

L'ACHAT D'ÉNERGIES VERTES ET LA COMMANDE PUBLIQUE : SURMONTER LES DIFFICULTÉS, PROPOSER DES ÉVOLUTIONS

Justine Bain-Thouverez^{1,2,3,*}

- Les collectivités territoriales et les personnes publiques sont de plus en plus nombreuses à vouloir se tourner vers des contrats d'achat direct d'énergies renouvelables, communément appelés « Power Purchase Agreement », dans le cadre de boucles énergétiques locales (autoconsommation, PPA, communautés d'énergie, etc.).
- Toutefois, le recours à ces nouvelles formes de commercialisation de l'énergie soulève un certain nombre de freins juridiques au développement de projets de circuits courts énergétiques.
- Parmi les principales difficultés, le régime juridique de la commande publique est encore partiellement réfractaire à la prise en compte de données autres que celles relatives à la concurrence.
- La capacité pratique des collectivités à conclure des contrats d'achat direct d'énergie se heurte alors de manière assez frontale au régime applicable aux contrats de la commande publique, lequel impose une mise en concurrence préalable de l'opérateur souhaité.
- Face aux crises climatique et énergétique, il est désormais urgent d'identifier les freins, les difficultés auxquelles sont confrontées les collectivités territoriales afin de proposer des évolutions législatives permettant de développer leur participation aux opérations de boucles locales d'énergies.
- C'est l'objet de cet article pour le Réseau EDEN.i, qui présente les principales recommandations émises dans une note publiée par La Fabrique Écologique.[†]

[†] [Circuits courts de l'énergie et solidarités énergétiques locales - Accélérer le développement de projets d'énergies renouvelables locales dans une dynamique circulaire](#), mai 2022, La Fabrique Écologique, sous la co-présidence de Maître Justine Bain-Thouverez (cabinet LLC&Associés) et Sébastien Delpont (GreenFlex).



MOTS CLÉS :

ACHATS D'ÉNERGIES VERTES # BOUCLES ÉNERGÉTIQUES LOCALES # COMMANDE PUBLIQUE
POWER PURCHASE AGREEMENT # AUTOCONSOMMATION # COMMUNAUTÉS D'ÉNERGIES

¹ Docteur en droit et Avocat associé - cabinet LLC et Associés.

² Coprésident du groupe de travail de la Fabrique Ecologique « Circuits courts énergétiques et solidarités énergétiques locales ».

³ Chercheuse associée au Réseau EDEN.i.

* justine.bain-thouverez@llc-avocats.com

La hausse des prix de l'énergie impacte de plein fouet les personnes publiques, qui sont de plus en plus nombreuses, à mesure que les échéances des contrats en cours se rapprochent, à enregistrer des augmentations de 40 à 150% du coût de l'électricité. Cette crise du marché de l'énergie nous rappelle l'urgence de gagner en résilience par un développement accru des énergies renouvelables locales. Il est ainsi l'heure de réinventer nos systèmes énergétiques avec une « urgence du moyen terme », tel que nous y exhorte le GIEC. A ce titre, il est décisif de promouvoir toutes les formes de circuits courts énergétiques renouvelables, quels qu'en soient les vecteurs : électricité, gaz ou chaleur.

Au regard de ces difficultés, les personnes publiques tendent à diversifier leurs modes d'achat, en recourant aux contrats d'achat direct d'énergies renouvelables, communément appelés « Power Purchase Agreement », dans le cadre de boucles énergétiques locales (autoconsommation, PPA, communautés d'énergie, etc). Toutefois, le recours à ces nouvelles formes de commercialisation de l'énergie soulève un certain nombre de freins juridiques au développement de projets de circuits courts énergétiques.

Le régime juridique de la commande publique est encore partiellement réfractaire à la prise en compte de données étrangères à l'égale concurrence. La vocation collectiviste et décentralisée du droit des énergies renouvelables s'avère donc difficilement compatible avec un droit garantissant les libertés individuelles, telles que la liberté d'entreprendre ou la liberté d'accès à la commande publique. Il demeure difficile de sélectionner un opérateur économique sur des critères autres que ceux du prix et de la qualité des prestations.

Or, dès lors qu'une collectivité rémunère un opérateur privé chargé de la production en contrepartie d'une énergie produite, et entend répondre à un besoin propre – le bénéfice de l'électricité pour ses besoins propres – alors le Code de la commande publique s'applique. La capacité pratique des collectivités à conclure des contrats d'achat direct d'énergie se heurte alors de manière assez frontale au régime applicable aux contrats de la commande publique, lequel impose une mise en concurrence préalable de l'opérateur souhaité.

Face à la crise climatique et énergétique, il est désormais urgent d'identifier les freins, les difficultés auxquelles sont confrontées les collectivités territoriales afin de proposer des évolutions législatives permettant de développer leur participation aux opérations de boucles locales d'énergies. C'est dans ce but que La Fabrique Écologique a publié en mai 2022 une note, rédigée sous la co-présidence de Maître Justine Bain-Thouverez (cabinet LLC&Associés) et Sébastien Delpont (GreenFlex) relative aux [Circuits courts de l'énergie et solidarités énergétiques locales - Accélérer le développement de projets d'énergies renouvelables locales dans une dynamique circulaire](#)¹ dont sont retracées ci-après les principales conclusions

I - Les incompatibilités constituant des freins au déploiement des circuits courts énergétiques :

Interdiction du localisme : les règles de la commande publique ne permettent normalement pas de discriminer un candidat pour des achats d'électricité, de biogaz, de bois ou de chaleur sur des critères de proximité géographique dans une logique de circuits courts de l'énergie. Le développement d'un achat direct et local d'énergies renouvelables passe en effet d'abord par la conclusion de contrats de la commande publique.

Une collectivité ne peut exiger une capacité d'intervention et de production locale si cela ouvre le marché prioritairement aux entreprises de proximité. Procède de ce constat une difficile conciliation, parfois impossible, de schémas contractuels en circuits courts avec le droit de la commande publique qui prohibe la préférence géographique.

1 <https://www.lafabriqueecologique.fr/app/uploads/2022/05/Note-Circuits-courts-de-lenergie-et-solidarites-energetiques-locales-1.pdf>

Le manque de compétitivité du prix du mégawattheure renouvelable par rapport au mégawattheure centralisé : les règles de la commande publique auxquelles devra se plier le contrat d'achat direct lorsque la collectivité est consommatrice, peut imposer un désavantage structurel par rapport à d'autres types d'approvisionnement en énergie. A titre d'exemple concernant l'énergie électrique, le prix de l'électricité proposé par les fournisseurs se procurant les électrons sur le réseau ne reflète pas toujours l'intégralité des externalités (notamment négatives telles que le coût caché du nucléaire ou le coût des émissions de gaz à effet de serre pour les centrales charbon et gaz) liées à la production centralisée. De plus, le prix centralisé de l'électricité omet de valoriser les effets vertueux d'une production renouvelable décentralisée.

Dans la phase d'exécution du contrat, l'obligation de remise en concurrence périodique (souvent quadriennale) qui s'impose aux contrats de la commande publique, se concilie difficilement avec le besoin d'investissement à long terme du producteur, et avec la tentative de captation pour le consommateur des bénéfices liés à la sécurisation d'un prix stable sur une longue période.

Dans le cadre d'un contrat d'achat direct d'énergie, qui s'analyse comme un contrat de fourniture, l'extension de la durée de fourniture d'énergie par le prestataire pour une durée dépassant les 4-5 ans est difficilement justifiable au regard de l'obligation de remise en concurrence périodique.

Ces multiples incompatibilités freinent la participation des collectivités dans les opérations de boucles locales d'énergies. Il apparaît indispensable de travailler sur des dispositifs contractuels adaptés, car actuellement rien dans les textes de la commande publique ne permet aux personnes publiques de s'en exonérer (sauf question des seuils).

II - Afin d'œuvrer à la création d'un cadre plus propice au développement de boucles énergétiques locales multi énergies, plusieurs évolutions réglementaires peuvent être portées².

Recommandation n°1 : faire évoluer les règles de la commande publique afin qu'elle appuie davantage la structuration de filières à travers ses achats d'énergie

Cette première proposition pourrait prendre la forme d'une confirmation que des dérogations à l'interdiction du localisme s'appliquent à l'achat local d'énergies renouvelables, en raison de sa nature, concernant notamment l'autoconsommation, les communautés d'énergie ou encore les PPA.

Les règles de la commande publique transposent des directives européennes ; le législateur et le pouvoir réglementaire français doivent donc s'inscrire dans ce cadre afin de trouver un fondement juridique solide à ces dérogations. Or, le fondement européen existe déjà.

L'article 21(6) de la [directive 2018/2001 du 11 décembre 2018](#) (RED II) prévoit en effet que les Etats « *mettent en place un cadre favorable visant à promouvoir et à favoriser le développement de l'autoconsommation d'énergies renouvelables* » afin notamment que l'autoconsommation soit accessible à « *l'ensemble des consommateurs finals* » et que les « *obstacles réglementaires injustifiés* » soient levés.

Par ailleurs, les communautés d'énergie renouvelables et les communautés énergétiques citoyennes ont chacune leur fondement européen prévoyant que les collectivités locales peuvent participer à des opérations de partage d'énergie (donc vente directe ou autoconsommation collective voire partage non onéreux) au sein de ces structures : respectivement article 22 de la directive précitée et article 16 de la [directive 2019/944 du 5 juin 2019](#).

2 <https://www.lafabriqueecologique.fr/app/uploads/2022/05/Note-Circuits-courts-de-lenergie-et-solidarites-energetiques-locales-1.pdf>

Recommandation n°2 : adapter les critères d'attribution des contrats d'achat d'énergie, si aucune dérogation n'est explicitement consacrée, pour faciliter le développement des circuits courts de l'énergie

A la lumière de ce que la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche n°2010-874 du 27 juillet 2010 a autorisé pour le développement des « circuits courts » alimentaires, il pourrait être procédé par analogie pour développer des circuits courts de l'énergie. En prenant en compte le circuit de fourniture de l'énergie produite, et non l'implantation géographique du producteur d'énergies, l'acheteur public pourrait se fonder sur les performances en matière de développement de l'approvisionnement direct en énergie pour attribuer les marchés.

Recommandation n°3 : consacrer un régime juridique sui generis de contrat public propre à l'achat public local d'énergies

La libération du plein potentiel des contrats d'achat direct d'énergie se verrait largement bénéficier d'une démarche de recherche et de construction d'un régime sui generis de contrat public, sur le modèle de ce qui avait été envisagé pour les marchés globaux de performance énergétique, au moment où il fallait rénover massivement les bâtiments, avec des durées de remise en concurrence alignées sur les cycles d'investissements. A l'image des évolutions du Code de la commande publique pour consacrer la création du Contrat de Performance Énergétique (CPE), dans un contexte d'urgence énergétique, il est permis de s'interroger sur les conditions de création d'une action à la fois massive et pérenne pour le développement des circuits courts de l'énergie.

Il s'agirait d'un marché propre à l'achat et la consommation d'énergies renouvelables, incluant le financement, la conception, la réalisation et l'exploitation de l'installation de production nécessaire à la satisfaction des besoins en électricité. La durée du contrat tiendrait compte de la nature des investissements à réaliser.



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 !

