28 mai 2010 a cherché à lui donner toutes les caractéristiques de l’exception *in house*, à laquelle ne répond le plus souvent pas la SEM (en raison de la présence de fonds privés dans son capital). Au contraire, en ayant un capital 100 % public, la SPL répond *a priori* au premier critère : elle dépend des personnes publiques qui l’ont créée et qui vont la piloter. Elle répond aussi au principe « d’exclusivité matérielle »¹², parce qu’elle ne peut exercer son activité que pour le compte exclusif de ses actionnaires publics.

Malgré tout, le respect de l’exception *in house* n’est pas garanti en toute hypothèse. Le respect du contrôle analogue n’est pas automatique. Ce n’est pas parce que le capital est public que le contrôle est forcément analogue à celui exercé par la personne publique sur ses services, car la personnalité morale de droit privé donne à la SPL une assez large autonomie (Aut. conc., avis *Entreprises générales de France-BTP*, 24 novembre 2011, n° 11-A-18 ; CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte c/ SPLA de l’agglomération dijonnaise*, n° 365079).

Le grand avantage est ainsi pour la collectivité que, en appliquant l’exception *in house*, elle pourra conclure avec la SPL des contrats sans passer par les obligations de publicité et de mise en concurrence qu’impose normalement le CCP. Les collectivités peuvent donc avoir avantage à créer ce genre de structures privées, afin de bénéficier directement et sans formalisme excessif de l’énergie qu’elle produit.

Mais malgré la recherche de cet avantage par la loi de 2010, le succès de cette forme de société a été bien moindre que la SEM (qui n’a pas pâti de n’être pas, en principe, un opérateur *in house*). En matière de production d’EnR, la FedEpl¹³ dénombre 3 SPL actives dans la production hydroélectrique, 1 seule dans la production d’énergie éolienne et 6 dans la production d’énergie solaire.

¹² Benoît Delaunay, « L’exception *in house* aux exigences du droit de l’Union européenne en matière de mise en concurrence », *RDP*, 2011, n° 3, p. 722.

¹³ FédEPL, *Panorama des EPL engagées dans la transition énergétique*, coll. Stratégie, 2022, p. 41, 44 et 45.

3. Les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)

La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 a enfin créé les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Comme la SEM, la SEMOP vise une coopération publique-privée, puisqu'elle regroupe des actionnaires publics et (au moins un) privés. C'est pourquoi elle est une vraie société d'économie mixte. Comme pour la SEM classique, la mixité de son capital doit « permettre aux collectivités territoriales de mener à bien des projets coûteux et innovants sans devoir les subventionner dans leur totalité »¹⁴. Les collectivités territoriales et groupements de collectivités doivent détenir entre 34 % et 85 % du capital (article L. 1541-1, III du CGCT), ce qui présente plus de souplesse que pour la SEM : la part de capital des actionnaires privés peut ici être majoritaire, la collectivité territoriale disposant néanmoins d'une capacité de blocage minimale grâce à la possession de 34 % du capital de la société (chiffre minimal pour disposer de cette capacité). Admettre cette répartition du capital est une évolution importante « dans la mesure où elle reconnaît que l'actionnariat minoritaire peut suffire à donner à la collectivité un pouvoir de contrôle interne de la société et, à travers elle, de son partenaire privé »¹⁵. Il n'en reste pas moins que le contrôle de la société peut s'avérer difficile lorsque la personne publique est minoritaire.

Mais sa vraie particularité, par opposition à la SEM traditionnelle, est d'être une société à opération unique. Elle est constituée de manière temporaire, pour réaliser une seule opération. Le coactionnaire privé choisi par la ou les personnes publiques devra réaliser l'opération que lui confiera la ou les personnes publiques, « à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales » (article L. 1541-1 du CGCT). En ce sens, la SEMOP est « une SEM contrat »¹⁶.

La grande spécificité de la SEMOP réside en effet dans la manière dont est sélectionné le coactionnaire des personnes publiques. Cet opérateur économique (personne privée ou publique) est déterminé après un appel public à la concurrence, devant respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence (article L. 1541-2 du CGCT). Même si ce choix est assez lourd, son avantage est que la création de la SEMOP, du fait qu'elle s'effectue par une procédure formalisée pour la conclusion d'un contrat, permet de lui attribuer, dans le même mouvement, le marché ou la concession que voulaient conclure les collectivités avec la société sans effectuer une seconde procédure. De cette manière, « il s'agit d'autoriser la conclusion d'un contrat de la commande publique dont l'exécution sera confiée non à l'auteur de l'offre retenue mais à une société d'économie mixte (SEM) dont le lauréat de la mise en concurrence deviendra actionnaire aux côtés de la collectivité locale. »¹⁷

En principe, l'objet de la société peut porter sur toutes les compétences des collectivités territoriales ou de leurs groupements « autres que l'exercice de missions de souveraineté » (article L. 1541-1 du CGCT). S'il doit être unique, l'objet de la SEMOP peut être divers : il

¹⁴ Stéphane Colmant et Cécile Lissajoux, « Une contribution au renouveau de l'interventionnisme local : les SEMOP », *JCP A*, 2017, n° 20, 2134.

¹⁵ Gabriel Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, p. 1941.

¹⁶ Guy Durand, « Conception de la SEMOP et choix du partenaire privé : la négociation doit rester de mise », *AJCT*, 2020, p. 473.

¹⁷ Gabriel Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, p. 1941.

peut consister soit en la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit en la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit en toute autre opération d'intérêt général. Autrement dit, l'objet de la SEMOP se réduit, « à titre exclusif », à la conclusion et à l'exécution d'une délégation de service public, d'une concession de travaux, d'une concession d'aménagement ou d'un marché public. Il peut aussi inclure la conclusion d'un bail emphytéotique administratif lorsque celui-ci est nécessaire à la réalisation de son objet (article L. 1541-1, I du CGCT), ce qui est très avantageux pour lorsque le contrat implique la construction d'un ouvrage public.

La SEMOP est si bien adaptée à la production d'EnR (à la construction et à l'exploitation d'installations productrices d'EnR par exemple) que l'article L. 521-18 du Code de l'énergie, créé par la loi n° 2015-992 relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015, a admis la création de société d'économie mixte hydroélectrique (SEMH). Selon l'article, cette « SEMOP *sui generis* »¹⁸ est constituée pour une durée limitée en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat de concession dont l'objet est l'aménagement et l'exploitation d'une ou de plusieurs installations constituant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés¹⁹.

Dans le cadre de leurs compétences en matière de gestion équilibrée des usages de l'eau, de distribution publique d'électricité ou de production d'EnR, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent devenir actionnaires de la SEMH. Deux conditions sont toutefois requises. D'une part, les collectivités territoriales ou leurs groupements doivent être riverains des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée. D'autre part, l'État doit autoriser leur prise de participation. Par ailleurs, peuvent participer à cette SEMH l'État et des « partenaires publics », c'est-à-dire d'autres personnes publiques et des entreprises ou des organismes dont le capital est exclusivement détenu par des personnes publiques (article L. 521-18, IV du Code de l'énergie). L'État et, le cas échéant, les collectivités territoriales et les « partenaires publics » détiennent conjointement entre 34 % et 66 % du capital de la société et entre 34 % et 66 % des droits de vote dans les organes délibérants. La part du capital et des droits de vote détenue par l'actionnaire privé ne peut donc être inférieure à 34 %. Un accord entre les collectivités publiques et, s'il y a lieu, les « partenaires publics » permet de déterminer la part de capital attribué à chacun (article L. 521-19 du Code de l'énergie).

Dans l'un ou l'autre cas, la SEMOP présente des avantages non négligeables lorsque la collectivité ou l'EPCI doit recourir à un opérateur extérieur en raison du niveau de technicité élevé du projet (à condition que le projet soit rentable pour l'actionnaire privé). « Le modèle peut être intéressant pour certains projets de production d'énergies renouvelables plus capitalistiques, sachant cependant que l'objet unique empêche la collectivité de prévoir le portage d'autres opérations que celle qui fait l'objet initial de la société. »²⁰

En outre, la SEMOP présente aussi l'avantage indéniable de permettre un pilotage du

¹⁸ Marie-Anne Vanneau, « Les entreprises publiques locales, l'actionnariat des collectivités territoriales et l'électricité », *JCP A*, 2021, n° 2, étude 2008.

¹⁹ Cf. Guy Durand, « Le point sur l'économie mixte local. Nouveautés législatives », *AJCT*, 2016, p. 501.

²⁰ FédEPL, *Panorama des EPL engagées dans la transition énergétique*, coll. Stratégie, 2022, p. 20.

projet par les collectivités publiques, qui vont choisir leur coactionnaire et participer à la direction de la société, tout en bénéficiant de la souplesse de la structure privée, ainsi que des ressources financières de l'opérateur économique et de ses compétences techniques. Elle se présente ainsi comme « une nouvelle forme de partenariat pouvant concilier à la fois une "réinternalisation" de la gouvernance tout en externalisant le savoir-faire nécessaire pour la réalisation d'opérations d'envergure ou la gestion des services publics locaux »²¹.

L'inconvénient que peut présenter la SEMOP est qu'elle est constituée pour une unique opération, objet unique qui « ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat » et qui entraîne la dissolution « de plein droit » de la société au terme du contrat ou après la réalisation ou l'expiration de l'objet de ce contrat (article L. 1541-1 du CGCT) : elle ne peut donc pas diversifier ses activités (sans quoi plusieurs contrats de la commande publique devraient être conclus, à l'issue d'autres procédures de mise en concurrence). Il ne lui est de même pas possible de développer une activité accessoire, distincte de ce contrat, ni de prendre des participations dans des sociétés commerciales (même article).

Ces inconvénients conduisent les collectivités à privilégier le séculière modèle de la SEM à celui de la SEMOP. Aussi, à l'heure où ces lignes sont écrites, n'existe-t-il qu'une seule SEMOP active dans le domaine de l'énergie, malgré la gestation actuelle de SEMOP qui devraient voir le jour entre 2022 et 2024.

Conclusion

La grande problématique qui a traversé notre analyse est finalement l'équilibre que recherche les collectivités territoriales entre, d'un côté, le pilotage et le contrôle des EPL – qui sont des leviers utiles à l'action publique locale – et, de l'autre côté, la souplesse et l'autonomie qu'elles recherchent en créant ces structures soumises au droit privé pour réaliser leurs projets. Le but est en d'autres termes que le contrôle des personnes publiques ne soient pas sources de lourdeurs contraires à la vie économique des EPL, mais que ce contrôle soit néanmoins possible afin d'assurer les collectivités qui participent financièrement à ces entreprises qu'elles poursuivront bien les buts d'intérêt général qu'elles leur assignent. C'est cet équilibre délicat que recherchent les réformes successives. Si l'équilibre optimum n'est sans doute pas encore trouvé, le développement des EPL dans le secteur de production des EnR montre néanmoins l'attractivité de ces structures.

²¹ Claude Devès, « Sociétés publiques locales et sociétés d'économie mixte à opération unique : quand le "socialisme municipal" cède le pas aux techniques de l'économie de marché », *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et liberté*, M. Degoffe et B. Poujade (dir.), LexisNexis, 2015, p. 321.



ÉCONOMIE ET DROIT DE L'ÉNERGIE
dans un contexte industriel

“

Le Réseau EDEN.i est une initiative de l'Université de Franche-Comté avec le soutien de la Région Bourgogne Franche-Comté. Le Réseau est lauréat du dispositif « Soutien aux actions structurantes et d'animation scientifique » de la Région Bourgogne Franche-Comté.

”



Le Réseau EDEN.i est créateur des Matinées de la Transition Énergétique dans un contexte industriel.

RÉGION
BOURGOGNE
FRANCHE
COMTÉ



www.edeni-energies.com



Scannez-moi !

