

Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés de production d'énergie renouvelable

Les collectivités territoriales peuvent participer à la production d'énergie renouvelable par différents moyens : elles ont la possibilité de créer une SEM ou d'acquérir des actions dans une SEM dont l'objet social est la production d'ENR. En outre, les collectivités peuvent prendre une participation directe ou indirecte dans une société porteuse d'un projet de production d'ENR.

Une énergie est donc dite renouvelable lorsqu'elle provient de sources que la nature renouvelle en permanence, par opposition à une énergie non renouvelable dont les stocks s'épuisent.

Surnommées « énergies propres » ou « énergies vertes », leur exploitation engendre très peu de déchets et d'émissions polluantes.

On fait là référence à la géothermie, la biomasse (ensemble des matières organiques pouvant devenir des sources d'énergie), l'éolien, l'hydroélectricité, l'énergie solaire qui sont à l'origine de projets multiples, d'importance variable que les collectivités territoriales peuvent avoir intérêt à promouvoir.

L'article L. 211-2 du Code de l'énergie en donne la définition suivante : « L'énergie produite à partir de sources renouvelables, ou "énergie renouvelable", est une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire thermique ou photovoltaïque, l'énergie géothermique, l'énergie ambiante, l'énergie marémotrice, houlomotrice et les autres énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz. »

Le régime juridique applicable aux investissements des collectivités territoriales dans des sociétés d'énergie renouvelable a progressivement évolué pour favoriser cette implication des collectivités territoriales dans le développement de tels projets visant à développer la production de telles énergies.

Un régime dérogatoire propre à la production d'énergie renouvelable

En principe, la participation d'une collectivité territoriale au capital d'une société commerciale ou de tout autre organisme à but lucratif dont l'objet n'est pas la

Auteur

Christophe Cabanes
Avocats au Barreau de Paris
CABANES Avocats

réalisation d'une mission d'intérêt général ou l'exploitation de services publics locaux est prohibée par le CGCT.

L'article L. 2253-1, alinéa 1, du CGCT prévoit ainsi que : « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 ».

L'article L. 2253-2 du même code ajoute que : « Les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, acquérir ou recevoir des actions des sociétés d'économie mixte locales répondant aux conditions fixées par les articles L. 1521-1 et L. 1522-1. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, détenir des obligations des sociétés chargées d'exploiter des services publics communaux à caractère industriel et commercial ».

Les mêmes dispositions s'appliquent aux départements⁽¹⁾ tandis que la région a, en revanche, la possibilité de prendre des participations au capital de sociétés commerciales⁽²⁾.

Ce principe connaît toutefois une exception en matière de production d'énergie renouvelable.

L'alinéa 3 de l'article L. 2253-1 du CGCT⁽³⁾ apporte ainsi des dérogations à cette limitation de la possibilité offerte aux communes, à leurs groupements et aux départements de prendre des participations dans le capital d'une société commerciale autre qu'une société d'économie mixte locale (SEML) : « Par dérogation au premier alinéa, **les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du Code de l'énergie par des installations situées sur leur territoire ou, pour une commune, sur le territoire d'une commune limitrophe ou, pour un groupement, sur le territoire d'un groupement limitrophe. L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions au capital des sociétés mentionnées à la première phrase du présent alinéa. Les communes et leurs groupements peuvent consentir aux sociétés de production d'énergie renouvelable auxquelles ils participent directement des avances en compte courant aux prix du marché et dans les conditions prévues à l'article L. 1522-5 du présent code.** Par dérogation aux conditions prévues au même article L. 1522-5, la durée des avances en compte courant peut être portée par les communes ou leurs

groupements à sept ans, renouvelable une fois, lorsque l'énergie produite par les installations de production bénéficie du soutien prévu aux articles L. 311-12, L. 3134-1, L. 314-18, L. 446-2, L. 446-5, L. 446-14 ou L. 446-15. Dans ce dernier cas, par dérogation aux conditions prévues à l'article L. 1522-5 du présent code, l'avance peut être accordée si le montant de la totalité des avances consenties par les communes ou par leurs groupements à toutes les sociétés dont les communes ou leurs groupements sont actionnaires n'excède pas, avec cette nouvelle avance, 15 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget des communes ou de leurs groupements. Les avances consenties postérieurement par les communes ou leurs groupements à toutes les sociétés dont ils sont actionnaires ne peuvent avoir pour effet de porter leur montant total au-delà du seuil de 15 % ».

Ainsi par exception au principe selon lequel est prohibée la participation d'une collectivité territoriale au capital d'une société commerciale ou de tout autre organisme à but lucratif dont l'objet n'est pas l'intérêt général ou le fonctionnement des services publics locaux, les collectivités territoriales peuvent également participer minoritairement au capital d'une SA, d'une SAS ou d'une société coopérative dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable.

La même possibilité est reconnue au département par l'article L. 3231-6 du CGCT : « Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services départementaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions analogues à celles prévues, pour les communes, par l'article L. 2253-2. Par dérogation au présent article, un département peut, par délibération de son organe délibérant, détenir des actions d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du Code de l'énergie, par des installations situées sur son territoire ou sur des territoires limitrophes. L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions des sociétés mentionnées à la deuxième phrase du présent article ».

Et à la région par l'article L. 4211-1, 14° du CGCT : « La région a pour mission, dans le respect des attributions des départements et des communes et, le cas échéant, en collaboration avec ces collectivités et avec l'État, de contribuer au développement économique, social et culturel de la région par :

14° La détention d'actions d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du Code de l'énergie par des installations situées sur leur territoire. L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions des sociétés mentionnées à la première phrase du présent 14° ».

(1) CGCT, art. L. 3231-6.

(2) CGCT, art. L. 4211-1, 8°bis.

(3) Intégrant les dispositions de l'article 42 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, relative au climat et à l'énergie : loi « Énergie-Climat ».

Pour participer à la production d'énergie renouvelable les collectivités territoriales disposent donc finalement de deux possibilités soit créer une société d'économie mixte, soit acquérir des actions dans une SA ou une SAS dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable.

L'investissement dans une SEM ayant pour objet social la production d'énergie renouvelable

Cette option ne présente pas de spécificité ou de difficulté particulière.

L'article L. 1521-1 du CGCT dispose que les assemblées délibérantes des communes, des départements, des régions et de leurs groupements peuvent « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent 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 » et de plus « acquérir ou recevoir des actions » de ces sociétés.

Pour les communes, l'article L. 2234-2 du CGCT dispose que : « Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée, les communes, sur leur territoire, et les établissements publics de coopération, sur le territoire des communes qui en sont membres, peuvent, outre les possibilités ouvertes par les douzième et treizième alinéas de l'article 8 de la loi n° 4:2 du 8 avril 1946 précitée, aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le présent code **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 (...)** ».

Pour les départements et les régions, l'article 88 de la loi Grenelle 2 modifié par la loi du 8 novembre 2019 énonce que : « I. - Sous réserve de l'autorisation prévue à l'article 7 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, outre le cas où l'électricité est produite pour leur propre usage, et dans la mesure où l'électricité est destinée à être vendue dans le cadre du dispositif de l'article 10 de la même loi, les départements et les régions, sur leurs territoires respectifs, ainsi que les établissements publics, sur les territoires des collectivités territoriales qui en sont membres, **peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le Code général des collectivités territoriales des installations de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables** ».

Les collectivités territoriales ayant ainsi une compétence en matière de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables, la création d'une SEM ou la prise de participation au sein d'une SEM existante ayant un tel objet s'opère librement.

Demeurent à respecter le principe selon lequel dans une SEM, d'une part les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital social de la société et des voix dans les organes délibérants et d'autre part la participation des actionnaires, autres que les collectivités territoriales et leurs groupements, ne peut être inférieure à 15 % du capital social.

Les collectivités territoriales disposent donc d'une relative liberté dans la création de SEM dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable.

Mais les collectivités territoriales peuvent avoir certaines réticences à en prendre la charge principale dans le cadre d'une SEM qui lui impose de jouer un rôle actif en qualité d'actionnaire majoritaire dans un secteur d'activité mettant en œuvre des techniques souvent nouvelles et délicates et dans un cadre qui présente de surcroît moins de souplesse que la société commerciale.

La prise de participation dans une société porteuse d'un projet de production d'énergie renouvelable sur son territoire peut ainsi constituer une alternative pour la collectivité territoriale et pour un actionnaire privé.

La participation dans une société porteuse d'un projet de production d'énergie renouvelable

La prise de participation par une collectivité dans les sociétés de production d'ENR peut être directe ou indirecte⁽⁴⁾.

La prise de participation est directe lorsque la commune, le département ou la région prend directement une participation dans le capital de la société de production d'ENR.

Elle est indirecte lorsque les communes et leurs groupements, les départements et les régions prennent des participations dans des sociétés commerciales ayant pour seul objet social de détenir des actions dans des sociétés de production d'ENR.

L'objet social de ces sociétés de production d'ENR est unique car elles ne peuvent être dédiées qu'à la production d'ENR ce qui peut toutefois inclure la conception, la réalisation et l'exploitation d'une installation concourant à la production d'ENR.

C'est ce qui semble bien résulter de la rédaction de l'article L. 294-1 du Code de l'énergie aux termes duquel « les sociétés par actions (...) constituées pour porter un ou plusieurs projets de production d'énergie renouvelable peuvent, lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital, en proposer une part aux (...) collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire ou à proximité du territoire desquels il se situe (...) ».

(4) Ajout par la Loi énergie-climat 8 novembre 2019.

Ces dispositions semblent autoriser que l'objet social soit plus large que la « seule production d'énergies renouvelables », en intégrant toutes les phases de développement c'est-à-dire conception, construction et exploitation d'un projet de production d'énergies renouvelables.

Dans un rapport publié en avril 2020 par l'AMORCE la question de la portée des dispositions du CGCT autorisant les collectivités territoriales à participer au capital d'une SA ou d'une SAS « dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas carbone » a été posée.

Les collectivités territoriales pourraient-elles participer à une société dont l'objet social serait élargi à d'autres missions statutaires ?

L'AMORCE dans une étude⁽⁵⁾ pose plusieurs questions :
– sur la définition de l'objet de la société : « cette affirmation est-elle limitative ou non ? Pourrait-on imaginer des sociétés avec un objet social plus large que la seule production d'EnR ? Par exemple, incluant la fourniture, l'agrégation » ;

– sur « la détention par ces sociétés d'actions dans d'autres sociétés en complément ? » et notamment, dans des « sociétés produisant de l'électricité non-renouvelable en partie » ou « des sociétés ayant d'autres activités en lien avec les EnR mais qui ne font pas (ou pas que de la production) ? ».

Le rapport ne répond pas à ces interrogations.

En l'état du droit positif, s'agissant de dispositions dérogoratoires au principe selon lequel une collectivité territoriale ne peut pas participer au capital d'une société commerciale ou de tout autre organisme à but lucratif dont l'objet n'est pas l'intérêt général ou le fonctionnement des services locaux, il semble donc que la cohabitation de plusieurs activités autre que la production d'ENR ne peut pas être envisagée sans affecter la sécurité juridique du montage.

Tout au plus une lecture « extensive » de ces dispositions pourrait conduire à considérer que la société concernée poursuive des activités complémentaires, nécessaires et accessoires à son activité principale.

Le périmètre d'intervention est identique pour les holdings d'investissement qui doivent avoir pour seul objet la production d'ENR.

La participation au capital peut-être réalisée de deux façons :

– soit par apports en fonds propres (investissements financiers) ;

– soit par apports en nature (par exemple : apport par la collectivité territoriale de terrains d'assiette nécessaires à la réalisation des installations).

Les installations de production d'ENR doivent se situer sur le territoire de la collectivité territoriale ou sur

le territoire d'une collectivité limitrophe, c'est-à-dire directement voisin (assez logiquement cette notion de « territoire voisin » n'est pas reprise pour les régions).

Ce qui signifie *a priori* qu'une collectivité territoriale ne peut pas participer au capital d'une société de production d'ENR si les installations en cause, bien que présentant un intérêt local ne se trouvent pas sur un territoire limitrophe.

Le régime juridique attaché à ce type de participation n'est pas contraignant.

La loi ne fixe aucune règle relative au montant de la participation de la collectivité territoriale.

Elle ne définit pas davantage de taux minimal ou maximal de participation.

Mais une participation publique supérieure à 50 % sans excéder 85 % du capital emporterait qualification de société d'économie mixte (SEM).

Les collectivités territoriales peuvent également « consentir aux sociétés de production d'énergie renouvelable auxquelles [elles] participent directement des avances en compte courant aux prix du marché » ce qui peut faciliter le financement de l'entreprise.

Il peut aussi être trouvé un intérêt particulier à la participation dans une société porteuse d'un projet de production d'énergie renouvelable dans le fait que sauf cas de requalification en SEM, les contrats passés par une société commerciale dont une collectivité territoriale est actionnaire ne sont pas soumis aux règles de la commande publique.

En revanche, sauf dans l'hypothèse où la commande entrerait dans l'un des cas limitativement énumérés par le Code de la commande publique⁽⁶⁾, tous les contrats conclus par les collectivités territoriales avec une société commerciale dont elles sont actionnaires minoritaires sont soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Conclusion

Ce qui incite en conclusion à rappeler que les relations financières entre le secteur public et le secteur privé peuvent faire naître un risque pénal.

Les relations avec une société de production d'énergie renouvelable, SEM ou non, conduisent à identifier au moins trois risques.

Celui du délit d'octroi d'avantage injustifié dans le cas où une collectivité territoriale attribuerait un contrat relevant de la commande publique à une SEM ou à une société commerciale dont elle est actionnaire en violation des règles du Code de la commande publique. Il est *a priori* facile de s'en prémunir avec un peu de vigilance.

(5) AMORCE, *Le financement des projets d'énergies renouvelables par les collectivités*, série économique, avril 2020.

(6) CCP, art. L. 2122-1, R. 2122-1 et s.

L'octroi d'actions à une collectivité territoriale sans contrepartie proportionnée pourrait entrer dans le champ des délits dits de concussion, de corruption, voire de trafic d'influence et ce point paraît d'emblée plus délicat car il repose sur l'appréciation de la valorisation de la contrepartie.

Enfin, le délit de prise illégale d'intérêt pourrait résulter de décisions prises en qualité d' élu d'une collectivité

actionnaire d'une telle société qui auraient un effet direct ou indirect sur ses intérêts ou ceux de ses proches. On connaît sur ce point la rigueur du juge pénal^[7] et la plus grande attention est requise dans l'analyse de ce risque.

[7] Cass. crim. 5 avril 2018, n° 17-81.912.