THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOTORALE EA 505

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Mamadou FALL**

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ DANS LE DOMAINE DES SERVICES ÉNERGÉTIQUES

Sous la direction du Professeur **Hubert DELZANGLES**

Soutenue le 09/12/2019

MEMBRES DU JURY :

Monsieur Jean-François BRISSON,
Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux – **Président du jury**

Madame Claudie BOITEAU,
Professeure de droit public à l'Université Paris-Dauphine – **Rapporteure**

Monsieur Philippe TERNEYRE,
Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour - **Rapporteur**

Monsieur Patrick FAUCHER,
Docteur en physique énergétique, Directeur du développement durable – Bordeaux Métropole

Monsieur Hubert DELZANGLES,
Professeur de droit public à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux - **Directeur de thèse**

Titre : Les partenariats public-privé dans le domaine des services énergétiques

Résumé : Secteur très particulier, le domaine des services énergétiques tire sa sensibilité des enjeux économiques et de souveraineté qu'il soulève. Cela justifie la présence accrue de la puissance publique à travers diverses formes d'intervention. Parmi celles-ci figure le partenariat public-privé qui caractérise les différentes relations qu'entretiennent les personnes publiques avec les acteurs du secteur privé pour la prise en charge des activités économiques dans des conditions compatibles avec le service de l'intérêt général. Ce mode d'intervention économique très protéiforme dans sa mise en œuvre soulève néanmoins des interrogations sur sa pertinence et son efficacité dans la gestion des services énergétiques. Si les partenariats public-privé ont largement contribué au développement des activités énergétiques, leur cadre juridique s'avère aujourd'hui quelque peu inadapté aux enjeux actuels de ce secteur, en particulier dans un contexte de transition énergétique. Il est possible d'en faire de véritables leviers de cette dynamique de transitionnelle à la condition toutefois d'en adapter le cadre juridique afin de le rendre plus apte à concilier les impératifs économiques avec les externalités environnementales et socio-politiques inhérentes au secteur de l'énergie.

Mots clés : Énergie, Transition énergétique, Partenariat public-privé, Économie mixte, Domaine public, Valorisation économique.

Unité de recherche

Centre de recherche en droit européen et international

Université de Bordeaux - Avenue Léon Duguit - 33600, Pessac.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, le Professeur Hubert DELZANGLES, pour la qualité de son encadrement, pour la confiance qu'il a placée en ma personne durant toutes ces années de recherche et pour sa bienveillance.

Je tiens également à remercier toutes les personnes dont la présence et les encouragements ont contribué à la réalisation de ce travail. Parents, amis et collègues, trouvez ici l'expression de ma profonde gratitude.

Qu'il me soit permis de distinguer celle dont la présence rend les épreuves plus surmontables, celle qui m'a fait le plus beau des cadeaux. Mon affection et ma reconnaissance vont naturellement à mon épouse, Mame Codou FALL.

À toute la famille FALL qui a toujours été ma source d'inspiration et de motivation.

Liste des principales abréviations

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AOD	Autorité organisatrice de la distribution
AOT	Autorisation d'occupation temporaire
Art.	Article
BEA	Bail emphytéotique administratif
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'Etat
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJEG	Cahier juridique de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CRE	Commission de régulation de l'énergie
DNN	Distributeur non nationalisé
Ed.	Edition
EDF	Electricité de France
ELD	Entreprise locale de distribution
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
FACE	Fonds d'amortissement des charges d'électrification
FNCCR	Fédération nationale des collectivités concédantes et régies
GRD	Gestionnaire de réseaux de distribution
IGD	Institut de la gestion déléguée
JCP A	Semaine juridique Administration et collectivités territoriales
JORF	Journal officiel de la République française
P.	Page
PCAET	Plan climat-air-énergie territorial
PLU	Plan local d'urbanisme
PPE	Programmation pluriannuelle de l'énergie
PPP	Partenariat public-privé

Préc.	Précité
RDI	Revue de droit immobilier
Rec.	Recueil
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
S.	Suivants
SEM	Société d'économie mixte
SEML	Société d'économie mixte locale
SRADDET	Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires
TURPE	Tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité

Sommaire

Introduction

Première partie : Le rôle historiquement constructif des mécanismes classiques de partenariat public-privé dans le déploiement des services énergétiques

Titre I : L'utilisation originale de la formule concessive dans la gestion des services énergétiques

Chapitre I : Une utilisation transversale de la concession dans la gestion des services énergétiques

Chapitre II : Une utilisation perfectible de la concession dans le domaine des services énergétiques

Titre II : Le recours au partenariat institutionnel comme outil d'accompagnement du secteur de l'énergie

Chapitre III : La structure d'économie mixte, un cadre de partenariat potentiellement propice au secteur de l'énergie

Chapitre IV : La structure d'économie mixte, une formule néanmoins susceptible de délaissement

Seconde partie : L'orientation actuelle des mécanismes de partenariat public-privé vers l'objectif de transition énergétique

Titre I : Les services énergétiques, un laboratoire de perfectionnement des instruments de partenariat public-privé

Chapitre V : L'adaptation des règles d'occupation domaniale aux nécessités de valorisation énergétique du patrimoine public immobilier

Chapitre VI : L'intégration de l'enjeu de performance énergétique par le droit de la commande publique

Titre II : Faire des partenariats public-privé un levier d'accélération de la transition énergétique

Chapitre VII : La rationalisation souhaitable des relations partenariales dans la gestion des services énergétiques

Chapitre VIII : L'utilisation envisageable des partenariats public-privé dans une perspective de restructuration du système énergétique

Conclusion générale

Introduction

1- Secteur très particulier, le domaine des services énergétiques présente un certain paradoxe. Il s'inscrit dans une économie de marché dont les mécanismes sont principalement dictés par les lois de l'offre et de la demande. Par ailleurs, par les problématiques liées à l'indépendance énergétique, il soulève des enjeux de souveraineté justifiant la place centrale qu'y occupent les autorités publiques[1]. Cette double caractéristique place le secteur de l'énergie au centre de deux courants qui opèrent en sens inverses : d'une part, la volonté d'un renouvellement quasi permanent pour répondre aux nouveaux enjeux techniques et économiques et, d'autre part, la force d'inertie s'opposant à toute évolution et qui est généralement symptomatique des secteurs sensibles.

2- Les rapports de force entre les tendances précitées ne sont pas figés ; ils ont beaucoup fluctué au cours de l'évolution du secteur. Une donnée demeure néanmoins constante : la forte présence de la puissance publique. S'il en est ainsi, c'est parce que les services énergétiques sont devenus un élément central de la vie socio-économique des Etats. La diversité de ses usages fait de l'énergie un élément à fort enjeu pour la quasi-totalité des secteurs économiques, de sorte que ces derniers sont souvent profondément impactés par les fluctuations du marché des produits énergétiques. En ce qui concerne l'industrie par exemple, cette réalité est perçue par les acteurs et observateurs qui considèrent que « *la compétitivité n'est qu'un aspect de l'impact économique des prix de l'énergie* »[2] sur les coûts de production des biens mais également sur le dynamisme de la demande générale.

3- Difficilement substituable dans ses usages depuis la révolution industrielle, l'énergie a fait naître un véritable système d'échanges où se rencontrent l'offre et la demande, de sorte qu'on peut aujourd'hui parler de marché des services énergétiques. Ces derniers recouvrent des réalités différentes et leur sens peut changer suivant le texte qui les mentionne et le contexte dans lequel ils sont utilisés.

---

[1] En ce sens : RIFAULT-SILK J., « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *Revue internationale de droit économique*, 2011/1 (t.XXV), pp. 5-41.

[2] BORDIGONI M., « L'impact du coût de l'énergie sur la compétitivité de l'industrie manufacturière », Interdisciplinary Institute for Innovation, Working Paper 13-ME-07, novembre 2013 ; BORDIGONI M., Détermination du rôle de l'énergie dans la compétitivité de l'industrie manufacturière : Etudes économétriques et modélisation des interdépendances, Thèse. Ecole nationale supérieure des mines de Paris, Paris, 2012; American Chemistry Council, « Shale Gas, Competitiveness and New U.S. Investment: A Case Study of Eight Manufacturing Industries", 2012, disponible en ligne sur: www.chemistrytoenergy.com.

1- Le domaine des services énergétiques

4- Au niveau européen, la directive du Parlement et du Conseil en date du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique définit le service énergétique comme *« le bénéfice physique, l'utilité ou le bien résultant de la combinaison d'une énergie avec une technologie à bon rendement énergétique ou avec une action, qui peut comprendre les activités d'exploitation, d'entretien et de contrôle nécessaires à la prestation du service, qui est fourni sur la base d'un contrat et dont il est démontré que, dans des circonstances normales, il donne lieu ou à une amélioration vérifiable et mesurable ou estimable de l'efficacité énergétique ou des économies d'énergie primaire* »[3].

5- Cette définition appréhende exclusivement la notion de service énergétique sous l'angle de l'efficacité énergétique dans l'optique de maîtrise de la consommation. Cette démarche n'est pas surprenante en raison de l'objet du texte qui la consacre, la directive ne traitant que de la question de l'efficacité énergétique. Elle nous semble néanmoins assez restrictive car elle ne rend pas compte de tous les aspects des services énergétiques. Elle obère le fait que ces derniers concernent l'ensemble de la chaîne de valeur partant de l'exploitation du gisement d'énergie primaire directement disponible dans la nature à sa consommation sous forme d'énergie finale en vue de différents usages[4].

6- Au sens de notre étude, les services énergétiques désigneront l'ensemble des activités marchandes portant sur les produits énergétiques, c'est-à-dire « *les combustibles, la chaleur, l'énergie renouvelable, l'électricité ou toute autre forme d'énergie* »[5]. Dans cette approche, ils renvoient à tout le processus économique de conversion de l'énergie primaire en énergie finale et dont le point d'aboutissement est la consommation par les utilisateurs finals sous cette dernière forme. Ainsi, les services énergétiques concernent-ils aussi bien les activités de production d'énergie que sa commercialisation sur le marché. Sont également concernées les prestations ayant pour objet l'exploitation des réseaux d'acheminement à travers lesquels l'énergie produite est acheminée jusqu'aux utilisateurs finals, ainsi que les services

[3] Directive n° 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, JOUE n° L 315/1 du 14 novembre 2012.
[4] En ce sens, voir : SABLIERE P., *Droit de l'énergie*, Dalloz, 2014-2015, paragraphes n°001.00 à 001.22 ;
[5] Article 2 du Règlement (CE) n° 1099/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 concernant les statistiques de l'énergie, JOUE n° 304/1 du 14 novembre 2008.

complémentaires visant à assurer l'équilibre de ces réseaux. La notion d'efficacité énergétique qui est au cœur de la directive européenne précitée n'est pas éludée par cette définition, les services énergétiques pouvant évidemment consister en la fourniture de services destinés à réduire la consommation finale d'énergie. Cela témoigne de la diversification des activités économiques constitutives du marché de l'énergie. L'évolution de ce secteur fait désormais coexister les activités matérielles qui en constituent le socle traditionnel avec de nouvelles prestations de services accessoires qui sont autant de marchés pertinents. Ainsi, voit-on émerger de nouveaux acteurs tels que les gestionnaires d'équilibre et les opérateurs d'effacement à côté des acteurs classiques que sont les producteurs et les fournisseurs.

7- Il apparaît donc que les activités susceptibles d'être qualifiées de services énergétiques concernent tous les segments du marché de l'énergie. Le domaine des services énergétiques n'est pas pour autant un secteur homogène. Chaque filière présente ses propres spécificités et même si les enjeux sont communs, les problématiques diffèrent d'une filière à l'autre. Le marché des produits pétroliers par exemple n'est pas déconnecté de la géopolitique et demeure très sensible aux relations politiques et commerciales qu'entretiennent les Etats à l'échelle internationale[6]. La production pétrolière sur le sol français ne couvre que 1% de ses besoins en cette énergie primaire. Les 99% restants sont satisfaits par les importations depuis les pays producteurs-exportateurs de pétrole[7]. Comme le relève le professeur Robert MABRO, « *le pétrole n'est pas une source d'énergie comme les autres ; à l'instar du nucléaire, elle est un fait politique et géopolitique mondial, dont les répercussions dépassent largement les seules dimensions économiques, financières, industrielles ou technologiques* »[8]. Cette problématique n'est pas étrangère à la filière électronucléaire qui, par ailleurs, revêt des enjeux en termes d'indépendance et de sécurité[9].

8- Pour ces types d'énergie, l'amont de la chaîne de valeur échappe largement à l'emprise du droit européen, et *a fortiori* français. Les problématiques qu'elles soulèvent

[6] Voir : LEVEAU R. et RIFAI T., « L'arme du pétrole », Revue française de science politique, 1974, n° 24-4, pp. 745-769 ; KHAMRAEV H., « La géopolitique du pétrole », CEMOTI, 1998, n° 25, pp. 403-417 ;

[7] Voir : Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, Bilan énergétique de la France pour 2015, novembre 2016.

[8] MABRO R., « Les dimensions politiques de l'OPEP », Politique étrangère, n° 2, 2001, pp. 403-417.

[9] Voir notamment : VIGNES D., « Le système de contrôle de sécurité de l'agence européenne pour l'énergie nucléaire », Annuaire français de droit international, 1961, n° 2, pp. 555-568 ; DELMAS Cl., « Géopolitique de l'âge nucléaire », Espace géographique, 1987, n° 16-4, pp. 277-284.

dépassent le simple cadre de l'analyse juridico-économique du secteur de l'énergie. Elles ne seront pas abordées dans le cadre de notre étude qui sera plutôt centrée sur les services énergétiques dont la ressource primaire est localement et significativement disponible sur le territoire français et dont l'analyse intégrale ne soulève pas des considérations liées à la politique étrangère des Etats. A ce titre, le marché de l'électricité va constituer notre cadre de référence ; ce qui n'exclut pas la possibilité de le mettre en parallèle avec d'autres marchés proches, comme celui du gaz ou de la chaleur, afin d'envisager les problématiques qu'il partage avec eux. Le choix de cette démarche n'est pas totalement arbitraire : il s'explique par le fait que l'électricité présente la spécificité d'avoir des usages captifs, de n'être stockable que faiblement et d'être pour l'essentiel produite sur le territoire national[10].

9- L'organisation du secteur de l'énergie a connu de profondes mutations, en particulier au cours des deux dernières décennies sous l'influence du droit de l'Union européenne. Si les activités énergétiques ont été à l'origine principalement prises en charge par les opérateurs privés sous le régime de la liberté d'industrie et de commerce, les collectivités publiques se cantonnant dans un rôle d'encadrement, les besoins de reconstruction nationale aux lendemains de la seconde guerre mondiale ont sensiblement changé la configuration. Plus que toutes les autres, cette période est celle de la transformation du rôle de l'Etat qui assume son statut d'Etat-Providence prenant en charge directement les activités économiques. C'est dans ce cadre que s'inscrit la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz[11].

10- Cette loi de nationalisation traduit la volonté de l'Etat de s'ériger en architecte unique d'un secteur aussi crucial que celui de l'énergie. Cette volonté se concrétise par la création d'Electricité de France et Gaz de France, deux établissements publics industriels et commerciaux chargés de conduire la politique énergétique définie par l'Etat dans ces deux secteurs. Pour cela, le législateur leur octroie le monopole sur toutes les activités relatives à la chaîne de valeur énergétique, de la production à la fourniture d'énergie en passant par l'acheminement. La naissance de cette entreprise intégrée dont le champ d'action recouvre tous les segments des marchés de l'électricité et du gaz y a réduit les acteurs privés à une

[10] En ce sens : PERCEBOIS J., « Ouverture à la concurrence et régulation des industries en réseaux : le cas du gaz et de l'électricité. Quelques enseignements au vu de l'expérience européenne », Économie publique/Public economics [En ligne], 12 | 2003/1, mis en ligne le 03 janvier 2006, consulté le 22 mai 2019. URL : http://journals.openedition.org/economiepublique/348

[11] Loi n° 46-628, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

place très subsidiaire. En effet, dans le secteur électrique, l'article 8 de loi de nationalisation modifiée par la loi Armangaud[12] a certes laissé subsister à la marge un secteur privé composé de producteurs autonomes de taille très modeste, mais ceux-ci étaient dans une situation de dépendance économique à travers l'obligation de rétrocéder leur production à EDF[13].

11- Cette organisation monopolistique du secteur a été de mise jusqu'à l'affirmation d'une volonté européenne de mettre en place le marché intérieur de l'énergie et sa traduction au niveau national. Concrètement, dans le cadre de la mise en place du marché intérieur de l'énergie, les institutions européennes exhortaient les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir l'ouverture de leur marché de l'énergie[14] et prévoyait les trois paliers successifs de cette ouverture[15]. Deux directives en date du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité[16] et le marché intérieur du gaz naturel[17] ont poursuivi ce mouvement de libéralisation du secteur. Elles posent notamment l'obligation d'une séparation entre les activités de gestion des réseaux d'acheminement et celles relatives à la production et la fourniture d'énergie afin d'assurer l'indépendance des gestionnaires de réseaux[18]. Pour les opérateurs historiques qui se présentaient sous la forme d'entreprises verticalement intégrées, cela a entrainé la dissociation comptable entre les activités de réseaux et celles de production et de fourniture[19] avant d'aboutir à la dissociation

[12] Loi n° 49-1090 du 2 août 1949 portant modification des articles 8, 46 et 47 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 6 août 1949, p. 7712.
[13] Décret n° 55-562 du 20 mai 1955 réglant les rapports entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie électrique, JORF du 22 mai 1955, p. 5184 ; Conseil de la concurrence, décision n° 99-D-59 du 12 octobre 1999 relative à une saisine de la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan.
[14] Pour l'électricité il s'agit de directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, Journal officiel n° L 027 du 30/01/1997, pp. 0020 – 0029. En ce qui concerne le gaz, il s'agit de la directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998, pp. 0001 – 0012.
[15] Pour la fourniture d'énergie, l'ouverture à la concurrence s'est faite en trois étapes ouvrant successivement l'éligibilité en fonction de la nature des consommateurs et de leur niveau de consommation annuelle.
[16] Directive n° 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JOUE n° L 176 du 15 juillet 2003, pp. 37-56.
[17] Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, JOUE n° L 176 du 15 juillet 2003, pp. 57-78.
[18] Voir notamment : VARONE F. et GENOUD Ch., « Libéralisation des services de réseau et responsabilité publique : le cas de l'électricité », Politique et Management Public, 2001, 19-3, pp. 191-212 ; BARALE Fl., « Critique de la nouvelle économie des réseaux et de son principe de séparation de l'infrastructure et des services », Revue d'économie industrielle, 2000, 91, pp. 7-24.
[19] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143.

juridique par la création de filiales[20]. Alors que les premières demeurent sous le régime des droits exclusifs, les secondes quant à elles s'ouvrent à la concurrence.

12- Ces exigences européennes ont été intégrées dans l'ordre juridique interne non sans réticence de la part de l'Etat français. Celui-ci a été amené à changer le statut juridique de ses opérateurs historiques qui deviennent des sociétés anonymes en 2004 après une procédure engagée en son encontre par la Commission européenne le 16 octobre 2002 au titre du contrôle des aides d'Etats[21]. L'institution européenne a en effet estimé qu'en conservant aux entités issues de la nationalisation le statut d'établissement public, la France leur consentait un avantage non concurrentiel consistant en une garantie d'Etat pour leurs emprunts leur permettant ainsi d'obtenir des financements à des taux inférieurs à ceux pratiqués pour leurs concurrents. Tirant les conséquences de ces conclusions, l'article 24 de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a transformé les entreprises EDF et GDF en sociétés anonymes au capital social détenu à 70% par l'Etat[22].

13- Si elle a permis l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché de l'énergie, cette ouverture à la concurrence n'a pas pour autant fondamentalement changé la nature des rapports que les collectivités publiques entretiennent avec ce secteur et la place qu'elles y occupent.

2- Les formes d'intervention publique dans le domaine des services énergétiques.

14- Le caractère stratégique du secteur de l'énergie y justifie la forte présence des personnes publiques qui interviennent suivants trois canaux principaux. Elles assurent l'encadrement des services énergétiques à travers la réglementation et la régulation afin d'y

[20] Article 14 de la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54/CE, JOUE n° L 211, du 14 août 2009, p. 55 ; Directive nº 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive nº 2003/55/CE, JOUE, nº L 211, 14 août 2009.

[21] Par lettre en date du 16 octobre 2002, la Commission européenne a notifié à la France 3 décisions conjointes sur l'entreprise nationale EDF. Elle a notamment invité la France à présenter ses observations concernant la mesure d'aide en faveur d'Électricité de France (EDF) sous la forme de la garantie illimitée de l'État liée au statut d'établissement public industriel et commercial (JO C 280 du 16 novembre 2002, p. 8 ; JO C 164 du 15 juillet 2003, p. 7).

[22] Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004, p. 14256.

concilier différents impératifs dont elles sont les garants. Elles jouent également un rôle de planification en fixant les grandes orientations de la politique énergétique en lien avec les engagements pris par la France au niveau international et européen. A ces actions régaliennes s'ajoute celle d'interventionnisme économique par laquelle les personnes publiques, agissant comme des entrepreneurs, prennent en charge directement ou de manière déléguée une activité portant sur un service énergétique.

15- **L'intervention par l'encadrement :** La première manifestation de la présence publique apparaît à travers la règlementation des services énergétiques. Ce terme générique de réglementation recouvre des réalités diverses. Il désigne d'abord l'activité d'édiction des normes générales, quelle qu'en soit la nature, juridique ou technique, qui régissent le secteur de l'énergie. Il renvoie également aux actes particuliers, édictés par la puissance publique, qui visent un acteur ou une catégorie d'acteurs et qui conditionnent l'exercice de leur activité. Les autorisations d'exploiter les installations de production délivrées par le ministre de l'énergie en est un exemple[23]. C'est par ce biais que les autorités publiques ont encadré l'exercice des activités énergétiques, en particulier au moment des premières installations de production d'énergie électrique.

16- Initialement laissée à l'initiative privée, l'implantation des centrales électriques à proximité des centres de consommation au cœur des villes[24] a suscité des conflits de voisinage dus aux désagréments qu'elle engendre pour les populations riveraines. Comme le rappelle Paul BARBIER, *« l'installation en centre-ville n'a pas tardé à être traquée comme une bête fauve par tous les voisins qui se plaignaient du bruit, des trépidations* [et] *de la fumée* »[25]. Dans ce contexte, l'encadrement de l'activité par les pouvoirs publics est apparu comme une nécessité. Ce sont principalement les municipalités qui ont pourvu à ce besoin en essayant de concilier dans une juste mesure les exigences de la sécurité publique et la liberté indispensable à l'essor de l'industrie énergétique. C'est dans cette optique que s'inscrivaient les permissions de voirie, puis les concessions, délivrées pour l'implantation des

[23] Code de l'énergie, articles L. 311-5 et R. 311-5.
[24] Cette proximité s'explique par le fait que « *l'installation basse tension à courant continu ne permettait pas de distribuer de l'énergie au-delà de 500 mètres* » (FERNANDEZ A., « Les lumières de la ville. L'administration municipale à l'épreuve de l'électrification », Vingtième siècle, Revue d'histoire, 199, 62, p. 108).
[25] BARBIER P., « Cent ans d'électricité à Dijon et en Côte-d'Or », Bulletin d'histoire de l'électricité, 10, 1987, p. 70.

infrastructures d'acheminement de l'électricité et du gaz[26]. En ce qui concerne la distribution du gaz, le premier texte intervenu fut le règlement pris le 6 décembre 1821 par le Préfet de la Seine[27].

17- Cette réglementation des activités énergétiques par les autorités locales allait très vite soulever la question de leur harmonisation à l'échelle nationale. C'est ainsi que dès le 15 septembre 1884 fut créée une Commission Technique sur l'Electricité à l'effet de préparer et de proposer un règlement spécial pour fixer les conditions techniques à remplir, dans l'intérêt de la sécurité publique, pour l'installation des conducteurs affectés à la transmission de la lumière ou au transport de la force par l'électricité[28]. Puis un décret en date du 15 mai 1888 est venu fixer les règles générales pour l'établissement et l'exploitation des conducteurs électriques tout en instituant le Préfet de département comme l'autorité de contrôle et d'approbation. Parallèlement, fut édictée une loi du 25 juin 1895 concernant l'établissement des conducteurs d'énergie électrique autres que les conducteurs télégraphiques et téléphoniques[29]. Allant plus loin, la loi du 15 juin 1906[30] a érigé la distribution d'énergie en service public et consacré les collectivités territoriales dans leur rôle d'organisatrices dudit service public.

18- La libéralisation des segments de la production et de la fourniture d'énergie n'a pas remis en cause l'exercice de cette fonction régalienne par l'Etat. Elle implique toutefois la prise en charge d'une nouvelle mission, celle de régulation. Cette dernière « *est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel* »[31]. Il peut s'agir en particulier de concilier la concurrence avec des impératifs de service public ou de protection des consommateurs[32]. La régulation repose sur l'idée selon laquelle la satisfaction de certains besoins collectifs ne peut pas être garantie par le seul

[26] En ce sens : WILLIOT J-P., « *Naissance d'un réseau gazier à Paris au XIXème siècle : distribution gazière et éclairage* », Histoire, économie et société, 1989, 8-4, pp. 569-591 ; POLACK R., Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie pour l'établissement des transports d'énergie électrique, Thèse de droit, Paris, 1918.
[27] En ce sens : WILLIOT J-P., « *Naissance d'un réseau gazier à Paris au XIXème siècle : distribution gazière et éclairage* », préc.
[28] En ce sens : BARBIER P., « Les débuts de la réglementation technique concernant les réseaux électriques (1884-1914) », Bulletin d'Histoire de l'Electricité, n° 12, décembre 1988, pp. 35-60.
[29] JORF du 26 juin 1895, p. 3517.
[30] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[31] MARCOU G., « La notion juridique de régulation », AJDA, 2006, p. 347.
[32] En ce sens : TIMSIT G., « La régulation. La notion et le phénomène », Revue française d'administration publique, janvier 2004, n° 109, pp. 5-11.

marché et sans intervention de la puissance publique. Son exercice suppose que l'organe qui en a la charge soit juridiquement et fonctionnellement indépendant des organismes intervenant dans le secteur régulé[33]. C'est ce qui justifie, qu'à l'instar d'autres pays européens, la France ait fait le choix de confier cette mission à une autorité administrative indépendante, la Commission de régulation de l'énergie (CRE)[34].

19- **L'intervention par la planification :** La présence publique dans le secteur de l'énergie se traduit également à travers la détermination de la politique énergétique. Dans la mesure où cette dernière « *garantit l'indépendance stratégique de la nation et favorise sa compétitivité économique* »[35], sa détermination ne peut être confiée qu'à une autorité publique disposant de la légitimité politique nécessaire. En cela, l'Etat joue un rôle prépondérant par le biais des instruments de pilotage qui placent le secteur de l'énergie dans une sorte d'économie dirigée[36]. Cet aspect n'est pas pour autant incompatible avec la politique libérale européenne dans la mesure où la planification énergétique nationale vise à concrétiser les engagements pris par l'Etat français en matière économique et environnementale.

20- Parmi les instruments de planification figure la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) qui établit les priorités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs définis dans la politique énergétique[37]. Elle succède à la programmation pluriannuelle des investissements précédemment utilisée et qui se scindait en trois volets : la

---

[33] Directive n°96/92/CE du 19 décembre 1996 relative au marché intérieur de l'électricité, *JOCE* n°L-27 du 30 janvier 1997 ; Directive n°98/30/CE du 22 juin 1998, relative au marché intérieur du gaz naturel, JOCE n° L-204 du 21 juillet 1998 ; CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, concl. TESAURO G. ; RODRIGUES A., « La régulation communautaire des services publics de réseaux. Vers une théorie générale de la « concurrence régulée » ? », Flux, février-mars 2001, n° 44-45, pp. 80-90 ; DELZANGLES H., « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : Eléments de droit comparé et européen », Droit et société, février 2016, n° 93, pp. 297-316.

[34] La CRE a été créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité pour réguler le marché de l'électricité. Sa compétence s'est par la suite étendue à tout le secteur de l'énergie avec l'ouverture du marché du gaz naturel par la loi nº 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (JORF n° du 4 janvier 2003, p. 265, texte n° 3).

[35] Article L. 100-1 du code de l'énergie.

[36] En ce sens : BLANC F., « Libéralisation ou planification ? », RFDA, 2017, p.76 ; LOUFTY A., La technique élevée à la suprême puissance. La planification de l'économie, Librairie Droz, Genève, 1964 ; COHEN E., *« Dirigisme, politique industrielle et rhétorique industrialiste* », Revue française de Science Politique, Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1992, 42 (2), pp.197-218.

[37] Article L. 141-1 du code de l'énergie.

programmation pluriannuelle des investissements de production électrique, la programmation pluriannuelle des investissements de production de chaleur et le plan indicatif pluriannuel des investissements dans le secteur du gaz[38]. Fixée par décret en ce qui concerne le territoire métropolitain continental[39], la programmation pluriannuelle de l'énergie dessine la trajectoire que doit prendre chaque filière du secteur énergétique, de manière à atteindre au mieux les objectifs de la politique énergétique. A cette fin, elle se fonde sur des scénarios de besoins énergétiques associés aux activités consommatrices d'énergie, reposant sur différentes hypothèses d'évolution de la démographie, de la situation économique, de la balance commerciale et d'efficacité énergétique. Elle constitue l'instrument premier de pilotage dont découlent tous les autres, quelle qu'en soit la nature.

21- La planification énergétique réalisée au niveau national trouve un prolongement dans celle élaborée à l'échelle des territoires. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les documents locaux de planification qui intègrent la thématique énergie dans celle plus globale de l'aménagement du territoire dans une optique de développement durable. Il en va notamment ainsi des schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE) qui sont élaborés par les régions, de manière conjointe avec le représentant de l'Etat et après consultation des collectivités concernées et de leurs groupements. Créés par l'article 68 de la loi dite Grenelle II du 12 juillet 2010[40], ces documents ont en particulier pour objet de fixer par zones géographiques « *les objectifs qualitatifs et quantitatifs à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération et en matière de mise en œuvre de techniques performantes d'efficacité énergétique telles que les unités de cogénération, notamment alimentées à partir de biomasse, conformément aux objectifs issus de la législation européenne relative à l'énergie et au climat* »[41].

22- Si les SRCAE se sont imposés comme des outils intéressants de définition des objectifs stratégiques, leur caractère non prescriptif en limitait néanmoins l'efficacité. A cela s'ajoutait la problématique de leur articulation avec d'autres instruments de planification existant à l'échelle régionale tels que le schéma régional de cohérence écologique et le plan

[38] Article 176 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n° 0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[39] Quant aux zones non interconnectées, telles que la Corse, la Guadeloupe ou la Martinique, elles bénéficient d'une PPE qui leur est propre, conçue par l'Etat en étroite collaboration avec les autorités locales de ces territoires.
[40] Loi n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.
[41] Article 68 de la loi n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement, préc.

régional de prévention des déchets. Cela explique la fusion de ces différents instruments de planification au sein d'un seul document à objet transversal et à portée prescriptive : le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET). Créé par la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République[42], ce document a vocation à fixer les objectifs dans plusieurs domaines, y compris énergétiques, et les règles générales pour les atteindre. Il s'inscrit ainsi dans une dynamique de gestion intégrée du territoire et s'insère « *dans la hiérarchie des normes à un niveau intermédiaire entre les règles nationales et les règles locales* »[43]. A ce titre, les documents de planification locale et d'urbanisme doivent prendre en compte les objectifs fixés dans le SRADDET et être compatibles avec les règles générales qu'il détermine. C'est ce qui ressort de l'article L. 4251-3 du code général des collectivités territoriales aux termes duquel : « *les schémas de cohérence territoriale et, à défaut, les plans locaux d'urbanisme, les cartes communales ou les documents en tenant lieu, ainsi que les plans de déplacements urbains, les plans climat-air-énergie territoriaux et les chartes des parcs naturels régionaux : 1° Prennent en compte les objectifs du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires ; 2° Sont compatibles avec les règles générales du fascicule de ce schéma, pour celles de leurs dispositions auxquelles ces règles sont opposables. Lorsque les documents mentionnés au premier alinéa sont antérieurs à l'approbation du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, ils prennent en compte les objectifs du schéma et sont mis en compatibilité avec les règles générales du fascicule lors de la première révision qui suit l'approbation du schéma* ».

23- La démarche de planification se poursuit à l'échelon intercommunal en tant que cadre de coordination de la transition énergétique. C'est dans cette dynamique que s'inscrivent les plans climat-air-énergie territorial (PCAET), qui doivent être obligatoirement adoptés par la métropole de Lyon et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre et regroupant plus de 20 000 habitants[44]. Procédant à un diagnostic des émissions de gaz à effet de serre et du profil énergétique du territoire concerné, ce plan définit par ailleurs

---

42 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n° 0182 du 8 août 2015, p. 13705.

43 DEVES Cl., Encyclopédie des collectivités locales / Chapitre 8 – Attributions des collectivités locales : interventions économiques, mai 2016.

44 Article L. 229-26 du code de l'environnement. Pour rappel, jusqu'à la date du 31 décembre 2018, l'obligation d'adopter un PCAET ne concernait que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant plus de 50 000 habitants.

le « *programme d'actions à réaliser afin notamment d'améliorer l'efficacité énergétique, de développer de manière coordonnée des réseaux de distribution d'électricité, de gaz et de chaleur, d'augmenter la production d'énergie renouvelable, de valoriser le potentiel en énergie de récupération, de développer le stockage et d'optimiser la distribution d'énergie* (..) »[45]. En cela le PCAET se présente comme l'outil opérationnel de coordination de la transition énergétique du territoire[46]. Il se propose d'appréhender l'intégralité de la chaîne de valeur énergétique par la déclinaison d'actions concrètes à mener à l'échelle d'un territoire.

24- Les documents susmentionnés constituent les outils les plus emblématiques du rôle de planification joué par les collectivités publiques dans le domaine de l'énergie. L'énumération n'en est pas pour autant exhaustive. En effet, la planification se décline à tous les niveaux de gouvernance énergétique avec des documents spécifiques à chaque catégorie de collectivité, ce qui soulève la question de leur articulation et de la cohérence d'ensemble du système. En tout état de cause, la pluralité des outils montre que la planification s'est imposée comme un prisme privilégié à travers lequel les collectivités territoriales, tout comme l'Etat, appréhendent la thématique énergétique. Cet angle d'approche n'est toutefois pas exclusif ; il vient compléter d'autres types d'intervention de la puissance publique dans le domaine des services énergétiques.

25- Contrairement à ce que laisse entrevoir cette présentation dichotomique, les fonctions d'encadrement par l'édiction de règles juridiques et celle de planification ne sont pas totalement dissociables. En réalité, la première constitue le prolongement logique de la seconde, le corpus juridique étant considéré comme un instrument au service des politiques publiques mises en œuvre dans le secteur de l'énergie. En effet, dans une vision instrumentale du droit, celui-ci peut être envisagé « *comme un système formalisé d'organisation et de gestion d'intérêts protégés, avec lequel les acteurs sociaux (privés et publics, individuels et collectifs) entretiennent des rapports actifs* »[47]. Le domaine des services énergétiques confirme cette vision. L'adaptation progressive de la législation

45 Article L. 229-26 II du code de l'énergie.
46 Décret n° 2016-849 du 28 juin 2016 relatif au plan climat-air-énergie territorial, JORF n° 0150 du 29 juin 2016, texte 5.
47 LASCOUMES P., « *Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques* », L'année sociologique,1990, p. 45.

nationale en faveur du développement des énergies renouvelables, dans une optique de transition énergétique, en offre une illustration très actuelle.

26- Elle s'inscrit dans la logique des obligations définies par les institutions européennes en matière de réduction des émissions des gaz à effet de serre, d'augmentation de la part des énergies renouvelables[48] et de promotion de l'efficacité énergétique[49]. Traduisant ces objectifs au niveau interne, la loi POPE du 13 juillet 2005[50] est venue décliner les différents axes de la politique énergétique française autour de ces différents objectifs fixés à l'échelle européenne à moyen et long terme[51]. Cette tendance s'est confirmée à travers les réformes successives jusqu'à l'adoption de la loi 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte[52] qui décline les mesures concrètes à mettre en œuvre pour l'atteinte des objectifs définis sur le plan européen et national. Le contenu de ces textes révèle l'imbrication qui s'opère entre les fonctions de législation et de planification dans le domaine des services énergétiques. Plus qu'un mélange des genres, cette démarche traduit la volonté des pouvoirs publics de rendre obligatoires des mesures qui étaient jusque-là dénuées de caractère contraignant. L'objectif est de leur assurer une pleine effectivité en dépassant le cadre déclaratoire des conventions internationales. Cette volonté peut également justifier, qu'en plus de la simple planification, les personnes publiques endossent le statut d'entrepreneurs et investissent directement dans le secteur économique à travers la prise en charge d'activités de service énergétique.

27- **L'intervention en tant qu'opérateur** : comme dans d'autres secteurs économiques, les collectivités publiques ont, à l'origine, adopté une attitude neutre par rapport au domaine des services énergétiques, se bornant à en encadrer le développement par les opérateurs privés. Face à un juge administratif très attaché à une conception libérale de l'économie,

[48] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, JOUE n° L 140 du 5 juin 2009, p. 16.
[49] Directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil, JOUE n° L 114 du 27 avril 2006, p.64.
[50] Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570.
[51] Cette loi fixait comme premier axe de la politique énergétique la maîtrise de la demande d'énergie afin de porter le rythme annuel de baisse de l'intensité énergétique finale à 2,5 % d'ici à 2030. Le deuxième axe défini concerne la diversification du bouquet énergétique à travers l'augmentation de la part de la production renouvelable dans le mix français.
[52] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.

l'action publique en matière économique a été confinée à sa plus simple expression[53]. Pourtant en matière énergétique, les communes profitant de leur omni compétence consacrée par la loi du 5 avril 1884[54] ont très tôt manifesté leur intérêt pour ce domaine dans un contexte de socialisme municipal[55]. Cet intérêt s'est davantage affirmé à l'occasion de l'érection de la distribution d'énergie au statut de service public par la loi du 15 juin 1906[56].

28- Devenus les autorités organisatrices de ce service public, les pouvoirs publics locaux mobilisent l'instrument de la concession en lieu et place de la permission de voirie afin de promouvoir le déploiement des réseaux et d'en assurer la cohérence. Allant plus loin, certaines communes comme celle de Bordeaux et de Grenoble revendiquent la faculté de prendre en charge directement cette activité sans passer par l'intermédiaire d'un délégataire. C'est ainsi qu'apparaissent les premières régies locales de distribution d'énergie rendues possibles par un décret du 8 octobre 1917[57], mais également les sociétés d'intérêt collectif agricole d'électricité (SICAE)[58].

29- L'intérêt des collectivités locales pour le domaine des services énergétiques a très vite rencontré un écho favorable à l'échelle nationale. L'Etat qui s'était longtemps limité à des interventions sporadiques dans ce domaine, prend peu à peu conscience des enjeux stratégiques qui s'y jouent. Il en va ainsi sur le segment de la production énergétique où l'Etat concentre ses efforts sur la filière hydroélectrique « *considérée comme le moyen d'assurer une indépendance énergétique nationale et de contribuer au développement de certaines régions de montagne qui souffrent d'un retard économique* »[59]. C'est dans cette optique que s'inscrit la loi du 16 octobre 1919[60] qui, d'une part, instaure un régime de

[53] Voir : Conseil d'Etat, 29 mai 1901, Casanova, req. N° 94580, rec. P. 333 ; CE, Section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de Nevers, req. N° 06781, rec. P. 583.
[54] Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, JORF du 6 avril 1884, p. 1557.
[55] Sur cette notion, voir : MIMIN P., Le socialisme municipal, thèse droit, Paris, 1911 ; LE CLAINCHE, « Interventionnisme et socialisme municipal, un essai de définition », Administration, n° 104, juin 1979, p. 64.
[56] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[57] Décret du 8 octobre 1917 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 15 juin 1906 et fixant les conditions de l'exploitation en régie des distributions d'énergie électrique par les communes ou les syndicats de communes.
[58] Voir : POUPEAU F-M., *L'électricité et les pouvoirs publics locaux en France (1880-1980). Une autre histoire du service public*, Paris, Peter Lang, 2018, 446 p.
[59] POUPEAU F-M., « Un siècle d'intervention publique dans le secteur de l'électricité en France », Gérer et Comprendre, Annales des Mines, Les Annales des Mines, 2004, p. 4.
[60] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1919, p. 11523.

concession d'Etat pour l'exploitation énergétique des cours d'eau et, d'autre part, lui permet de prendre part au capital social de sociétés hydroélectriques.

30- Parallèlement, l'Etat s'attèle au maillage du territoire par les réseaux d'acheminement d'énergie pour en faciliter l'accès, surtout en milieu rural afin de limiter le phénomène d'exode consécutif à la première guerre mondiale[61]. Aussi, octroie-t-il aux collectivités locales des subventions et des avances remboursables à taux réduits pour accélérer l'effort national d'électrification rurale dès 1923[62]. Ces mesures se sont soldées par des résultats satisfaisants en termes d'accès à l'énergie électrique, le nombre de communes desservies passant de 20% à 91% entre 1920 et 1934[63]. Cette implication de l'Etat pour la promotion de l'électrification rurale va se maintenir avec la création d'un fonds de compensation des charges (FACÉ) par la loi du 31 décembre 1936[64].

31- Ces dispositifs prouvent que l'intervention de l'Etat dans le domaine des services énergétiques est antérieure à la nationalisation du secteur par la loi du 8 avril 1946. Il n'en demeure pas moins que cette dernière en constitue un marqueur déterminant qui en a accentué l'ampleur. Avec les deux établissements publics auxquels il a donné naissance, l'Etat s'est doté d'un instrument efficace pour mener à bien sa politique sur toute la chaîne de valeur énergétique. C'est notamment à travers EDF qu'il va dérouler son programme de développement de la production électronucléaire dès les années 1950[65] et surtout après le choc pétrolier de 1973. L'intervention étatique par le biais d'établissements publics lui assurait une maîtrise entière de son action dans le secteur de l'énergie ; toutefois, ce statut limitait les capacités de financement. Les perspectives de développement des activités au niveau national et international ont rendu nécessaire l'ouverture à des capitaux privés. Le législateur français a alors ouvert cette possibilité à travers la transformation d'EDF et GDF

[61] En ce sens : BERTHONNET A., « L'électrification rurale ou le développement de la « fée électricité » au cœur des campagnes françaises dans le premier XXème siècle », Histoire et sociétés rurales, 2003/1, vol. 19, pp. 193-219.
[62] Loi du 2 août 1923 facilitant par des avances de l'Etat la distribution de l'énergie électrique dans les campagnes, JORF du 4 août 1923, p. 7618.
[63] POUPEAU F-M., « Un siècle d'intervention publique dans le secteur de l'électricité en France », préc.
[64] Loi du 31 décembre 1936 portant fixation du budget général de l'exercice 1937, JORF du 1er janvier 1937, p. 3.
[65] C'est en effet à EDF que fut confiée la responsabilité de construire et d'exploiter les centrales nucléaires en France à partir de 1955, ce qui n'a pas manqué de susciter une certaine rivalité entre l'établissement public et le Commissariat à l'Energie Atomique (CEA) créé par l'ordonnance n° 45-2563 du 18 octobre 1945 (JORF du 31 octobre 1945, p. 7065) et chargé de mener les recherches scientifiques dans ce domaine. (En ce sens : PIATIER H., « *La politique nucléaire française* », Politique étrangère, n° 2, 1970, pp. 211-221.).

qui passent du statut d'établissements publics à celui de sociétés anonymes au capital social détenu à 70% par l'Etat à partir de 2004[66].

32- Cette mise en perspective historique de l'évolution du secteur de l'énergie permet de mesurer l'étroitesse des relations qu'entretiennent les collectivités publiques avec ce domaine. Que ce soit par l'encadrement, la planification ou l'entreprenariat, l'intervention des personnes publiques y apparait comme un facteur important de développement et sa pérennité concourt à le confirmer. Néanmoins, pour nécessaire qu'elle soit, cette intervention publique ne saurait se suffire à elle seule. Concrètement, elle vient accompagner l'action des opérateurs du secteur privé qui sont les acteurs premiers de l'activité économique. Cette complémentarité entre les deux sphères conforte l'idée selon laquelle l'intérêt général dont les personnes publiques sont les garantes ne s'oppose pas aux intérêts particuliers, il se concilie volontiers avec eux[67]. Tel est le fondement de toute la logique des partenariats public-privé qui sont mis en œuvre dans le domaine des services énergétiques.

3- L'émergence de la notion de partenariat public-privé

33- S'il est vrai que le partenariat public-privé s'est fait sa place dans la phraséologie juridique moderne, il demeure néanmoins une notion d'un maniement difficile. Cette difficulté réside dans le fait qu'elle recouvre des réalités parfois très différentes, de sorte que l'utilisation du terme de partenariat ou la mobilisation de l'idée ne suffisent pas, à eux seuls, pour caractériser le mode d'action qu'ils désignent. Il en devient une notion polysémique et quelque peu confuse. Cette réalité est en partie due au fait que le concept de partenariat trouve son origine en dehors de la sphère juridique[68].

34- De l'anglais « partner » qui ne signifie « *personne associée dans* »[69], le partenaire est défini dans le dictionnaire Larousse comme la personne avec laquelle on est associé dans un jeu ou encore comme la personne avec laquelle on est en relation à l'intérieur d'un ensemble

[66] Article 24 de la loi n° 20014-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux industries électriques et gazières, JORF n° n°185 du 11 août 2004, p. 14256.
[67] En ce sens : GAUDEMET Y., « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de métamorphose de l'intérêt général », Recueil Dalloz, 2007, p. 3084.
[68] C'est en particulier dans le domaine des sciences médico-sociales que la notion de partenariat a fait l'objet des définitions les plus élaborées. Voir notamment : Réseau National des Ressources en Sciences Médico-Sociale (RNRSMS), « *Le partenariat dans le travail social* », 2010, disponible en ligne : http://rnrsms.ac-creteil.fr/IMG/pdf/le_partenariat_dans_le_travail_social-final.pdf.
[69] Dans ce sens : MERINI C., « *Le partenariat : histoire et essai de définition* », Actes de la Journée nationale de l'Observatoire des zones prioritaires, 5 mai 2001.

social, économique, etc. Dans ce sens, le partenariat désigne la relation qui s'instaure entre des entités distinctes qui entretiennent des interactions consenties et non pas subies en vue de la réalisation d'un objectif commun. C'est ainsi que dans le domaine de l'action sociale, le chercheur Fabrice DHUME[70] le définit comme « *une méthode d'action coopérative fondée sur un engagement libre, mutuel et contractuel d'acteurs différents mais égaux, qui constituent un acteur collectif dans la perspective d'un changement des modalités de l'action sur un objet commun (…) et élaborent à cette fin un cadre d'action adapté au projet qui les rassemble, pour agir ensemble à partir de ce cadre* »[71].

35- Cette notion a été très vite réceptionnée dans le domaine de la politique économique, en particulier en matière de développement local. En effet, « *l'Etat, les élus* [locaux] *et le monde économique, constatant qu'il est indispensable d'organiser entre les acteurs publics et économiques des rapports autres que les rapports hiérarchiques et normatifs, ont entrepris de mettre en place des relations partenariales et le terme de « partenariat » a été officiellement adopté* »[72]. Il l'a d'abord été pour caractériser la contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, marquant ainsi un glissement d'un rapport de tutelle à celui de coopération entre des entités autonomes les unes par rapport aux autres[73].

36- Dans le domaine économique, le terme de partenariat est utilisé pour désigner les relations de coopération entre les personnes publiques et les acteurs du secteur privé en vue de la réalisation d'objectifs communs. Il est alors qualifié de public-privé pour souligner la dualité des parties prenantes et leur différence de nature. Face à la difficulté de définir juridiquement le partenariat public-privé, la Commission européenne en propose l'identification à travers ses traits caractéristiques. Dans cette approche, le terme « *se réfère*

[70] Fabrice DHUME est chercheur en sciences sociales, à l'ISCRA (Institut Social et Coopératif de Recherche Appliquée), chargé de cours à l'université Paul Valéry - Montpellier III, dans le master "Intermédiation sociale", sur le partenariat dans les politiques publiques, a mené de nombreux travaux sur le champ des politiques sociales, et notamment sur le partenariat.

[71] DHUME F., « *Du travail social au travail ensemble, le partenariat dans le champ des politiques sociales* », Ed. ASH, juin 2001, cité dans *Qu'est-ce que le partenariat ? Contribution à la construction d'un espace de sens*, Mars 2002, ISCRA. Dans le même sens : Ministère de l'emploi et de la solidarité, Commission terminologie et de néologie du domaine social, cité par le RNRSMS, in « *Le partenariat dans le travail social* », préc.

[72] HEMERY V., « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », RFDA, 1998, p. 347.

[73] Voir notamment : WASERMAN F., « Contractualisation financière et libre administration des collectivités territoriales », Conseil Constitutionnel, janvier 2018, p. 271 ; PONTIER J-M., « La troisième génération des contrats de plan entre l'Etat et les régions », Revue Administrative, 1994, p. 611 et s. ; MUZELLEC R., « Les modes de coopération et les aspects financiers de la coopération verticale », *Les cahiers du CNFPT*, n° 40, p. 15 et s.

en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »[74]. Cela permet d'emblée d'entrevoir la multiplicité des formes que peuvent prendre les partenariats public-privé et ce caractère polymorphe ne contribue pas à éclairer les contours de la notion.

37- Un premier écueil dans l'identification du partenariat public-privé réside dans la tendance à le confondre avec les contrats du même nom créés par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat[75]. Le partenariat ayant « *évidemment un champ plus large que la commande publique, voire que le contrat en général* »[76], le second est au premier ce que l'espèce est au genre. Les origines de l'association des initiatives publiques et privées, selon un modèle partenarial sont plus lointaines et relèvent d'une vieille tradition française. Sans remonter jusqu'aux municipes romains, l'Ancien Régime en présentait déjà des expressions assez abouties, en particulier sous la forme de la concession de travaux et de services qui constitue le mode le plus ancien de partenariat[77]. Par une lettre-circulaire du 10 décembre 1669, COLBERT exhortait à « *passer promptement des marchés pour l'entretennement des ouvrages nouvellement faits (…) et à obliger les entrepreneurs à se charger d'entretenir* [les ouvrages qu'ils réhabilitent] *pendant huit ou dix années* ». C'est dans cette lignée que se sont inscrites les concessions d'éclairage public en 1769 et de distribution d'eau potable en 1777. Comme le relève Xavier BEZANCON, cette période est « *le grand siècle de la délégation et de la création des contrats publics* » [78].

38- La Révolution de 1789 n'a pas remis en cause cette démarche même si elle a aboli le régime féodal. Marqués par l'idéologie qui accorde la primauté à l'initiative privée sur toute autre forme d'entreprise, les textes adoptés à partir de cette période font la promotion de la

[74] Commission européenne, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM/2004/0327 final/ avril 2004, p. 3.
[75] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004, p. 10994.
[76] GAUDEMET Y., « La commande publique et le partenariat public-privé », RDI, 2003, p. 534. Dans le même sens : GAUDEMET Y., « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », Dalloz, 2007, p. 3084.
[77] En ce sens : GUELTON S., « La gestion des services publics locaux en partenariat public-privé : une motivation ppour assainir les finances locales ? », Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation, Institut de la décentralisation, 2015 ; BEZANCON X., Essai sur les contrats de travaux et services publics – Contribution à l'histoire administrative de la délégation d'une mission publique, Bibliothèque de droit public, t. 206, LGDJ, 1999.
[78] BESANCON X., « Une approche historique du partenariat public-privé », In : *Partenariat public-privé et développement territorial,* Revue d'économie financière, Hors-série, 1995. P. 30.

concession de travaux et de services. Cela s'explique par une certaine méfiance à l'égard de la gestion publique en régie. Illustrant cette crainte, le Conseil d'Etat s'est montré hostile à la municipalisation du service d'éclairage public dans un avis du 7 juin 1877 en estimant : « *il est à craindre qu'une ville transformée en entrepreneur d'éclairage pour éviter des pertes ou pour avoir des gains, ne soit amenée à négliger les services auxquels elle devrait pourvoir ou à exagérer le prix des abonnements* »[79]. Ainsi, la puissance publique était-elle invitée à consacrer son action à la prise en charge des activités régaliennes et à déléguer au secteur privé celles qui relèvent du domaine économique, ce qui ouvrait un large champ à la liaison de relations partenariales entre les deux sphères.

39- A l'inverse du premier, un second écueil dans l'identification du partenariat public-privé consiste à appréhender la notion de manière trop extensive et à assimiler à des partenariats tous les cas où l'administration n'agit pas unilatéralement. Cette tendance n'est pas moins marquée que la première. En effet, « *dès lors que des contacts s'établissent entre l'Etat, les collectivités locales, les autres personnes publiques, privées et enfin les citoyens, on est porté à parler de partenariat, à en découvrir partout* »[80]. Cette démarche ne nous paraît pas convenable ; elle aboutirait à réduire le partenariat public-privé à un simple changement de méthode dans le processus décisionnel des personnes publiques qui, se dépouillant de certains habits d'autorité et d'unilatéralité, décident d'associer d'autres parties prenantes à la prise de décision. Sous cet angle, il ne se différencierait pas de notions voisines telles que la concertation, la consultation ou la codécision.

40- Si les notions précitées peuvent être constitutives d'un préalable au partenariat public-privé, il demeure constant que ce dernier ne se résume pas à ces modes d'action. Il dépasse le simple cadre de l'administration concertée[81] ou de l'économie concertée que François BLOCH-LAINE définit comme le « *régime dans lequel les représentants de l'Etat et ceux des entreprises se réunissent de façon organisée, pour échanger leurs informations, pour*

[79] Conseil d'Etat, 7 juin 1877, avis sur le projet de loi tendant à autoriser l'exploitation de la régie du gaz à Tourcoing, cité par BESANCON X. in : « Une approche historique des partenariats public-privé », préc., p. 41.
[80] HEMERY V., « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », préc., p. 347.

[81] Voir de LAUBADERE A., L'administration concertée, *in Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ 1974.407 et s., spéc. p. 412-413.

confronter leurs prévisions et pour, ensemble, tantôt prendre des décisions, tantôt formuler des avis à l'intention du gouvernement »[82].

41- En réalité, le partenariat public-privé n'est pas comparable à ce « *pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises* », selon l'expression devenue célèbre du Commissaire du Gouvernement TRICOT[83]. Son existence suppose la réunion de différentes parties prenantes s'engageant à entreprendre une action commune dans la perspective de la réalisation d'un objectif commun. Le partenariat public-privé repose sur la « co-opération » entre une structure publique et un acteur privé, unis par un lien contractuel ou statutaire sur la base duquel les parties prenantes s'obligent à prendre en charge une activité d'intérêt général ou une action qui y concoure. La Commission européenne met l'accent sur le rôle important de l'opérateur économique qui participe à différents stades du projet en assurant notamment la conception, le financement et la mise en œuvre[84]

42- Le partenariat public-privé se distingue ainsi de la simple concertation dans la mesure où, au-delà de la contribution à la prise de décision, les partenaires participent de manière effective à sa mise en œuvre. Cela implique un engagement financier de leur part, le partenaire privé assurant, au moins partiellement, le financement des investissements. Il en résulte que, quelle que soit la formule juridique qui lui sert de support, le partenariat public-privé fait peser sur l'interlocuteur de la personne publique un risque économique. Ce dernier a d'ailleurs été le critère déterminant mis en avant par le juge administratif pour distinguer l'outil classique de partenariat public-privé qu'est la délégation de service public du marché public dans lequel la rémunération du titulaire n'est pas liée aux résultats de l'exploitation[85].

43- Dans le domaine économique, le financement privé des investissements apparaît comme un critère opérant d'identification du partenariat public-privé. Il peut prendre des

---

[82] BLOCH-LAINE F., « A la recherche de l'économie concertée », 1961, cité par HEMERY V., In : « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », RFDA, 1998, p. 347.

[83] CE, ass., 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Lebon 64 ; RPDA 1954. 50, concl. Tricot ; AJDA 1954, II bis,5. Chron. GAZIER et LONG.

[84] Commission européenne, Livre vert sur les partenariat public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM/2004/0327 final/ avril 2004.

[85] CE, 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, req. n° 156008 ; 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794. Sur cette question, voir : RICHER L., « Délégation de service public, le critère du risque financier », AJDA, 2008, p. 2454 ; « DREYFUS J-D., « Délégation de service public et marché public : nouvelles délimitations ? », RDI, 2006, p. 477 ; MOREAU D., « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », AJDA, 2003, p. 1418.

formes assez diverses, allant de la participation au capital social d'une société aux côtés de l'actionnariat public au financement des investissements de premier établissement dans le cadre d'une délégation de service public. Cela renseigne sur la diversité des formules juridiques de partenariat public-privé. La Commission en propose une typologie binaire en distinguant les partenariats public-privé contractuels de ceux dits « institutionnalisés »[86].

44- Les partenariats public-privé contractuels s'entendent des hypothèses dans lesquelles une collectivité publique lie une relation de coopération avec des acteurs du secteur privé sur la base d'un acte contractuel pour la réalisation d'une opération non dépourvue de lien avec le service de l'intérêt général. Ce terme générique recouvre des montages contractuels différents selon le mode de financement de l'opération, l'étendue des missions confiées au partenaire privé et le niveau de répartition du risque entre les cocontractants. Il renvoie notamment à la concession à travers laquelle la personne publique responsable d'une activité de service public ou d'un ouvrage en délègue la gestion ou l'exploitation à un opérateur privé qui se rémunère sur les redevances perçues des usagers, éventuellement complétées par un prix versé par la collectivité concédante. Ce type de relation partenariale se retrouve dans le domaine des services énergétiques et concerne la quasi-totalité des segments de ce marché. Il en va ainsi en particulier de la gestion des réseaux publics d'acheminement d'énergie, domaine dans lequel le législateur français a érigé la délégation de service public comme le mode de gestion de principe[87].

45- En droit interne, le partenariat public-privé contractuel renvoie également, et de manière plus symbolique, aux montages contractuels qualifiés de marchés publics et qui s'inspirent du modèle britannique des Private Finance Initatives (PFI)[88]. Au premier rang de ceux-ci figure le marché de partenariat à travers lequel le titulaire se voit confier une mission globale ayant a minima pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels

[86] Commission européenne, Livre vert sur les partenariat public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, préc.
[87] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[88] Voir en ce sens : MARTY F., et VOISIN A., « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », Revue internationale de droit économique, 2006/2 (t. XX, 2), pp. 131-150 ; MELLERAY F., « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », AJDA, 2004, p. 1224 ; BRACONNIER S., « Les contrats de Private Finance Initiative. Réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public/privé », BJCP 2002, n° 22, p. 174 ; COSSALTER P. et du MARAIS B., La Private Finance Initiative, Institut de la Gestion Déléguée, 2001.

nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement[89]. Il convient également de mentionner les marchés globaux de performance, prévus à l'article L.2171-3 du code de la commande publique[90], qui sont conclus sur la base d'objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique et qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.

46- A la différence des marchés de partenariat, les marchés publics globaux de performance ne transfèrent pas au cocontractant de la personne publique la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Ils demeurent par ailleurs soumis à l'interdiction du paiement différé contrairement aux marchés de partenariat. Les deux types de montages contractuels partagent néanmoins la logique performantielle qui les sous-tend et peuvent servir de véhicule juridique pour le portage de projets en matière énergétique. Ils sont notamment utilisés pour servir de cadre aux contrats de performance énergétique permettant aux collectivités publiques d'optimiser leur consommation d'énergie, le partenaire privé étant rémunéré sur la base des économies réalisées[91].

47- La catégorie juridique des marchés publics ne constitue pas l'unique cadre de partenariat public-privé contractuel dans le secteur de l'énergie. Ces derniers peuvent également se concrétiser à travers des montages contractuels n'impliquant pas de paiement public. Les contrats publics par lesquelles les personnes publiques mettent à disposition des opérateurs économiques leur patrimoine immobilier en fournissent une éloquente illustration. Dans ce schéma, l'occupation de la propriété publique immobilière a un double objet : elle sert de socle au développement de l'activité de l'occupant privé tout en offrant à la collectivité publique propriétaire l'occasion d'une valorisation économique de son domaine, source de retombées financières. Mais celles-ci ne constituent pas la seule finalité recherchée. En effet, « *ni le pouvoir normatif ni le juge administratif n'ont ignoré ces dix années passées*

[89] Article L. 1112-1 du code de la commande publique, Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20.
[90] Ordonnance n° 2018- 1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, préc.
[91] Voir : ORTEGA O., Les contrats de performance énergétiques, Rapport à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011.

la nécessité de respecter l'autre facette de la valorisation du domaine, à savoir sa mise en valeur au profit de l'intérêt général »[92].

48- Cette forme de partenariat traduit la complémentarité entre l'initiative privée et les politiques publiques dans le domaine de l'énergie. Elle conforte l'assertion selon laquelle « *l'intérêt général, aussi certain qu'indéfinissable, ne s'oppose plus aux intérêts particuliers ; il se concile volontiers avec eux* »[93]. C'est dans cette optique que s'inscrivent les outils d'occupation privative du domaine des personnes publiques tels que les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation temporaire du domaine public qui permettent aux partenaires publics et privés de tirer le meilleur parti du potentiel énergétique de la propriété publique immobilière. Il en va également ainsi des conventions de droit privé permettant à la collectivité publique propriétaire de mettre à disposition d'un opérateur énergétique des dépendances de son domaine privé. L'utilisation des baux emphytéotique du code rural pour l'implantation d'unités de production énergétique d'origine renouvelable en constituent un exemple.

49- A côté des formes contractuelles sus-évoquées, les relations partenariales entre les collectivités publiques et les acteurs économiques peuvent se nouer dans un cadre institutionnalisé. Cette hypothèse se vérifie lorsque les partenaires décident de s'associer au sein d'une entité *ad hoc* juridiquement distincte de ses membres et conjointement détenue par eux[94]. Cela se traduit par la création d'une société dont le capital social est détenu par des actionnaires publics et privés. La forme la plus représentative de ce type de partenariat est la société d'économie mixte locale qui regroupe en son sein des opérateurs économiques du secteur privé et des personnes publiques qui en détiennent la majorité du capital et des sièges dans les organes de décision. L'exigence de la détention publique majoritaire du capital social s'explique par la volonté de maintenir les sociétés d'économie mixte locales de droit commun sous l'influence déterminant des collectivités publiques actionnaires afin d'éviter que leur instrument n'échappe à leur contrôle.

[92] BERNARDI E-L., « Valorisation du domaine des collectivités territoriales : Où en sommes-nous ? », AJCT, 2016, p. 608.
[93] GAUDEMET Y., « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », Dalloz, 2007, p.3084.
[94] Voir : Commission européenne, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 finals, avril 2004.

50- Le champ d'intervention de ce type de structure est déterminé par leur statut et demeure lié au domaine de compétence des collectivités actionnaires. C'est à ce titre qu'elles sont présentes dans le domaine des services énergétiques que ce soit en matière de production ou de distribution où elles ont été épargnées par la loi de nationalisation du 8 avril 1946. En effet, l'article 23 de cette loi a exclu du champ de la nationalisation « *les entreprises de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies et services analogues, (...)* ». Leur processus de création dans ce secteur n'est pas homogène En effet, si la nature de société d'économie mixte a été retenue pour certaines structures dès leur création, pour d'autres elle résulte de la transformation juridique d'entités publiques préexistantes, telles que les régies qu'elles ont tendance à remplacer[95].

51- Au sens de notre étude, la notion d'économie mixte ne se limite pas à l'échelon des collectivités locales et ne se résume pas aux seules sociétés soumises à l'obligation de détention publique majoritaire du capital social. Elle recouvre toutes les hypothèses de participation financière publique et privée au sein d'une entité économique quel qu'en soit le statut juridique[96]. Dans cette perspective, les entreprises publiques locales ou nationales dont le capital est ouvert à l'actionnariat privé, les sociétés à financement participatif ou encore les sociétés privées à participation publique minoritaire sont autant de formes d'économie mixte et de partenariat public-privé institutionnalisé.

52- Du point de vue de la collectivité publique actionnaire, le choix entre ces divers cadres de coopération relève de logiques différentes. Il peut s'agir d'accompagner et d'encourager un projet d'initiative privée dans le double objectif de lui faciliter l'accès au financement et d'en promouvoir l'acceptabilité sociale. Dans cette hypothèse, où le contrôle de la structure *ad hoc* et de son activité n'est pas nécessairement recherchée par l'actionnaire public, la prise de participation minoritaire dans le capital social s'avère adaptée au but poursuivi. En revanche, lorsque les collectivités publiques veulent jouer un rôle plus décisif dans la prise en charge d'une activité relevant de leur compétence en partenariat avec des

[95] Cette tendance se vérifie en particulier à travers la transformation de la régie municipale de gaz de Bordeaux en société d'économie mixte locale en 1991 et celle de Gaz et Electricité de Grenoble. Voir notamment : ALLEMAND R., « Les distributeurs non nationalisés d'électricité face à l'ouverture à la concurrence », In : Annuaire des collectivités locales. Tome 27, 2007. Les collectivités territoriales et l'énergie. pp. 31-47 ; NICINSKI S., « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA, 2008, p. 35.

[96] En ce sens : DELION A., « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », RFDA, 2005, p. 977.

acteurs privés, la formule de la société d'économie mixte locale peut constituer un cadre intéressant leur permettant de bénéficier de l'apport technique et financier du secteur privé tout en conservant la maîtrise de l'activité.

4- Les partenariats public-privé, des modes de gestion adaptés aux services énergétiques ?

53- Le recours aux différentes formes de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques témoigne de l'intérêt des collectivités publiques pour ce secteur économique. Conscientes des importants enjeux économiques et socio-politiques que revêt la question des énergies et des potentiels qu'elles offrent, les personnes publiques ont très tôt montré la volonté d'en promouvoir le développement tout en l'encadrant. Comme dans d'autres secteurs économiques, c'est cette double logique qui innerve toute la politique énergétique. Il sert de fil conducteur permettant d'expliquer la réglementation régissant ce domaine. L'utilisation classique des prérogatives de puissance publique s'avérant souvent insuffisante pour orienter les services énergétiques dans un sens favorable à l'intérêt général[97], les personnes publiques ont très tôt compris la nécessité d'emprunter des modes d'action alternatifs. Ainsi, parallèlement à son rôle traditionnel d'encadrement par l'édiction de normes, la puissance publique endosse-t-elle le statut d'entrepreneur et d'investisseur dans le domaine énergétique.

54- Dans le cadre cet interventionnisme public, l'Etat et les collectivités territoriales ont la possibilité de prendre en charge directement l'activité économique par leurs propres moyens. Si le droit primaire de l'Union européenne leur reconnait un pouvoir discrétionnaire sur le choix de telle ou telle forme organisationnelle[98], le recours aux capacités techniques et financières du secteur privé s'est néanmoins imposé comme une nécessité. C'est ce qui explique l'engouement des collectivités publiques pour la délégation de service public et, plus globalement, pour les mécanismes de partenariat public-privé.

55- La logique qui sous-tend cette démarche est double. Le premier ressort de décision repose sur l'idée selon laquelle la gestion privée serait techniquement plus efficace que la gestion publique directe jugée moins souple et moins adaptée aux exigences des activités

[97] CAILLOSSE J., "Le droit administratif contre la performance publique", AJDA, 1999, p. 195.
[98] L'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose : « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* », JOUE n° C 326 du 26/10/2012, pp. 0001 – 0390.

économiques[99]. Cette présomption est souvent déterminante dans le choix de recourir au partenariat public-privé pour la réalisation de projets revêtant un certain degré de technicité comme dans le domaine de l'énergie. Dans cette hypothèse, la collectivité publique ne s'estimant pas suffisamment dotée de la compétence métier a naturellement tendance à se tourner vers l'expertise des opérateurs économiques[100]. Les considérations financières sont également un facteur déterminant dans le choix de gestion d'un projet en partenariat public-privé. La conjoncture économique rendant insuffisantes les capacités de financement des personnes publiques pour réaliser d'importants investissements, la liaison de relations partenariales avec le secteur privé s'impose comme une nécessité. Elle permet ainsi à la collectivité de se doter d'équipements et de services sans aggraver son niveau d'endettement[101]. En ce qui concerne les collectivités territoriales, par exemple, l'exercice de leurs compétences, qui se sont progressivement accrues y compris en matière énergétique, suscite de nouvelles dépenses à leur charge. Leurs capacités de financement n'étant pas illimitées et le recours à l'emprunt devant être contenu dans des limites raisonnables compatibles avec celles définies au niveau européen[102], l'externalisation de la charge de financement apparaît comme la seule voie susceptible d'alléger leurs contraintes budgétaires. Aussi, les collectivités publiques se tournent-elles vers les mécanismes de partenariat public-privé leur permettant d'y procéder[103].

La problématique :

56- Ces différentes considérations ne sont pas étrangères aux personnes publiques intervenant dans le domaine des services énergétiques. La gouvernance de ce secteur leur accordant une place très importante, il paraît légitime de s'interroger sur l'apport véritable des mécanismes de partenariat public-privé dans le développement des services énergétiques.

---

[99] Voir : GONCALVES O., « Gestion privée ou publique : quel système de gouvernance pour quelle performance ? », Gestion et management public, Janvier 2013 (Volume 1/n°3), pp. 40-57.

[100] En ce sens : Institut de la Gestion Déléguée (IGD), Gestion directe ou délégation : les conditions de compétition entre les modes d'exécution des services publics, rapport de mai 2004.

[101] En ce sens : GUELTON S., « La gestion des services publics locaux en partenariat public-privé : Une innovation pour assainir les finances locales ? », Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation, Institut de la décentralisation, Institut de la décentralisation, 2015, Financement de l'action publique : modèles, pp. 16-26 ; HOORENS D. et PERETTI M-P., « Les collectivités locales et le partenariat public-privé : la logique financière », in : Partenariat public-privé et développement territorial, Revue d'économie financière, hors-série, 1995, pp. 85-105.

[102] Le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (traité de Maastricht, JOUE n° C 191 du 29 juillet 1992, pp. 0001-0110) fixe des critères de convergence en ce qui concerne la situation des finances publiques. A ce titre, il interdit aux Etats membres d'avoir une dette publique supérieure à 60% du produit intérieur brut (PIB).

[103] En ce sens : HOORENS D. et PERETTI M-P., « Les collectivités locales et le partenariat public-privé : la logique financière », préc.

Cette question n'est pas dépourvue d'enjeu ; son analyse permet de vérifier l'usage qui est fait des instruments juridiques de partenariat dans le secteur de l'énergie et d'en mesurer l'impact tant du point de vue des partenaires que celui de la qualité des services proposés aux usagers. Il s'agira d'apprécier si, dans la gestion des services énergétiques, les partenariats public-privé présentent toutes les qualités qu'ils sont supposés revêtir et s'ils permettent une gestion performante des infrastructures et services concernés.

57- **En définitive, l'analyse devra permettre d'apporter une réponse à la question de savoir si les instruments juridiques de partenariat entre la sphère publique et les acteurs du secteur privé sont adaptés aux enjeux de développement des services énergétiques.**

58- Cette problématique montre d'emblée la complexité et la multiplicité des questions que soulève la démarche partenariale adoptée par les collectivités publiques dans la mise en œuvre de la politique énergétique. Cela résulte tant du caractère multidimensionnel du partenariat public-privé que de la sensibilité de la question énergétique. La conjonction de ces deux facteurs interdit d'adopter une approche mono-focale qui consisterait à appréhender le sujet sous l'unique angle de la législation. Le droit positif servira certes de point d'entrée à la démonstration, mais cela n'exclut pas d'élargir le champ de la réflexion à d'autres éléments d'explication de nature économique, financière ou socio-politique, de sorte à rendre compte de toutes les facettes du domaine étudié.

59- Il convient néanmoins de préciser que cette étude n'a pas vocation à prétendre à l'exhaustivité en raison tant du caractère protéiforme des partenariats public-privé que de la diversité des services énergétiques. Seront dès lors présentés les principaux instruments juridiques de coopération entre la sphère publique et les acteurs du secteur privé susceptibles d'être utilisés dans les différents segments du secteur de l'énergie. Ils n'entretiennent pas tous les mêmes rapports avec les services énergétiques. Certaines formules, comme la concession, sont antérieures au développement du secteur de l'énergie auquel elles ont contribué, comme à celui d'autres domaines économiques. A l'inverse, d'autres instruments sont apparus de manière plus récente et sont spécialement dédiés aux services énergétiques. C'est le cas des contrats de performance énergétique en particulier.

60- Les questions que soulèvent les différentes formules de partenariat public-privé ne sont pas identiques. Certaines ont trait à l'adaptation du cadre juridique par rapport à l'évolution du secteur de l'énergie alors que d'autres mettent l'accent sur la pertinence économique des instruments de partenariat public-privé dans ce domaine. En tout état de cause, il est possible d'affirmer que les mécanismes de partenariat public-privé ont largement contribué au déploiement des services énergétiques, en particulier en ce qui concerne l'équipement du territoire en réseaux d'acheminement. Ils peuvent servir de levier pour la mise en œuvre de la transition énergétique à la condition de l'adaptation de leur cadre juridique.

61- Aussi nous paraît-il pertinent d'articuler notre étude autour de deux parties distinctes. Une première partie procédera à la présentation de l'utilisation originale qui est faite des instruments classiques de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques **(Partie I)**. Par cette expression sont désignés le mécanisme juridique de la concession de service public, d'une part, et la formule de l'économie mixte représentative du partenariat public-privé institutionnel, d'autre part. Cette présentation ne se résumera pas à une simple description du cadre juridique régissant l'utilisation de ces instruments. La réflexion mettra l'accent sur l'analyse critique de l'utilisation qui en est faite et sa pertinence dans le domaine des services énergétiques. La seconde partie de cette étude sera, quant à elle, consacrée à l'utilisation croissante des instruments de partenariat plus récents, en comparaison avec ceux qualifiés de classiques. Elle mettra en exergue le fait que la création de ces nouveaux outils résulte de la volonté des acteurs du secteur de se doter de nouveaux cadres de coopération plus adaptés aux nouveaux enjeux des activités énergétiques. Ces véhicules juridiques de partenariat public-privé sont ainsi largement orientés vers la réalisation de l'objectif de transition énergétique **(Partie II)**. Reste à savoir s'ils remplissent pleinement ce rôle.

PARTIE I : LE RÔLE HISTORIQUEMENT CONSTRUCTIF DES MECANISMES CLASSIQUES DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ DANS LE DEPLOIEMENT DES SERVICES ENERGETIQUES

62- Secteur très particulier, le domaine des services énergétiques est le creuset de divers enjeux économiques, sociaux et environnementaux et soulève également des questions de souveraineté. La conciliation de ces différents impératifs, souvent contradictoires, rend nécessaire une forte présence de la puissance publique qui, dans ce cadre, peut prendre deux formes distinctes et complémentaires. La première est celle où la collectivité publique, État ou entité décentralisée, intervient en tant qu'opérateur par la prise en charge directe de l'activité économique. Quant à la seconde, elle s'analyse en une action de régulation du marché de l'énergie afin d'y concilier le besoin d'une concurrence effective et d'autres impératifs qualifiés d'externalités parce que non spontanément pris en charge par les opérateurs économiques présents sur le marché concerné. Dans les deux hypothèses, la présence de la puissance publique demeure une constante, même si sa prégnance varie suivant le canal qu'elle emprunte.

63- Cependant, cette intervention des personnes publiques dans le domaine des services énergétiques n'a jamais été un obstacle à la présence d'opérateurs privés dans le même secteur. Loin de l'exclure, l'élaboration des règles juridiques encadrant ce domaine a très tôt tenu compte de cette coexistence dont elle a souvent favorisé le développement, notamment sur les segments ouverts à la concurrence. Néanmoins, comme dans d'autres industries en réseaux, l'intervention privée dans le secteur de l'énergie n'a pas été constante et a connu plusieurs fluctuations en fonction des changements politiques et économiques. Si elle a joué un rôle déterminant dans le passé, l'adoption de la loi de nationalisation au lendemain de la seconde guerre mondiale[104] l'a réduite à sa plus simple expression en instaurant un régime de monopole applicable à tous les segments des marchés du gaz et de l'électricité[105]. L'évolution

[104] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.
[105] PONTIER J-M., "Les entreprises locales de gaz et d'électricité", in Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, Annuaire des collectivités locales, Le Moniteur, 2013, pp. 109-123

du cadre juridique national sous l'influence du droit de l'Union européenne a ouvert de nouvelles perspectives et favorisé à nouveau l'intervention d'opérateurs privés dans le domaine des services énergétiques.

64- Le changement de contexte et l'évolution des besoins aidant, les pouvoirs publics ont pris la mesure du phénomène et considèrent les opérateurs privés non plus comme des entités concurrentes, mais comme des collaborateurs dont l'expertise technique et les capacités financières peuvent être mises à contribution pour la mise en œuvre efficace des politiques énergétiques. C'est toute la logique des partenariats public-privé qui, s'ils revêtent des formes nouvelles aujourd'hui, n'en sont pas pour autant une pure innovation. Le recours à des mécanismes classiques de partenariat public-privé encore en vigueur a très tôt été privilégié par rapport aux modes de gestion directe par les organismes publics. C'est le cas de la concession de service public utilisée comme levier dans la politique d'équipement, notamment en matière de développement des réseaux électriques et gaziers ainsi que pour l'exploitation d'unités de production hydroélectrique. C'est ainsi que dès 1906 la loi relative aux distributions d'énergie[106] a organisé cette activité sur la base de la formule concessive mettant en relation les collectivités territoriales avec les entreprises privées gestionnaires des réseaux de distribution. Ce schéma est devenu, depuis l'abandon du régime de la permission de voirie, le seul montage contractuel sur la base duquel cette activité de distribution est exercée lorsqu'elle ne l'est pas sous forme de régie[107]. De la même manière, l'article 1er de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique[108] a placé l'exploitation des centrales hydroélectriques sous le régime de la concession de service public[109].

65- Cependant, l'intervention de la loi de nationalisation[110] a opéré un grand bouleversement sur ce cadre juridique qui jusque-là paraissait stabilisé. Le quasi-monopole qu'elle a mis en place en faveur des deux grands établissements publics, EDF et GDF, a remis en cause l'équilibre des relations contractuelles de partenariat en mettant les collectivités

[106] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[107] PUCCIO P, Le régime des concessions dans les distributions d'énergie électrique, Paris, 1995 ; POLACK R., Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie pour l'établissement des transports d'énergie électrique, Paris, thèse 1919.
[108] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1919, p. 11523.
[109] Il convient de préciser que la concession n'est pas le seul régime d'exploitation des centrales hydroélectriques. Elle concerne les entreprises dont la puissance excède 4500 kilowatts. En deçà de ce seuil, c'est le régime de l'autorisation qui demeure applicable (Art. 2 de la loi du 16 octobre 1919).
[110] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

publiques contractantes dans une situation de dépendance à l'égard de leur concessionnaire obligé. L'évolution récente du contexte économique et de la structuration du secteur de l'énergie n'a pas eu pour effet d'induire un renouvellement déterminant du cadre juridique de la concession qui est resté figé sur ces grandes lignes. Cette insensibilité de l'instrument aux fluctuations auxquelles est sujet son secteur d'application a eu pour conséquence de la rendre anachronique et inadaptée aux nouveaux enjeux du domaine des services énergétiques.

66- Le même constat peut être dressé en ce qui concerne la formule classique de partenariat public-privé à caractère institutionnel. Il postule que des opérateurs privés et des personnes publiques coopèrent au sein d'une structure dotée elle aussi de la personnalité juridique et exclusivement dédiée à la prise en charge de l'activité prévue par son statut. Il s'agit donc d'une structure d'économie mixte dont le capital social est composé de parts privées et publiques. La société d'économie mixte d'énergie en est une parfaite illustration tant au niveau national que local. La transformation du statut juridique d'EDF et de GDF, devenus des sociétés anonymes, et l'intervention des sociétés d'économie mixte locales en matière énergétique en font des acteurs majeurs dans ce secteur même si leur cadre juridique en réduit l'attractivité économique.

67- Ainsi, pour rendre compte de toutes ces problématiques, cette première partie sera articulée autour de deux titres complémentaires. Le premier analysera l'utilisation classique de la formule concessive dans le domaine des services énergétiques. Quant au titre second, il abordera le recours à l'instrument juridique de partenariat public-privé institutionnel.

TITRE I : L'UTILISATION ORIGINALE DE LA FORMULE CONCESSIVE DANS LA GESTION DES SERVICES ÉNERGÉTIQUES :

68- Forme classique de partenariat, la concession a très tôt été utilisée par les entités publiques dans la mise en œuvre des politiques d'équipement et de gestion des services d'intérêt général[111]. La particularité du régime juridique auquel elle est soumise rend nécessaire la détermination d'une définition exacte de la notion permettant d'en tirer les critères d'identification. Dans cette perspective, les évolutions jurisprudentielles et les systématisations doctrinales[112] ont contribué à préciser la notion dont les contours actuels sont cristallisés par le législateur au niveau national et européen[113]. Dès 1916, le commissaire du gouvernement CHARDENET, dans ses conclusions rendues sur l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", définissait la concession comme "l*e contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public"*[114]. De cette définition il ressort qu'en dépit de l'objet commun qu'elle peut partager avec d'autres montages contractuels voisins, la concession s'en distingue par le mode de rémunération du cocontractant de l'administration qui doit être "*substantiellement lié aux résultats de l'exploitation*"[115].

69- Cette formulation laisse une marge d'appréciation au juge et devient d'un maniement difficile dès lors que la perception de redevances sur les usagers peut être assortie d'un prix directement acquitté par l'autorité concédante comme le prévoient l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 [116] et les paragraphes 3 et 4 de l'article 1er de la directive européenne du 31

[111] BESANÇON X., Essai sur les contrats de travaux et de services publics, contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, LGDJ, 1999.
[112] BETTINGER C., La concession de travaux et de service public, Berger-Levrault, "L'administration nouvelle", 1978 ; LIET-VAUX G., "L'identification de la concession de service public", Revue administrative, 1968, p. 715.
[113] LLORENS F., "La règlementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions", Revue marché commun, n° 332, décembre 1989, p. 603.
[114] Conseil d'État, 30 mars 1916, "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", requête n° 59928, Lebon 125.
[115] C.E, 15 avril 1996, "Préfet des Boûches-du-Rhône c/ commune de Lambesc", req. 168325, Lebon
[116] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

mars 2004[117]. En effet, la mise en place d'une "*solidarité financière croissante entre le concédant et le concessionnaire*"[118] dans le cadre des montages concessifs rend inopérant la définition de ces derniers par "*la seule rémunération sous forme de redevance*"[119]. Une précision de ce critère est donc apparue nécessaire ; la jurisprudence va y pourvoir en ayant recours à la notion de risque d'exploitation. Elle postule que la qualification de concession doit être retenue dès lors que le cocontractant de l'administration est soumis à un aléa économique, à un risque d'exploitation[120]. Dans ce cadre, "*rentrent toujours dans la définition de la concession les hypothèses où un prix est payé par l'État en contrepartie des travaux effectués pourvu qu'il n'élimine pas le risque inhérent à l'exploitation* »[121]. Le législateur européen consacre cette interprétation dans sa directive en date du 26 février 2014 et retient que l'attribution d'une concession de travaux ou de service public implique nécessairement le transfert d'un risque d'exploitation au concessionnaire[122]. Il apparait dès lors acquis que le critère du risque d'exploitation est devenu prépondérant dans la définition de la concession et distingue celle-ci du marché public[123].

70- Ainsi identifiée, la formule concessive occupe une place prépondérante dans le domaine des services énergétiques où elle trouve une application assez originale (**Chapitre I**). En effet, elle trouve dans ce secteur un champ d'application très favorable et très étendu couvrant divers segments du marché. Cependant, l'absence d'évolution du cadre juridique de ce mécanisme de partenariat public-privé, en dépit des mutations profondes qui jalonnent le domaine des services énergétiques, a eu pour conséquence de le rendre peu à peu anachronique et inadapté aux nouveaux besoins de ce secteur **(Chapitre II)**.

---

[117] Directive n° 2004/18/CEE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L 134, 30 avril 2004, p. 114
[118] BERGEAL C., conclusions rendues sur l'arrêt C.E., "SMITOM", 30 juin 1999, req. n° 198147, Le bon, AJDA 1999, p. 714.
[119] Idem.
[120] CE, 5 juin 2009, "Société Avenance enseignement et santé", req. N° 298641, Lebon.
[121] Commission européenne, Communication interprétative concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2005)569, final, § 3.1.
[122] Directive européenne n° 2014/23/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, JOUE, 28 mars 2014.
[123] En ce sens : PAULIAT H., "Concession de travaux publics : notion", Dalloz, droit de la construction, 10 octobre 2013, pp. 206-236.

CHAPITRE I : UNE UTILISATION TRANSVERSALE DE LA CONCESSION DANS LA GESTION DES SERVICES ENERGETIQUES

71- La structure du secteur de l'énergie s'apparente à une chaîne composée de plusieurs segments fonctionnellement dissociables. En effet, le marché de l'électricité et celui du gaz regroupent en leur sein diverses activités et font intervenir plusieurs acteurs avec des degrés de liaison variables[124]. Les réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz constituent de véritables monopoles naturels et leur gestion présente toutes les caractéristiques d'un service public[125]. Les rédacteurs de la loi de nationalisation de 1946[126], en recherchant l'unification organique par la création de deux établissements publics à caractère national, n'ont néanmoins pas entendu remettre en cause la forme concessive sous laquelle les lois antérieures avaient placé la gestion et l'exploitation de ces réseaux **(Section 1)**.

72- C'est ainsi que les réseaux de transport et de distribution d'énergie font l'objet de concessions conclues respectivement par l'État et les collectivités territoriales en leur qualité d'autorités organisatrices des réseaux. Les besoins d'une coordination recherchée au niveau national par la loi de nationalisation ont amené les pouvoirs publics à soumettre ces concessions à un régime juridique dérogatoire au droit commun des concessions. En effet, les montages concessifs applicables à la gestion des réseaux d'énergie revêtent un caractère particulier qui se manifeste tant par leur régime d'attribution que par l'organisation des rapports entre autorités concédantes et concessionnaires[127].

73- Le champ d'application des concessions ne se limite pas à la gestion des réseaux de transport et de distribution ; il s'étend également aux activités périphériques telles que l'exploitation d'unités de production énergétique **(Section 2)**. L'exploitation de centrales de production hydroélectrique, que la loi du 16 octobre 1919 soumet au régime de la concession sous réserve d'un seuil de production, en constitue une parfaite illustration[128]. Si l'ouverture à

[124] Le BIHAN GRAF C. et BÉATRIX O., "La nouvelle organisation du marché de l'électricité", AJDA 2011, p. 432.
[125] RICHER L., "Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz", AJDA, 2004, p. 2094.
[126] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, préc.
[127] AUBY J-M., "La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz, dans la loi du 8 avril 1946", CJEG, octobre-novembre 1949, p. 2; NICINSKI S., "À propos des concessions locales de distribution d'électricité. Évitons les surtensions !", AJDA, 2010, p. 1737.
[128] POIRET J., Droit de l'hydroélectricité, Economica, 2004, 2 tomes, 2664 pages.

la concurrence de ce segment du marché de l'énergie n'a pas remis en cause ce système, elle a néanmoins relancé le débat sur la réelle nature juridique de ces montages contractuels et la procédure à suivre pour procéder à leur renouvellement à l'expiration de concessions précédentes[129].

Section I : La concession comme instrument de maillage du territoire en réseaux énergétiques

74- Les réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz présentent toutes les caractéristiques d'une infrastructure essentielle. Cette expression désigne "*une infrastructure assortie ou non de services qui s'y rattachent, dont la nature est complémentaire à une activité économique sur un marché lié mais distinct et que tout nouvel entrant ne peut pratiquement ou raisonnablement dupliquer*[130]*".* Il s'agit d'une facilité qui est indispensable à l'exercice d'une activité économique et c'est aussi une facilité pour laquelle il n'existe ni substitut réel ni substitut potentiel. Ce sont ces deux critères de nécessité et d'unicité, identifiés par Guillaume DEZOBRY, qui en font une facilité essentielle[131]. Cette qualité fait de ces réseaux un élément central du secteur de l'énergie dont la gestion constitue un enjeu majeur dans la mise en œuvre des politiques énergétiques. La satisfaction des besoins des consommateurs en dépend essentiellement[132].

75- Si jadis leur établissement et leur exploitation étaient le fait de régies municipales et d'industriels titulaires de permissions de voirie, l'accroissement des besoins d'investissement a amené les collectivités publiques à avoir recours à la concession pour la gestion des réseaux d'énergie[133]. Elle concerne actuellement deux activités distinctes mais complémentaires qui se sont peu à peu distinguées à la faveur des progrès techniques intervenus dans ce domaine. Il s'agit d'une part du transport d'électricité dont la gestion est confiée par l'État à un

[129] LEMAIRE Ch., Energie et concurrence : Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz, thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique, PUAM, 2003.
[130] LAGER-ANNAMAYER A., La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité, Paris, LGDJ, 2002.
[131] Voir : DEZOBRY G., Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles), Université de Paris 10, thèse, 2007.
[132] MARCOU G., "Le cadre juridique communautaire et national de l'ouverture à la concurrence : contraintes et opportunités pour les collectivités territoriales », Annuaire des collectivités locales, CNRS Éditions, 2007, pp. 9-29.
[133] SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, Éditions Dalloz, Paris, 2014, p. 2096.

gestionnaire unique sous la forme concessive **(Paragraphe 1)**. Cette concession se superpose à celles conclues par les collectivités territoriales en leur qualité d'autorités organisatrices des réseaux de distribution d'électricité et de gaz **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1- La concession de transport d'énergie électrique : une dimension contractuelle réduite

76- Il convient de préciser d'emblée qu'à l'origine la technique de la concession concernait à la fois le transport du gaz et celui de l'électricité qui, au demeurant, étaient soumis à des régimes juridiques identiques sur leurs grandes lignes. En effet, comme pour l'électricité, la loi de nationalisation avait confié le monopole du transport du gaz à un établissement public national, GDF, pour l'exercice de cette activité. Si la loi dite "*Armangaud*" de 1949[134] avait exclu de ce monopole le transport du gaz naturel, elle n'a pas remis en cause le principe de la concession. De la même manière, l'existence d'une possibilité de recours à la procédure d'autorisation pour l'exploitation de certains ouvrages de transport[135] ne concernait pas les ouvrages de transport les plus importants qui, eux, demeuraient soumis au régime de la concession.

77- Toutefois, la tendance qui se dessinait au niveau européen dès l'édiction de la directive européenne du 22 juin 1998[136], et qui s'est confirmée avec celle du 26 juin 2003[137], rendait nécessaire une réforme du système français de transport de gaz. L'abandon du régime de la concession au profit de celui de l'autorisation par l'Espagne et la Belgique et le souci de placer "*les transporteurs français sur un pied d'égalité avec ceux des autres États membres*" ont amené le législateur à suivre le même mouvement[138]. C'est ainsi que l'article 81 de la loi

[134] Loi n° 49-1090 du 2 août 1949 portant modification des articles 8, 46 et 47 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 6 août 1949, p. 7712.
[135] Cette possibilité a été élargie par le décret n° 64-81 du 23 janvier 1964 portant règlement d'administration publique en ce qui concerne le régime des transports de gaz combustible par canalisation, JORF, 30 janvier 1964, p. 1106.
[136] Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998, p. 0001 – 0012.
[137] Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, Journal officiel n° L 176 du 15/07/2003, p. 0057 – 0078.
[138] LOMBART P., "Le nouveau régime juridique du transport de gaz en France", CJEG, 2005, p. 398 ; v. aussi THOUVENIN V., "Vers un nouveau régime du transport du gaz naturel en France", Énergies et matières premières, 3ème trimestre 2002, n° 21, p. 22.

de finances rectificative du 28 décembre 2001[139] a procédé à la résiliation de toute concession de transport de gaz en cours à la date de sa promulgation ; système auquel il substitue celui de l'autorisation. A la différence du régime de concession dans lequel l'Etat était propriétaire des ouvrages construits par le concessionnaire et qui devaient lui revenir gratuitement à la fin du contrat, l'institution du nouveau régime d'autorisation transférait cette propriété au gestionnaire de réseau[140].

78- À partir de cette réforme, le régime de la concession est circonscrit au secteur de l'électricité en ce qui concerne le segment du transport. Apparue au lendemain de la première guerre mondiale, la notion de transport d'électricité s'est construite à la faveur des avancées techniques qui ont permis l'acheminement de l'énergie électrique sur de très longues distances. Prenant en compte ces progrès, une loi du 19 juillet 1922 a modifié celle 15 juin 1906 relative à la distribution d'énergie[141] pour autoriser "*la création de réseaux de transport d'énergie électrique à haute tension*", opérant ainsi un début de distinction par rapport à la distribution avec laquelle il a été longtemps confondu. Le droit européen donne une définition fonctionnelle de l'activité de transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité *"sur le réseau à très haute tension et à haute tension interconnecté aux fins de fourniture à des clients finals ou à des distributeurs, mais ne comprenant pas la fourniture"*[142]. Il s'agit uniquement d'une activité de réseau débarrassée de l'aspect commercial auquel elle était jadis associée. L'objet de la concession y afférente est légalement déterminé **(A)** et les rapports entre les parties au contrat sont organisés tant par les stipulations contractuelles que par les dispositions règlementaires **(B)**.

[139] Loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001, portant loi de finances rectificative pour 2001, JORF du 29 décembre 2001.
[140] La loi de 2001 précitée prévoyait que les concessionnaires de transport de gaz devenaient propriétaires des ouvrages de transport en contrepartie du versement à l'État d'un prix de cession défalcation faite de l'indemnité que devait percevoir les premiers au titre du dommage causé par la résiliation anticipée de la concession. (Article 81).
[141] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[142] Art. 2, paragraphe 3 de la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, concernant les communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54/CE.

A- L'identification de l'objet de la concession de transport d'électricité

79- Le code de l'énergie opère une présentation assez exhaustive de l'objet de la concession de transport d'électricité. Aux termes de l'article L. 321-1 de ce code, il s'agit d'un contrat conclu entre l'État et le gestionnaire unique du réseau public de transport d'électricité. Contrairement au droit commun des concessions où le concessionnaire est désigné à la suite d'une mise en concurrence, le gestionnaire du réseau de transport d'électricité fait l'objet d'une désignation législative en raison du monopole dont il bénéficie dans l'état actuel du droit. En effet, l'article L.111-40 du code de l'énergie dispose que le gestionnaire du réseau "*est la société issue de la séparation juridique, réalisée en application de l'article L. 111-7, entre les activités de transport et les activités de production et de fourniture de l'entreprise dénommée « Electricité de France* ». Cette société prend actuellement la dénomination de "Réseau de Transport d'Électricité" (RTE) filiale dont le capital est entièrement détenu par EDF[143]. Cette filialisation est le résultat de l'évolution intervenue dans l'organisation interne de la société anonyme EDF sous l'influence du droit européen, notamment pour se conformer à l'obligation d'opérer une séparation, au moins sur le plan de la gestion, entre l'activité de gestion des réseaux et celles de production et de fourniture[144]. Estimant sans doute, comme l'y invitait le Haut Conseil pour le secteur public, que "*face à des mutations inéluctables, il vaut mieux agir que subi*r"[145], le législateur français a opté pour une séparation juridique. Destinée à "*prévenir les pratiques discriminatoires ou de forclusion visant à empêcher ou rendre plus difficile l'accès des tiers aux réseaux en garantissant l'indépendance des gestionnaires de réseaux"*[146], cette option s'est traduite par la création de la société RTE qui se substitue aux droits, titres et obligations auparavant détenus par EDF en sa qualité de concessionnaire du réseau de transport de l'électricité[147]. Les

[143] Article 7 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004, p. 14256.
[144] L'article 14 de la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative aux règles communes du marché intérieur de l'électricité dispose : « *Dans le cas où un gestionnaire de réseau indépendant a été désigné, un propriétaire de réseau de transport qui fait partie d'une entreprise verticalement intégrée est indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport* ». ; Voir : CHARBIT N., "Le droit nouveau de l'énergie: la transposition des directives électricité et gaz en France", Recueil Dalloz, 2000, p. 463.
[145] Haut Conseil pour le secteur public, Les services publics en réseaux, rapport 1998, p. 107.
[146] ECKERT G. et KOVAR J-P, "Entreprises publiques : ouverture à la concurrence des services publics en réseau", Répertoire du droit européen, septembre 2011.
[147] Articles 9 et 10 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, préc.

documents de la concession définissent à la fois le support du service concédé **(1)** et l'étendue des prestations à la charge du concessionnaire **(2)**.

1. Le support du service concédé

80- La loi de nationalisation est restée muette sur l'éventualité de la modification du périmètre des concessions de transport désormais confiées à EDF. La volonté de les unifier dans le cadre d'une concession unique s'est néanmoins manifestée assez tôt et s'est traduite par un décret du 28 novembre 1956 approuvant le cahier des charges type du réseau d'alimentation générale (RAG)[148]. Intervenu deux ans plus tard, le cahier des charges d'application fixait le périmètre de la concession à l'ensemble du territoire métropolitain français[149]. Utilisant la notion de "réseau de transport d'électricité", la loi du 10 février 2000[150] en réduit le périmètre initial en le définissant comme "l*e réseau métropolitain continental"*, à l'exclusion des territoires insulaires comme la Corse[151].

81- À l'instar du périmètre de la concession, la consistance du réseau concédé fait elle aussi l'objet d'une détermination législative. L'article L. 321-4 du code de l'énergie précise que le réseau de transport d'électricité est constitué, d'une part, par l'ensemble des ouvrages exploités par le gestionnaire du réseau de transport à la date du 11 août 2004 et, d'autre part, par les ouvrages de tension supérieure ou égale à 50 KV qui sont créés sur le territoire métropolitain continental ou transférés à partir de cette date. Faisant reposer la définition du réseau de transport d'électricité sur le critère de la tension et du rôle des ouvrages concernés, le législateur en exclut néanmoins trois catégories d'ouvrages. Il s'agit des lignes directes dont la construction est soumise à un régime d'autorisation[152], des ouvrages des concessions de distribution aux services publics et des ouvrages qui ont fait l'objet d'un déclassement.

82- Si la nature juridique des ouvrages composant le réseau de transport d'électricité paraissait ne pas devoir susciter d'interrogations particulières, la transformation d'EDF et de

[148] Décret n° 56-1225 du 28 novembre 1956, JORF du 4 décembre 1956, p. 11562.
[149] Article 1er du Cahier des charges d'application conforme au cahier des charges type, 28 novembre 1958.
[150] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143.
[151] Pour des raisons techniques liées à sa situation géographique, la Corse est connectée au réseau continental via l'Italie. Voir : Pierre SABLIÈRE, Droit de l'énergie, préc., p. 2111.
[152] Art. 34 de la directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, préc.; Art. 343-1 du code de l'énergie.

ses filiales en sociétés anonymes à partir de 2004[153] soulève la question de savoir si de tels ouvrages continuent à avoir la qualité d'ouvrages publics[154]. La nature désormais privée de RTE, propriétaire du réseau de transport conformément à l'article 4 de la loi du 10 novembre 1997[155], pouvait dans le silence de la loi amener à adopter une solution identique à celle retenue par le Conseil d'État dans son avis "*Adelée*" du 11 juillet 2001 concernant les ouvrages de France Télécom[156]. La question s'est posée dans les mêmes termes concernant les biens détenus par Aéroport de Paris à la suite de sa transformation en société anonyme. Pour éviter toute ambigüité, le législateur avait adopté une disposition indiquant de manière expresse que demeuraient des ouvrages publics les biens "*affectés au service public aéroportuaire*" nonobstant la nature privée de leur propriétaire[157]. La lecture de cette disposition combinée avec l'analyse de certaines solutions jurisprudentielles révèle que "*la notion d'ouvrage publique n'est pas rebelle à la propriété privée*"[158]. Dès lors qu'ils sont exclusivement affectés au service public de l'électricité, la nature privée du propriétaire n'est pas rédhibitoire et ne fait pas obstacle à la qualification des équipements constitutifs du réseau de transport en ouvrages publics[159]. La nature du réseau de transport et la place centrale qu'il occupe dans l'organisation du secteur de l'électricité soumettent le gestionnaire du réseau à des obligations particulières qui se manifestent par la nature particulière des prestations assurées par ce dernier.

---

[153] Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n° 185 du 11 août 2004, p. 14256. L'article 24 de cette loi dispose : « *Electricité de France et Gaz de France sont transformés en sociétés dont l'Etat détient plus de 70 % du capital. Sauf dispositions législatives contraires, elles sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes ».*

[154] En ce sens : SABLIÈRE P., "Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ?", AJDA, 2005, p. 2324.

[155] Loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 du 10 novembre 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, JORF n° 262 du 11 novembre 1997, p. 16387.

[156] Suite à la transformation de France Télécom en société anonyme par la loi du 26 juillet 1996, le Conseil d'État considère que, "*quelles que soient les dates auxquelles ils ont été entrepris et achevés, les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Télécom ne présentent plus, depuis le 31 décembre 1996, le caractère d'ouvrages publics*" (CE, avis n° 229486 du 11 juillet 2001 "Adelée", JORF n° 199 du 29 août 2001, p. 13843) ; voir, Cartier BRESSON A., "Les ouvrages de France Télécom n'ont plus la qualité d'ouvrages publics", AJDA 2012, p. 1964; CABANES A., "La nature des ouvrages de France Télécom", Les Petites affiches, 10 octobre 2002, n° 203, p. 16.

[157] Art. 2 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports ; voir BRACONNIER S., "La situation des aéroports français après les réformes de 2004 et 2005/ Premier Bilan", RJEP, avril 2009, pp. 3-9 ; BRISSON J-F, "L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires", AJDA, 2005, p.1835.

[158] LOGÉAT C., Les biens privés affectés à l'utilité publique, thèse Rennes I, 2009, p. 24.

[159] CE, 10 juin 1994, "Commune de Cabourg", req. N° 141633, Rec. Lebon ; voir, MELLERAY F., "Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité", RFDA, 2010, p. 572 ; GUYOMARD M, "Ouvrage public et service public de l'électricité", Conclusions sur CE, 29 avril 2010, "M et Mme Béligaud", RFDA, 2010 p. 557 ; GRABARCZYK K., "L'ouvrage public appartenant à une personne privée", AJDA, 2011, p. 2269.

2. La nature des prestations assurées par le concessionnaire du transport d'électricité

83- La lecture combinée des articles L.121-1 et suivants et L. 321-6 du code de l'énergie permet de mesurer l'étendue des prestations assurées par le concessionnaire du réseau de transport d'électricité. À l'analyse, les missions qui lui sont dévolues par le législateur sont indissociables du service public de l'électricité dont elles sont une composante faisant ainsi participer le gestionnaire du réseau de transport à la mise en œuvre de la politique énergétique.

84- Si la loi de nationalisation a mis en place un service public de l'électricité et du gaz, elle s'est abstenue d'en donner une définition. La dynamique d'ouverture à la concurrence exige cependant de fixer les contours de ce service public et de clarifier les missions des opérateurs qui en ont la charge[160]. Dans cette perspective, l'article 1er de la loi du 10 février 2000 dispose que le service public de l'électricité "*doit garantir l'approvisionnement en électricité l'ensemble du territoire*"[161]. Cette définition laconique, qualifiée de "*ligne Maginot*"[162], a par la suite été précisée en y intégrant tous les maillons de la chaine de valeur énergétique[163].

85- Au titre des activités de réseau, l'article L.321-6 du code de l'énergie dispose que " *Le gestionnaire du réseau public de transport exploite et entretient le réseau public de transport d'électricité. Il est responsable de son développement…*". Cette mission de gestionnaire du réseau de transport et les obligations qu'elle engendre étaient auparavant contenues dans le cahier des charges de la concession qui constitue l'autre volet de la convention conclue en 1958 entre l'État et EDF, ce qui leur conférait une simple valeur contractuelle ou, tout au plus, règlementaire. En les reprenant dans la loi du 10 février 2000, le législateur leur confère par la même occasion une valeur législative et une portée dépassant l'effet relatif des contrats[164].

[160] En ce sens : QUILICHINI P., "La modernisation du service public de l'électricité", Les Petites Affiches, 31 octobre 2000, n° 217, p. 10.
[161] Art. 1er de la loi n° 2000-18 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF du 11 février 2000, p. 2143.
[162] RICHER L., "La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public", AJDA, 20 mars 2000 p. 239.
[163] FIQUET A., "Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics : l'exemple de l'électricité", AJDA, 1998, p. 864.
[164] En ce sens : CHEBEL-HORSTMANN N., La régulation du marché de l'électricité, L'Harmattan, 2006, p. 132.

Néanmoins, cette reprise législative n'épuise pas l'objet des cahiers des charges qui continuent de préciser les conditions dans lesquelles le gestionnaire du réseau de transport doit accomplir sa mission.

86- Concrètement, cette mission se décline doublement : il s'agit, d'une part, d'assurer la desserte rationnelle du territoire national et l'interconnexion avec les pays voisins et, d'autre part, d'assurer le raccordement et l'accès non discriminatoire au réseau de transport. La directive européenne du 13 juillet 2009 encourageait les États membres à veiller à la mise en place d'un système d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution d'électricité[165]. Cela se traduit au niveau national par les contrats conclus entre le gestionnaire du réseau de transport d'électricité et les utilisateurs de ce réseau prévus par l'article L. 111-91 du code de l'énergie[166]. Ces conventions fixent les conditions d'accès au réseau de transport et de son utilisation ainsi que les conditions de leur tarification. Il s'agit donc d'une obligation à la charge du concessionnaire du réseau de transport qui ne peut y opposer un refus que sur le fondement de critères objectifs et non discriminatoires. Ces derniers doivent être exclusivement liés aux impératifs de l'accomplissement adéquat des missions de service public et "*des motifs techniques tenant à la sureté et à la sécurité du réseau*"[167]. L'exécution de cette mission est placée sous le contrôle de la Commission de régulation de l'Énergie (CRE) et de son comité de règlement des différends, le CORDIS, en cas de contentieux relatif à l'accès au réseau[168].

87- Le concessionnaire du réseau de transport d'électricité est donc chargé du raccordement des producteurs et des consommateurs au réseau qu'il gère, mais également de la connexion avec les réseaux de distribution et de l'interconnexion avec les réseaux des autres pays européens. Le développement du réseau apparaît dès lors comme un aspect central de sa mission générale. À ce titre, il a compétence pour effectuer tous travaux d'extension qu'il juge utiles compte tenu de l'état de l'offre et de la demande existantes sur le marché et

---

165 Article 32.1 de la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JOUE n° L 211 du 14 août 2009, p. 55.

166 RICHER L., "Droit d'accès et service public", AJDA, 2006, p.73.

167 Code de l'énergie, article L. 111-93 paragraphe I.

168 L'article L.134-19 du code de l'énergie dispose que le CORDIS peut être saisi en cas de différend entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité… « *Ces différends portent sur l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation, notamment en cas de refus d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats mentionnés aux articles L. 111-91 à L. 111-94, L. 321-11 et L. 321-12* ». Voir : GRANJON R. et LEPÉE J., "Le raccordement au réseau électrique et son contentieux", Actualité juridique des collectivités territoriales, 2012, p. 24.

des hypothèses raisonnables à moyen terme de l'évolution de la production, de la consommation et des échanges d'électricité sur les réseaux transfrontaliers. Ces travaux font l'objet d'une programmation et donnent lieu à un schéma décennal de développement du réseau de transport soumis systématiquement à l'examen de la commission de régulation de l'énergie[169].

88- Cette programmation à moyen et long terme se cumule avec celle établie à court terme. En effet, responsable de l'équilibre permanent des flux d'électricité sur le réseau, le gestionnaire doit être en mesure d'établir une programmation précise et d'opérer, en temps réel, l'ajustement des injections et des soutirages d'énergie sur le réseau. Cette tâche est assurée par la mise en œuvre de programmes d'appel et de programmes d'approvisionnement établis par les producteurs et par les organismes en charge de la fourniture d'électricité aux clients finals. Ils portent sur les quantités que ces opérateurs prévoient de livrer au cours de la journée suivante[170]. Cette programmation prend dès lors une importance particulière dans l'exercice des missions du concessionnaire du réseau de transport[171].

89- En contrepartie des obligations découlant de sa mission, le gestionnaire bénéficie d'un certain nombre de prérogatives qu'il peut faire valoir dans ses rapports avec les usagers du réseau de transport d'électricité mais également dans sa relation avec l'autorité concédante.

B- L'organisation des rapports entre le gestionnaire du réseau et l'autorité concédante

90- Si la dimension légale et règlementaire est présente dans tous les contrats administratifs, son poids varie en fonction des secteurs concernés. En matière de transport d'électricité, elle prend une place prépondérante **(1)** justifiant l'étendue du contrôle exercé par la puissance publique pour en garantir le respect **(2)**.

[169] Art. L. 321-6 du code de l'énergie.
[170] Art. L. 321-9 du code de l'énergie.
[171] Voir *infra*., § 843-846.

1. La prédominance de la dimension légale et règlementaire

91- L'analyse de la concession du réseau de transport d'électricité va dans le sens de la confirmation de l'acception selon laquelle "*tout n'est pas contractuel dans le contrat*"[172]. En effet, s'il matérialise l'accord de volontés entre l'État et la société concessionnaire, l'acte de concession demeure soumis à un grand nombre de prescriptions découlant des dispositions légales et règlementaires applicables au secteur de l'énergie. La situation des parties au contrat de concession n'est pas exclusivement régie par les stipulations contractuelles. Un important volet réglementaire y pourvoit également et conditionne aussi bien la situation du gestionnaire de réseau de transport en en déterminant les droits et obligations que les rapports qu'il entretient avec l'autorité concédante et les usagers du réseau[173].

92- Si l'encadrement du secteur de l'énergie a initialement été assuré de manière exclusive par le législateur national, il l'est de plus en plus par l'œuvre des instances européennes. La place du droit de l'Union européenne n'a cessé de s'accroître notamment avec la dynamique d'ouverture des services publics à la concurrence[174]. Concernant la concession de transport d'électricité, le droit de l'Union européenne s'en saisit par un double mouvement : d'abord au titre de l'encadrement spécifique de ce secteur et ensuite par l'harmonisation des règles de la commande publique, ce qui ne manque pas d'avoir des incidences sur les relations contractuelles qui se lient dans ce secteur. La réglementation européenne sur les conditions d'accès aux réseaux d'énergie en constitue une parfaite illustration. Le règlement européen du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité[175] introduit des obligations nouvelles à la charge du concessionnaire du réseau de transport et du concédant. Étant d'effet direct dans l'ordonnancement juridique interne[176], ses prescriptions s'imposent au gestionnaire du réseau et à l'autorité concédante et prévalent sur

[172] DURKHEIM E., De la division du travail social (1893), PUF, 1930, coll. « Quadrige », 1998, p. 189.
[173] SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, préc.
[174] Voir : KOVAR J-P., "Rapport entre le droit communautaire et le droit national", RTD eur., 2004, p. 583 ; voir aussi, ARNOULD J., "Les contrats de concession, de privatisation et de services "in house" au regard de règles communautaires", RFDA, 2000, p. 2.
[175] Règlement n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003, JOUE n° L 211 du 14 août 2009, pp. 115-35.
[176] Conseil d'État, 22 décembre 1978, "Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux", req. n° 97730, Lebon 1978.

les dispositions des cahiers des charges de concession de transport qui doivent s'y conformer[177].

93- À l'échelle nationale également la dimension légale et réglementaire occupe une place déterminante dans l'organisation des rapports entre le concessionnaire et l'autorité concédante. Il en va ainsi de la détermination de la mission et des obligations du gestionnaire du réseau de transport d'électricité. Initialement contenues de manière exclusive dans le cahier des charges type de la concession, elles font désormais l'objet d'une détermination législative. L'article 14 de la loi du 10 février 2000[178], repris par les articles L.321-6 et suivants du code de l'énergie énumérant les obligations à la charge du concessionnaire, confère à celles-ci un caractère impératif échappant au pouvoir de modification des parties au contrat de concession révélant ainsi les limites de la liberté contractuelle. Les stipulations de la convention de concession et des cahiers des charges ne peuvent dès lors que les préciser sans pour autant pouvoir les remettre en cause[179]. D'ailleurs, cette absorption de l'objet contractuel par la fonction législative a pu être considérée comme un facteur d'inefficacité de l'action des cocontractants de l'administration dans les secteurs économiques[180].

94- La prégnance de la dimension légale et règlementaire apparaît notamment dans la procédure de détermination des tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité par une autorité administrative indépendante, la Commission de régulation de l'énergie. Dans ce cadre, la redevance perçue sur les usagers du réseau de transport par le concessionnaire n'est pas le résultat d'une négociation entre les cocontractants ; elle est fixée par une autorité administrative qui met en œuvre les méthodes de calcul déterminées par la loi et précisées par le règlement conformément aux articles L. 341-2 et suivants du code de l'énergie[181]. La même orientation législative concerne les créances de l'autorité concédante sur son concessionnaire qui à l'égard de ce premier n'est tenu qu'au paiement de la redevance due pour l'occupation du domaine public de l'État par les ouvrages qu'il exploite et dont les modalités de calcul et

[177] Voir : BERLIN D., "L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises", RTD eur., 1991, p. 379.
[178] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143.
[179] PICARD É., "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-elle un droit fondamental ?", AJDA, 1998, p. 651.
[180] En ce sens : CAILLOSSE J., "Le droit administratif contre la performance publique", AJDA, 1999, p. 195.
[181] ORSONI G., "Le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité", TRD com., 2012, p. 733.

d'acquittement sont prévues par une loi du 1er août 1953[182]. Le sort des biens de la concession est également fixé par le législateur qui, en les plaçant dans le patrimoine du concessionnaire, les insère dans la catégorie des biens de reprise[183].

95- Prolongeant l'action du législateur qu'il a vocation à mettre en œuvre et à préciser, l'exercice du pouvoir réglementaire a lui aussi des incidences directes sur l'organisation des rapports entre les parties à la concession de transport d'électricité. La loi du 15 juin 1906 relative à la distribution d'énergie prévoyait déjà l'intervention de décrets et d'arrêtés portant sur les obligations du concessionnaire et les modalités du contrôle du concédant. Il convient d'abord de rappeler que ces rapports ont initialement été organisés sur la base d'un cahier des charges type approuvé par un décret du 28 novembre 1956[184]. Le cahier des charges d'application élaboré par les parties devait lui être conforme, ce qui traduit la prédominance de la dimension réglementaire sur les documents contractuels de la concession de transport d'électricité[185]. La même obligation subsiste encore aujourd'hui avec le décret du 23 décembre 2006 approuvant le nouveau cahier des charges type de la concession de transport[186]. Organisant leurs rapports mutuels, les prescriptions légales et réglementaires déterminent également la nature et l'étendue du contrôle auquel est soumis le concessionnaire dans l'exercice de sa mission de gestionnaire du réseau de transport d'électricité.

2. L'étendue du contrôle public sur le gestionnaire du réseau de transport

96- Si le contrôle du pouvoir adjudicateur sur son cocontractant est inhérent au contrat administratif, il prend une dimension particulière dans le cadre de la concession du réseau de

[182] Loi n° 53-661 du 1er août 1953 fixant le régime des redevances dues pour occupation du domaine public par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité et de gaz, JORF du 2 août 1953, p. 6784 ; voir CARRON A., "Quelques aspects de l'occupation des voies publiques par les ouvrages de distribution d'électricité et de gaz", CJEG, 1950, p. 3.

[183] "*Les ouvrages du réseau d'alimentation générale en énergie électrique sont réputés constituer la propriété d'Électricité de France depuis que la concession de ce réseau lui a été accordée"*, article 4 de la loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, JORF du 11 novembre 1997 ; voir. SABLIÈRE P., "La restructuration du bilan financier d'EDF en 1997", CJEG, 1998, p.89.

[184] Décret n° 1956-1225 du 28 novembre 1956 approuvant le cahier des charges type du réseau d'alimentation général, JORF du 4 décembre 1956.

[185] SABLIÈRE P., " Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation générale en énergie électrique », CJEG, mars 1995, p. 87.

[186] Décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006 approuvant le cahier des charges type de la concession du réseau de transport d'électricité, JORF du 30 décembre 2006, p. 20021 ; voir SABLIÈRE P. "La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité", AJDA, 2009, p. 462.

transport d'électricité. Deux raisons complémentaires expliquent cette singularité. La première tient au fait que le mécanisme de la concession implique la mise en œuvre d'un contrôle accru de l'autorité concédante sur son concessionnaire, même si ce pouvoir n'a pas pour conséquence d'engendrer une immixtion du premier dans la gestion du second[187]. Il ne pourrait en être autrement dans la mesure où le service concédé relève en dernier lieu de la responsabilité de l'autorité qui en a attribué la concession. "*Ainsi, c'est bien parce que l'administration délègue une partie de son activité à une personne privée qu'elle se doit de maintenir un droit de regard sur l'exploitation du service public opérée par le délégataire*"[188]. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs ce pouvoir de contrôle de l'administration sur son cocontractant comme un principe général du droit des contrats administratifs au même titre que le pouvoir de sanction et celui de modification unilatérale dont il est en réalité le préalable[189]. Il serait dès lors applicable même en l'absence d'une clause contractuelle qui le prévoit[190].

97- Quant à la seconde raison justifiant la singularité du contrôle de l'État sur le gestionnaire du réseau de transport d'électricité, elle tient à la particularité du secteur concerné et à la place centrale qu'occupe ce réseau dans la mise en œuvre de la politique énergétique et à sa fonction transversale[191]. En effet, en dehors du cadre général posé principalement par la jurisprudence et systématisé par la doctrine, un certain nombre de textes organisent les relations entre les cocontractants dans les secteurs particuliers avec une tendance à l'accroissement des pouvoirs de contrôle de l'administration sur son cocontractant. Dans le domaine du transport d'électricité, les dispositions du code de l'énergie relatives au contrôle du gestionnaire du réseau vont dans ce sens et soumettent ce dernier à des sujétions particulières en termes d'information de l'autorité concédante. La proximité entre la société

[187] Conseil d'État, 18 juillet 1930, "Compagnie des chemins de fer PLM et autres.", RDP, 1931, p. 141.
[188] ROBLOT-TROIZIER A., "Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration sur son cocontractant", RFDA, 2007, p. 990.
[189] BÉNOIT F.-P., *Le droit administratif français*, Paris Dalloz, 1968, n° 1175, p. 652.
[190] Georges PÉQUIGNOT considère par exemple que "*dans tous les contrats administratifs, l'administration possède un certain droit de contrôle qui est, pour elle, un droit originaire (...). Il existe même dans le silence du contrat. Le contrat peut éventuellement l'organiser ; il ne peut le supprimer. Le droit de contrôle est d'ordre public et de l'essence même du contrat administratif*", Théorie générale du contrat administratif, Paris, Pédone, 1945, p. 310 ; dans le même sens, FOLLIOT-LALLIOT L., "Exécution du contrat administratif, pouvoirs de l'administration", J-Cl. Administratif, 2000, fac. 614, n° 81.
[191] BOUNNEAU C., DERDEVET M et PERCEBOIS J., Les réseaux électriques au cœur de la civilisation industrielle, Timée-Éditions, 2007.

RTE, filiale de l'entreprise publique EDF majoritairement détenue par l'État[192], et l'autorité concédante est un facteur de facilitation de ce contrôle[193].

98- Concrètement, le contrôle sur le gestionnaire du réseau de transport d'électricité est exercé à un double titre : d'une part, par l'État en sa qualité d'autorité concédante et d'autre part, par la Commission de régulation de l'énergie dans sa mission générale de régulation du secteur. Il revêt des degrés différents selon l'autorité qui l'exerce et selon l'objet.

99- Concernant le contrôle exercé par l'autorité concédante sur le concessionnaire du réseau de transport d'électricité, le législateur en a fixé le cadre général précisé et complété par le cahier des charges de la concession. "*Il s'exerce principalement grâce aux informations que le concessionnaire doit communiquer à l'autorité concédante*"[194] *a priori* ou *a posteriori* selon l'objet sur lequel il porte. Le contrôle préalable concerne principalement les documents techniques élaborés par le gestionnaire du réseau de transport et qui sont soumis au contrôle du ministre chargé de l'énergie. Il en est ainsi des règles de sûreté pour l'exploitation du réseau. Élaborées par la société gestionnaire du réseau de transport, ces règles techniques nécessitent l'approbation du ministre de l'énergie pour entrer en vigueur et être opposables conformément aux dispositions de l'article 28-I du cahier des charges de la concession du réseau de transport d'électricité. De la même manière, le cahier des charges prévoit en son article 33 qu'en cas d'incident de grande ampleur sur le réseau, le plan de reconstitution élaboré par le gestionnaire du réseau doit être communiqué et mis à la disposition du ministre chargé de l'énergie. En l'absence de précision sur les implications de cette "*mise à disposition*", cette obligation doit être interprétée comme impliquant la possibilité pour le ministre chargé de l'énergie de s'y opposer ou de le réformer dans le cadre de son pouvoir de contrôle et de direction. Mais dans ce cas, ce pouvoir ne serait-il pas constitutif d'une immixtion dans la gestion du concessionnaire ?

100- En plus de ce contrôle *a priori,* l'autorité concédante, par l'intermédiaire du ministre chargé de l'énergie, doit être tenue informée, en cours d'exécution du contrat, de l'ensemble des évènements de nature à remettre en cause la sûreté de l'exploitation du réseau concédé et

[192] Au 31 décembre 2015, la part de l'Etat dans le capital social du groupe EDF s'élevait à 84,9%. Source : Site officiel d'EDF https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/finance/informations-financieres/l-action-edf/structure-du-capital .
[193] Voir sur ce point : DOREAU J., *Rapports de l'État et du concessionnaire en matière de transport de force*, Paris, Imprimerie du Montparnasse, thèse, 1928, 225 p.
[194] SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, préc., p. 2115.

la continuité du service. C'est ainsi que le cahier des charges de la concession met à la charge du gestionnaire de réseau une obligation d'alerter le ministre en charge de l'énergie dans les cas qu'il détermine. Il s'agit notamment des cas d'insuffisance des services-systèmes ou des réserves[195], d'incidents affectant l'intégrité du réseau de transport[196] et enfin de la gestion des délestages par le gestionnaire du réseau de transport conformément au dernier alinéa de l'article 32 du cahier des charges[197].

101- Cette "obligation d'alerte" ne fait pas obstacle à ce que le ministre chargé de l'énergie mette en œuvre les pouvoirs d'enquête qui lui sont reconnus par le code de l'énergie. L'article L. 142-5 de ce texte prévoit en effet que cette autorité a un droit d'accès à la comptabilité de toute entreprise exerçant dans le secteur de l'électricité et du gaz "*ainsi qu'aux informations économiques, financières et sociales nécessaires*" à sa mission de contrôle. Dans l'exercice de celle-ci, le ministre de l'énergie peut habiliter des agents publics à procéder à des enquêtes, dans les conditions fixées par le législateur, en vue de constater les manquements commis par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité.

102- L'exercice de ce pouvoir de contrôle peut conduire l'autorité concédante à prononcer des sanctions administratives en cas de défaillance du gestionnaire du réseau de transport d'électricité. Celles-ci prennent généralement la forme de sanctions pécuniaires dont les modalités de calcul sont déterminées par l'article L. 142-32 du code de l'énergie. L'intérêt de cette forme de sanction réside dans sa fonction dissuasive en touchant aux finances du concessionnaire défaillant sans pour autant remettre en cause la continuité du service concédé. Il n'en va pas de même d'un autre type de sanction bien plus lourde consistant, après mise en demeure, à prononcer la déchéance du concessionnaire. Il s'agit d'une sanction exceptionnelle en raison des conséquences qu'elle induit. Elle implique de mettre fin au contrat aux torts du concessionnaire et la reprise en régie de l'activité de transport d'électricité. Cette résiliation-

[195] Art. 27 III du cahier des charges de la concession du réseau de transport d'électricité.
[196] Art. 31 du cahier des charges.
[197] Prévu par l'article 32 du cahier des charges de la concession du réseau de transport d'électricité, le délestage consiste pour le gestionnaire à suspendre *« l'alimentation de tout ou partie des réseaux publics de distribution et des consommateurs directement raccordés au réseau public de transport* » en cas d'impossibilité d'assurer l'équilibre des flux. C'est une manœuvre permettant de rétablir l'équilibre entre la quantité d'électricité produite et injectée dans le réseau et celle effectivement soutirée par les consommateurs afin d'éviter le « black-out », c'est-à-dire l'effondrement de l'ensemble du réseau électrique. Elle a été notamment utilisée par le gestionnaire du réseau de transport le 4 novembre 2006 en raison d'un important déséquilibre entre la production et la consommation suite à une erreur d'exploitation sur le réseau européen des gestionnaires de réseau de transport d'électricité (REGRT-E).

sanction prévue par l'article 40 du cahier des charges de la concession ne peut être prononcée qu'en cas de faute grave du concessionnaire, notamment dans l'hypothèse où celui-ci contreviendrait de manière durable ou répétée aux prescriptions du cahier des charges, en particulier celles relatives à la sécurité et à la sûreté[198].

103- Le contrôle exercé par l'autorité concédante se cumule avec celui mis en œuvre par la Commission de régulation de l'énergie. Veillant en "*particulier à ce que les conditions d'accès au réseau de transport d'électricité n'entravent pas le développement de la concurrence*"[199], l'instance de régulation exerce principalement son contrôle sur les schémas et programmes établis par le gestionnaire du réseau pour en apprécier la cohérence avec la politique énergétique dans son ensemble et pour en sanctionner les distorsions dans la mise en œuvre[200].

104- Un contrôle similaire est exercé sur les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité et de gaz, segment du marché de l'énergie qui présente plusieurs points communs avec l'activité de transport. Leur confusion initiale et leur encadrement par une même loi, celle de 1906, illustrent leur connexité et la proximité des problématiques que soulève leur gestion.

Paragraphe II : La concession de distribution d'énergie : une liberté contractuelle limitée

105- Le souci de précision commande de distinguer l'activité de distribution publique d'énergie de celle de distribution aux services publics. D'un point de vue fonctionnel, cette dernière s'analyse comme une activité intermédiaire entre le transport d'électricité et la distribution publique. Cette distinction était d'ailleurs faite par une circulaire du 4 juillet 1923 qui présentait la différence de contenu "*entre le rôle de fournisseur au détail d'énergie assuré par un concessionnaire de distribution publique d'énergie, celui de fournisseur en gros assuré par un concessionnaire de distribution d'énergie aux services publics et celui d'un concessionnaire de transport qui assure, pour le compte des clients utilisant de grandes*

[198] Voir : SUBRA de BIEUSSE P., « Le conditions de la déchéance d'un délégataire de service public", AJDA, 2006, p. 1221.
[199] Art. L. 131-1, alinéa 2 du code de l'énergie.
[200] La CRE exerce un contrôle accru sur le schéma décennal de développement du réseau et approuve le programme annuel d'investissement, documents qui lui sont impérativement soumis pour leur validation, cf. Art. L. 321-6 du code de l'énergie.

puissances, le transport de l'énergie"[201]. Le cadre de l'activité n'est donc pas identique et les bénéficiaires sont également différents.

106- En conférant aux collectivités territoriales, notamment aux communes, la compétence de délivrer les concessions de distributions publiques dans les limites de leurs territoires, la loi du 15 juin 1906[202] a entendu réserver le cas où le service dépassait ce cadre local. En effet, dès lors qu'il s'agit d'alimenter les services publics ou les distributions locales elles-mêmes, la compétence revient à l'Etat pour en consentir la concession. Cette "*Étatisation*", qui se justifiait par "*l'intérêt des services publics dont il convient d'assurer la marche même en cas d'opposition des communes*"[203], n'a pas été remise en cause par la loi de nationalisation de 1946, ce qui ne saurait surprendre. Son domaine d'application demeure néanmoins très réduit et la loi du 9 août 2004 l'a figé dans son *statu quo*[204]. Dès lors, il ne subsiste actuellement sur le territoire métropolitain français que quatre concessions de distribution d'électricité aux services publics couvrant au total 638 communes[205].

107- Ces concessions sont toutes délivrées par l'État en sa qualité d'autorité concédante, contrairement aux concessions de distribution publique pour lesquelles cette compétence appartient aux collectivités territoriales. Celles-ci l'exercent de manière effective même si leur liberté contractuelle est doublement contrainte : d'une part du point de vue du choix de leur concessionnaire (**A**) et d'autre part sous l'angle du contenu de leurs conventions (**B**).

[201] Circulaire du 4 juillet 1923, citée par Pierre SABLIERE, Droit de l'énergie, préc.
[202] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[203] Circulaire du ministre des travaux publics du 3 août 1908 portant envoi du règlement du 3 avril 1908.
[204] Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n° 185 du 11 août 2004, p. 14256. L'article 37 de cette loi, repris à l'article L. 324-2 du code de l'énergie, dispose qu'à partir de sa date de publication "*il ne peut être créé de nouvelles concessions de distribution d'électricité aux services publics sur le territoire métropolitain continental*".
[205] Il s'agit de la concession délivrée à Électricité de Strasbourg, filiale d'EDF depuis 1954 (374 communes) ; celle de l'Usine d'électricité de Metz (23 communes) ; celle de la SICAE Raycendrecourt en Haute-Marne (191 communes) et celle de la SICAE de Saint-Martin de Londres dans l'Hérault (50 communes).; voir à ce propos SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, préc. pp. 2119-2121.

A- Un concessionnaire prédésigné

108- Les directives européennes de 2009 définissent la distribution comme l'activité de transport de l'électricité et du gaz à travers les réseaux "*aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture*"[206]. Comme pour le transport, le législateur européen opte pour une définition purement technique de la distribution d'énergie en opérant une dissociation avec la fourniture et son aspect commercial. L'article 6 de la loi du 15 juin 1906 relative aux distributions d'énergie a désigné les collectivités territoriales comme les autorités organisatrices des réseaux de distribution dont elles délèguent la gestion[207]. La loi de nationalisation de 1946 n'a pas remis en cause cette compétence locale mais, en désignant les deux établissements publics EDF et GDF et les entreprises locales de distribution comme les seuls gestionnaires des réseaux de distribution, elle a fortement limité la marge de manœuvre des autorités concédantes[208]. Elle sert de fondement au monopole (2) dont bénéficient les gestionnaires de réseaux de distribution qui, en l'état actuel du droit, sont désignés sans mise en concurrence préalable (1).

1. L'absence de mise en concurrence pour l'attribution des concessions de distribution

109- Le droit commun des délégations de service public met à la charge des pouvoirs adjudicateurs l'obligation de mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence pour le choix de leur concessionnaire. Conformément à l'alinéa 2 de l'article L.1411-1 du code général de collectivités territoriales, "*les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat*". Cependant, même si elles répondent aux critères d'identification des délégations de service public, les concessions de distribution d'énergie échappent à cette obligation de mise en concurrence

[206] Directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (Art. 2 § 5) ; Directive n° 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (Art. 2 § 5).

[207] « *La concession d'une distribution publique d'énergie est donnée soit par la commune ou par le syndicat formé entre plusieurs communes, si la demande de concession ne vise que le territoire de la commune ou du syndicat, ou par le département dans l'étendue de celui-ci, soit par l'Etat dans les autres cas* », loi du 15 juin 1906 relative aux distributions d'énergie, préc. (Art. 6).

[208] En ce sens : MAUGÜÉ C., "Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs", AJDA, 1998, p. 694.

dans l'état actuel du droit. Si cette exclusion trouve ses fondements dans le droit interne, sa conformité au droit de l'Union européenne ne relève pas de l'évidence et est source de controverses.

110- Sous l'angle du droit interne, l'absence de mise en concurrence dans le choix du gestionnaire du réseau de distribution d'électricité et de gaz a pu être fondée sur deux arguments principaux. Le premier, n'a plus qu'un intérêt historique et découlait du statut initial de GDF et d'EDF qui, jusqu'à la loi du 9 août 2004, revêtaient la forme d'établissements publics[209]. L'application des règles internes de mise en concurrence étaient dès lors exclue conformément aux dispositions du b) de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales[210]. Cependant, l'actuel statut d'Enedis et de GRDF, devenues des sociétés anonymes, rend l'argument tiré de la disposition précitée totalement inopérant.

111- Le second argument justifiant l'absence de mise en concurrence des concessions de distribution d'énergie est également tiré du code général des collectivités territoriales dont l'article L.1411-12 dispose que les procédures prévues aux articles précédents ne sont pas applicables aux délégations de service public "*lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise*"[211]. Dès lors que les articles L. 111-52 et L.111-53 du code de l'énergie désignent Enedis et GRDF et les entreprises locales de distribution comme les gestionnaires de réseau, on peut en déduire que le législateur a octroyé un monopole à ces distributeurs et que l'exception prévue par le CGCT trouve à s'appliquer[212]. L'appréciation de l'existence d'un monopole demeure toutefois plus délicate dans ce segment du marché en raison de la présence des distributeurs non nationalisés (DNN) aux côtés de l'opérateur national et l'analyse de la jurisprudence relativement récente du Conseil constitutionnel et celle des juridictions administratives amène à conclure à l'absence de monopole en matière de distribution.

---

[209] Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, préc. et son décret d'application n° 2004-1223 du 17 novembre 2004.

[210] Cet article prévoit en effet que les procédures de mise en concurrence prévues par les articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne trouvent pas à s'appliquer "lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société".

[211] CGCT article 1411-1 a).

[212] TERNEYRE Ph., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", AJDA, 2009, p. 1642.

112- Le Conseil constitutionnel a exclu l'existence d'un monopole au profit de l'entreprise GDF en se fondant, entre autres considérations, sur l'existence des entreprises locales de distribution. La haute juridiction considère en effet que "*les activités de distribution ont été confiées non seulement à Gaz de France, mais aussi à des distributeurs non nationalisés par la loi du 8 avril 1946 ; que, depuis la loi du 13 juillet 2005 susvisée, ces activités sont ouvertes, en dehors des zones de desserte historique de ces opérateurs, à la concurrence de l'ensemble des entreprises agréées*"[213]. Il en conclut que l'opérateur national ne peut dès lors pas être regardé comme bénéficiant d'un monopole. Au même titre que l'ouverture à la concurrence de la distribution des communes situées en dehors des zones de desserte historique[214], la présence des entreprises locales de distribution constitue donc un argument allant dans le sens d'une négation de l'existence d'un monopole en matière de distribution de gaz[215].

113- Concernant la distribution d'électricité, le tribunal administratif de Poitiers a abondé dans le même sens que la juridiction constitutionnelle dans un jugement rendu le 29 juin 2005[216]. Dans cette décision, le juge administratif considère que même si l'entreprise locale de distribution d'électricité est la seule habilitée à intervenir dans sa zone de desserte, la rédaction de la loi de nationalisation "*laisse subsister la possibilité théorique d'une candidature d'ED*F" pour l'obtention de la concession concernée[217]. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'une commune dotée d'un distributeur non nationalisé renonce en fin de concession à cette forme de gestion pour la confier à l'opérateur historique. Dans ce cadre, l'absence de monopole rend inopérant l'exception posée par l'article L. 1411-12 du CGCT, au moins en ce qui concerne les DNN et c'est pour cette raison que le tribunal administratif a requis la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence.

---

[213] Conseil constitutionnel, décision du 30 novembre 2006 préc.

[214] L'article 2224-31-3 du CGCT dispose: "Les communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes qui ne disposent pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation peuvent concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet par le ministre chargé de l'énergie, dans les conditions précisées à l'article 25-1 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 précitée. Ces communes et ces établissements peuvent créer une régie agréée par le ministre chargé de l'énergie, avoir recours à un établissement de ce type existant ou participer à une société d'économie mixte existante".

[215] CONTE R., "Petite histoire de l'évolution jurisprudentielle en matière de "monopole" de concession de distribution d'énergie électrique", CJEG, 1958, p. 1.

[216] Tribunal administratif de Poitiers, "Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres", 29 juin 2005, req. n° 0401875.

[217] RICHER L., note sur TA de Poitiers, 29 juin 2005, "Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres", AJDA, 2006, p. 481.

114- La solution retenue dans cette affaire concernant une entreprise locale de distribution n'est toutefois pas transposable à l'opérateur national Enedis qui se trouve dans une situation particulière. Sa zone de desserte historique est préservée et ne peut être convoitée par un autre distributeur. Si elle peut théoriquement concurrencer les DNN dans leur zone de desserte historique, son intervention demeure exclusive dans la sienne. En effet, "*il résulte de la loi du 8 avril 1946 et de la loi du 10 février 2000 que seule EDF peut être désignée comme GRD par les collectivités, à l'exception des réseaux exploités par les entreprises locales de distribution. Ainsi, lors du renouvellement du contrat de concession, EDF ne peut pas être mise en concurrence avec d'autres acteurs*"[218]. Ce droit d'intervention exclusive pourrait s'analyser en un monopole excluant ainsi la mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence prévues pour l'attribution des délégations de service public.

115- Quel que soit le fondement que l'on invoque en droit interne pour l'exclusion de la mise en concurrence, le système français pose actuellement la question de sa conformité au droit de l'Union européenne. De prime abord, la désignation des gestionnaires des réseaux de distribution opérée par la loi française n'est que la traduction de la faculté laissée par le droit européen aux autorités nationales, telle qu'elle résulte de l'article 24 de la directive du 13 juillet 2009 précitée. Sur ce point, il faut signaler une différence notoire entre la directive sur l'électricité et celle concernant le marché intérieur du gaz. Pour le gaz, l'article 4 de la directive 2009/73/CE fait obligation de fixer des critères objectifs et non discriminatoires pour la désignation du gestionnaire de réseau, ce qui implique la mise en œuvre de procédures de mise en concurrence ou, à tout le moins, des mesures de publicité[219]. La formulation d'une telle obligation est absente de la directive du même jour concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Peut-on pour autant en déduire que l'autorité nationale peut discrétionnairement procéder à la désignation des gestionnaires de réseaux sans mise en concurrence préalable ?

[218] Document remis par EDF à l'AMF en vue de l'ouverture d'une partie du capital d'EDF, cité par la FNCCR, Quel mode de gestion pour les services publics locaux de l'électricité, Livre blanc de la FNCCR, p. 54.

[219] Le paragraphe 2 de cet article dispose que "lorsque les États membres ont un système d'autorisation, ils fixent des critères objectifs et non discriminatoires que doit respecter l'entreprise qui sollicite une autorisation pour construire et/ou exploiter des installations de gaz naturel ou qui sollicite une autorisation pour fournir du gaz naturel"; voir DIEU F., "La soumission à la concurrence des conventions de délégation du service public de distribution du gaz", Bulletin juridique des contrats publics, 2006, n° 46, pp. 165-170.

116- La réponse à cette question ne peut qu'être nuancée au regard tant des directives sectorielles que du droit primaire européen. Au-delà de savoir si la durée des concessions actuellement en cours répond aux conditions d'efficacité et d'équilibre économique posées par la directive susvisée[220], l'enjeu porte principalement sur la compatibilité du système mis en place par le législateur national avec le droit primaire issu directement du traité sur le fonctionnement de l'union européenne[221]. Suivant une jurisprudence constante de la CJUE, les procédures de passation des contrats à objet économique des pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les principes fondamentaux du traité qui ont vocation à s'appliquer même en l'absence de texte le prévoyant[222]. C'est en application de ce principe que dans l'affaire "*Coname*" du 21 juillet 2005 la Cour de justice a considéré que "*les articles 43 et 49 CE s'opposent ... à l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion du service de distribution du gaz… si cette attribution ne répond pas à des exigences de transparence*".

117- Appréciée à l'aune de cette jurisprudence, l'absence de mise en concurrence pour l'attribution des concessions de distribution d'énergie apparaît incompatible avec les principes de transparence et de non-discrimination issus du droit primaire européen[223]. Cette position paraît d'ailleurs partagée par le juge national et se reflète dans une décision du tribunal administratif de Caen en date du 15 novembre 2005, affaire dans laquelle le juge administratif a écarté l'exception prévue par l'article L. 1411-12 du CGT jugée incompatible avec les objectifs de non-discrimination fixés par la directive européenne[224].

---

[220] NICINSKI S., "La délégation de service public et le temps", AJDA, 2013, p. 1441.
[221] Voir : HAMON F., "Les monopoles des services publics français face au droit communautaire : le cas d'EDF et GDF", Dalloz, 1993, p. 91.
[222] Voir CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, aff. C-324/98, AJDA 2001. 106, note L. Richer ; CJCE 21 juil. 2005, Coname, aff. C-231/03, BJCP 2005, n° 43, p. 446, concl. C. Stix-Hack.
[223] En ce sens BERNARD J., "L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence Telaustria ?", JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 octobre 2009, p. 1961 ; SABLIÈRE P., "La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz, Contrats publics, n° 88 mai 2009, p. 28 ; TERNEYRE Ph., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", AJDA, 2009, p. 1642.
[224] Tribunal administratif de Caen, 15 novembre 2005, "Préfet de l'Orne", req. n° 0500196 : AJDA 2006, p. 267 ; BJDCP n° 45, mai 2006, p. 124, concl. F. Cheylan ; voir DREYFUS J-D, "note sur le jugement "Préfet de l'Orne", AJDA, 2006, p. 267 ; DIEU F., "La soumission à la concurrence des conventions de délégation du service public de distribution du gaz", préc.

2. Les fondements du droit exclusif en faveur des distributeurs d'énergie

118- L'organisation du système français de la distribution d'énergie présente des particularités que les différentes réformes intervenues depuis la loi de nationalisation n'ont pas remises en cause. Fixant le régime de la distribution d'énergie, la loi du 15 juin 1906 avait mis en place un système caractérisé par une pluralité d'acteurs exerçant l'activité de distribution sous le contrôle des collectivités territoriales détentrices de la compétence d'organisation des réseaux de distribution dont elles gardent la propriété. Ne remettant pas en cause le caractère local de ce service public et le régime de la concession, la loi de nationalisation a néanmoins modifié les contours de ce segment.

119- Elle opère un transfert de l'ensemble des droits et obligations des entreprises nationalisées aux deux établissements publics nationaux EDF et GDF qui deviennent les concessionnaires obligés des autorités organisatrices des réseaux[225]. Il faut néanmoins préciser que l'opération de nationalisation n'a pas un caractère général et absolu. En matière de distribution elle a exclu de son champ les communes qui, à la date de publication de la loi, avaient déjà mis en place une structure locale en charge de cette activité, qu'elle soit sous forme de régie, de société d'économie mixte locale, de coopérative d'usagers ou encore de société d'intérêt collectif agricole (SICAE)[226]. Concrètement la société ERDF (devenu Enedis) assure "*95% de la distribution en termes d'énergie facturée ou de populations concernées*", les 5% restant étant assurés par les entreprises locales de distribution[227]. Plus que celle de monopole, l'expression "*duopole*"[228] ou "*quasi-monopole*"[229] reflète mieux la réalité du système ainsi mis en place.

[225] AUBY J-M., La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz, dans la loi du 8 avril 1946, CJEG oct.-nov. 1949.
[226] Si les structures de distribution d'électricité étaient nombreuses en zone urbaine au lendemain de la première guerre mondiale, elles étaient quasi inexistantes en milieu rural. C'est dans ce cadre que des agriculteurs se sont regroupés pour constituer des SICAE assurant la fonction de distributeur d'électricité. C'est le cas notamment de la SICAE-Oise créée en 1920, de celle de Soissons sud créée la même année et de Soissons Nord mise sur pied deux ans plus tard. Voir à ce sujet : PONTIER J-M., "Les entreprises locales de gaz et d'électricité", in *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Annuaire des collectivités territoriales, 2013, pp. 109-123.
[227] Selon le rapport BELOT du 4 juin 2013, les distributeurs non nationalisés assurent la distribution de 5,4% de l'énergie électrique totale facturée, ce qui concerne 3,2 millions de consommateurs répartis sur 2800 communes. (Sénat, rapport n° 623 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur « les collectivités territoriales : mobiliser les sources d'énergies locales »).
[228] RICHER L., note sur tribunal administratif de Poitiers, 29 juin 2005, "Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres", req. n° 0401875 et 0401995, AJDA 2006, p. 481.

120- Le système français de distribution d'énergie repose sur un droit exclusif d'exploitation des réseaux au profit de chaque distributeur d'énergie dans sa zone de desserte[230]. Dans ce cadre, les gestionnaires des réseaux de distribution font l'objet d'une désignation législative. Tel est l'objet de l'article 18 de la loi du 10 février 2000 aujourd'hui codifié à l'article L. 111-52 du code de l'énergie aux termes duquel Enedis et les distributeurs non nationalisés sont les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'énergie. "*Même si la formule n'est pas totalement franche, il faut indiscutablement comprendre qu'EDF, aujourd'hui sa filiale ERDF, et les distributeurs non nationalisés (DNN) sont les seuls gestionnaires de ces réseaux*"[231]. Un droit exclusif identique est établi dans la distribution du gaz concernant GrDF et les entreprises locales de distribution conformément à l'article L. 111-53 du code de l'énergie. Ainsi, en dehors des cas où l'activité de distribution est assurée en régie, les collectivités territoriales organisatrices des réseaux se trouvent-elles dans l'obligation d'en concéder la gestion à un "concessionnaire obligé", législativement désigné.

121- Cette désignation législative paraît d'ailleurs conforme au droit de l'Union européenne dont l'état actuel de la législation permet aux États membres de procéder à cette désignation, ce qui participe à la légitimation du quasi-monopole institué par le législateur national. En effet, l'article 24 de la directive européenne en date du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité dispose que "*les États membres désignent ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner, pour une durée à déterminer par les États membres en fonction de considérations d'efficacité et d'équilibre économique, un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution*".

122- L'état actuel du droit positif soulève néanmoins deux questions fondamentales relatives d'une part à la constitutionnalité de ce système de quasi-monopole et de l'obligation ainsi faite aux collectivités territoriales et, d'autre part, à la conformité du mode de désignation du gestionnaire de réseau au droit primaire européen.

---

[229] Rapport de Christian BATAILLE sur la loi NOME, rapport n° 2122 enregistré à l'Assemblée nationale le 1er février 2000.
[230] Voir : SCANVIC F., "Le système français de distribution publique d'électricité", AJCT, 2011.
[231] *Idem*.

123- La question de la constitutionnalité du dispositif mis en place par le législateur a pu être soulevée à un double titre. Elle porte d'abord sur l'existence du monopole dont bénéficient les distributeurs d'électricité et de gaz dans leurs zones de desserte respectives. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel apporte une réponse favorable à l'existence de ce monopole. Par une interprétation extensive de l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946[232], le juge constitutionnel laisse une large marge de manœuvre au législateur pour la création ou le maintien de monopoles. C'est l'idée qui se dégage du considérant 14 de sa décision du 30 novembre 2006 aux termes duquel "*si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise"*[233]. Il apparaît dès lors qu'en marge des cas prévus par la Constitution, le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appropriation publique d'une activité ou l'institution d'un monopole pour son exercice, sous réserve toutefois de ne pas porter une atteinte excessive au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre[234]. Cette solution rendue à propos l'activité de GDF est transposable concernant le marché de l'électricité.

124- En outre, il a pu être soutenu que l'obligation faite aux collectivités territoriales de concéder le service public de la distribution d'énergie méconnaissait le principe constitutionnel de libre administration des collectivités décentralisées. Posé par l'article 72 de la Constitution, ce principe postule que les collectivités territoriales ont entière liberté dans l'organisation et l'exercice des services publics relevant de leur compétence[235]. En matière de distribution d'énergie, il impliquerait que les autorités locales puissent confier la gestion de leurs réseaux de distribution au concessionnaire de leur choix ; *l'intuitu personae* constitue d'ailleurs une des caractéristiques traditionnelles de la relation concessive[236].

---

[232] "*Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité",* Article 9 du préambule de la Constitution de 1946.

[233] Conseil constitutionnel, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 relative à la loi sur le secteur de l'énergie, AJDA, 2007, p. 192, note MARCOU G.

[234] Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, "Loi de nationalisation", cons. 20, GDCC, 15 e éd., 2009, n° 23 ; GAJC, 12 e éd., 2007, n° 2.

[235] Aux termes de l'article 72, alinéa 3 de la constitution, *"dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences".*

[236] CE, 30 octobre 1936, "Sibille" : "Considérant que le contrat présente le caractère d'une concession, qu'il implique en raison de sa durée et de la complexité de son mécanisme la nécessité de tenir compte de la personnalité du concessionnaire". Ce principe a été plusieurs fois rappelé par la haute

125- Cependant, en ce domaine, les autorités concédantes demeurent totalement dépourvues de cette liberté de choix et ne peuvent entrer en relation contractuelle qu'avec leur concessionnaire obligé que ce soit l'opérateur national (Enedis ou GRDF) ou une entreprise locale de distribution pour celles qui en sont dotées. La conformité de ce système au principe constitutionnel de libre administration a néanmoins été reconnue par la juridiction constitutionnelle dans sa décision du 30 novembre 2006 précitée. En l'espèce, la haute juridiction reconnait que le dispositif contesté s'analyse effectivement en une limitation de la libre administration des collectivités territoriales, mais que celle-ci trouve sa justification dans les considérations techniques qui motivent son adoption par les pouvoirs publics. Cette justification réside dans la "*nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution*"[237]. Ce point du raisonnement est lui aussi parfaitement transposable à la distribution d'électricité comme en témoigne le rapport public annuel 2013 de la Cour des comptes sur la distribution d'électricité qui reprend les mêmes justifications concernant le monopole d'ERDF[238].

126- La pertinence des considérations d'intérêt général retenues par les deux juridictions pour justifier la limitation de la libre administration des collectivités territoriales s'avère cependant discutable et appelle deux remarques. La première tient au fait que la péréquation voulue par le législateur n'est pas inéluctablement subordonnée à l'institution d'un régime monopolistique. En effet, " *l'existence de la péréquation ne dépend pas d'un monopole, mais de contraintes, parfois juridiques, obligeant l'entreprise à réaliser la péréquation*"[239]. En d'autres termes, l'existence d'une pluralité d'entreprises concurrentes sur un même segment du marché ne fait pas obstacle à la mise en place d'une politique de péréquation. Dans cette configuration, il appartiendrait au législateur de mettre en place des mécanismes de

---

juridiction (CE, 14 février 1975, "Epoux Merlin", req. n° 93132, CJEG 1975, p. 128 ; CE, 12 mars 1952, "Commune de Saugues", CJEG 1968, p. 80 ; CE, 23 juillet 1993, Compagnie Générale des Eaux, Lebon, p. 226), voir DUFAU Jean, "Les concessions de service public", Le Moniteur, 1979, p. 53 et s.

[237] Conseil constitutionnel, décision du 30 novembre 2006 pré., considérant n° 31.

[238] Selon la Cour des comptes, "*le maintien du monopole légal d'ERDF, dans sa zone de desserte, sur la distribution de l'électricité a été voulu en raison des avantages qu'il présente : une exploitation unifiée du réseau assurant une optimisation des coûts et, surtout, une péréquation tarifaire permettant à tous les consommateurs de bénéficier du même tarif d'acheminement sur l'ensemble du territoire*", Rapport public annuel 2013, p. 4.

[239] ROUSSEAU D., "Étude relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie", mars 2012, p. 7, disponible sur le site web du Comité de Liaison des Energies Renouvelables (CLER): http://www.cler.org/IMG/pdf/Etude_Rousseau.pdf.

péréquation des prix. Ces derniers pourraient consister à l'instauration d'un tarif unique de fourniture du service proposé quel qu'en soit le coût réel ou la zone géographique concernée.

127- Ce système dit du « tarif timbre-poste » s'applique actuellement aux distributeurs d'énergie en situation de monopole dans leur zone de desserte et il ne paraît pas y avoir de raison technique déterminante faisant obstacle à ce qu'il soit applicable à plusieurs structures concurrentes de distribution. Il suffirait à cette fin que la réglementation leur impose l'obligation d'appliquer un prix unique sur la totalité du territoire en prévoyant, le cas échéant, la mise en place d'un fond de péréquation destiné à couvrir les charges inhérentes à cette obligation de service public. Qui plus est, des considérations induites par la dynamique concurrentielle peuvent, même en l'absence d'obligation légale, amener différentes entreprises concurrentes sur un même segment à pratiquer des prix relativement similaires sur l'ensemble du marché concerné.

128- A l'inverse, l'existence d'un opérateur unique sur un marché ne garantit pas une péréquation effective. En l'absence d'obligations légales lui imposant la prise en charge de cette externalité, une entreprise peut décider de pratiquer des tarifs différents selon les zones desservies en prenant en compte les coûts réels. L'exemple du marché de distribution d'eau potable est à ce titre très illustratif et reflète les écarts de prix entre zones géographiques, et ce même lorsque c'est le fait d'une même entreprise bénéficiant d'une position déterminante sur le marché[240]. Dans ce cadre, il convient de conclure à l'absence de lien de subordination unissant la péréquation au monopole. Dès lors que *« plusieurs entreprises peuvent très bien assurer une péréquation tarifaire, et qu'une seule entreprise peut, à l'inverse, ne pas assurer de péréquation tarifaire* »[241], l'argument tarifaire tendant à légitimer la situation de monopole doit être écarté[242].

129- La seconde remarque est relative à la cohérence du réseau de distribution qui n'est pas tributaire de l'existence d'un gestionnaire unique contrairement à l'argument retenu par le

[240] A propos des écarts de prix sur ce marché, voir : BARON C., Société civile et marchandisation de l'eau. Expériences internationales, Presses universitaires de Mirail, n° 64, 2005 ; site internet de l'association Activ'eau, « Pourquoi les prix de l'eau diffèrent entre communes ? », http://www.activeau.fr/pourquoi-prix-different-entre-commune-ou-ville ; ELNABOULSY J. C. « Organisation, Management, and Delegation in the French Water Industry », *Annals of public and cooperative economics,* vol. *72* (4), 2001, pp.507-547

[241] ROUSSEAU D., "Étude relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie", préc., p.7.

[242] Voir *infra*, § 968-971.

Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 novembre 2006[243]. Elle dépend plutôt des niveaux de cohérence établis par les pouvoirs publics, notamment le régulateur, et qui ont vocation à s'imposer à tous les intervenants sur le réseau. D'ailleurs, la diversité des intervenants sur les réseaux de distribution d'énergie n'est pas exclue par le législateur et apparaît à travers le partage de la maîtrise d'ouvrage entre le gestionnaire de réseau et l'autorité concédante. En effet, certains travaux sur le réseau de distribution relèvent de la responsabilité de la collectivité publique concédante alors que d'autres doivent être assurés par le concessionnaire[244]. Dans cette configuration, la cohérence du réseau n'est pas subordonnée à la présence d'un unique intervenant. Elle est assurée par des mécanismes de coordination entre maîtres d'ouvrages pour déterminer les actions à mener sur le réseau et en assurer la cohérence. C'est toute la logique des conférences départementales de l'énergie destinées à servir de cadre de programmation de l'exploitation des réseaux[245]. La mise en place de ce mécanisme institutionnel de coordination est censée permettre la gestion cohérente des réseaux d'énergie malgré la diversité des intervenants. Dans ce cadre, il n'est pas aberrant de conclure que l'existence d'une diversité d'acteurs ne fait pas obstacle à la cohérence du réseau à la condition de prévoir des mécanismes de coordination et de programmation. Là également ce sont les contraintes juridiques qui sont déterminantes et non la structure monopolistique du segment concerné.

130- Le régime actuel de la distribution d'énergie se caractérise par une liberté contractuelle très limitée des collectivités publiques concédantes dont la manifestation dans le choix du cocontractant se prolonge à travers l'absence de marge de manœuvre dans la détermination du contenu de leurs conventions.

[243] Conseil constitutionnel, décision n° 2006-543 DC : La « *limitation de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France*… » (considérant n° 31).
[244] Voir *infra*, § 218-226.
[245] Voir *infra*, § 243-249.

B- L’absence de marge de manœuvre dans la gestion du service public de la distribution d’énergie

131- L’article 6 de la loi du 15 juin 1906 relative aux distributions d’énergie place la gestion de cette activité sous le régime de la concession. Ce régime qui est resté constant dans son principe a été interprété comme faisant obstacle à ce que les autorités locales, organisatrices du service public de la distribution puissent le gérer directement. Sauf quelques exceptions, le choix du mode de gestion de ce service public échappe donc à leur pouvoir de décision **(1)**. À cette limitation de la liberté dans la détermination du mode de gestion de la distribution d’énergie s’ajoute celle relative à la détermination du contenu du contrat de concession et des obligations mutuelles des parties **(2)**.

1. L’absence de liberté dans le choix du mode de gestion

132- Les limites de la liberté contractuelle des parties aux contrats de concession de distribution d’énergie se manifestent déjà dans l’absence de choix des autorités organisatrices de réseaux dans le mode de gestion de ce service public. Les termes utilisés par le législateur suggèrent que le service public de la distribution d’énergie ne peut être directement géré en régie, mais seulement sous le régime de la concession. Le paragraphe I de l’article L. 2224-31 du CGCT dispose en effet que “*...les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz ... négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions”.* La qualification d’autorités concédantes expressément retenue par le législateur semble exclure la possibilité pour les autorités organisatrices des réseaux de distribution d’exercer directement cette compétence par leurs propres services.

133- Cependant, cette conclusion doit être écartée en ce qui concerne la situation des collectivités territoriales dotées de distributeurs non nationalisés. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d’État qu’aucune règle ni principe juridique ne fait obstacle à ce qu’une collectivité territoriale ayant confié la gestion de son réseau de distribution d’énergie à un

distributeur non nationalisé puisse, en fin de concession, reprendre cette activité en régie directe. "'*Il résulte de ces dispositions* (Article 23 de la loi du 8 avril 1946) *que les communes dont les services de distribution possèdent la forme d'une société d'économie mixte à participation publique majoritaire, d'une régie municipale ou d'un service analogue peuvent librement choisir, entre ces différentes solutions, les modalités de gestion et d'organisation desdits services*"[246]. Cette faculté ne concerne dès lors que les zones couvertes par les distributeurs non nationalisés, ce qui ne concerne que 5% du territoire métropolitain.

134- Pour les 95% restant du territoire, le régime de la concession demeure obligatoire et revêt un caractère irréversible[247]. C'est d'ailleurs pour préserver cette zone d'intervention exclusive de l'opérateur national que le juge du Palais royal précise que les dispositions de la loi de nationalisation "*font obstacle à ce qu'à l'occasion d'un changement dans le mode de gestion de la distribution d'électricité d'une commune, le périmètre géographique couvert par l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 soit étendu*"[248], prévenant ainsi d'éventuels contentieux liés à la volonté de remunicipalisation de cette activité.

135- Les collectivités concernées se voient dépourvues d'une liberté qui, dans d'autres secteurs, leur est reconnue, ce qui ajoute au paradoxe de la gestion de ce segment du marché de l'électricité et du gaz[249]. La supériorité qualitative de la gestion déléguée en ce domaine par rapport à la gestion en régie n'a pas fait l'objet d'une étude comparative et n'a jamais été véritablement établie. En la matière, les rares régies communales ou intercommunales existantes enregistrent des résultats à la hauteur de ceux des distributeurs dont la gestion de l'activité leur est confiée sur une base concessive[250]. Toujours est-il que, malgré le changement de contexte, les considérations ayant amené le législateur à organiser la distribution d'énergie sous le régime quasi exclusif de la concession n'ont pas fait l'objet d'un

[246] Conseil d'État, 27 novembre 2002, "SICAE de la région de Péronne", req. n° 246764, AJDA 2003. p. 575.
[247] Voir TERNEYRE Ph., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", préc. ; NICINSKI S., "À propos des concessions locales de distribution d'électricité : évitons les surtensions !", préc. ; "La délégation de service public : un modèle à repenser ?", ENA, rapport du groupe n° 9 de la promotion 2007-2009, 2009, p. 29.
[248] Conseil d'État, 27 novembre 2002, "SICAE de la région de Péronne", req. n° 246764, préc.
[249] TESTE P., Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique : Étude de jurisprudence, Dalloz 1940, 457 p.
[250] TERNEYRE Ph., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", préc.

débat de fond et continuent à servir de fondement à la négation de la liberté des collectivités territoriales dans le choix du mode de gestion du service public de la distribution d'énergie[251].

136- Cette restriction de la liberté de choix des autorités organisatrices des réseaux publics de distribution est d'autant moins concevable que la réversibilité des modes de gestion constitue, dans d'autres secteurs, un élément d'équilibrage des rapports mutuels entre partenaires. L'appréhension pour un concessionnaire de ne pas bénéficier du renouvellement du contrat le liant à l'autorité concédante en fin de concession a généralement pour effet de s'assurer de la bonne gestion du service concédé et pourrait être constitutif d'un levier efficace de négociation en faveur des collectivités concédantes[252]. Suivant les conclusions de l'étude menée par l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD), malgré les difficultés liées notamment à la réappropriation des compétences techniques, "*certaines (collectivités territoriales) au moins souhaitent aussi pouvoir revenir ultérieurement sur leur choix si, à l'expérience, les résultats ne paraissent pas satisfaisants, et pouvoir ainsi faire pression sur le délégataire dans le cas où elles ont délégué*"[253]. D'ailleurs selon un sondage organisé par la même structure, la majorité des acteurs interrogés considèrent que la réversibilité, c'est à dire " *le droit de dénoncer à tout moment le contrat et de faire marche arrière*", apparait comme un facteur de légitimité de la gestion déléguée[254]. En tout état de cause, l'état actuel du droit ne reconnait pas cette faculté à la majorité des autorités concédantes des réseaux de distribution d'énergie. En outre, celles-ci disposent d'une marge de manœuvre très limitée concernant la détermination du contenu des contrats les liant avec leur concessionnaire.

2. L'absence de maîtrise du contenu des contrats de concession de distribution

137- À l'instar de la concession du réseau de transport d'électricité, les concessions de distribution d'énergie n'ont jamais été exclusivement régies par les clauses contractuelles. Là également la dimension légale et réglementaire occupe une place très importante et conditionne fortement la structuration des rapports entre partenaires. L'accentuation de cette

[251] AUBY J-M., "La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946", CJEG, 1949, p. 2.
[252] GREP-UNSPIC, *Performance**s** des services publics locaux, analyse comparative des modes de gestion*, Litec, 1990.
[253]BABUSIAUX C. (sous la direction de), "Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?", IGD, Rapport 2005, p. 42.
[254] *idem*.

dimension a abouti à une "*quasi-disparition de la liberté contractuelle*"[255] des autorités concédantes dans l'organisation de leurs relations avec leur concessionnaire. Il faut néanmoins remarquer que la tendance actuelle est à la reconquête de cette liberté au profit des collectivités territoriales sous l'effet de divers facteurs[256].

138- L'évolution du statut juridique des cahiers des charges des concessions de distribution est assez révélatrice de l'encadrement de la liberté contractuelle dans ce domaine. L'adoption d'un cahier des charges type par décret en conseil d'État[257] a eu pour effet de placer les collectivités organisatrices des réseaux de distribution dans un lien de subordination puisque les cahiers des charges de leurs concessions devaient être conformes aux dispositions de celui élaboré au niveau national, toute dérogation devant être autorisée par décret[258]. Cela impliquait concrètement une absence totale de marge de manœuvre des autorités concédantes qui, dépourvues des attributions que confère généralement cette compétence, se sont peu à peu désintéressées de son exercice.

139- La consécration du principe d'autonomie des collectivités territoriales par les lois de décentralisation de 1982[259] allait amorcer une redéfinition du cadre juridique des cahiers des charges. La libre administration des collectivités territoriales faisait désormais obstacle à la prédétermination étatique de leurs rapports avec leurs partenaires. C'est ainsi que les collectivités territoriales représentées par la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR) ont entamé des négociations avec l'entreprise EDF pour définir conjointement un modèle de cahier des charges applicables aux concessions de distribution d'électricité. Celui-ci a été adopté après l'avis favorable émis par le Conseil

[255] PONTIER J-M., "Les entreprises locales de gaz et d'électricité", précité, p. 120.
[256] En ce sens : CALANDRI L., "Les collectivités territoriales et le service public local de l'électricité : menace ou défi ?", in REGOURD S., CARLES J. et GUINARD D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, L'Harmattan, coll. "GRALE", 2012, pp. 395 et s.
[257] L'article 37 de la loi sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (Loi n° 46-628 du 8 avril 1946) disposait : « *Un décret établira de nouveaux cahiers des charges types. Dans un délai de six mois à partir de la publication de ce décret, l'autorité concédante ou la société concessionnaire pourra demander la révision du cahier des charges en vigueur. Le décret prévu à l'alinéa 1er déterminera les conditions de cette révision* ». C'est ainsi qu'un cahier des charges type a été approuvé par décret du 20 novembre 1960 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 37 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (décret n° 60-1288, JORF du 6 décembre 1960, p. 10905).
[258] Voir : ISAURE M., "Le cahier des charges type de distribution de gaz", Revue française de l'énergie, 1951, p. 207.
[259] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982, p. 730 ; loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, JORF du 23 juillet 1982, p. 2347.

supérieur de l'électricité et du gaz au cours de sa séance du 31 mars 1992[260]. Dans ce cadre, le nouveau document élaboré au niveau national et se substituant à l'ancien cahier des charges type ne revêt plus un caractère obligatoire ; il se transforme en un simple "modèle" dont s'inspirent les autorités concédantes locales qui peuvent, au besoin, y déroger[261]. Il s'agissait de la traduction de la volonté affichée par les pouvoirs publics de "*redonner aux collectivités locales un pouvoir concédant effectif*" en leur permettant de " *renouer avec les responsabilités qui sont les leurs en matière de pouvoir concédant et renforcées depuis la loi de décentralisation du 2 mars 1982*"[262].

140- Cette rénovation du cadre juridique des cahiers des charges était censée redynamiser l'échelon local en matière de distribution d'énergie en leur accordant la compétence de négocier librement les clauses des cahiers des charges. Toutefois, cette liberté demeure encore relative et doit s'exercer dans un cadre où les contraintes issues des prescriptions légales et réglementaires sont très prégnantes. Le caractère supplétif des dispositions du modèle de cahier des charges n'est pas intégral ; certaines de ces dispositions restent impératives et s'imposent aux autorités concédantes dans l'organisation de leurs relations contractuelles. Cela ne saurait surprendre et trouve sa justification dans le fait que de telles dispositions "*concernent l'exercice de compétences qui appartiennent à l'État ; ainsi en est-il de l'application des orientations définies par les pouvoirs publics s'inscrivant dans des contraintes nationales"*[263]. Elles concernent notamment le respect du principe de péréquation nationale des tarifs et le respect des choix de politique énergétique opérés au niveau national. Sur ces points, les dispositions du modèle de cahier des charges laissent une marge de manœuvre limitée, voire nulle, aux autorités organisatrices des réseaux de distribution d'énergie. Cette situation conforte l'idée selon laquelle, si l'activité de distribution d'électricité et de gaz constitue un service public local, son envergure demeure nationale[264].

---

[260] Ce modèle a fait l'objet d'une actualisation en 2007 pour l'adapter avec les textes législatifs et réglementaires qui ont été adoptés depuis 1992. Dans sa version issue de l'accord-cadre entre la FNCCR et EDF en juillet 2007, ce document s'intitule « Modèle de cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés ».

[261] Voir : SABLIÈRE P., "Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à EDF de la distribution d'énergie électrique", CJEG, 1993, p. 1.

[262] Instruction du 27 juillet 1993 relative à la révision des concessions de distribution d'énergie électrique, journal officiel du 11 septembre 1993.

[263] Instruction précitée.

[264] En ce sens : NICINSKI S., "À propos des concessions locales de distribution d'électricité : évitons les surtensions ! ", préc.

141- Cette spécificité se manifeste notamment à travers les modalités de fixation des tarifs d'utilisation des réseaux de distribution d'énergie. Contrairement au droit commun des concessions où le niveau des redevances perçues sur les usagers du service délégué fait l'objet d'une négociation entre le concessionnaire et l'autorité concédante, en matière de distribution d'électricité et de gaz ce paramètre échappe à la compétence des autorités organisatrices des réseaux. Ils sont déterminés par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) et s'appliquent à l'ensemble des concessions de distribution d'électricité sur le territoire national[265]. « *Le principe de la péréquation tarifaire, qui s'impose au plan national à toutes les autorités concédantes, retire du champ de la négociation contractuelle un des éléments pivots de la négociation et de la conclusion du contrat »*[266].

142- Cette uniformité est moins nette concernant le segment de la distribution du gaz : une première différenciation est faite par un arrêté du 14 janvier 2005 entre les concessions détenues par l'opérateur national GrDF et celles exploitées par les entreprises locales de distribution[267]. La seconde différenciation résulte du sort réservé aux nouvelles concessions de distribution de gaz, attribuées après mise en concurrence, qui ne bénéficient pas de la péréquation tarifaire. Il demeure néanmoins constant que même en l'absence de péréquation concernant ces concessions, les modalités de fixation des tarifs d'utilisation des réseaux de distribution sont déterminées au niveau national, ce qui laisse une marge de manœuvre très réduite aux parties prenantes au niveau local[268].

143- À cette limitation effective de la liberté contractuelle des autorités concédantes vient s'ajouter un encadrement potentiel laissant aux autorités nationales la faculté d'intervenir de manière plus directive sur les relations entre autorités organisatrices et gestionnaires des réseaux de distribution. C'est notamment ce qui se déduit de la lecture du paragraphe II de

---

[265] Cours des comptes, "Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer", Rapport public annuel, février 2013.

[266] Marceau LONG, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée, Vice-président honoraire du Conseil d'Etat, dans la préface au rapport de février 2001 sur *La place de la Gestion déléguée dans le secteur de l'électricité*, p. 9 ; voir également TERNEYRE Ph., « Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension », AJDA, 2009, p. 1640.

[267] Arrêté du 11 janvier 2005 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel, pris en application du décret n° 2005-22 du 11 janvier 2005 relatif aux règles de tarification pour l'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel, JORF n° 12 du 15 janvier 2005, p. 664.

[268] Le paragraphe III de l'arrêté, approuvant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel, dispose en effet que "*toute entité souhaitant répondre à un appel à concurrence pour la desserte en gaz naturel d'une nouvelle concession doit prendre pour référence la grille tarifaire de GrDF en vigueur au moment de l'appel à concurrence. Un coefficient multiplicateur unique est appliqué à l'ensemble des termes de cette grille*".

l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales aux termes duquel des décrets en Conseil d'État pourraient "*en tant que de besoin*" fixer *"les conditions financières des concessions en matière de redevance et de pénalités*"[269] de même que "l*es procédures et prescriptions techniques particulières applicables aux cahiers des charges des concessions et aux règlements de service des régies".* Si l'autorité étatique s'est jusque-là abstenue d'user de cette faculté, rien ne garantit que le *statu quo* soit maintenu et qu'elle n'y fasse pas recours dans l'avenir. Le cas échéant, ces "*procédures et prescriptions techniques"* s'imposeraient aux collectivités concédantes dans les conditions prévues par l'article L. 1111-5 du même code, ce qui aurait pour conséquence de réduire davantage la liberté des acteurs locaux de la distribution d'énergie dans l'organisation de leurs rapports mutuels[270].

144- Tous ces facteurs contribuent à l'affirmation de la spécificité de la concession utilisée en matière de gestion des réseaux d'énergie. Elle ne s'affirme pas dans les mêmes termes en matière de gestion des activités périphériques au réseau.

Section II : La concession comme vecteur de promotion des activités périphériques aux réseaux d'énergie

145- Contrairement aux activités de réseaux, facilités essentielles dont la gestion fait l'objet d'un strict encadrement légal et réglementaire, les segments périphériques bénéficient d'un régime plus souple accentué par leur ouverture à la concurrence. Leur gestion ouvre la possibilité à la liaison de relations partenariales entre les collectivités publiques compétentes et les opérateurs économiques intervenant dans ce domaine.

146- Le segment de la production énergétique, en amont de la chaîne de valeur, constitue à cet égard un terrain propice de collaboration entre sociétés énergéticiennes et organismes publics. L'utilisation de l'instrument contractuel à la base des relations entre les collectivités publiques compétentes et les opérateurs privés du secteur de l'énergie a très tôt montré son efficacité et a dès lors eu la faveur des pouvoirs publics. À cet égard, l'instrument juridique de la concession a historiquement joué un rôle central dans la structuration du système français

[269] Article L. 2224-31 paragraphe II du CGCT ; Voir : FORIS A., "De certains avantages pécuniaires tirés par les communes de la distribution d'énergie électrique", RGE, 1924, p. 927.
[270] SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, précité, p.1489.

de production énergétique et constitue actuellement un levier de diversification du mix énergétique voulue par les concepteurs de la politique énergétique[271] (**Paragraphe I**).

147- Cette logique partenariale intéresse également le segment de la fourniture, situé en aval de la chaine de valeur. L'ouverture de cette activité à la dynamique concurrentielle n'a pas remis en cause la prise en charge de certains impératifs d'intérêt général placés sous la responsabilité des organismes publics responsables. Il en est ainsi de la fourniture d'énergie, à des tarifs spéciaux, assurée sous le régime de la concession en liaison avec la distribution d'énergie (**Paragraphe II**).

Paragraphe 1 : Le partenariat contractuel, un instrument de diversification du mix énergétique

148- Le système énergétique français s'est longtemps caractérisé par sa forte centralisation. Concernant le segment de la production, la loi de nationalisation de 1946 confiant cette activité à EDF n'a laissé qu'une place résiduelle à des producteurs qualifiés d'autonomes aux capacités de production réduites et dont l'impact sur la politique énergétique globale demeurait marginal. Dans ce contexte marqué par un nombre limité d'acteurs dont les relations sont au demeurant figées par diverses dispositions législatives, l'utilisation de mécanismes de partenariat public-privé a eu peu d'objet et s'est limitée à sa plus simple expression.

149- La volonté de réduire le recours aux énergies fossiles a amené les acteurs de la politique énergétique à promouvoir la diversification du mix énergétique en accroissant la part des énergies renouvelables dans le système de production[272]. Dans cette optique, la voie du

[271] PETIT Y., "À la recherche de la politique européenne de l'énergie", RTD Eur., 2006, p. 593 et s.

[272] Cette volonté est traduite par l'article 1er paragraphe III de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique. Cet article dispose en ses points 3 et 4 que « la politique énergétique nationale a pour objectifs : *« De réduire la consommation énergétique primaire des énergies fossiles de 30 % en 2030 par rapport à l'année de référence 2012, en modulant cet objectif par énergie fossile en fonction du facteur d'émissions de gaz à effet de serre de chacune ; (…) De porter la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32 % de cette consommation en 2030 ; à cette date, pour parvenir à cet objectif, les énergies renouvelables doivent représenter 40 % de la production d'électricité, 38 % de la consommation finale de chaleur, 15 % de la consommation finale de carburant et 10 % de la consommation de gaz ».* (JORF n°0189 du 18 août 2015, page 14263). Les modalités de calcul de la part des énergies renouvelables dans la production énergétique sont déterminées par l'article 7 de la directive européenne n° 2018/2001/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à

partenariat public-privé contractuel apparait comme un instrument pertinent de développement de ces énergies. L'utilisation déjà ancienne de la formule concessive dans le développement de la production hydroélectrique en constitue une parfaite illustration. Liant l'État et les exploitants des centrales hydroélectriques, les concessions ont joué un rôle déterminant dans le développement de cette filière **(A)**. Parallèlement, le regain d'intérêt noté au niveau des collectivités territoriales pour le segment de la production électrique d'origine renouvelable les amène à nouer des relations partenariales avec les sociétés énergéticiennes. La relative liberté dont elles disposent dans la gestion de cette activité d'intérêt se traduit par la diversification des instruments juridiques mis en œuvre, allant de la concession aux montages locatifs (**B**).

A- Le rôle déterminant de la concession dans le développement de la production hydroélectrique

150- Le potentiel énergétique de certains cours d'eau a très tôt été perçu par les pouvoirs publics qui ont entendu en faire un élément contributif de l'équilibrage du système électrique français. L'équipement en ouvrages hydroélectriques des zones géographiques à fort potentiel électrique d'origine hydraulique a dès lors fait partie intégrante de la politique énergétique[273]. À cette fin, s'est développée une approche instrumentale du mécanisme de la concession, conçu comme un outil juridique privilégié d'équipement et d'aménagement du territoire dans des conditions économiques satisfaisantes **(1)**. Sa nature juridique complexe et les différents enjeux, notamment économiques et environnementaux, inhérents à cette filière ont abouti à la construction d'un régime juridique original qui s'est constitué par stratifications au fil des années **(2)**.

---

la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (JOUE n° L 328 du 21 décembre 2018, p. 82).

[273] LÈVY et autres, Histoires de l'électricité en France, Tome 2, Fayard, 1996.

1. Un outil d'équipement et d'aménagement du territoire : l'approche instrumentale de la concession hydroélectrique

151- La loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique[274] place les cours d'eau sous la propriété de l'État. On aurait pu s'attendre à ce que ce droit de propriété étatique implique une gestion en régie de cette ressource, c'est-à-dire une prise en charge directe de l'exploitation de l'énergie hydraulique par les services de l'État. Cependant, l'article premier de ce texte soumet l'exploitation hydroélectrique au régime de la concession ou de l'autorisation[275]. Loin d'être fortuit, le choix ainsi opéré par le législateur français traduisait déjà une certaine vision du partenariat public-privé, notamment en ce qui concerne la "grande hydroélectricité" placée sous le régime de la concession. "*Utilisée depuis le XIX*^{ème} *siècle pour favoriser le développement des exploitations minières puis des chemins de fer et des distributions gazières, la concession est apparue tout naturellement comme le meilleur moyen pour permettre aux communes, puis à leurs groupements, de développer les alimentations en électricité sans avoir à faire les investissements nécessaires*"[276]. Cette logique déterminante en matière de distribution a également guidé le choix de l'État en ce qui concerne la grande hydroélectricité.

152- Cette approche que l'on pourrait qualifier "d'instrumentale" consiste à appréhender un concept juridique comme un outil à la disposition des acteurs concernés en vue de la réalisation d'objectifs préalablement définis. Concernant la filière de l'énergie hydraulique, le recours au mécanisme de la concession a été privilégié pour satisfaire les besoins croissants d'équipements en vue d'assurer un développement équilibré de la production d'énergie. La réalisation de cette finalité n'étant pas exclusive d'autres retombées pouvant découler de l'exploitation, la concession hydroélectrique a également, dans certains cas, pu être mise à contribution pour la réalisation de politiques d'aménagement du territoire avec le développement de concessions à buts multiples[277].

153- L'article 2 de la loi du 16 avril 1919 place sous le régime de la concession la construction et l'exploitation des centrales hydroélectriques dont la puissance maximale brute

[274] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1919, p. 11523.
[275] L'HUILLIER J., Législation des forces hydrauliques, Albin Michel, 1936.
[276] SABLIÈRE P., Droit de l'électricité, préc., p. 2122.
[277] Voir, POIRET J., Droit de l'hydroélectricité, Paris, Economica, 2004, p. 140.

excède 4500 kilowatts[278]. Le choix opéré par le législateur concernant cette "grande hydroélectricité" réside dans la pertinence de ce mécanisme contractuel pour la réalisation des objectifs énergétiques. En effet, "*la rationalité de la concession est de conférer le droit de mettre en valeur des biens, à la place de la collectivité publique, qui accepte de se retirer*"[279]. Par cette forme contractuelle de partenariat public-privé, l'autorité publique, consciente du potentiel énergétique de certains cours d'eau et de la lourdeur des investissements nécessaires à l'équipement des sites concernés, décide d'en déléguer l'exploitation. Ainsi conçue, la formule concessive permet d'éviter à la collectivité publique "*d'engager des ressources propres dans des opérations commerciales ou industrielles qu'impose le fonctionnement du service public…*"[280].

154- Dans cette configuration, l'activité du concessionnaire traduit la conjonction d'une double finalité : tout en assurant la rentabilisation de son investissement, le cocontractant de l'administration assure l'exercice d'une mission d'intérêt général par la mise en valeur de la ressource hydraulique et contribue à la sécurisation de l'approvisionnement énergétique. Une telle relation traduit toute la logique du partenariat public-privé que le Conseil économique et social européen définit génériquement comme "*un contrat à long terme conclu entre un certain nombre d'administrations et d'organismes publics d'une part, et de personnes juridiques relevant du droit privé d'autre part, ayant pour but de concevoir, planifier, financer, construire et/ou mettre en œuvre un projet d'infrastructure*[281].

155- L'orientation de la concession vers la satisfaction du besoin collectif d'équipement apparait notamment à travers le régime des installations hydroélectriques réalisées par le concessionnaire. Contrairement aux centrales hydroélectriques couvertes par le régime de l'autorisation où les ouvrages réalisés sont la propriété du permissionnaire, ceux établis par les concessionnaires sont réputés être la propriété *ab initio* de la collectivité publique

[278] La puissance maximale brute est définie comme "l*e produit de la hauteur de chute par le débit maximum de la dérivation par l'intensité de la pesanteur*" (Art. L. 511-5 du code de l'énergie). Le seuil de distinction entre chutes autorisables et celles soumises à la concession était de 500 KW dans la loi du 16 avril 1919 ; il a été élevé à 4500 KW par la loi n° 80-5311 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur.

[279] RICHER L., "Délégation de service public : une notion difficile à cerner", Moniteur TD, 6 juin 1997, n° 4880, p. 58.

[280] CHARDENET, conclusions sur l'arrêt CE 30 mars 1916, "*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux"*, req. n° 59928, Lebon 125; voir LAGUERRE A., "La recherche de financements mixtes pour la réalisation des équipements publics", AJCT, 2012, p. 487.

[281] Le Conseil économique et social européen, avis du 25 février 1998 sur la communication de la Commission « relative au financement de projets du réseau européen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé » (JOCE C, 27 avr. 1998, C-129/58).

concédante. Ils font dès lors retour à l'État en fin de concession[282]. C'est en effet ce qui ressort du paragraphe II de l'article 55 du cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées aux termes duquel "*l'État prendra possession de toutes les dépendances immobilières, tant celles par nature que par destination, affectées à la réalisation de l'objet de la concession et énumérées à l'article 3. Elles lui seront remises gratuitement, franches et quittes de tous privilèges, hypothèques et autres droits réels*".

156- Au-delà de l'impératif d'assurer l'exploitation optimale du service concédé, cette appropriation étatique des biens de la concession fait partie des justifications du système de contrôle préalable effectué par le préfet sur les projets d'exécution des ouvrages à établir par le concessionnaire conformément aux dispositions de l'article 21 du décret du 13 octobre 1994[283]. Parallèlement à sa vocation purement énergétique, la concession hydroélectrique est, dans un grand nombre de cas, mise à contribution pour la réalisation de buts extra énergétiques. En effet, "*même si la loi de 1919 envisage la production d'électricité comme la finalité des ouvrages qu'elle régit, elle n'exclut nullement que ces mêmes ouvrages puissent éventuellement poursuivre un autre but*"[284]. Cette capacité de l'installation hydroélectrique à servir plusieurs usages, dont certains à caractère extra énergétique, constitue d'ailleurs un élément de supériorité de cette ressource par rapport à d'autres moyens de production énergétique. Elle est déterminante dans la décision de recourir à l'instrument de concession hydroélectrique comme un outil d'aménagement du territoire[285].

157- À ce titre, l'adaptation de cet instrument juridique a abouti à l'émergence des concessions de zone et à buts multiples qui ont enrichi cette technique contractuelle mise au service de la politique d'aménagement territoriale. Technique complexe, la concession de zone s'envisage dans les hypothèses où l'aménagement hydroélectrique est constitué de plusieurs chutes. Dans cette configuration, le montage contractuel se décline en deux concessions distinctes et complémentaires : une concession de zone est établie sur la base d'un cahier des charges général comportant d'une part les dispositions communes à toutes les

[282] DACOSTA B., "Le statut des biens de retour. Conclusions sur Conseil d'État**,** Assemblée, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, Lebon ; AJDA 2013. 7, RFDA, 2013 p. 25.
[283] Décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1994, p. 14789 ; voir DURAND J-B., Aspects juridiques de la création et de l'exploitation des barrages, thèse, Toulouse, 1974.
[284] POIRET J., Droit de l'hydroélectricité, Paris, Economica, 2004, p. 143.
[285] GAZZANIGA J-L, OURLIAC J-P et LARROUY CASTÈRA X., L'eau : usages et gestion, LITEC, 1998.

chutes et "*d'autre part la détermination cursive de chaque chute*"[286]. Elle est complétée par une concession particulière avec un cahier des charges spécial contenant les clauses spécifiques et propres à chaque chute concernée. Il y a donc, pour chaque chute incluse dans le périmètre de la zone concédée, application simultanée de la concession de zone et de la concession particulière[287]. Cette technique présente l'avantage de permettre la réalisation cohérente de l'objectif d'aménagement dont la concession hydroélectrique est le levier. Elle permet d'appréhender dans un document général (la concession de zone) les grandes lignes et les éléments stratégiques la politique d'aménagement tout en prenant en compte les spécificités techniques et administratives de chacune des chutes concernées au moyen de la concession particulière[288].

158- Outil d'aménagement du territoire, la concession hydroélectrique rend possible la réalisation conjointe de plusieurs finalités. En sus de la production électrique, elle peut être orientée vers une optique d'amélioration de la navigation sur le cours d'eau qui lui sert de support ou encore être utilisée comme levier de mise en œuvre de la politique agricole. Il s'agit là des hypothèses de concession à buts multiples qui peuvent se présenter dans deux cas de figure : soit l'acte concessionnel prévoit lui-même la finalité extra énergétique et en définit les modalités de réalisation au même titre que l'objet principal du contrat ; soit ce but se révèle ultérieurement à la conclusion du contrat de concession et fait l'objet d'une convention spéciale. Dans tous les cas, qu'elles soient statutaires ou conventionnelles, toutes les finalités prévues font naitre la même obligation de prise en charge effective par le concessionnaire[289]. L'instrument concessif joue alors le rôle d'intégrateur des politiques d'aménagement en permettant la jonction des buts de production électrique et des finalités extra énergétiques.

159- Une parfaite illustration en est fournie par la concession de zone et à buts multiples accordée par l'État à la Compagnie Nationale du Rhône par un décret du 5 juin 1934[290] approuvant le cahier des charges général. Ce montage contractuel a été le principal instrument

[286] POIRET J., op. cit., p. 142.
[287] C'est le cas de la chute de Caderousse régie d'une part par la concession générale accordée à la Compagnie Nationale du Rhône par un décret du 5 juin 1934 et d'autre part par une concession spéciale dont les quatre textes constitutifs datent de 1971.
[288] GARNIER P., Le cahier des charges des concessions de chute d'eau, Paris, Rousseau et Cie, 1931.
[289] La qualification de concession à but multiple suppose que les finalités extra énergétiques ne soient pas marginales et aient été motivant dans la décision d'implantation de l'installation hydroélectrique au même titre que l'objectif de production électrique. Voir : POIRET J., Droit de l'hydroélectricité, op. cit. pp. 144-146.
[290] Décret du 5 juin 1934 relatif à l'aménagement du Rhône, entre la frontière suisse et la mer, JORF du 14 juin 1934, p. 5886.

de mise en œuvre d'une loi d'aménagement du Rhône[291]. Confiant à cette société l'exploitation de la plus grande installation hydroélectrique du pays, cette concession à buts multiples a permis une production électrique dépassant 16,5 TWh avec l'aménagement du Bas-Rhône et du Haut-Rhône[292]. Elle a par ailleurs favorisé l'amélioration de la navigation sur ce cours d'eau avec la réalisation d'une voie navigable de 310 km de long entre Lyon et la mer. Cette concession constitue en outre un outil important d'irrigation conformément aux clauses de la convention conclue entre le concessionnaire et le ministère de l'agriculture.

2. Un concessionnaire assumant la prise en charge d'externalités

160- Avant d'aborder la situation juridique du concessionnaire, il ne parait pas superflu de consacrer quelques propos liminaires à son mode de désignation lors de l'attribution et du renouvellement des concessions hydroélectriques. Ce régime a connu une certaine évolution en liaison avec la dynamique d'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie. L'état antérieur du droit se caractérisait par la situation favorable du concessionnaire à l'égard de l'autorité concédante. Tout en disposant que la durée des concessions ne pouvait excéder soixante-quinze ans, la loi du 16 octobre 1919[293] prévoyait, en son article 13, un mécanisme de prorogation du contrat pour une durée de trente ans au profit du concessionnaire si l'administration n'avait exprimé aucune volonté dix ans avant le terme du contrat. À cela s'ajoutait un droit de préférence au profit du concessionnaire sortant pour la réattribution de la concession dès lors que celui-ci acceptait les conditions du nouveau cahier des charges.

161- Ce système n'a pas été remis en cause par la loi de nationalisation de 1946 et n'a commencé à l'être qu'avec l'adoption de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau[294] dont l'article 47 a mis fin au système de renouvellement tacite. La transformation d'EDF en société anonyme par l'article 4 de la loi du 9 août 2004[295] a eu pour effet de lui rendre applicables les

[291] Il s'agit de la loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes.
[292] ALLIX A., « L'aménagement du Rhône en 1933 », Les études rhodaniennes, 1933, vol. 9, n° 3, pp. 248-253.
[293] JORF du 18 octobre 1919 page 11523.
[294] Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n°3 du 4 janvier 1992, p. 187.
[295] Loi n° 2004-803 du 9 aout 2004 relative au service public de l'électricité, préc.

dispositions de la loi "Sapin" régissant les procédures de publicité des délégations de service public pour les activités ouvertes à la concurrence[296].

162- En outre, les critiques formulées par la Commission européenne à l'égard du système français d'attribution des concessions hydroélectriques[297] ont amené le législateur national à mettre fin au droit de préférence que la loi de 1919 accordait jusque-là au concessionnaire sortant. Tel est l'objet de l'article 7 de la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques[298] dont la mise en œuvre a impliqué la modification du décret du 13 octobre 1994[299] par celui du 26 septembre 2008[300]. De manière plus radicale, l'article L. 521-1 du code de l'énergie dispose que « *la passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique sont soumises aux dispositions prévues par la troisième partie du code de la commande publique (...)* », les soumettant ainsi au régime de droit commun des concessions[301]. Les modalités d'application de ces dispositions sont précisées par le décret du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicables à ces concessions[302].

163- La particularité de la situation juridique du concessionnaire ainsi désigné apparait doublement à travers les obligations particulières auxquelles il est soumis ainsi qu'aux prérogatives qui lui sont conférées par l'acte de concession. Titulaire "*d'une véritable concession de service public*"[303], l'exploitant de l'aménagement hydroélectrique se trouve

---

[296] Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF du 30 janvier 1993, p. 1588.

[297] Estimant que le système de droit de préférence résultant de l'article 12 du décret du 13 octobre 1994 "*dénature la procédure de sélection en conduisant à une rupture de l'égalité de traitement entre différents opérateurs économiques*", la Commission européenne a décidé de saisir la Cour de justice d'un recours en manquement à l'encontre de la France., Commission européenne, communiqué de presse du 13 juillet 2005, accessible via http://europa.eu/rapid/press-release.IP-05-920 fr.htm?locale=fr.

[298] Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques**,** JORF n°0303 du 31 décembre 2006, p. 20285.

[**299**] Décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique, JORF n°242 du 18 octobre 1994, p. 14768.

[300] Décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, JORF n°0227 du 28 septembre 2008, p. 15006.

[301] E ce sens : LE CHATELIER G. et GRANJON J., « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques, AJCT, 2016, p. 623.

[302] Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016, JORF n° 0102 du 30 avril 2016, texte n° 7.

[303] Cette qualification donnée par la section des travaux publics du Conseil d'État dans un avis du 30 décembre 1947 (requête n° 242-744), confirmée dans maintes affaires postérieures (CE, ass., avis du 28 septembre 1995, requête n° 357-262, Rapport CE, 1995, p. 402 ; CE, ass., avis du 29 avril 2010,

soumis à l'ensemble des règles traditionnelles inhérentes à ce type de montage contractuel. C'est en cette qualité qu'il est notamment tenu par l'obligation d'exécuter, "*selon les règles de l'art*", les travaux utiles à l'aménagement hydroélectrique et de "*produire l'énergie dans la limite de la puissance dont il disposera"* conformément aux dispositions des articles 4 et 8 du cahier des charges type des entreprises concédées[304]. À ces obligations classiques, s'ajoutent celles plus spécifiques aux concessions hydroélectriques et que l'on pourrait qualifier d'externalités parce qu'elles ne sont pas intrinsèques à l'activité de production électrique strictement définie. Elles découlent, d'une part, de la nécessité de concilier ce but énergétique avec les autres usages de l'eau et, d'autre part, de l'impératif de prendre en compte la prégnance de la question environnementale sur cette filière[305].

164- La formulation de l'article 19 du cahier des charges type des entreprises hydroélectriques concédées fait ressortir la pluralité des impératifs pesant sur le concessionnaire exploitant les aménagements hydroélectriques. En effet, aux termes de cette disposition, "*le concessionnaire sera tenu de se conformer à la réglementation générale existante ou à intervenir, notamment en ce qui concerne la police des eaux, la navigation, le flottage, la défense nationale, la sécurité civile, dont la protection contre les inondations et la protection des biens et des personnes à l'aval des barrages, la salubrité publique, l'alimentation en eau des populations et des besoins domestiques, l'irrigation, la conservation de la faune et de la flore, la circulation des poissons migrateurs, la protection des sites et paysages, la sauvegarde du patrimoine architectural*". En définitive, l'exploitant se trouve dans une situation où son activité est régie autant par les dispositions spécifiques à la production électrique que par un imposant corps de "*dispositions dont la finalité consiste essentiellement en la prise en compte par lui d'intérêts extérieurs à la chute*"[306].

165- C'est ce qui justifie la présence de toute une série de dispositions destinées à limiter l'impact de l'activité du concessionnaire sur l'environnement. Il en est ainsi des paragraphes

---

"M. et Mme Béligaud", requête n° 323179, JORF du 8 mai 2010, p. 8406) ne s'est pas toujours imposée. La Haute juridiction a initialement considéré que ces contrats avaient le caractère de concessions de travaux publics (voir notamment Conseil d'État, 22 juin 1928, "Époux de Sigalas" ; voir ABRESPY M., La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919, Toulouse, thèse, 1929, 165 p. ; BRENET F., "La qualification des concessions hydroélectriques", ACCP, 2009, n° 86, p.36.

[304] Cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, approuvé par le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 modifié par le décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008.

[305] Voir : VERDESIO J. J., Le développement technique sous contrainte environnementale : le cas du système hydroélectrique, Grenoble 2, thèse, 1997, 496 p.

[306] POIRET J., Droit de l'hydroélectricité, préc., p. 1276.

IV et V de l'article 9 du cahier des charges type relatifs à la protection de l'environnement durant l'exécution des travaux et la première mise à l'eau des ouvrages[307]. Il en va de même des articles 22 et 36 du même texte traitant respectivement de l'obligation de suivi écologique, destiné à mesurer les conséquences de l'aménagement hydroélectrique sur l'écosystème, et de la compensation des dommages piscicoles à la charge de l'exploitant[308].

166- La prise en compte des autres usages de l'eau implique également des obligations supplémentaires pesant sur le titulaire des concessions hydroélectriques. Conformément à l'article 31 du cahier des charges type, l'acceptation de la concession induit une acceptation automatique des sujétions particulières liées à la navigation. Au demeurant, certaines manœuvres d'exploitation imposées au concessionnaire par l'administration en charge de la navigation n'ouvrent pas droit à indemnisation même si elles ont eu pour conséquence d'alourdir les conditions d'exploitation de l'aménagement hydroélectrique.

167- Cette série de dispositions fait naître une pluralité de sujétions à la charge du concessionnaire hydro-électricien et ont pour effet, dans certains cas, de réduire la rentabilité de l'exploitation[309]. De prime abord, le cadre juridique de la concession hydroélectrique donne aujourd'hui l'image d'un kaléidoscope, un agrégat peu lisible de dispositions aux finalités diverses, parfois réfractaires à une gestion efficace du service public de la production énergétique d'origine hydraulique[310].

168- Ces obligations techniques liées aux modalités d'exploitation se cumulent avec celles de nature financière liant l'exploitant de l'aménagement hydroélectrique à l'autorité concédante. Si la pluralité des impôts nationaux et locaux est constitutive d'une situation "*d'hyperfiscalisation*" de la filière[311], elle ne constitue pas les seules charges financières du concessionnaire hydro-électricien. Elle se prolonge par l'importance des redevances

[307] Aux termes du paragraphe IV de l'article 9 du cahier des charges type, "*le chantier sera réalisé de telle sorte que les perturbations apportées à l'environnement soient les plus limitées possible*".
[308] PRIEUR M., "L'énergie et la prise en compte de l'environnement", *Revue Juridique de l'Environnement*, N°3, 1982. pp. 231-274.
[309] Assemblée Nationale, rapport d'information n° 1404 sur l'hydroélectricité présenté par Mme Marie-Noëlle BATTISTEL et M. Éric STRAUMANN, 7 octobre 2013, p. 16.
[310] MAILLOT J-M., "Énergie et environnement : une équation difficile", Environnement, 10-2005, p.11; Cour des comptes, Rapport thématique sur " La politique de développement des énergies renouvelables", juillet 2013, p. 59.
[311] POIRET J., Droit de l'énergie, préc., p. 2005 ; voir également CABANES X., "Les énergies renouvelables et la fiscalité locale", AJCT, 2010, p. 20.

auxquelles sont assujettis les exploitants, notamment celles instituées par les articles L. 521-22 et L. 521-23 du code de l'énergie[312].

169- Le recours au mécanisme de la concession s'est étendu au-delà de la seule filière hydroélectrique. En matière de production, il concerne également les autres sources d'énergie renouvelable et a tendance à jouer le rôle de levier de développement de ces filières.

B- L'extension de la concession aux autres filières de production énergétique

170- Outre la filière hydroélectrique où elle occupe une place très importante, la concession a vu son champ d'application s'étendre à l'exploitation des autres sources d'énergie, notamment celles à caractère renouvelable. Cette extension est consécutive à l'accroissement des compétences des collectivités territoriales en matière de production énergétique. Ouvrant de nouvelles possibilités à ces acteurs locaux, le législateur a entendu faire de ce mode de gestion déléguée un vecteur de développement de la production énergétique décentralisée[313] **(1)**. Cependant, le recours à la concession par les collectivités locales dans le segment de la production demeure encore timide et ce pour diverses raisons **(2)**.

1. Un vecteur de développement de la production énergétique décentralisée

171- L'idée d'asseoir et d'accroitre la part de la production énergétique décentralisée est constitutive d'un changement de paradigme dans la conception du système énergétique français[314]. En effet, si les collectivités locales ont été maintenues dans leur rôle d'autorités organisatrices du service public de la distribution d'énergie, la loi de nationalisation de 1946 a

[312] L'article L. 521-22 du code de l'énergie dispose que "*le concessionnaire est assujetti, par l'acte de concession, au paiement de redevances proportionnelles, soit au nombre de kilowattheures produits, soit aux dividendes ou aux bénéfices répartis, ces deux redevances pouvant éventuellement se cumuler*" ; voir Le BAUT-FERRARESE B. et MICHALLET I., Traité des énergies renouvelables, Le Moniteur, 2ème édition, 2012, p. 176.

[313] C'est en effet un amendement sénatorial au projet de loi d'orientation sur l'énergie qui a introduit la faculté pour les collectivités territoriales de déléguer à un tiers l'exploitation des nouvelles installations de production d'énergie dont la création relève désormais de leur compétence. Voir Le GALL A., L'électricité et les collectivités locales, Le Moniteur, 2004, p. 83.

[314] En ce sens : Cour des comptes, La politique de développement des énergies renouvelables, Rapport thématique, juillet 2013, p. 74.

très sensiblement réduit leurs compétences en matière de production énergétique. Il en est résulté une centralisation très poussée du système de production d'énergie que le développement du nucléaire civil n'a fait qu'accentuer. "*Prisonnière de son héritage nucléaire – comme d'autres nations sont « victimes » de leur rente pétrolière – et de ses traditions centralisatrices, la France fait preuve d'une regrettable cécité alors que, sous la pression de l'Union Européenne, le secteur énergétique est en voie de mutation"*[315].

172- Dans ce contexte, l'intervention des collectivités territoriales dans le segment de la production d'énergie demeurait résiduelle : elle se limitait à l'exploitation des installations de production que l'article 8 modifié de la loi du 8 avril 1946 excluait du champ de la nationalisation. Ce domaine d'intervention initial a par la suite été élargi notamment par la loi "*Armangaud*" de 1949[316] modifiant la loi de nationalisation et par celle du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur[317]. Mais, il a fallu attendre l'adoption de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[318] pour que la place des collectivités territoriales dans le système de production d'énergie soit confirmée. Actuellement codifiées aux articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du code général des collectivités territoriales, de nouvelles possibilités sont ouvertes aux collectivités notamment en ce qui concerne la production d'énergie renouvelable[319].

173- Contrairement au segment de la distribution où leur marge de manœuvre demeure très réduite, les collectivités territoriales disposent d'une large liberté dans la gestion de leurs projets ayant pour objet l'installation et l'exploitation d'unités de production énergétique. En effet, aux termes de l'article 2224-32 du CGCT, "*les communes, sur leur territoire, et les établissements publics de coopération, sur le territoire des communes qui en sont membres, peuvent,... 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, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés ... ou toute nouvelle installation de*

[315] LABROUSSE M., "L'énergie répartie et la production décentralisée d'énergie", Les cahiers de Global Chance, 2006, n° 21, p. 78.
[316] Loi n° 49-1090 du 2 aout 1949 portant modification de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JO du 6 aout 1949, p. 7712.
[317] Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, JO du 16 juillet 1980, p. 1783.
[318] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, préc.
[319] Le BAUT-FERRARESE B. et LANDBECK D., "La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables", AJDA, 2006, p. 189.

cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur...". Ouverte par l'article 24 de la loi POPE du 13 juillet 2005[320], cette faculté de déléguer à un tiers l'aménagement et l'exploitation des installations susvisées participe d'une volonté de développer la production renouvelable décentralisée en en assouplissant le régime juridique.

174- Déjà éprouvée dans d'autres domaines, la technique de la concession peut être mise à contribution dans cette optique. Elle permet aux collectivités locales de bénéficier des capacités financières et techniques d'opérateurs économiques intervenant dans ce secteur pour mettre au point et exécuter des projets dont l'objet est l'installation et l'exploitation d'unités de production énergétique. La fragilité financière de certaines collectivités décentralisées ne leur permettant pas de prendre en charge le financement desdits projets, l'association avec des acteurs du secteur privé apparait comme une alternative crédible à la gestion directe du service de la production énergétique.

175- À cette première raison s'ajoute celle relative à la valorisation de la propriété des collectivités territoriales concernées[321]. Cette valorisation apparait doublement : d'une part, l'activité de production menée par le cocontractant de la collectivité publique permet de tirer parti du potentiel énergétique de la dépendance du domaine qui demeurait jusque-là inexploité[322]; d'autre part l'occupation du domaine de la personne publique contractante rendue nécessaire par l'exercice de l'activité donne lieu à la perception de redevances à son profit. La détermination du montant de ces redevances en fonction des avantages tirés par le cocontractant de l'administration[323] constitue un élément de nature à susciter l'intérêt des collectivités publiques pour les formules contractuelles de partenariat public-privé en matière de production énergétique. Cependant, l'utilisation de ces instruments à disposition des collectivités locales demeure encore timide.

---

320 Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique de la France, JO du 14 juillet 2005, p. 11570.

321 Voir : SAUVÉ J-M., "La valorisation économique des propriétés des personnes publiques", Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, 6 juillet 2011, disponible sur le site du Conseil d'État www.conseil-etat.fr; Institut de la gestion déléguée, "Valorisation des propriétés publiques", rapport du groupe de travail.

322 Cette valorisation du patrimoine est notamment visible dans le cas d'installations photovoltaïques sur le patrimoine immobilier des personnes publiques contractantes.

323 Conseil d'État, section du rapport et des études, "Redevances pour service rendus et redevances pour occupation du domaine public", La Documentation française, 2002.

2. Un recours encore limité aux instruments contractuels de partenariat public-privé en matière de production

176- Si la tendance des réformes successives est à l'extension du domaine d'intervention des collectivités territoriales en matière de production d'énergie, notamment renouvelable, leur intervention demeure freinée par certaines contraintes dont les principales sont d'ordre juridique. En effet, même si on note un effort certain d'assouplissement, l'état actuel de la législation recèle certaines dispositions dont l'effet est de restreindre les possibilités d'intervention des entités décentralisées sur le segment de la production d'énergie. Ces éléments de restriction revêtent actuellement diverses formes.

177- La première forme de restriction consiste en une limitation de la puissance maximale que peut produire une installation établie directement par la collectivité territoriale ou son cocontractant. Cette limitation de puissance concerne actuellement trois types d'installation de production énergétique susceptibles d'être aménagée par les collectivités locales. Il s'agit tout d'abord des installations visées par le point 6° du troisième alinéa de l'article 8 de la loi de nationalisation ; c'est-à-dire celles réalisées "*en vue d'utiliser le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ou en vue d'alimenter un réseau de chaleur"* et qui doivent être en rapport avec le réseau qu'elles sont destinées à alimenter. Cette disposition fait obstacle à ce que la production desdites installations excède les stricts besoins des réseaux de chaleur qui ont suscité leur réalisation. Si cette mesure se justifiait dans le contexte de la nationalisation par la volonté de préserver le monopole d'EDF en matière de production, l'ouverture de ce segment à la concurrence la rend aujourd'hui dépourvue de fondement. Il s'agit d'une rémanence, la survivance d'un phénomène après la disparition de ses causes.

178- Une limitation similaire concerne les installations de production de proximité que les autorités concédantes de la distribution peuvent aménager, exploiter directement ou faire exploiter par leur concessionnaire de la distribution d'électricité[324]. Ces installations de proximité doivent néanmoins le seuil fixé par voie réglementaire. A cet effet, un décret du 6

[324] Article L. 2224-33 du CGCT ; Voir : BENSOUSSAN A., MARTIN S. et POTTIER I., L'électricité et le droit, Lavoisier, 2001.

janvier 2004 a fixé ce seuil à 1 MW[325]. Outre le fait qu'elle restreint les possibilités d'interventions des collectivités territoriales, cette limitation de puissance des installations de production constituent un frein à liaison de relations partenariales économiquement viables entre les collectivités intéressées et les acteurs privés. Elles ont pour conséquence de limiter dans des proportions mineures les projets de réalisation d'infrastructures de production d'énergie. Même dans l'éventualité où ces installations bénéficieraient de l'obligation, de tels projets n'atteignent pas souvent la taille critique pour susciter l'intérêt de grands investisseurs capables de les porter financièrement et de les réaliser techniquement. La modestie de leur production ne les rend pas assez attractifs pour créer une réelle dynamique partenariale. Dans bien des cas, les collectivités territoriales concernées se voient contraintes d'assurer cette activité par leurs propres services, en l'absence de partenaires privés, ou d'abandonner les projets de réalisation d'installations de production, faute de moyens techniques et financiers suffisants[326].

179- Ces considérations ont d'ailleurs amené les rédacteurs de la loi de transition énergétique pour la croissance[327] verte à supprimer le seuil de 8 000 kVA que la loi du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur[328] avait institué pour les installations de production hydroélectrique que les collectivités territoriales pouvaient exploiter directement ou par le truchement d'organismes dans lesquels elles ont des participations[329]. La même démarche devrait être reproduite en ce qui concerne les installations de production de proximité.

180- Le second frein au développement des partenariats public-privé en matière de production énergétique décentralisée réside dans les conditions d'exploitation de nouvelles installations de production par les collectivités territoriales ou leur cocontractant. En effet, il ressort des dispositions de l'article L. 2224-32 que si les collectivités décentralisées peuvent "*aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter*" toute nouvelle installation de

[325] Décret n° 2004-46 du 6 janvier 2004 fixant le seuil mentionné à l'article L. 2224-33 du code général des collectivités territoriales, JORF du 13 janvier 2004, p. 990.
[326] BOUVIER G., Les collectivités locales et l'électricité. Territoires, acteurs et enjeux autour du service public local de l'électricité, Paris VIII, thèse, 2005.
[327] Article 119 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[328] Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, JORF du 16 juillet 1980, p. 1783.
[329] Voir : DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Université de Pau et Pays de l'Adour, thèse, 2016 ; LE BAUT-FERRARESE, « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », JCP A, n° 42, octobre 2016, p. 2278.

production hydroélectrique ou utilisant d'autres énergies renouvelables, c'est à la condition que "*ces nouvelles installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques"*. Cette condition apparait comme réductrice des possibilités d'intervention des collectivités décentralisées et des opportunités de partenariat en matière de production énergétique. En l'absence d'une expertise technique éprouvée, la simple détermination d'une situation de référence afin de déterminer l'objectif d'économie d'énergie et de réduction des pollutions atmosphériques à réaliser peut constituer un obstacle insurmontable pour certaines collectivités, notamment celles de petite taille. À cela s'ajoute la mauvaise connaissance des coûts de production des énergies concernées rendant difficile l'élaboration d'une politique locale en matière d'économie d'énergie par le biais de la production[330]. Consciente de cette absence de maîtrise de l'aspect technique des installations à réaliser, soit la collectivité abandonne le projet, soit elle en confie la conception et la réalisation à un partenaire énergéticien. Mais dans le second cas, l'asymétrie d'information entre les deux partenaires accroît le risque pour la personne publique de s'engager dans un montage contractuel à l'équilibre bancal[331].

181- De la même manière, la possibilité pour les autorités concédantes des réseaux de distribution d'énergie d'aménager et d'exploiter des unités de production de proximité ou de confier cette mission à leur concessionnaire est subordonnée à la condition que cette installation soit de nature à éviter, "*dans de bonnes conditions économiques*…", l'extension ou le renforcement des réseaux de distribution[332]. L'imprécision naissant de la formulation retenue par le législateur pourrait être interprétée dans un sens favorable à l'autorité concédante disposant alors d'un pouvoir discrétionnaire sur la détermination de ce que sont les bonnes conditions économiques. Elle peut en revanche être source de contentieux entre la collectivité publique et le gestionnaire du réseau de distribution en cas de divergence d'appréciation. Le concessionnaire de la distribution d'énergie peut en effet préférer procéder à l'extension du réseau en vue d'anticiper les futures demandes de raccordement contrairement à la volonté de l'autorité concédante d'implanter une unité de production de proximité. En cas de désaccord persistant il appartiendra au juge du contrat de déterminer la

[330] Cour des comptes, La politique de développement des énergies renouvelables, rapport thématique, juillet 2013, p. 63.
[331] Institut de la gestion déléguée, Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures : propositions de solution, rapport du groupe de travail, 1999.
[332] Art. L.2224-33 du code général des collectivités territoriales, préc.

solution la plus adéquate entre les deux options[333]. On peut cependant craindre que le coût élevé de la production, notamment pour les énergies renouvelables, et la lourdeur des investissements à financer pour l'implantation de l'unité de production soient un argument déterminant dans le choix final. L'opportunité économique de la mesure devient dès lors une des conditions de la légalité de la décision prise par l'autorité publique[334].

182- Une autre source d'imprécision réside dans l'absence de détermination législative de l'instrument juridique devant servir de support au partenariat entre la collectivité territoriale et son cocontractant pour l'exploitation des nouvelles installations de production énergétique.

183- En ce qui concerne les installations visées par l'article L. 2224-32 du CGCT, la question ne soulève pas de difficulté particulière : le principe de libre administration des collectivités territoriales et celui de la liberté contractuelle leur permettent de choisir librement l'outil juridique qui leur semble pertinent parmi la large palette de formules contractuelles à leur disposition. Elles peuvent par exemple opter pour les montages locatifs leur permettant de mettre à la disposition de leur partenaire une dépendance de leur domaine pour l'exercice de l'activité de production. A ce titre, le bail emphytéotique administratif et l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels peuvent servir de véhicule juridique au projet[335]. De la même manière, la collectivité publique peut faire le choix d'utiliser un montage contractuel régi par le code de la commande publique que ce soit un marché public classique, un marché global de performance ou encore une concession[336]. L'option à retenir dépendra du niveau d'externalisation que la collectivité publique entend réaliser, de ses capacités de financement et du niveau de risque qu'elle est disposée à assumer. La diversification des instruments contractuels et des procédures peut néanmoins être source de complexité tant au stade du choix entre diverses formules qu'au niveau de leur mise en œuvre[337].

---

[333] HARNAY S. et VIGOUROUX I., "Pouvoir discrétionnaire et choix stratégique du juge administratif : une analyse économique du gouvernement des juges", Revue Politiques et management public, volume 18, n° 2, juin 2000, p. 69 ; FRISON-ROCHE M-A., "Vers un gouvernement économique des juges", Commentaire, n° 111, autonome 2005, p. 636.

[334] Voir : FROMONT M., "Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative", AJDA, novembre 1966, p. 588 ; RICHER L., "Le juge économiste ?", AJDA, 2000, p. 705.

[335] Pour une étude détaillée de ces instruments, voir *infra*, chapitre V.

[336] Voir : Le BAUT-FERRARÈSE, "Énergie photovoltaïque – Quel montage juridique adéquat ?", La Gazette des Communes, 6 avril 2009, p. 50 ; TERNEYRE Ph., Énergies renouvelables : Contrats d'implantation, Lamy, 2010, 285 p.

[337] En ce sens : BABUSIAUX Ch. (sous la direction de), Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?, IGD, La Documentation française, 2005, 179 p.

184- Concernant les installations de proximité prévues par l'article L. 2224-33 du CGCT, la question se pose de savoir si les autorités concédantes disposent de la même liberté en matière de choix du type de contrat les liant à l'exploitant de l'unité de production. Peuvent-elles choisir entre différents montages contractuels ou l'obligation de concéder la gestion du service public de la distribution s'étend-t-elle à l'exploitation des installations de proximité ? L'absence de précision législative sur ce point peut faire naître des hésitations et est une potentielle source de contentieux. Il appartiendra, le cas échéant, au juge administratif de trancher les éventuels litiges ; il ne serait pas inopportun d'interpréter le silence du législateur dans un sens favorable à la liberté des cocontractants dans la détermination du support qu'ils jugent le plus pertinent pour organiser leurs relations mutuelles. La même observation peut être faite des liens de partenariat qui se nouent dans le segment de la fourniture d'énergie.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre du partenariat public-privé dans le segment de la fourniture d'énergie.

185- Situé en aval de la chaîne de valeur, le segment de la fourniture d'énergie est sans doute celui qui suscite le plus l'intérêt de la part des usagers/consommateurs. Il faut d'emblée préciser qu'il s'est progressivement ouvert à la concurrence, ce qui explique la présence de plusieurs offres de marché proposées par les fournisseurs alternatifs à côté des opérateurs historiques. Toutefois, des considérations d'intérêt général ne sont pas étrangères à ce segment et font naître certaines obligations dont la prise en charge n'est pas spontanément assurée par les opérateurs économiques. Cela justifie que la puissance publique y ait maintenu des dérogations au libre jeu de la concurrence en fixant des tarifs réglementés de vente au profit de certaines catégories de consommateurs. Ces tarifs sont proposés par les opérateurs historiques dont l'activité est à ce titre considérée comme un véritable service public **(A)** pris en charge sur la base d'un contrat de concession qui les lie aux autorités concédantes locales **(B)**.

A- La qualification de l'activité de fourniture d'énergie en service public

186- L'organisation actuelle de l'activité de fourniture d'énergie montre de manière pertinente que les notions de service public et de concurrence ne sont pas antinomiques et ne s'excluent pas mutuellement[338]. L'ouverture de ce secteur à la concurrence n'a pas remis en cause l'imposition d'un certain nombre d'obligations particulières par le législateur qui détermine le périmètre actuel de ce service public **(1)**. Longtemps incorporé dans l'activité de la distribution, il a fallu attendre la loi du 10 février 2000 pour qu'il en soit dissocié. Néanmoins, l'unité du support juridique qu'ils continuent de partager et l'identité des acteurs font subsister une grande proximité entre les deux services publics **(2)**.

1. Le périmètre du service public sur le segment de la fourniture d'énergie

187- La notion de service public ne recouvre pas tout le segment de la fourniture d'énergie et ne concerne pas la totalité des opérateurs économiques y intervenant. Elle s'applique exclusivement à l'activité de fourniture d'électricité ou de gaz à des catégories particulières de consommateurs, dans des conditions spéciales. Il s'agit du service proposé aux clients bénéficiant encore de la fourniture d'énergie à des tarifs spéciaux de vente. Il "*consiste à assurer, en favorisant la maîtrise de la demande, la fourniture d'électricité, sur l'ensemble du territoire, aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente*"[339]. L'existence de ce service public est dès lors intrinsèquement liée à celle des tarifs réglementés de vente d'électricité et de gaz.

188- Dans le secteur électrique, l'ouverture progressive du segment de la fourniture par la directive européenne du 26 juin 2003[340] aurait dû en toute logique marquer la disparition des tarifs réglementés de vente. Cependant, l'article 3 de ce texte a admis la possibilité pour les

[338] Voir notamment : ECKERT G. et KOVAR Ph., « Ouverture à la concurrence des services publics en réseau », Répertoire de droit européen, septembre 2011 ; PLATON S., « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », AJDA, 2014, p. 841 ; BRILLET E., « Le service public à la française : un mythe national au prisme avec l'Europe », L'Economie politique, n° 24, avril 2004, pp. 20-42 ; DELACOUR E., « Service public et construction européenne : la guerre des droits n'aura pas lieu », Les Petites Affiches, n° 114, septembre 1997, p.4.
[339] Art. L. 121-5 du code de l'énergie.
[340] Directive n° 2003/54/CE du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes du marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE.

États membres de prévoir, dans leur législation et "*dans l'intérêt économique général*", des obligations de service public pouvant porter notamment sur les tarifs de vente[341]. Dans le prolongement de la disposition précédente, le paragraphe 3 du même article mettait à la charge des États membres l'obligation de veiller à ce que les clients résidentiels, voire les petites entreprises, aient le droit de bénéficier du service universel. Celui-ci se décline pour ces catégories de consommateurs en un "*droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents*"[342].

189- La saisine de la Cour de justice de l'Union européenne concernant la réglementation des tarifs du gaz a été l'occasion pour la juridiction européenne de préciser les conditions de conformité de l'usage de cette faculté au droit primaire de l'Union. Si le juge européen a admis que l'objectif, prévu par la directive de 2003 précité, de maintenir les prix de la fourniture "*à un niveau raisonnable*" peut fonder les États membres à mettre en place des tarifs réglementés, il en encadre l'usage. En effet, il précise que la poursuite de cet objectif n'est légitime que dans la mesure où elle s'organise par "*la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final*"[343]. Cette ligne jurisprudentielle a été confirmée par la juridiction européenne dans sa décision du 7 septembre 2016[344], en réponse à la question préjudicielle qui lui avait été posée par le Conseil d'Etat français. La CJUE, a rappelé que ce type d'intervention publique n'est admissible qu'à la triple condition de poursuivre un objectif d'intérêt économique général, d'être nécessaire à la réalisation de cet objectif et de comporter des obligations de service public clairement définies, de manière transparente et non discriminatoire.

[341] Voir : KOVAR R., "Droit communautaire et service public", RTD eur., 1996, p. 215 ; FIQUET A., "Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics : l'exemple de l'électricité, AJDA ? 1998, p. 864.
[342] Voir, BRÉMOND C. Cl., Le service universel dans le devenir des industries de réseau, Montpellier I, thèse 2003, 495 p.
[343] CJUE, 20 avril 2010, "*Federutility a*." ; affaire C-265/08, AJDA, 2010, p. 818 ; voir : ISODORO C., L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), LGDJ, 2006, p. 359.
[344] CJUE, 7 septembre 2016, « *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie c. Premier ministre e.a.* » (aff. C-121/15).

190- Dans sa décision « *ENGIE et ANODE* » du 18 mai 2018[345] concernant le marché de l'électricité, le Conseil d'Etat a relevé le risque d'augmentation de la volatilité des prix que la suppression des tarifs réglementés de vente serait susceptible d'entraîner. Il admet néanmoins que ce mode d'intervention publique sur les tarifs constitue, par sa nature même, une entrave à la réalisation d'un marché de l'électricité concurrentiel prévue par la directive 2009/72/CE et que le caractère permanent de la mesure la rend disproportionnée à l'objectif d'intérêt économique général qu'elle poursuit.

191- Par ailleurs, si l'application des tarifs réglementés de vente d'électricité aux "clients domestiques" ne soulève pas de difficulté particulière au niveau européen, il n'en va pas de même du maintien de tarifs réglementés au bénéfice de consommateurs industriels. La Commission européenne a en effet estimé qu'il s'agit d'une mesure injustifiée parce que sans rapport avec l'objectif "social" poursuivi et est dès lors susceptible d'entraîner "d*es distorsions disproportionnées des échanges et de la concurrence sur le marché unique de l'Union européenne"*[346]. Elle a en conséquence ouvert une "procédure formelle d'examen" à l'encontre de la France le 13 juin 2007 avant d'y mettre fin le 12 juin 2012 sous l'effet de la disparition programmée des tarifs réglementés de fourniture pour les clients industriels au plus tard le 31 décembre 2015[347].

192- Cette jurisprudence européenne et nationale n'a toutefois pas abouti à remettre en cause le dispositif national des tarifs réglementés de vente de l'électricité. Le législateur français a prévu des obligations de service public consistant à la fourniture d'énergie à des tarifs réglementés déterminés par voie réglementaire par les autorités étatiques[348]. Institué dans le but de maintenir les prix à un niveau raisonnable pour les consommateurs concernés, le service public ainsi créé traduit la dimension sociale de la politique énergétique actuelle en servant d'instrument de "*cohésion sociale*" et de "*lutte contre les exclusions*"[349].

193- La conjonction du cadre juridique européen et la dynamique concurrentielle sur ce segment tend à la disparition des tarifs réglementés de vente. Cependant, cette disparition ne

[345] Conseil d'Etat, 18 mai 2018, « *ENGIE et ANODE* », req. n° 413688 et 414656. En ce qui concerne les tarifs réglementés de gaz, voir : Conseil d'Etat, 19 juillet 2017, « ANODE », req. n° 370321.
[346] Communiqué Comm. CE du 13 juin 2007, IP/07/815.
[347] Communiqué Comm. UE du 12 juin 2012, IP/12/595.
[348] Il s'agit d'une compétence exercée conjointement par les ministres de l'économie et de l'énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie conformément aux dispositions de l'article L. 337-4 du code de l'énergie.
[349] Art. L. 121-1 du code de l'énergie.

ferait pas obstacle au maintien d'un service universel[350]. La possibilité pour les autorités nationales de mettre des obligations d'intérêt général à la charge des fournisseurs demeure dès lors préservée. Elle peut se traduire sur le niveau des prix de fourniture par la détermination de tarifs de référence ou celle de la partie fixe du tarif en laissant la partie flexible au jeu du marché[351]. Les possibilités d'intervention sur les tarifs de fourniture pour assurer ce service universel sont multiples, la seule condition résidant dans la transparence et le caractère aisément et clairement comparable des modalités de détermination.

2. La proximité avec le service public de la distribution d'énergie

194- La proximité entre le service public de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés et celui de la distribution est la conséquence de la confusion initiale entre les deux activités. La dissociation entre les activités de réseaux et l'activité de service induite par les directives européennes n'a pas pour autant rompu cette proximité entre les deux activités de service public qui continuent d'être exercées par les mêmes acteurs sur la base d'un support juridique commun, le contrat de concession.

195- La fourniture d'énergie et sa distribution à travers les réseaux concédés ont, dès l'origine, été unies par un étroit lien à la fois technique et juridique. Techniquement, l'exploitation des réseaux de distribution se résumait à une simple activité intermédiaire dont la mise en œuvre constituait un préalable nécessaire à la fourniture de l'électricité ou du gaz. Dans cette optique, la vente de l'énergie produite demeurait la finalité ultime ; l'activité de gestion des réseaux de distribution ne pouvait dès lors se concevoir indépendamment de cette action commerciale. La confusion entre les deux services publics était d'autant plus facile à faire que, sous l'effet la nationalisation, ils étaient assurés par les mêmes structures : les deux établissements publics nationaux et les entreprises locales de distribution en assuraient l'exercice de manière exclusive. Sur le plan juridique, la délégation des deux services publics locaux faisait l'objet d'un contrat unique conclu par l'autorité locale organisatrice et le gestionnaire du réseau de distribution, celui-ci exerçant de manière combinée les deux fonctions objet du contrat.

[350] SABLIÈRE P., Droit de l'énergie, précité, p. 252 ; DEBÈNE M. et RAYMUNDIE O., "Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?", AJDA, 1996, p. 183.
[351] Voir : MARCOU G., "L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz", AJDA, 2007, p. 473.

196- Il a fallu attendre la directive du 19 décembre 1996[352] pour assister à l'ébauche d'une dissociation entre les activités, au moins sur le plan comptable. Aux termes de l'article 14 de cette directive, "*les entreprises d'électricité intégrées tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour leurs activités de production, de transport et de distribution et, le cas échéant, des comptes consolidés pour d'autres activités en dehors du secteur de l'électricité, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence. Elles font figurer dans l'annexe de leurs comptes un bilan et un compte de résultats pour chaque activité"*. D'abord mise en œuvre par l'article 25 de la loi du 10 février 2000, cette obligation de séparation va devenir plus contraignante : initialement limitée sur le plan comptable, la dissociation implique désormais une séparation juridique des deux activités. Par conséquent, les missions de service public de la distribution d'énergie et de la fourniture aux tarifs réglementés sont exercées de manière séparée par des entités juridiquement distinctes.

197- Cependant, cette dissociation entre les deux services publics n'a pas de grands effets sur le contenu matériel des contrats de concession. Ces derniers continuent d'avoir un double objet portant sur la gestion des réseaux d'une part et la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés d'autre part. Les deux services publics locaux demeurent liés par leur support juridique ; les autorités organisatrices en délèguent la gestion sur la base d'une même convention de concession. À la différence de celles conclues dans l'état antérieur du droit, les nouvelles conventions ont un caractère tripartite, conséquence de la séparation juridique entre le gestionnaire de réseau et l'entité en charge de la fourniture. En effet, conformément aux dispositions de l'article L. 334-3 du code de l'énergie, les contrats de distribution et de fourniture d'énergie sont signés conjointement par les autorités organisatrices de la fourniture et de la distribution, le gestionnaire du réseau de distribution pour la partie relative à la gestion du réseau et EDF ou l'entreprise locale de distribution pour ce qui concerne la fourniture aux tarifs réglementés.

198- Cette communauté de base juridique semble dépourvue de justification opérante. Dès lors que le législateur a entendu reconnaitre l'existence de deux services publics distincts, leur gestion devrait en toute logique être déléguée suivant deux procédures distinctes et donner

[352] Directive n° 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, Journal officiel n° L 027 du 30 janvier 1997, pp. 0020 – 0029.

lieu à deux conventions différentes. Le fait que Enedis soit une filiale d'EDF ne fait pas obstacle à ce que les deux entités gèrent deux services publics différents dans leur mise en œuvre : l'activité de distribution implique la réalisation d'investissements sur le réseau alors que la fourniture "*ne constitue qu'une prestation de service après que le fournisseur a produit ou acheté de l'électricité*"[353] ou du gaz. La différence de nature des missions confiées milite en faveur de l'ouverture de négociations distinctes menées par les autorités organisatrices et les opérateurs concernés. Cette solution aurait, par ailleurs, l'avantage de permettre aux autorités concédantes d'avoir une connaissance plus précise du champ couvert par chacune des deux conventions de concession et de bénéficier d'une information exacte des créances mutuelles induites par l'exercice de chaque mission de service public.

199- En outre, conséquence de l'unicité de la convention, la délégation du service public de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés demeure, à l'instar de la distribution, soumise au même régime d'exclusion des règles de mise en concurrence lors de son attribution. Le fondement juridique de cette exclusion est pour le moins incertain en ce qui concerne ce service public. En effet, comme le montre le professeur TERNEYRE, l'analyse de la rédaction de la directive européenne de 2009 semble montrer que la faculté laissée aux États membres de désigner un ou plusieurs opérateurs bénéficiant de droits exclusifs ne concerne que la gestion des réseaux de distribution. La fourniture d'électricité aux tarifs réglementés ne semble pas dans le champ ouvert par ce texte pour l'institution d'une telle exclusivité. Sa délégation devrait dès lors être précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence[354].

200- Cette position doit néanmoins être tempérée car aux termes du paragraphe 3 de l'article 3 de la directive du 13 juillet 2009, "*pour assurer la fourniture d'un service universel, les États membres peuvent désigner un fournisseur de dernier recours*"[355]. Toutefois, même dans l'hypothèse où cette disposition serait interprétée comme ouvrant la même faculté pour les États membres que celle concernant la gestion des réseaux, la même remarque demeure valable : la désignation du fournisseur bénéficiant des droits exclusifs devrait se faire à la suite d'une mise en concurrence. L'état actuel de la législation sectorielle ne prévoit pas une telle obligation de mise en concurrence. Les autorités concédantes se

[353] TERNEYRE Ph., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", préc., p. 1641.
[354] HOUYET Y., "Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics", RTD Eur., 2007, p. 253.
[355] Directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, préc.

retrouvent en face d'un interlocuteur obligé dans un cadre juridique essentiellement déterminé au niveau national.

B- La place respective des cocontractants dans l'exécution du service public concédé

201- Plus qu'une compétence locale, la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés de vente donne davantage l'image d'un service public national avec une participation des autorités locales. En effet, comme pour la distribution d'énergie, la situation des autorités organisatrices de la fourniture d'énergie leur laisse peu de marge de manœuvre **(2)** dans la détermination de la nature et du contenu des prestations de leur concessionnaire **(1).**

1. Les prestations du fournisseur d'énergie aux tarifs réglementés de vente

202- Les obligations de service public en matière de fourniture d'énergie aux tarifs réglementés de vente se déclinent en plusieurs prestations distinctes mises à la charge du fournisseur. Concernant le secteur de l'électricité, celui-ci assure notamment la fourniture des clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente d'électricité. Avant l'ouverture totale du marché de l'électricité, cette catégorie d'usagers se limitait aux clients non éligibles c'est-à-dire ceux ne pouvant pas bénéficier des offres de marché en choisissant librement leur fournisseur ; il s'agissait principalement des clients domestiques. L'ouverture totale de ce marché à partir du 1er juillet 2007 rend sans objet la notion d'éligibilité puisqu'aux termes de l'article 33 de la directive européenne du 13 juillet 2009 tous les clients deviennent éligibles et peuvent désormais choisir librement de leur fournisseur[356]. Enregistrant cette évolution, l'article L. 331-1 du code de l'énergie dispose que "*tout client qui achète de l'électricité pour sa propre consommation ou qui achète de l'électricité pour la revendre a le droit de choisir son fournisseur d'électricité"*. Il faut dès lors se reporter à d'autres critères d'identification des usagers du service public concerné. Tel est l'objet des articles L. 337-7 à L. 337-9 du code de l'énergie.

[356] "Les États membres veillent à ce que les clients éligibles comprennent : … c) à partir du 1er juillet 2007, tous les clients". Art. 33 § 1 point c) de la directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009, préc.

203- Il s'agit des consommateurs finals souscrivant une puissance inférieure à 36 kVA[357]. L'absence de distinction entre les consommateurs domestiques et non domestiques a toutefois été jugée incompatible avec le droit de l'Union européenne. En effet, selon la juridiction administrative l'application non différenciée des tarifs réglementés de vente de l'électricité à l'ensemble des consommateurs domestiques et non domestiques souscrivant une puissance inférieure à 36 kVA contrevient à l'exigence de proportionnalité posée par la directive européenne telle qu'interprétée par la CJUE[358]. C'est à ce titre, et en raison de son caractère permanent que le Conseil d'Etat a annulé la décision du 27 juillet 2017 par laquelle l'autorité administrative avait fixé les tarifs réglementés de vente de l'électricité.

204- Pour toutes ces catégories de clients, le fournisseur désigné est dans l'obligation de proposer des offres tarifaires conformes aux tarifs déterminés au niveau national. La même obligation demeure de mise pour la fourniture à des personnes défavorisées. Il s'agit de leur proposer des offres différentes de celles pratiquées sur le marché concurrentiel et prenant en compte la vulnérabilité des clients concernés. Il s'agit notamment de l'application de la tarification spéciale "produit de première nécessité" bénéficiant aux personnes figurant sur un fichier géré par les organismes d'assurance maladie conformément aux dispositions de l'article L. 337-3 du code de l'énergie. Ce système est une parfaite illustration du lien qu'entretient le droit de l'énergie avec l'action sociale des collectivités publiques. Il explique le renvoi effectué par le code de l'énergie au code de l'action sociale et des familles[359]. Il en va de même du tarif spécial de solidarité en ce qui concerne le secteur du gaz. Il constitue une mesure de mise en œuvre d'un droit à l'énergie "*évitant aux consommateurs les plus modestes d'avoir à faire le choix du « eating or heating »*[360].

205- En plus des prestations consistant à assurer la fourniture d'énergie à des tarifs réglementés, les fournisseurs désignés sont tenus d'assurer la fourniture d'électricité ou de gaz aux clients en cas de défaillance de leur cocontractant. Dans le secteur de l'électricité, il s'agit de l'hypothèse de la fourniture de secours où EDF ou le DNN est dans l'obligation de se substituer au fournisseur défaillant. Une obligation identique est prévue dans le secteur du gaz

[357] Cette limitation de puissance ne s'applique pas dans le cas où les sites de consommation se trouvent dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental (Art. L. 337-7 et L. 337-8 du code de l'énergie).
[358] CJUE, 7 septembre 2016, « Association nationale des opérateurs détaillants en énergie c. Premier ministre e.a. (aff. C-121/15).
[359] Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action sociale et des familles, JORF n° 297 du 23 décembre 2000.
[360] BOITEAU C., "Les tarifs réglementés du gaz controversés", AJDA, 2012, p. 1305.

en faveur des consommateurs non domestiques assurant des missions d'intérêt général[361]. Il a appartenu au pouvoir réglementaire de préciser les modalités de mise en œuvre de cette obligation. À cet effet, un décret du 19 mars 2004[362] a fixé la liste des bénéficiaires de cette fourniture de dernier recours. Il s'agit notamment des établissements de santé, ceux accueillant des enfants de moins de 6 ans ainsi que toute administration recevant du public. Pour ces clients, les fournisseurs désignés par arrêté du ministre de l'énergie doivent assurer la fourniture de dernier recours en cas de défaillance de leur cocontractant.

206- Mais dans ce cas se pose la question de savoir si le fournisseur de dernier recours est tenu d'assurer la fourniture dans les mêmes termes que ceux prévus par le contrat initial. En d'autres termes, est-il lié par les stipulations du contrat que le fournisseur initial n'a pas pu honorer ou peut-il proposer une offre différente ? Un arrêté ministériel du 19 mai 2008[363] prévoit l'organisation des rapports entre le client et le fournisseur de secours sur la base d'un nouveau contrat. Celui-ci peut prévoir une différence de prix tenant compte du "*surcoût induit par la mobilisation de la quantité de gaz naturel nécessaire pour répondre à la demande de fourniture de dernier recours".* Une telle liberté contractuelle demeure très encadrée en ce qui concerne les autorités locales organisatrices du service public de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés.

2. L'influence limitée des autorités organisatrices sur la consistance du service public de la fourniture d'énergie

207- Dans le secteur de l'énergie l'organisation des missions de service public est placée sous la compétence de l'État et des communes et de leurs groupements. Concernant la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés, l'article L. 121-5 du code de l'énergie dispose que "*les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité ... sont les autorités organisatrices du service public de la fourniture d'électricité aux clients raccordés à un réseau de distribution qui bénéficient des tarifs réglementés de vente".* À l'instar des autres

[361] L'article L. 121-32 du code de l'énergie dispose à cet effet que les obligations de service public peuvent porter sur "la fourniture de gaz de dernier recours aux clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général".
[362] Décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz.
[363] Arrêté du 19 mai 2008 relatif à la fourniture de dernier recours de gaz naturel aux clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général liées à la satisfaction des besoins essentiels de la nation, JORF n°0120 du 24 mai 2008, p. 8473.

services publics locaux, cette qualification implique que ce sont ces mêmes autorités qui décident de la délégation de ce service et en définissent les modalités d'exécution par leur cocontractant. Cependant, la consistance de la compétence des autorités concédantes demeure très réduite dans ce domaine et leur influence sur l'exécution de ce service est moindre.

208- Ainsi, si le contenu des cahiers des charges est déterminé à la suite d'une négociation entre le fournisseur concessionnaire et la collectivité publique compétente, les éléments sur lesquels peuvent porter cette négociation sont limités. Il en est notamment ainsi de la tarification du service rendu par le fournisseur. Le droit commun des délégations de service public réserve aux cocontractants le droit de déterminer la nature et le niveau de la rémunération du délégataire. Celle-ci est en tout état de cause substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service public, d'où l'importance accordée à la négociation préalable sur le *quantum* des redevances perçues sur les usagers. Dans le cadre de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés, l'intervention des cocontractants, en particulier celle de l'autorité organisatrice, sur ce point n'a pas la même influence. La détermination des tarifs réglementés de vente de l'électricité et du gaz échappe à son emprise. Il s'agit d'une compétence exercée au niveau national par les ministres de l'énergie et de l'économie sur proposition de la commission de régulation de l'énergie[364]. La place embryonnaire accordée aux collectivités territoriales au sein de cette instance de régulation[365] ne favorise pas une influence déterminante des autorités organisatrices du service public de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés sur la fixation de ceux-ci en structure et en niveau. En effet, "*à partir du moment où, comme c'est le cas dans le secteur électrique, la régulation est liée à l'intervention d'une autorité de régulation à caractère national, des restrictions sont forcément posées à l'initiative locale*"[366].

209- De la même manière, la compensation des charges induites par l'exécution de ce service public ne fait pas intervenir l'autorité organisatrice du service public concédé. Concernant la fourniture d'électricité, les charges à compenser sont définies sur la base de la comptabilité tenue par le fournisseur et établie selon les règles fixées par la commission de

[364] Art. L. 337-4 du code de l'énergie ; Conseil d'État, 10ème et 9ème sections réunies, 10 avril 2009, req. n° 255770, Lebon, 2009.
[365] CALANDRI L. "Les rapports entre les collectivités territoriales et les régulateurs nationaux et européens de l'énergie", in Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, préc., pp. 95-107.
[366] RICHER L., "La régulation et les collectivités locales : l'exemple de l'électricité", CJEG, 2004, chronique, p. 109.

régulation de l'énergie[367]. Lesdites charges imputables aux missions de service public sont compensées "*par des contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installés sur le territoire national".* L'envergure nationale du service public concerné fait obstacle à une intervention poussée des autorités locales. Les éléments déterminants de la concession et de ses modalités d'exécution dépassent la maille locale d'une concession. L'impératif de cohérence du système et d'égalité entre les usagers commande qu'ils soient déterminés à l'échelle supérieure, par les autorités étatiques.

210- Tous ces éléments révèlent le paradoxe inhérent au cadre juridique actuel de la concession dans le domaine des services énergétiques : la difficile conciliation entre un réel pouvoir concédant au niveau local et l'exercice effectif de la compétence énergétique au niveau national. Il en résulte une forme d'anachronisme de ce cadre juridique dont les éléments essentiels n'ont pas fondamentalement évolué malgré les mutations auxquelles est sujet le marché de l'énergie.

[367] Art. L. 121-9 du code de l'énergie ; BÉATRIX O., "La contribution aux charges de service public de l'électricité : de l'ombre à la lumière", RFDA, 2012, p. 935.

CHAPITRE II : UNE UTILISATION PERFECTIBLE DE LA CONCESSION DANS LE DOMAINE DES SERVICES ENERGETIQUES

211- La place prépondérante de la formule contractuelle de partenariat public-privé dans le secteur de l'énergie apparaît à travers la diversité des segments qu'elle concerne. En effet, son champ d'application s'étend à tous les maillons de la chaîne de valeur allant de la production énergétique à l'activité de fourniture en passant par l'exploitation des réseaux d'acheminement pour lesquels la concession constitue le mode de gestion de droit commun. Le caractère industriel et commercial de ce secteur d'activité renforce son caractère propice à la liaison de partenariat contractuel entre les organismes publics compétents et les opérateurs du secteur privé.

212- Cependant, l'adéquation de cet instrument classique de partenariat public-privé avec le domaine des services énergétiques n'est pas absolue. Son inadaptation résulte de la conjonction de divers facteurs révélateurs d'une absence de réelle convergence entre l'architecture juridico-institutionnelle d'une part et l'évolution du secteur concerné et de ses nouveaux enjeux d'autre part. Le domaine des services énergétiques est aujourd'hui sujet à de profondes mutations suscitant de nouveaux défis pour les acteurs, en termes d'évolutions techniques, de diversification des sources et des usages et de prise en compte de l'environnement. Le cadre juridique de la concession dans ce domaine a, quant à lui, fait preuve de peu de flexibilité en restant constant sur ces éléments fondamentaux.

213- À l'analyse, malgré sa prépondérance actuelle, l'utilisation du mécanisme de la concession comme instrument privilégié de partenariat public-privé dans la gestion des services énergétiques montre les limites du cadre juridique qui l'organise. Cette insuffisance résulte de deux éléments complémentaires : d'une part, l'organisation des relations entre les partenaires souffre de certaines imprécisions, source d'incertitudes pour les parties au contrat **(Section I)**. D'autre part, l'absence de réelle influence de l'autorité concédante sur les éléments essentiels de la concession la place dans une situation de faiblesse par rapport à son cocontractant. Il en résulte des relations contractuelles déséquilibrées parfois antinomiques avec une gestion efficace des services concédés **(Section II)**.

Section I : Un cadre juridique réfractaire à une gestion efficace des services énergétiques

214- L'efficacité constitue un paramètre de plus en plus important dans la gestion des services publics, notamment ceux à caractère industriel et commercial. Intervenant sur des secteurs concurrentiels, les personnes publiques ou leurs délégataires sont censés agir dans les mêmes termes que les opérateurs privés. Confrontée à de nouveaux impératifs de célérité et de compétitivité, "*l'administration ne décide plus et ne peut plus décider aujourd'hui comme hier"*[368]. Dans ce cadre, si le respect du formalisme traditionnel demeure nécessaire, il ne constitue pas le seul critère de légitimité de l'action de l'administration. Dans le secteur de l'énergie, la recherche d'une gestion efficace amène les pouvoirs publics à privilégier l'externalisation en la confiant à des opérateurs du secteur privé avec différents degrés de contrôle public sur ces structures. C'est dans cette optique que s'inscrit l'outil juridique de la concession permettant aux autorités compétentes de lier des relations partenariales avec les intervenants privés pour la gestion des services énergétiques dont elles ont la responsabilité.

215- Si cet outil juridique a pu montrer son efficacité dans certains secteurs d'activité et à une certaine époque, sa mise en œuvre dans le domaine des services énergétiques pose actuellement la question de son adaptation à la configuration et aux enjeux de ces activités économiques. L'observateur ne peut qu'être interpellé par le caractère souvent conflictuel des rapports qu'entretiennent les collectivités publiques concédantes et leurs concessionnaires, notamment en ce qui concerne l'exploitation des réseaux d'énergie. À l'analyse, cet état de fait qui affecte l'efficacité des services énergétiques trouve principalement son explication dans l'absence de clarté du cadre juridique organisant les rapports entre les parties prenantes. Ce cadre juridique fait naître des incertitudes pour les parties aux contrats de concession **(Paragraphe I)**. À cela s'ajoutent les lourdeurs issues de la réglementation sectorielle **(Paragraphe II)**.

[368] SAUVÉ J-M., "Les nouveaux modes de décision publique", Les petites affiches, 29 juin 2012, p. 18 ; DESMOULIN G., "La recherche de la performance des politiques publiques. De l'illusion à la raison", AJDA, 2013, p. 894.

Paragraphe I : Les incertitudes dans l'organisation des rapports entre partenaires

216- Modalité de gestion d'un service d'intérêt général, une externalisation réussie suppose la répartition optimale des attributions entre la personne publique délégante et son délégataire. Il convient dès lors de proscrire toute forme d'approximation dans la détermination des domaines d'intervention respectifs des partenaires et d'opérer une coordination adéquate de leurs actions pour éviter les interventions redondantes pouvant affecter la cohérence du système. L'efficacité de la gestion des services énergétiques dépend fortement de ces deux facteurs. Or, c'est sur ces deux aspects que le régime actuel de la concession présente des fragilités dans ce secteur. D'une part, il opère une détermination imprécise des attributions respectives des cocontractants **(A)** ; d'autre part, la coordination de leurs interventions se révèle insuffisante **(B)**.

A- La détermination imprécise des attributions respectives des cocontractants

217- La diversification des acteurs inhérente à la gestion externalisée soulève parfois le problème de la mise en cohérence des interventions de chacune des parties. En effet, contrairement à la régie où la totalité des responsabilités est assumée par la même entité, la concession rend plus complexe l'identification de la nature et du niveau des responsabilités à la charge de l'autorité concédante et de son concessionnaire, en particulier en matière de gestion des réseaux. Dans ce domaine, les difficultés rencontrées dans les relations entre les parties trouvent principalement leur source dans la complexité du système de répartition de la maîtrise d'ouvrage **(1)** rendant malaisée l'identification des obligations réciproques des partenaires **(2)**.

1. La complexité du système de répartition de la maîtrise d'ouvrage

218- Le régime de droit commun des concessions fait peser sur le concessionnaire la charge des travaux de premier établissement et d'entretien des infrastructures qu'il exploite. Dans cette hypothèse, le rôle de l'autorité concédante se résume à l'exercice du contrôle sur son cocontractant sans pouvoir se substituer à ce dernier en l'absence de défaillance. Un tel

système présente l'avantage de la simplicité puisque la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser est intégralement transférée au délégataire. Les responsabilités sont ainsi clairement identifiées et les risques d'interférence sont amoindris, chaque partie se limitant à l'exercice des attributions qui lui sont conférées par l'acte de délégation.

219- La concession de distribution d'électricité déroge à ce droit commun des délégations de service public. Les travaux sur le réseau de distribution ne sont pas exclusivement assurés par le concessionnaire ; l'autorité concédante peut également en assumer la maîtrise d'ouvrage[369]. C'est le sens de l'article L. 322-6 du code de l'énergie aux termes duquel "*les autorités organisatrices du réseau public de distribution d'électricité ont la faculté de faire exécuter en tout ou en partie à leur charge, les travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution".* Si le législateur n'a pas fait de distinction en fonction du statut des communes concernées pour l'exercice de cette compétence, il est constant que le partage de la maîtrise d'ouvrage entre autorité concédante et concessionnaire est différent selon qu'il concerne les communes rurales ou celles situées en zone urbaine[370].

220- "*D'une manière générale, la réalité des concessions couvrant un périmètre rural fait état d'une maîtrise d'ouvrage assurée par les autorités concédantes pour les travaux de renforcement, d'extension et de raccordement des réseaux publics de distribution d'électricité*"[371]. Sur ces territoires, seuls les travaux de renouvellement sont généralement assurés par le concessionnaire alors qu'à l'inverse il a à sa charge la quasi-totalité des travaux en milieu urbain à l'exception des travaux d'amélioration esthétique des réseaux[372].

221- Cette présentation est quelque peu réductrice et ne reflète pas toute la complexité du système de partage de la maîtrise d'ouvrage entre les autorités organisatrices et leur

[369] Voir : Cabinet BODA, « Les difficultés de détermination de la répartition de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau public de distribution d'électricité », Energie, Environnement, Infrastructures, mars 2015, n° 3, pp. 43-45.
[370] MÈNARD Ch. et PHAN VAN L., "Relations ERDF/autorités organisatrices : à la recherche d'un nouvel équilibre", Contrats, avril 2011, n° 109, pp. 23.
[371] MOZOL P., "Le rôle des syndicats d'électrification et la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité : entre opportunités et contraintes", in : *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Annuaire des collectivités territoriales, 2013, p. 86.
[372] BOUVIER G., "Analyse géopolitique des relations entre les collectivités locales françaises et l'énergie. Vers une approche globale des politiques énergétiques locales ?", in : Observatoire universitaire de la ville et du développement durable, colloque sur le développement urbain durable, 2005 ; TERNEYRE P., "Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. À propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité", préc., p. 1644 et s.

concessionnaire. Concrètement, on note des variations selon que les travaux sont réalisés sur les réseaux en haute ou en basse tension et suivant la finalité des travaux[373]. Ainsi, des incertitudes sur l'identification de la partie devant exercer la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser sur le réseau peuvent naître d'une divergence d'interprétation entre les partenaires. Il peut notamment en aller ainsi lorsque les travaux à réaliser poursuivent plusieurs finalités. Les travaux d'enfouissement des réseaux électriques en est un exemple typique : si les travaux d'enfouissement peuvent être justifiés par une motivation esthétique légitimant la maîtrise d'ouvrage du concédant, ils peuvent également poursuivre un objectif de sécurisation des réseaux, mission confiée au concessionnaire et justifiant que la maîtrise d'ouvrage lui soit transférée.

222- La prise en compte de la spécificité de chaque concession amène le législateur à laisser une certaine liberté aux parties au contrat pour la détermination de la clé de répartition de la maîtrise d'ouvrage. Cette solution présente certes l'avantage d'être respectueuse de la liberté contractuelle des acteurs, mais elle accroît le risque d'une répartition complexe et imprécise par les documents contractuels et, à terme, les risques de contentieux. C'est précisément cet état de fait qui prévaut pour certaines concessions de distribution, notamment celle de la Vendée et de Lot-et-Garonne "*pour lesquelles les travaux de desserte basse et moyenne tension en zone d'aménagement à maîtrise d'ouvrage publique (lotissements) peuvent être accomplis indifféremment par ERDF ou le concédant"*[374].

223- Un tel partage des tâches faisant reposer tout le système sur la bonne entente des parties n'est pas satisfaisant et montre ses limites en cas de désaccord, ce qui est loin d'être une simple hypothèse d'école. La multiplication des affaires contentieuses opposant certaines autorités organisatrices de la distribution à leur concessionnaire[375] rappelle la nécessité de procéder à une simplification du système de répartition de la maîtrise d'ouvrage entre les

[373] Cour des comptes, Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, Rapport public annuel, 2013, préc. p. 117 ; voir : MOZOL P., "Le rôle des syndicats d'électrification et la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité : entre opportunités et contraintes", préc.

[374] Cour des comptes, Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, Rapport public annuel, 2013, préc. p. 117.

[375] À titre d'illustration, la cour administrative d'appel de Lyon a été saisie le 12 juillet 2012 (CAA Lyon, "ERDF", req. n°11LY01037) et le 8 janvier 2013 (CAA Lyon, Syndicat intercommunal d'énergies, d'équipement et d'environnement de la Nièvre, req. n°11LY02198) pour déterminer qui de l'autorité concédante ou du distributeur devait assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux de raccordement au réseau des producteurs d'énergie. La cour administrative d'appel de Bordeaux a été saisie d'une demande similaire le 27 décembre 2012 par le distributeur Enedis (CAA Bordeaux, "ERDF, req. n° 12BX00329).

parties. Plus encore, c'est la responsabilité de la fiabilité et de la sécurité du réseau qui s'en trouve diluée entre l'autorité concédante et son concessionnaire.

224- Les cas d'intervention des autorités concédantes, même en l'absence de clause contractuelle le prévoyant, ne joue pas en faveur d'une clarification du système de partage. Comme le remarque la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, « *certains syndicats vont désormais à l'encontre du contenu des contrats de concession et se substituent au concessionnaire en réalisant la très grande partie des travaux sur leur réseau, dont le renouvellement* »[376]. Généralement justifiée par la carence du gestionnaire de réseau, cette tendance rend encore plus délicate l'identification de la partie censée intervenir en priorité sur le réseau. La CRE en tire une conclusion sans appel : « *la complexité de la répartition actuelle des responsabilités, l'imbrication des maîtrises d'ouvrage et des financements empêchent d'identifier les domaines de compétence de chacun, au détriment des actions prioritaires* »[377].

225- À cette complexité technique vient s'ajouter celle d'ordre institutionnelle, relative à la classification des communes concernées en zone rurale ou urbaine. Elle est consécutive à l'absence d'une définition univoque de la ruralité et à la coexistence de plusieurs critères de classification. Aux critères posés par l'INSEE s'ajoutent celui de la circulaire interministérielle "agriculture/industrie" du 22 avril 1971[378] et celui posé par l'article L. 5212-24 du CGCT relatif à la taxe communale sur la consommation finale d'électricité[379]. Dès lors que les différents critères ne se recoupent pas parfaitement, l'application d'un des critères peut exclure du champ de la ruralité, ou à l'inverse y inclure, des communes qui devaient relever d'un autre régime[380].

226- Les effets de cette absence de coïncidence entre les critères sont néanmoins à relativiser puisqu'en définitive le classement d'une commune dans l'un ou l'autre des régimes

[376] Assemblée nationale, Rapport sur la sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité », présenté par le député Jean PRORIOL, 5 avril 2011, p. 66
[377] Commission de régulation de l'énergie, Rapport « sur la qualité de l'électricité. Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité », octobre 2010, p. 192
[378] Circulaire citée par la Cour des comptes (*Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer,* Rapport public annuel 2013, p. 112.
[379] Cour des comptes, *Le service public de la distribution de l'électricité et l'intercommunalité*, Rapport 2001, p. 754 et s.
[380] C'est d'ailleurs le constat fait par la Cour des comptes dans son rapport du 3 février 1997 sur les comptes et la gestion du FACÉ. Par comparaison entre les critères de l'INSEE et ceux de la circulaire du 22 avril 1971, la Cour relève que " 28 164 communes peuvent bénéficier des aides du FACE, alors qu'on en dénombre 31 251 selon les critères de ruralité de l'INSEE".

relève de l'appréciation du préfet dans les départements concernés. En effet, l'instruction du gouvernement du 17 juillet 2014[381] prévoit des possibilités de déroger à l'application stricte des critères de classement des communes par les préfets de département. Ces derniers peuvent ainsi, sur demande d'une autorité concédante et après avis du gestionnaire de réseau, classer une commune dans le régime de l'électrification rurale ou de l'en exclure. Ces possibilités de dérogation offrent un supplément de souplesse au système de partage de la maîtrise d'ouvrage en matière de travaux sur les réseaux de distribution d'électricité. On peut toutefois regretter que la décision d'y recourir soit laissée à la discrétion d'une autorité qui n'est pas partie au contrat de concession. Le préfet de département n'étant pas lié par l'avis ou les observations du gestionnaire de réseau, il peut décider de procéder à une dérogation même en l'absence d'accord du distributeur, ce qui aura une influence déterminante sur les attributions respectives des cocontractants. L'enjeu est important : la nature et le niveau des obligations réciproques des cocontractants en sont largement tributaires.

2. La délicate identification des obligations réciproques des parties au contrat

227- A l'instar des autres conventions de partenariat public-privé, "*les concessions d'électricité ne sont pas exemptes d'enjeux financiers*"[382]. Ces contrats sont les vecteurs d'importants flux financiers et font naître entre les parties des créances mutuelles qu'il convient d'identifier avec la plus grande précision. Cependant, l'analyse des relations contractuelles entre les collectivités concédantes et leur concessionnaire révèle que l'identification des créances et leur comptabilisation demeurent délicates, en particulier sur le segment de la distribution d'énergie où les rapports financiers sont encore entourés d'une grande nébulosité. Cet état de fait rend malaisée la détermination des obligations réciproques entre les partenaires et est parfois source de contentieux. L'épineuse question des provisions pour renouvellement et le niveau de la contribution requise des collectivités publiques en cas de travaux sous maîtrise d'ouvrage du concessionnaire en sont de parfaites illustrations.

[381] Instruction du gouvernement (NOR : INTB1411510C) du 17 juillet 2014 relative à l'application de l'article 2 du décret n° 2013-46 du 14 janvier 2013 concernant les communes éligibles aux aides à l'électrification rurale.
[382] ESCALLIER Ch., "Les concessions d'électricité ne sont pas exemptes d'enjeux financiers. Le cas particulier des provisions pour renouvellement d'ERDF", La lettre du financier territorial, janvier 2010.

228- Concernant la contribution des collectivités locales en charge de l'urbanisme, son principe a été posé par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[383]. L'article L. 342-11 du code de l'énergie en détermine les personnes redevables dans les différentes hypothèses liées à l'objet et à la finalité des travaux concernés. Son paragraphe 1° dispose ainsi : "*Lorsque l'extension est rendue nécessaire par une opération d'un permis de construire ayant fait l'objet d'un permis d'aménager ou d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable, (...) la part de contribution correspondant à l'extension reste due par la commune ou l'EPCI compétent pour la perception des participations d'urbanisme*". Plus précisément, l'opération de raccordement se décline en deux phases fonctionnellement distinctes : si le financement des travaux de branchement est en partie assuré par le pétitionnaire, 60% du financement des travaux d'extension restent à la charge de la collectivité publique en charge de l'urbanisme. Concrètement, la collectivité concernée est la commune, autorité concédante de la distribution, ou à l'établissement public de coopération intercommunale auquel elle a été transférée cette compétence. Dans les deux cas, les finances locales s'en trouvent impactées.

229- L'identification des contributions dues par les collectivités publiques au concessionnaire paraît claire. Toutefois, des incertitudes ont pu naître sur la part devant être financée par la collectivité locale lorsque les travaux ont une double finalité[384]. En effet, les travaux de d'extension du réseau de distribution peuvent être l'occasion de procéder à son renforcement pour en accroître la capacité ou à son renouvellement, en particulier "*lorsque le pallier technique présent dans la rue est tellement ancien que les normes de sécurité en vigueur interdisent toute intervention sur ce réseau*"[385].

230- La formulation large retenue par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[386] pouvait avoir pour conséquence de faire peser sur les collectivités locales le financement des travaux d'extension mais également ceux relatifs au renforcement et au renouvellement du réseau auxquels procède opportunément le

[383] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°35 du 11 février 2000, p. 2143.
[384] GUGUEPEROUX G., « Délégation de service public et chambres régionales des comptes : les enseignements des rapports d'observation », AJCT, 2011, p. 496
[385] SIPPEREC, "Premières réflexions du SIPPEREC sur les concessions de distribution d'électricité en France. A l'occasion de l'enquête nationale diligentée par la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes", janvier 2013, p. 15
[386] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité**,** préc.

distributeur à l'occasion des premiers. Cette interprétation correspond d'ailleurs à la pratique du distributeur national qui, dans certains cas, considère toutes ces opérations "*comme étant partie intégrante du raccordement*" devant, à ce titre, être financées par les autorités locales[387]. Si un arrêté du 21 octobre 2009[388], modifiant et complétant celui du 28 août 2007[389], est venu préciser le périmètre de la facturation des opérations de raccordement en en excluant la part relative au renouvellement et au renforcement du réseau, l'enquête précitée révèle que la pratique susvisée de l'opérateur national a tendance à perdurer[390]. Dans un contexte où l'autorité en charge de l'urbanisme se confond avec l'autorité organisatrice du réseau de distribution, le manque de visibilité des relations financières avec le gestionnaire du réseau ne manque pas d'avoir des incidences sur les relations contractuelles au titre de la concession de distribution.

231- Sur ce point, les relations sont moins problématiques en ce qui concerne la distribution de gaz naturel. La contribution financière de l'autorité concédante pour assurer la desserte de zones non encore dotées de réseaux de distribution y apparaît comme une simple faculté à laquelle elle peut recourir en cas de ratio négatif de la rentabilité de l'opération conformément aux dispositions du décret du 28 juillet 2008[391].

[387] SIPPEREC, "Premières réflexions du SIPPEREC sur les concessions de distribution d'électricité en France. A l'occasion de l'enquête nationale diligentée par la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes", janvier 2013, p. 15.

[388] Arrêté du 21 octobre 2009 modifiant et complétant l'arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°0292 du 17 décembre 2009, p. 21732.

[389] Arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°200 du 30 août 2007, p. 14314.

[390] L'enquête menée par le service du SIPPEREC mis à la disposition de 40 de ses communes membres en charge de l'urbanisme fait apparaître des écarts entre les montants qui devraient être réellement dus par ces organismes en application des dispositions pertinentes et la facturation retenue par Enedis. Le bilan de ce service au bout de 2 ans d'activité révèle une facturation non justifiée du renforcement du réseau de distribution à la collectivité dans 78% des cas étudiés alors que l'article 71 de la loi Grenelle 2 précise que seule l'extension du réseau reste à la charge du concédant., SIPPEREC, Premières réflexions sur les concessions d'électricité en France, préc., p. 16.

[391] L'article 1er de ce texte dispose: " *lorsqu'ils décident de concéder la distribution du gaz naturel et que l'opération de raccordement ne peut se réaliser dans les conditions économiques assurant une rentabilité au moins égale au niveau arrêté par le ministre chargé de l'énergie…, une commune, un EPCI ou un syndicat mixte qui ne dispose pas d'un réseau de distribution de gaz naturel peut, …, contribuer au financement de l'opération*" (décret n° 2008-740 du 28 juillet 2008 relatif au développement de la desserte gazière et aux extensions de réseaux publics de gaz naturel, JORF n°0176 du 30 juillet 2008, p.12203).

232- Autre point de cristallisation des divergences d'approche et d'interprétation entre autorités concédantes et concessionnaire, la question des provisions pour renouvellement constitue une spécificité du mécanisme de la concession. Elles trouvent leur fondement dans l'absence de propriété du délégataire de service public sur les biens concédés. Le modèle de cahier des charges des concessions de distribution d'électricité en fixe l'objet et la finalité. Aux termes de l'article 10 de ce texte, "*en vue de pourvoir au financement des travaux de renouvellement des biens concédés…, le concessionnaire sera tenu de pratiquer des amortissements industriels et de constituer des provisions pour renouvellement prenant en compte le coût de renouvellement des immobilisations concernées*".

233- Si leur justification ne soulève pas de controverse, il n'en va pas de même du sort des provisions pour renouvellement qui continue d'être une source de contentieux entre les autorités concédantes et leur concessionnaire de la distribution. L'article 31 du modèle de cahier des charges de 1992 prévoyait que l'excédent éventuel des provisions constituées par le concessionnaire pour le renouvellement ultérieur des biens de la concession devra être reversé à l'autorité concédante. Le reversement ne concernerait dès lors que les excédents éventuels et non la totalité des provisions constituées. Il n'en demeure pas moins que les sommes concernées ne sont pas négligeables, surtout rapportées à l'échelle des finances locales. Or "*ERDF s'arroge une grande liberté de gestion de ces provisions*"[392], soit en soutenant que les provisions non utilisées lui revenaient de droit, soit en intégrant dans ces résultats des provisions jugées inutiles par les autorités concédantes, sans concertation préalable avec ces derniers[393].

234- Cette absence de concertation se cumulant avec la relative faiblesse des autorités organisatrices des réseaux de distribution ne joue pas en faveur d'une clarification de la relation financière entre les partenaires et contribue à rendre délicate la comptabilisation des créances les liant avec la société gestionnaire des réseaux[394]. Pour y remédier, lors des négociations pour l'adoption du nouveau modèle de cahier des charges des concessions de distribution d'électricité de 2017, la FNCCR et Enedis ont décidé de mettre fin, pour l'avenir,

[392] ESCALLIER Ch., "Les concessions d'électricité ne sont pas exemptes d'enjeux financier : le cas particulier des provisions pour renouvellement d'ERDF", préc., p. 9.
[393] *Idem.*
[394] Cour des comptes, Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, préc.

au mécanisme de constitution et de partage des provisions pour renouvellement[395]. Cette suppression est la contrepartie de nouveaux instruments de programmation des investissements à travers des schémas directeurs de long terme et des programmes pluriannuels et annuels d'investissement.

B- L'insuffisante coordination des interventions des partenaires

235- Si elle permet de mettre à contribution les capacités financières et techniques des entreprises du secteur privé, le partenariat public-privé présente néanmoins le risque d'amoindrir la cohérence de la politique de gestion des services concernés. Ce risque prend une dimension encore plus grande dans le secteur énergétique en raison de sa configuration en réseau, d'où la nécessité d'y opérer une coordination optimale afin d'assurer la cohérence et l'efficacité des actions. L'analyse des investissements intervenus dans ce secteur révèle cependant une certaine incohérence des actions menées par les partenaires notamment en matière de gestion des réseaux de distribution d'énergie **(1)**. Pour y remédier, le législateur a mis en place un cadre de concertation et de pilotage qui, à l'épreuve des faits, s'avère insuffisant **(2)**.

1. L'absence de cohérence des actions des intervenants

236- Elle est consécutive à la diversification des intervenants sur les réseaux d'énergie et à leur relative autonomie. Dans le droit commun des concessions, toutes les attributions relatives à la gestion du service concédé reviennent au concessionnaire. L'intervention de l'autorité concédante se résumant à un contrôle exercé en cours d'exécution du contrat ou *a posteriori* avec la faculté d'infliger des sanctions en cas de carence de son cocontractant. Le régime de la concession déroge à ce schéma en matière de distribution d'énergie par la multiplicité de la maîtrise d'ouvrage notamment dans les zones relevant du régime d'électrification rurale. La maîtrise d'ouvrage y fait l'objet d'un partage complexe faisant intervenir l'autorité concédante et le concessionnaire sans une détermination précise du champ d'intervention de chacun des cocontractants. La cohérence du système de gestion du service public de la distribution s'en trouve dès lors affectée. L'étude menée par la Cour des comptes dans son rapport public annuel de 2013 illustre cet état de fait.

[395] FNCCR, communiqué de presse du 6 juillet 2017.

237- La haute juridiction financière relève en effet une absence de pilotage des investissements sur les réseaux de distribution d'énergie électrique nuisant à la cohérence des actions menées. Dans un tel système de partage de la maîtrise d'ouvrage, la mise en place d'une gestion cohérente est tributaire du niveau de coordination des interventions sur les réseaux d'énergie. Or, comme le remarque la Commission de régulation de l'énergie, « *ERDF et ses autorités concédantes ne partagent pas la même stratégie d'investissement, que ce soit pour le renouvellement, le renforcement, la fiabilisation ou la sécurisation des réseaux de distribution. De fait, ERDF et ses autorités concédantes planifient rarement ensemble leurs investissements annuels et il arrive même régulièrement qu'ils n'échangent pas leurs programmes de travaux respectifs, ce qui a pour effet de nuire à la qualité d'alimentation des réseaux* »[396].

238- Le constat fait par autorité de régulation explique en partie la dégradation de la qualité de la desserte d'électricité relevée par maints rapports parlementaires et études thématiques[397]. Cette absence de convergence entre partenaires apparaît à travers les critiques du gestionnaire des réseaux, suivi en cela par la commission de régulation, sur la pertinence des choix d'investissements opérés par les autorités concédantes. Le gestionnaire de réseau considère d'une part que la priorité accordée par les autorités organisatrices de la distribution aux actions d'enfouissement des réseaux électriques en basse tension n'a pas un impact décisif sur la qualité de la desserte[398]. D'autre part, l'opérateur national conteste la pertinence du choix des autorités concédantes d'accentuer leurs investissements sur le réseau en basse tension en milieu rural alors que la faveur devrait être accordée au réseau en haute tension qui a un impact plus considérable sur la fiabilité de l'ensemble du réseau de distribution électrique. Partageant ces observations, le régulateur national en conclut que *« la maîtrise d'ouvrage des*

[396] Commission de régulation de l'énergie, Rapport sur « la qualité de l'électricité : Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité », 29 octobre 2010, p. 178.
[397] Voir par exemple, le rapport Bellec qui pose le diagnostic actualisé de l'état des réseaux électriques (Rapport relatif à la limitation de l'impact des événements climatiques majeurs sur le fonctionnement des réseaux de distribution d'électricité, juin 2010). Le rapport PRORIOL d'avril 2011 a relevé la dégradation progressive de la qualité d'alimentation d'électricité (Assemblée nationale, Rapport d'information sur la sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité). Le rapport HAUET de la FNCCR de septembre 2009 ainsi que le rapport de la CRE d'octobre 2010 précité.
[398] Selon le gestionnaire de réseau, les câbles torsadés aériens devraient attirer davantage les investissements des autorités concédantes en raison de leur fiabilité plus accrue et de leur coût moins onéreux. Voir rapport Proriol, préc., p. 60.

collectivités rurales n'a ni pour objet ni pour effet l'amélioration de la continuité de l'alimentation »[399].

239- Par ailleurs, le SIPPEREC et ERDF (devenu Enedis) ont certes pu opérer une bonne coordination de leurs actions en matière d'enfouissement de réseaux en basse tension en mettant en place un groupement de commande dédié à ces interventions. Cependant, le syndicat déplore l'absence de pilotage sur les autres volets d'investissement. Il met surtout l'accent sur l'insuffisance des informations fournies par le gestionnaire du réseau, qui ne peuvent pas servir de schéma directeur des investissements et ne saurait être la base d'un pilotage effectif des actions sur le réseau[400].

240- Visibles en matière de distribution d'énergie, les difficultés de pilotage des interventions des différents partenaires se retrouvent également sur les autres segments de la chaîne énergétique. La diversification du rôle du gestionnaire de réseau, désormais habilité à exploiter des unités de production afin d'éviter l'extension du réseau de distribution, l'investissement des collectivités publiques dans les actions de maîtrise de l'énergie et les nouveaux contrats auxquels donnent lieu ces actions rendent encore plus complexe la coordination de tous ces acteurs. Contraintes à assumer ce nouveau rôle pour s'affirmer comme de véritables acteurs de la politique énergétique, les collectivités locales se retrouvent alors dans l'obligation d'accroître leurs moyens humains et techniques pour assurer pleinement cette compétence. Il en résulte une « *croissance structurelle de leurs charges de fonctionnement* »[401]. Si elle permet aux autorités concédantes d'exercer un véritable contrôle sur leurs partenaires, cette tendance suscite néanmoins une double insatisfaction.

241- Sa première conséquence est d'alourdir les charges financières des collectivités territoriales par l'accroissement des moyens humains et logistiques consacrés à la gestion des services énergétiques. Dans ce cadre, l'argument majeur en faveur de la gestion déléguée, tiré d'un moindre engagement des fonds publics, s'en trouve fragilisé à long terme. En effet, l'accroissement constaté des dépenses des collectivités territoriales au titre du personnel en

[399] CRE, rapport sur la qualité de l'électricité, préc.
[400] Comité syndical du SIPPEREC, délibération du 22 mars 2012 notifiant à ERDF l'insuffisance des informations fournies et la mettant en demeure de lui communiquer les informations requises et prévues par l'avenant au contrat de concession signé en avril 2011.
[401] La Cour des comptes note ainsi une hausse de 30% des dépenses de personnel du SIPPEREC en cinq ans (2005-2010). La même tendance a été remarquée au syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée (SYDEV) où le nombre d'agents en position d'activité est passé de 63 à 85 entre 2005 et 2009. Voir, Cour des comptes, rapport public annuel de 2013, préc., p. 130.

activité dans le secteur de l'énergie réduit l'écart entre les coûts de la gestion en régie et ceux engagés dans l'hypothèse d'une gestion déléguée. Dans un contexte de fragilité des finances publiques, en particulier au niveau local, l'optimisation des dépenses publiques ne peut être négligée.

242- En outre, l'accroissement du nombre d'agents en position d'activité dans le secteur de l'énergie induit une tendance naturelle des autorités concédantes à accentuer leurs interventions sur les services concédés, au détriment de la maîtrise d'ouvrage du concessionnaire. Cette propension complexifie davantage le système de répartition des attributions au sein du contrat de concession et accroît les risques de divergence entre partenaires. C'est dans le souci de remédier à ces inconvénients que le législateur a mis en place un cadre de concertation au niveau départemental pour faciliter la coordination des actions menées par les divers intervenants.

2. L'insuffisante coordination des interventions des acteurs

243- Le partage de la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de la concession de distribution ne peut engendrer des résultats satisfaisants que dans la mesure où s'opère une coordination effective des actions des partenaires. La cohérence de la gestion des services énergétiques exige une évolution des relations entre autorités concédantes et concessionnaires qui doivent être amenés à assurer une programmation collective sur la base de flux d'informations bidirectionnelles. La nécessité d'une telle évolution a été énoncée par la Commission de régulation de l'énergie qui considère : « *En tout état de cause, le partage de la maîtrise d'ouvrage ne peut s'entendre que dans un cadre collaboratif dans lequel s'articulent les actions des différents maîtres d'ouvrages. Si toute adaptation du cadre contractuel s'avérait impuissante à faire émerger les champs de responsabilité des différentes parties prenantes dans un cadre financier incitatif pour tous, il serait souhaitable de mettre fin au partage actuel de la maîtrise d'ouvrage et d'en attribuer l'ensemble au gestionnaire* »[402].

244- Cette seconde option n'a pas été retenue par le législateur qui, pour assurer la coordination des actions, a mis en place un cadre institutionnel de concertation entre les

[402] CRE, rapport sur la qualité de l'électricité. Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité, préc., p. 177.

acteurs du secteur de l'énergie. Il s'agit d'une des innovations institutionnelles et procédurales introduites par la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité du 7 décembre 2010[403]. Aux termes de l'article 21 de ce texte, repris à l'article L. 2224-31 du CGCT, un « *programme prévisionnel qui précise notamment le montant et la localisation des travaux* » doit être élaboré « *à l'occasion d'une conférence départementale réunie sous l'égide du préfet et transmis à chacune des autorités concédantes* ». Le choix de l'échelon départemental comme cadre de programmation n'est pas fortuit. Il s'inscrit en droite ligne des politiques de regroupement des autorités concédantes précédemment mises en place. Tout en permettant aux gestionnaires de réseau de concrétiser leur vision globale des concessions sur leurs zones de desserte, il n'exclut pas la prise en compte du caractère local de la distribution et la spécificité de chaque autorité concédante.

245- Le programme prévisionnel élaboré à l'occasion de la conférence départementale a vocation à servir de base d'évaluation de la politique d'investissement du gestionnaire de réseau. Il fait l'objet d'un bilan détaillé établi par les autorités concédantes sur la base d'un compte rendu qui leur est préalablement transmis par le concessionnaire conformément aux dispositions de l'article précité.

246- Paradoxalement, les rédacteurs de la loi NOME n'apportent pas de précision sur la valeur juridique et la portée de ce document. Sa nature prospective permet-elle d'envisager une liaison juridique du gestionnaire de réseau sur les investissements et travaux indiqués dans le programme ? Dans l'hypothèse d'une absence de concordance des résultats contenus dans le bilan détaillé avec les prévisions, l'autorité concédante dispose-t-elle de moyens d'action sur son concessionnaire pour faire rattraper l'écart constaté ? Il s'agit là de questions sur lesquelles le législateur n'a pas encore apporté de réponse précise, ce qui tend à relativiser l'efficacité du dispositif de coordination mis en place par la loi du 7 décembre 2010.

247- En tout état de cause, ce dispositif constitue une avancée non négligeable en matière de contrôle de l'action du concessionnaire par les autorités concédantes. En améliorant l'information de ces dernières, les éléments portés à leur connaissance ont vocation à leur permettre d'asseoir une véritable évaluation sur l'état de leurs réseaux d'énergie et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires en cas de défaillance de leur concessionnaire pour

[403] LOI n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JORF n°0284 du 8 décembre 2010, p. 21467.

assurer la continuité et la qualité du service rendu aux usagers. Encore faudrait-il que les informations transmises par le gestionnaire du réseau soient contributives et donnent une visibilité suffisante de la gestion pour permettre à l'autorité concédante d'exercer un contrôle effectif. La délibération précitée du SIPPEREC en date du 22 mars 2012 mettant en demeure Enedis de lui transmettre des informations complètes montre que les relations entre partenaires sont encore perfectibles dans le sens de la transparence.

248- Cependant, et de manière paradoxale, c'est le volet relatif à la coordination et au pilotage des interventions qui paraît absent du dispositif de la conférence départementale. En effet, destinée à servir de cadre d'échange et de programmation commune, cette instance départementale devrait être l'occasion d'améliorer le processus décisionnel par la mise en place d'un document prévisionnel dont le contenu serait conjointement défini par les organismes de distribution et les autorités concédantes suivant les priorités. Elle devrait permettre aux parties prenantes d'identifier ensemble les actions prioritaires à mener sur les réseaux d'énergie pour la réalisation d'objectifs préalablement déterminés. L'état actuel de la législation ne permet pas d'affirmer que les conférences départementales correspondent véritablement à cette logique. La formulation retenue dans la loi NOME donne plutôt l'image d'un processus décisionnel dominé par les gestionnaires des réseaux, notamment Enedis, sous l'égide du préfet représentant de l'Etat, actionnaire principal. Dans ce cadre, le programme prévisionnel qui y est élaboré ressemble plus à un document imposé aux autorités concédantes, auxquelles il est simplement transmis, qu'à un acte collégialement élaboré.

249- A défaut d'un cadre légal plus incitatif, le dialogue entre les acteurs demeure largement subordonné à l'état des relations qu'entretiennent les autorités concédantes avec leurs concessionnaires. Le caractère parfois divergent de leurs intérêts ne milite pas en faveur d'un processus décisionnel plus inclusif. L'amélioration du pilotage des investissements requière dès lors l'intervention du régulateur national. Quant au législateur, son office devrait concourir à rendre le secteur des services énergétiques plus attractif par l'assouplissement de la législation qui, dans l'état actuel, s'avère très contraignante.

Paragraphe 2 : Les lourdeurs issues du cadre législatif

250- A l'instar des autres secteurs économiques, le développement des partenariats public-privé dans le domaine des services énergétiques est largement tributaire de son attractivité économique. En effet, les retombées économiques et financières des projets élaborés et mis en œuvre sur la base d'instruments de partenariat constituent souvent le facteur déterminant de mobilisation des capacités financières et techniques du secteur privé au service de l'intérêt général[404]. Dans ce cadre, le cadre juridique régissant le secteur d'activité concerné doit concourir à faciliter la liaison de relations de coopération entre les organismes publics et les acteurs en facilitant notamment l'initiative partenariale. Sa simplicité et sa lisibilité constituent un prérequis pour le développement des partenariats public-privé.

251- Or, le cadre juridique actuel régissant le domaine des services énergétiques se singularise par son caractère contraignant **(A)**. La volonté de le rendre plus adapté aux évolutions techniques et aux nouveaux enjeux économiques amène les pouvoirs publics compétents à apporter des changements à la réglementation du secteur au risque de la rendre instable et illisible. Souvent menée par petites réformes successives, sans une réflexion approfondie sur la cohérence d'ensemble, cette action induit une certaine insécurité juridique limitant l'attractivité du secteur **(B)**.

A- Un cadre juridique trop contraignant

252- La prise en compte de la spécificité du secteur de l'énergie aboutit à la mise en place d'un encadrement excessif des activités qui s'y déroulent. L'analyse du cadre juridique révèle que les acteurs sont confrontés à une succession de contraintes réglementaires **(1)** qui, si elles permettent une maîtrise publique du secteur, présentent néanmoins l'inconvénient de décourager les initiatives et de retarder la réalisation des projets **(2)**.

---

[404] Cet état des faits confirme la « *théorie de la main invisible* » d'Adam SMITH, théorie selon laquelle : *« chaque individu travaille nécessairement à rendre aussi grand que possible le revenu annuel de la société. À la vérité, son intention, en général, n'est pas en cela de servir l'intérêt public, et il ne sait même pas jusqu'à quel point il peut être utile à la société…. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il (l'entrepreneur) travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler* », SMITH A., Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Livre IV, ch. 2, 1776 ; d'après réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II p. 42-43.

1. Une succession de contraintes réglementaires

253- Le constat du caractère inadapté du cadre juridique du secteur des services énergétiques est assez partagé tant par les acteurs industriels que par les organismes institutionnels. Dans son rapport public consacré à la thématique de la politique de développement des énergies renouvelables de juillet 2013, la Cour des comptes a déploré un environnement juridique caractérisé par « *des réglementations parfois excessives et instables* »[405]. Les lourdeurs juridiques trouvent leur origine non seulement dans la réglementation spécifique à la sphère énergétique mais également de celle des secteurs connexes dont la prise en compte des enjeux a un effet direct sur les activités énergétiques. Il en va ainsi de la réglementation de l'urbanisme et du droit de l'environnement, en particulier.

254- Ce caractère inadapté apparaît dans plusieurs filières, notamment celles relatives à la production d'énergies d'origine renouvelable. Les exemples retenus par la Haute juridiction financière, dans son rapport précité, sont assez illustratifs des lourdeurs juridiques et administratives caractéristiques de la réglementation française dans ce domaine. Elles se manifestent d'abord par un empilement de dispositions diverses et parfois contradictoires qui ont pour effet de limiter le développement de ces filières.

255- Concernant l'articulation entre les activités énergétiques, le droit de l'urbanisme et celui de l'environnement, elle se traduit par un ralentissement des procédures et une réduction du potentiel de production énergétique, notamment d'origine éolienne. Ainsi, si les projets de production d'énergie éolienne peuvent, en principe, être développés sur tout le territoire la possibilité de leur implantation en zones littorales était toutefois plus réduite. La disposition de l'article L. 553-1 du code de l'environnement imposant une distance d'éloignement au moins égale à 500 mètres entre les éoliennes d'une hauteur supérieure à 50 mètres et les habitations[406] se conciliait difficilement avec la règle d'urbanisme selon « *l'extension de l'urbanisation se réalise en continuité avec les agglomérations et villages existants* »[407].

---

[405] Cour des comptes, La politique de développement des énergies renouvelables, Rapport public thématique, juillet 2013, p. 55.

[406] Aux termes de cet article, *« La délivrance de l'autorisation d'exploiter est subordonnée au respect d'une distance d'éloignement entre les installations et les constructions à usage d'habitation, les immeubles habités et les zones destinées à l'habitation définies dans les documents d'urbanisme en vigueur à la date de publication de la même loi, appréciée au regard de l'étude d'impact prévue à l'article L. 122-1. Elle est au minimum fixée à 500 mètres…* ».

[407] Code de l'urbanisme, article. L. 121-8.

256- Il en résultait un *camaïeu* juridique justifiant la réticence des autorités administratives à délivrer les autorisations pour l'implantation et l'exploitation des aérogénérateurs sur les communes littorales. Or, ces zones bénéficient de conditions physiques favorables à la production d'énergie éolienne[408]. Si l'assouplissement apporté par la loi « *Brottes* »[409] permettant de déroger au principe d'urbanisation en continuité est à saluer, sa limitation aux départements d'outre-mer en réduisait l'intérêt[410]. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[411] ont mis fin à cette limitation géographique. L'article 138 de cette loi en effet inséré dans le code de l'urbanisme un nouvel article L. 146-4-1, devenu L. 121-12 aux termes duquel : « *Les ouvrages nécessaires à la production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 121-8, lorsqu'ils sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées* ». Il en résulte désormais que les aérogénérateurs ne sont plus soumis à la règle de l'urbanisation en continuité en zone littorale.

257- Le caractère excessif de la réglementation est également mis en relief dans la filière hydroélectrique où l'empilement des dispositions, notamment celles issues du droit de l'environnement, a pour effet de réduire de manière non négligeable la productivité. Comme l'avait prédit le Haut fonctionnaire au développement durable dans son rapport de 2006, « *le potentiel hydroélectrique développable en France se réduirait considérablement si on lui impose des exigences environnementales excessives* »[412]. Prenant très peu compte de cette mise en garde, la loi sur l'eau et les milieux aquatiques[413] a fortement accentué les contraintes

---

[408] En ce sens : DARSON A., Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de source renouvelable en France, Université de Bordeaux, thèse 2015 ; Cour des comptes, rapport sur la politique de développement des énergies renouvelables, préc., p. 57.

[409] Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, JORF n° 0089 du 16 avril 2013, p. 6208.

[410] Cet assouplissement résulte de l'article 23 de la loi « Brottes » précitée qui dispose que, par dérogation au principe d'urbanisation en continuité, « *l'implantation des ouvrages nécessaires à la production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent qui sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées peut être autorisée par arrêté du représentant de l'Etat dans la région, en dehors des espaces proches du rivage, après avis de la commission départementale compétente en matière de nature, de paysages et de sites et des ministres chargés de l'urbanisme, de l'environnement et de l'énergie ».*

[411] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015 page 14263.

[412] Rapport du Haut fonctionnaire au développement durable « sur les perspectives de développement de la production hydroélectrique en France » présenté au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, mars 2006, p. 25.

[413] Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, JORF n°0303 du 31 décembre 2006 page 20285.

environnementales ayant une incidence directe sur la production hydroélectrique. La nouvelle classification des cours d'eau qu'elle initie implique un alourdissement des conditions d'implantation et d'exploitation de nouvelles installations hydroélectriques. Selon l'étude menée par l'Union française d'électricité (UFE), reprise par la cour des comptes, cette nouvelle procédure constituerait un obstacle à « *la réalisation de 76 % du potentiel hydroélectrique supplémentaire identifié par l'UFE dans son étude de novembre 2011, soit 10,6 TWh par an* »[414]. La formule concessive se voit *de facto* privée d'une parcelle importante de son champ d'application, ce qui freine considérablement le développement de la grande hydroélectricité. Du point de vue des procédures, il résulte de cette floraison de dispositions engendre une complexité excessive des procédures administratives constituant un obstacle à la mise en œuvre des projets.

2. Des lourdeurs réduisant l'attractivité du secteur de l'énergie

258- D'un point de vue économique, l'attractivité peut se définir comme « *la capacité d'un pays à attirer et retenir des entreprises* »[415]. Applicable au niveau de l'économie globale, cette définition est également valable à l'échelle d'un secteur d'activités tel que le domaine des services énergétiques. Les différentes études officielles consacrées à ce thème mettent l'accent sur la diversité des éléments constitutifs de cette notion et insistent sur ses facteurs que sont : le territoire, la recherche-développement et l'environnement juridique et social[416]. Dès 1991, le rapport « *Charzat* » identifiait les faiblesses de l'environnement juridique français dont la complexité constituait un frein au développement des activités économiques[417].

259- S'il est généralement admis que le temps du droit ne correspond pas nécessairement à celui du fait économique, il demeure constant que le développement de la sphère économique est également tributaire de la célérité des procédures administratives et de la simplicité du cadre juridique les régissant. La règlementation excessive de certaines filières énergétiques

[414] UFE, « Quel potentiel hydroélectrique pour les régions françaises ?», étude du 26 octobre 2012, citée par la cour des comptes dans son rapport de juillet 2013 précité, p. 60.
[415] COEURE B. et RABAUD I., « Attractivité de la France : analyse, perception et mesure, Économie et statistique », nov. 2003, nos 363-364-365, p. 97.
[416] Voir : GANDOIS J., « France, le choix de la performance globale », Rapport de la Commission « Compétitivité française », déc. 1992 ; MARINI Ph., « La concurrence fiscale en Europe : une contribution au débat », Rapport Sénat, n° 483, 1988-1999, 26 juill. 1999 ;
[417] M. CHARZAT, « Rapport sur l'attractivité du territoire français », Rapport au Premier ministre, juill. 1991.

constitue dès lors un frein à leur développement. C'est en particulier le cas de la filière éolienne terrestre dont « *l'accumulation des règles depuis des années a considérablement ralenti le développement* »[418].

260- Ainsi, la dissociation initiale entre l'enquête publique et l'étude d'impact relatives à la procédure de permis de construire et celles relatives à l'autorisation des installations classées conduisait le porteur de projet à entamer une double procédure menée avec des interlocuteurs distincts. Le rapport « *Ollier* » de 2010[419] dénonçait ainsi une « *surcharge administrative* » en amont des projets d'implantation éolienne, phénomène que confirmaient les observations des acteurs auditionnés. Une illustration en était donnée par l'intervention de 26 administrations qui avaient compétence pour examiner les projets d'éolien terrestre avant la délivrance du permis de construire selon le Président d'EDF énergies nouvelles auditionné par les parlementaires.

261- La volonté de simplification de ce régime et celle de réduire les risques de conclusions contradictoires sur les demandes ont amené les pouvoirs publics à opérer une mutualisation de ces procédures. Cependant, cette mutualisation donnant lieu à un permis unique[420] a eu pour conséquence d'alourdir la démarche administrative avec l'intervention de plusieurs autorités dont l'avis est requis. En effet, en plus d'un accord contractuel avec la collectivité publique concernée en cas d'implantation sur son domaine, le projet d'implantation d'éoliennes terrestres doit faire l'objet d'une étude de dangers, d'un avis des conseils municipaux concernés, d'un avis de la commission départementale des sites et, le cas échéant, d'un avis de l'INAO. L'alourdissement des démarches à accomplir se traduit par une durée excessive de la procédure. Le grand écart temporel entre l'introduction d'un projet d'implantation et son lancement effectif est assez symptomatique du caractère inadapté de la complexité du cadre juridique. A titre d'illustration, « *le temps qui s'écoule entre le dépôt d'un projet de*

[418] Cour des comptes, rapport sur « la politique de développement des énergies renouvelables », préc., p. 56.
[419] Assemblée nationale, rapport d'information sur l'énergie éolienne présenté par M. Franck REYNIER, 31 mars 2010.
[420] Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JORF n°0023 du 27 janvier 2017, texte n° 18. Le dispositif de l'autorisation environnementale unique a été pérennisé suite à son expérimentation à partir de 2014 (ordonnance n° 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L. 214-3 du code de l'environnement, JORF n°0137 du 15 juin 2014, p. 9961 ; ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n°0068 du 21 mars 2014, p. 5623, ordonnance n° 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet, JORF n°0068 du 21 mars 2014, p. 5628).

construction d'éolienne terrestre et sa mise en service est estimé entre six et huit ans, contre deux ans et demie en moyenne en Allemagne selon l'association de professionnels France énergie éolienne »[421].

262- Le même constat a pu être fait en ce qui concerne la filière géothermique dont la complexité du cadre juridique et son absence de lisibilité ont pour effet d'accroître les risques de contentieux et de décourager les porteurs de projets. L'alignement du régime des concessions géothermiques sur celui des concessions minières, sur le modèle des industries extractives, traduit le caractère inadapté de la réglementation de cette filière. Celle-ci répond à sa logique propre et ne présente pas les mêmes contraintes techniques et le même impact environnemental que les autres activités régies par le code minier. L'inadaptation ainsi relevée explique notamment la longueur des procédures d'instruction des projets de concession géothermique. Les délais d'instruction compris entre dix-huit et vingt-quatre mois en moyenne paraissent excessifs et expliquent les retards accusés par la France dans ce domaine.

263- Les contraintes réglementaires caractéristiques du cadre juridique des énergies renouvelables sont révélatrices du paradoxe affectant la cohérence des politiques publiques menées en ce domaine. La volonté politique affichée d'accroître la part de ces énergies dans le mix énergétique ne s'accompagne pas de mesures significatives de simplification de l'environnement juridique. La réglementation devrait dès lors être mise à contribution en tant qu'instrument de politique publique au même titre que les autres instruments disponibles[422]. La pertinence du « *choc de simplification* » suppose qu'il ne se limite pas à permettre la délivrance d'une autorisation unique sans une réflexion de fond sur la nécessité des études préalables et la coordination des services qui en ont la charge. En sus de la réduction du nombre des documents administratifs nécessaires, l'attractivité du secteur des services énergétiques requière le raccourcissement des délais d'instruction et de délivrance. Plus encore, l'environnement juridique doit offrir le maximum de sécurité pour encourager la liaison de relations économiques stables.

[421] Cour des comptes, rapport sur « la politique de développement des énergies renouvelables », préc., p. 55.
[422] En ce sens : Du MARAIS B., « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », Contribution au rapport public du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2006, pp. 377-389.

B- Une réglementation source d'insécurité juridique

264- Le principe de sécurité juridique implique que les sujets du droit puissent déterminer sans effort insurmontable le contenu et le sens des normes dont ils sont les destinataires. Selon le Conseil d'Etat, cela suppose que « *les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »[423]. L'analyse du cadre juridique du secteur de l'énergie révèle que ces deux facteurs de sécurité juridique que sont la stabilité et l'intelligibilité des normes y sont très médiocrement assurés. En effet, la réglementation de ce secteur demeure instable **(1)** et la clarté des règles y demeure perfectible **(2)**.

1. Une réglementation instable

265- *« Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables* »[424]. Cette exigence implique que le cadre juridique ne soit pas soumis à de trop fréquentes mutations qui en affecteraient la stabilité et/ou la cohérence. Cette prévisibilité du droit que le Conseil d'Etat identifie comme étant l'axe temporel de la sécurité juridique ne fait toutefois pas obstacle à l'exercice par le législateur et l'administration du pouvoir de modification qui leur est reconnu. En tout état de cause, il est de jurisprudence constante du Conseil d'Etat que les administrés n'ont pas un droit acquis au maintien d'une réglementation[425].

266- L'attractivité du domaine des services énergétiques suppose la stabilité de son environnement juridique se traduisant par le ralentissement du rythme de modification des règles juridiques le régissant. Cependant, ce secteur est en proie à de très fréquentes mutations, particulièrement au cours de ces deux dernières décennies. Sa réglementation a davantage évolué durant cette période que dans tout le siècle qui la précède[426]. Si elles ont eu pour ambition d'adapter ce secteur aux nouvelles évolutions économiques et techniques et aux

[423] Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », rapport public, 2006, Etudes et documents n° 57, La Documentation française.
[424] Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », rapport préc., p. 282.
[425] Conseil d'Etat, 25 juin 1954, « Syndicat national de la meunerie à Seigle », rec. Lebon, p. 379 et s. ; BOISSARD S., "Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », Cahiers du conseil constitutionnel, n° 11, décembre 2001.
[426] En ce sens : SABLIERE P., Droit de l'énergie, préc.

exigences environnementales, les récentes fluctuations réglementaires ont également eu pour conséquence d'imprimer à l'environnement juridique un caractère très mouvant[427]. Le constat en est d'ailleurs fait par les travaux officiels sur le sujet.

267- Les intervenants au colloque parlementaire organisé le 8 avril 2010 sur les énergies renouvelables ont majoritairement critiqué l'instabilité du cadre juridique régissant ce secteur[428]. Relevant le besoin de visibilité et de stabilité, les parlementaires ont, à cette occasion, estimé qu'il « *faut qu'on arrête de changer les règles du jeu pour les énergies renouvelables* ». Ce point de vue est partagé par la Cour des comptes qui, dans son rapport public annuel de 2013, a critiqué le caractère instable et contesté du cadre juridique des énergies renouvelables. L'instabilité du cadre tarifaire relatif à l'achat de l'énergie d'origine renouvelable a fait naître des incertitudes réduisant la clarté de son environnement juridique. Il s'est traduit par un important volume d'affaires contentieuses s'y rapportant[429]. Pour y apporter des éclairages, le Conseil d'Etat a d'ailleurs saisi la CJUE d'une question préjudicielle relative au point de savoir si le mécanisme de financement du surcoût de l'électricité éolienne est constitutif d'une aide d'Etat interdite par le droit de l'Union européenne[430].

268- Le temps du sursis à exécution jusqu'à ce que la juridiction européenne apporte une réponse à la question posée par le juge français a été une période d'incertitude juridique préjudiciable au développement des projets sur cette filière. En effet, comme le remarque la Cour des comptes, « *il a, d'ores et déjà, pour effet de bloquer le financement par les banques des nouveaux projets* »[431]. Ce résultat ne saurait surprendre ; les considérations relatives à la stabilité et la lisibilité de l'environnement juridique deviennent déterminantes dans la décision

[427] Voir : TESSON F., « La réalité de l'action publique en matière de transition énergétique », AJDA, 2015, p. 1960.
[428] La Tribune, « Le cadre juridique français du renouvelable critiqué », 9 avril 2010.
[429] Conseil d'Etat, 21 mai 2003, « Uniden », req. n° 237466 ; Conseil d'Etat, 15 mai 2012, Association « Vent de Colère ! Fédération nationale » et autre, req. n° 324852 ; CJUE, 19 décembre 2013, Association « Vent de colère ! Fédération nationale » et autre c. France, aff. C-262/12 ; Conseil d'Etat, 28 mai 2014, « Association « Vent de colère ! Fédération nationale » et autre, req. n° 324852 ; Conseil d'Etat, 15 avril 2016, Association « Vent de colère ! Fédération nationale », req. n° 393721.
[430] Conseil d'Etat, 15 mai 2012, Association « Vent de Colère ! Fédération nationale » et autre, req. n° 324852. La juridiction européenne a apporté une réponse à cette question en jugeant que le dispositif français de soutien à la filière de production d'énergie éolienne constitue bien une aide d'Etat (CJUE, 19 décembre 2013, Association « Vent de colère ! Fédération nationale » et autre c. France, aff. C-262/12) ; voir : BOITEAU C., « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », AJDA, 2014, p. 926.

[431] Cour des comptes, rapport sur la politique de développement des énergies renouvelables, préc., p. 60.

d'investissement des opérateurs économiques. Pour ces derniers, *« établir des prévisions de coût, une stratégie d'embauche ou d'investissement dans un contexte qui n'est jamais juridiquement et financièrement stabilisé devient une gageure. L'absence de prévisibilité des règles crée en elle-même un coût »*[432].

269- Le constat fait par la Haute juridiction administrative s'applique parfaitement au domaine des services énergétiques. Les nombreuses fluctuations dont a fait l'objet la réglementation tarifaire en matière de production énergétique d'origine solaire ont eu pour conséquence de réduire la lisibilité de la politique menée par les pouvoirs publics dans ce domaine. En moins d'une décennie, cette filière s'est vu appliquer un grand nombre de modifications tarifaires apportées par les arrêtés ministériels successifs. Cette instabilité souvent critiquée par les professionnels du secteur explique en partie le développement limité de la place de ce type d'énergie dans le mix énergétique français[433]. La suspension de l'obligation d'achat par le décret du 9 décembre 2010[434] a accentué les incertitudes sur l'avenir de la filière photovoltaïque et suscité plusieurs requêtes introduites par les porteurs de projet devant les juridictions administratives[435].

270- Dans ce contexte, il apparaît nécessaire de procéder à la stabilisation du cadre juridique du domaine des services énergétiques pour une sécurisation de la situation des opérateurs économiques dans ce domaine. Cependant, une difficulté réside dans deux facteurs : d'une part, les évolutions des techniques et des besoins impriment à ce secteur un caractère mouvant interdisant l'immobilisme réglementaire. Ces évolutions rendent nécessaire l'adaptation constante du cadre juridique qui régit cette sphère sous peine d'anachronisme. D'autre part, un facteur d'évolution apparaît à travers le caractère transversal du droit de l'énergie. Dès lors qu'il entretient des liens étroits avec d'autres branches du droit, il ne peut pas rester insensible aux mutations les touchant. Dans la mesure où « *quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* »[436], l'instabilité normative accroît les risques

[432] Conseil d'Etat, « La sécurité juridique et la complexité du droit », rapport public annuel, 2006, p. 276.
[433] Cour des comptes, rapport sur la politique de développement des énergies renouvelables, préc.
[434] Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, JORF n°0286 du 10 décembre 2010, p. 21598.
[435] Voir notamment : Conseil d'Etat, 28 juin 2011, « Société Ciel et Terre », req. n° 344973 ; « Société SARL Powersol », req. n° 345004 ; « SARL Provence Eco Energie », req. 345028, ; « SARL Initiative Energies Locales », req. n° 345198.
[436] Conseil d'Etat, Rapport public annuel 1991, De la sécurité juridique, La Documentation française.

de contentieux. La clarté médiocre de certaines notions issues de la réglementation ne contribue pas à juguler ce risque.

2. Une réglementation imprécise

271- En plus de la stabilité, la sécurité juridique est subordonnée à la qualité des normes constitutives de l'environnement juridique. L'intelligibilité de la réglementation constitue un élément majeur de la sécurité juridique, facteur d'attractivité économique du droit. En plus de la clarté de la norme, « *elle suppose encore que les règles prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer, sans qu'il faille, pour y parvenir, faire appel à trop de dispositions extérieures au texte* »[437]. Dans le domaine des services énergétiques, une première difficulté réside dans la dispersion des normes juridiques qui lui sont applicables. Une illustration assez pertinente en est fournie par la réglementation relative au segment de la production électrique. L'implantation d'unités de production électrique est en effet régie par une série de dispositions contenues dans le code de l'énergie, souvent le code de l'environnement et le code de l'urbanisme et parfois le code minier. La diversité des textes applicables implique l'intervention de diverses autorités compétentes à des titres différents. Dans cette configuration, il devient malaisé pour les porteurs de projets d'avoir une vision globale de l'environnement juridique au sein duquel ils sont appelés à investir. L'attractivité économique du secteur s'en trouve réduit d'autant plus que la complexité du cadre juridique accroît les risques de contentieux et de prolongement des procédures.

272- Plus encore que la dispersion des règles applicables, les acteurs intervenant dans le domaine des services énergétiques sont confrontés au caractère parfois nébuleux de la réglementation. Il se manifeste en particulier à travers l'absence de définition juridique de certaines notions rencontrées dans la réglementation. Il en va ainsi de la notion d'atteinte aux sites et aux paysages. En effet, si l'article R.111-21 du code de l'urbanisme subordonne la délivrance de l'autorisation de construction d'une installation, y compris de production énergétique, à l'absence d'atteinte « *au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales* », il s'est abstenu de définir cette notion et son contenu. L'autorité

[437] Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », rapport public annuel, 2006, p. 281.

administrative compétente pour l'apprécier se trouve dès lors dépourvue de critères clairs et juridiquement déterminés. Cette situation est d'autant plus paradoxale que cette appréciation par l'autorité administrative conditionne la légalité de la décision de délivrance du permis de construire ou de l'autorisation d'exploitation.

273- L'indétermination juridique qui résulte de cette absence de définition légale justifie la large marge d'appréciation laissée à l'autorité administrative compétente pour y procéder. Dès lors que la loi ou le règlement n'a pas donné un contenu à la notion, il appartient à celle-ci de déterminer le sens et la portée qu'il lui accorde. Dans ce cadre, l'appréciation de l'atteinte aux sites et aux paysages relève d'une sorte de pouvoir discrétionnaire du préfet. Lui reconnaissant cette marge d'appréciation, le juge administratif se limite d'ailleurs à la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation dans le cadre du contrôle des décisions de l'autorité administrative en la matière[438].

274- L'imprécision qui en résulte explique l'abondance du contentieux relatif aux autorisations d'implantation d'unités de production énergétique. L'importance du nombre de recours contre les décisions des préfets relatives aux autorisations d'installations éoliennes illustre cet état de fait. Selon une étude menée en 2011 par le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), « *41% des décisions de refus de permis font l'objet de recours en première instance par les porteurs de projets* »[439]. De la même manière, 31% des décisions d'autorisation d'implantation font l'objet de recours devant le juge.

275- Ce nombre important de recours dirigés contre les décisions des préfets s'explique par le caractère parfois subjectif des motifs servant de fondement à l'appréciation portée par l'autorité administrative. L'absence de définition légale de la notion d'atteinte aux sites et paysages engendre une certaine fragilité de la motivation des décisions prises par les autorités administratives compétentes[440]. L'analyse de la jurisprudence administrative en la matière est

---

438 Conseil d'Etat, 4 octobre 1974, « Ministre de l'équipement c/ Consort Metras », Lebon, p. 467 ; MARCOVICI L., « Les parcs d'éoliennes situés en montagne ne portent pas, par leur seule existence, une atteinte aux sites où ils sont implantés », AJDA 2011, p. 44.

439 Etude rapportée par la Cour des comptes, rapport sur la politique de développement des énergies renouvelables, 2013, p. 61.

440 A titre d'exemple : Tribunal administratif de Lille, 11 octobre 2016, req. n° 1406875 ; Cour administrative d'appel de Douai, 7 février 2019, req. n° 16DA02365. Cette affaire était relative au refus du préfet du Pas-de-Calais de délivrer à un porteur de projet (société du parc éolien de la voie des prêtres) l'autorisation d'exploiter, au titre de la législation ICPE, pour son projet de parc éolien

assez illustrative de cet état de fait : la moitié des recours dirigés contre les décisions de refus d'implantation aboutit à leur annulation en raison de la part de subjectivité dans l'appréciation portée par le préfet. Une autre limite du cadre juridique des partenariats public-privé dans le secteur de l'énergie réside dans le déséquilibre des rapports entre partenaires dans le cadre de la concession.

Section 2 : Un cadre juridique source de déséquilibre des relations entre cocontractants

276- Permettant l'immixtion d'un opérateur privé dans la gestion de services traditionnellement assurés par les collectivités publiques, la démarche partenariale implique une intervention active de la part des deux parties prenantes. Elle suppose une délégation effective d'une compétence de la part de l'administration au profit de son cocontractant privé. Cependant, la délégation de la gestion du service ne s'assimile pas à une privatisation de l'activité induisant un retrait total de la personne publique. Celle-ci continue d'exercer sa fonction générale d'organisation et de contrôle de la gestion du service délégué. Cette fonction s'exerce en deux phases : d'abord pendant la période précontractuelle à travers le choix du support juridique le plus adapté au projet et la désignation du cocontractant jugé le plus apte à gérer le service ; ensuite en cours d'exécution du contrat.

277- Ainsi présentée, la relation contractuelle de partenariat renvoie l'image d'un rapport équilibré entre les partenaires public et privé, chacun prenant une part active dans la détermination du contenu du contrat et son exécution. Toutefois, l'analyse des attributions de chaque partie au contrat et de ses capacités ne permet pas de conclure à la réalité d'un tel équilibre. Que ce soit dans le cadre de la concession ou des autres contrats, la collectivité publique contractante ne dispose pas toujours des mêmes capacités techniques et de la même expertise que son cocontractant privé. Le domaine des services énergétiques ne fait pas exception à ce constat. La haute technicité des questions énergétiques et des opérations à réaliser ainsi que la complexité de la réglementation place les organismes publics impliqués,

composé de 21 aérogénérateurs et 5 postes de livraison. Pour motiver sa décision de refus, le préfet s'est notamment fondé sur l'atteinte que le projet d'implantation était susceptible de porter aux paysages. Saisi de la question, le juge administratif a retenu que le site qui s'inscrit au sein d'un paysage de vaste plaine dédiée à l'agriculture intensive ne présente pas un intérêt particulier et ne bénéficie d'une quelconque protection en raison de son aspect pittoresque. Voir également : Cour administrative de Bordeaux, 13 juillet 2017, req. n° 15BX03754.

en particulier les collectivités territoriales, dans une situation de relative faiblesse à l'égard de leurs partenaires surtout lorsque ceux-ci font partie de grands groupes industriels **(Paragraphe I)**. Face à cette situation, le regroupement des collectivités concédantes pourrait constituer un facteur de rééquilibrages des rapports entre partenaires. Cependant, dans son état actuel, l'architecture institutionnelle du secteur de l'énergie ne permet pas d'arriver à ce résultat. Elle apparaît comme inadaptée aux enjeux du secteur **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : La faiblesse structurelle des autorités concédantes

278- L'utilisation du mécanisme de la concession assure à la collectivité publique la mobilisation des capacités techniques et financières du secteur privé au service d'un projet d'intérêt général. L'équilibre des relations contractuelles qu'elle fait naître suppose que les deux parties disposent d'informations analogues sur les éléments essentiels de la concession et des mêmes capacités techniques et juridiques. Cependant, à l'instar d'autres secteurs à haut degré de technicité, le domaine des services énergétiques demeure marqué par une grande asymétrie d'information entre les opérateurs économiques et les collectivités publiques concédantes. En effet, malgré une longue pratique, les autorités concédantes ne disposent pas d'une expertise suffisante comparable à celle de leurs cocontractants **(A)**. A cette tare primaire vient s'ajouter un autre facteur de faiblesse prolongeant le premier. Il s'agit fondamentalement du caractère limité des moyens d'action dont disposent les autorités concédantes sur leur concessionnaire, en particulier lorsque celui-ci leur est imposé **(B)**.

A- L'insuffisante expertise des collectivités concédantes

279- S'exerçant au moment de l'élaboration du contrat et durant son exécution, l'action de l'organisme public doit se fonder sur une connaissance précise des éléments essentiels de la concession. Au-delà de la simple question de la régularité de la procédure d'attribution, c'est celle de l'opportunité des clauses contractuelles, en rapport avec l'objet du service et des besoins, qui se pose. Sur ce point, les études menées permettent de conclure au caractère lacunaire de la connaissance des éléments essentiels de la concession par la partie publique **(1)**. Constaté au moment de la conclusion du contrat de concession, cet état de fait se prolonge dans la phase d'exécution du contrat et trouve sa source dans l'insuffisance des informations transmises par le concessionnaire sur la gestion des services concédés **(2)**.

1. L'imparfaite maîtrise des éléments essentiels de la concession par les autorités concédantes

280- Les relations contractuelles de nature concessive dans le domaine des services énergétiques sont marquées par le caractère imparfait de la maîtrise publique en la matière. Cela se manifeste tout d'abord au niveau du choix du mode de gestion du service concerné. Comme indiqué *supra,* la législation issue de la loi de 1906[441] ne laisse pas une large marge de manœuvre aux autorités concédantes en matière de distribution d'énergie. Elle place cette activité sous le régime de la concession. Dans ce cadre et hormis les exceptions relatives aux régies communales, les autorités organisatrices de la distribution d'électricité et de gaz se trouvent dans l'obligation de déléguer la gestion de leurs réseaux de distribution d'énergie. Elles se trouvent dès lors dépouillées d'une des attributions classiquement reconnues aux collectivités publiques en matière de gestion des services publics relevant de leur compétence. En effet, si l'administration a généralement la faculté de procéder à une comparaison entre différents modes de gestion pour choisir celui qu'elle considère comme la plus adaptée au service public concerné, cette liberté de choix ne lui est pas reconnue dans le segment de la distribution d'énergie[442].

281- En outre, même dans les domaines où elle jouit de cette liberté de choix, la collectivité publique n'est pas dans l'obligation de procéder à une mise en concurrence des différents instruments juridiques qu'elle a à sa disposition pour servir de support juridique au projet qu'elle entend lancer. Au demeurant, même dans l'hypothèse où l'autorité publique souhaiterait y procéder, elle ne dispose pas d'instruments pertinents pour effectuer une telle analyse comparative. Celle-ci permettrait par exemple à la collectivité locale d'envisager l'implantation d'une unité de production d'énergie selon les différents schémas qu'offre la législation actuelle. Pour être pertinente, cette étude préalable devrait s'appuyer sur les propositions effectivement formulées par les candidats potentiels au projet. *« Or, il n'existe pas de formules qui lui permettent de solliciter des entreprises pour qu'elles proposent des offres différentes* » suivant les différents schémas à envisager[443]. La mise en concurrence ne peut se faire actuellement qu'entre les candidats dans le périmètre d'un cadre contractuel déterminé en aval de la procédure. Dès lors, l'autorité publique ne dispose pas de tous les

[441] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.
[442] Voir *supra*, § 132-136.
[443] Institut de la gestion déléguée, « Quelle compétition pour l'amélioration des services publics », La documentation française, 2005, p. 28.

éléments dont la connaissance peut être déterminante sur le choix final du mode de gestion du service relevant de sa compétence.

282- Une fois le mode de gestion déterminé, une autre difficulté réside dans la conduite du projet. Les collectivités publiques, plus particulièrement au niveau local, ont généralement comme interlocuteurs de grands groupes industriels aux moyens techniques et humains sans commune mesure avec ceux de leurs partenaires publics. A titre d'illustration, les dépenses des collectivités territoriales liées à l'énergie ont longtemps été qualifiées d'incompressibles en raison de l'absence d'une administration locale spécialisée en la matière et capable de mener des négociations fructueuses avec les fournisseurs et distributeurs d'énergie. A l'inverse, les entreprises énergéticiennes, bénéficiant d'une renommée internationale, disposent d'agents qualifiés et spécialisés, aux techniques éprouvées et dont toute la carrière se déroule généralement dans ce secteur. Il s'ensuit que les rapports de force se trouvent déséquilibrés dès l'origine au désavantage de la partie publique. L'élaboration des clauses du contrat reflète d'ailleurs ce déséquilibre avec un faible degré d'exigence de la collectivité publique à l'égard de son cocontractant.

283- « *Le délégataire accumule, lors de l'exécution du contrat, un stock de connaissances techniques, économiques et juridiques ainsi qu'un savoir-faire constitutifs d'une « rente informationnelle », représentant un avantage à la fois sur les délégants et sur ses concurrents potentiels* »[444]. Pour pallier cette faiblesse, deux tendances se dessinent au niveau des autorités concédantes : la première consiste à allouer davantage de moyens techniques et humains au service en charge de la question énergétique. Cette tendance permet, certes, à la collectivité locale de se doter d'une expertise contributive, mais elle présente l'inconvénient d'accroitre ses charges de fonctionnement au détriment des investissements potentiels sur le réseau ou sur le développement de la production énergétique décentralisée[445].

284- La seconde tendance réside dans le recours à l'assistance extérieure par le biais de contrats liant les collectivités publiques à des cabinets d'experts. Par l'externalisation ponctuelle d'un service, elle permet à la personne publique de ne pas accroître les dépenses de personnel tout en bénéficiant d'une expertise éprouvée. Cependant, le recours à des

[444] ENA, œuvre collective, « La délégation de service public : un modèle à repenser ? », Promotion « Willy Brandt », février 2009, page 21.
[445] Cour des comptes, « La distribution locale d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer », 2013 préc.

intervenants extérieurs augmente le nombre d'acteurs dans le cadre de relations contractuelles avec le risque d'une dilution des responsabilités[446].

2. L'apport marginal du recours aux cabinets d'expertise externes

285- Principalement justifié par une absence d'expertise interne aux administrations contractantes, le recours aux prestations de conseil permet aux personnes publiques de pallier l'asymétrie d'informations dans leurs relations avec leurs cocontractants. Il soulève néanmoins des interrogations sur sa légitimité tant du point de vue de ses justifications que celui de son efficacité.

286- La mise en place de relations de partenariat efficaces avec les acteurs du secteur économique suppose une connaissance pertinente de la structure et des mécanismes du marché concerné. Ne disposant pas toujours de la connaissance requise à cette fin, l'administration a parfois recours à des intervenants extérieurs spécialisés dans le secteur d'activité. Cette forme d'achat de « *knowledge management* » concerne particulièrement les secteurs caractérisés par leur complexité ou ceux en proie à des mutations. On en trouve une manifestation en particulier dans le secteur de l'énergie à travers la mission confiée au cabinet international McKinsey & Company par l'Agence française des participations de l'Etat (APE) en 2011 « *pour étudier les éventuels liens de nature partenariale ou capitalistique entre les entreprises appartenant aux secteurs de l'énergie et de l'environnement* »[447].

287- Si dans le cas de l'APE la légitimité de recourir au conseil extérieur se déduisait de la possibilité d'accéder à des informations ciblées sur les acteurs du secteur concerné, éléments que ne détiendraient pas les corps classiques de contrôle, dans d'autres cas cette externalisation trouvait une justification plus discutable. Il en va ainsi des cas où elle traduit une déperdition de certaines compétences jadis considérées comme le « *cœur de métier* » de l'administration. Il s'agit en particulier de l'assistance juridique proposée par les cabinets d'experts aux autorités contractantes qui procèdent à l'externalisation ponctuelle des fonctions relatives à la préparation et à la rédaction de documents contractuels les liant. Ce procédé

[446] Rapport du Sénat sur l'enquête de la cour des comptes relative au recours par l'Etat aux conseils extérieurs, rapport d'information présenté par MM. Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, mars 2015.
[447] Cour des comptes, « Le recours par l'Etat aux conseil extérieurs », communication à la commission des finances du Sénat, mars 2015, p. 34.

s'explique certes généralement par la complexité des projets dont lesdits contrats servent de support juridique, mais il est à remarquer que certaines formules font l'objet d'une pratique déjà ancienne de la part des organismes publics. Il en est particulièrement ainsi du mécanisme de la concession. La persistance du recours aux conseils extérieurs dans de tels domaines révèle en définitive une absence de capitalisation des connaissances censées résulter de la longue pratique et/ou une insuffisante mobilisation des compétences internes à l'administration[448].

288- Outre sa justification, la pertinence du recours à l'expertise extérieure peut soulever des réserves du point de vue des résultats obtenus. Comme l'évoque la Cour des comptes, « *l'enquête de la Cour a permis de relever quelques exemples de missions de conseil dont les résultats n'ont pas été probants et reflètent plusieurs cas de figure liés, soit aux conditions de lancement et de préparation de la mission, soit à la qualité des prestataires, soit au défaut de pilotage des consultants ou encore aux changements d'orientation des prescripteurs en cours de mission, etc.* »[449].

289- La transversalité du domaine des services énergétiques impliquant l'application d'une diversité de réglementations, la maîtrise des projets lancés exige une connaissance approfondie des différentes législations appelées à leur être appliquées. Or, il arrive que les consultants sollicités par les personnes publiques soient spécialisés dans une branche et ne disposent pas de la connaissance transversale nécessaire à l'appréhension de tous les aspects techniques et juridiques desdits projets. Il en résulte alors des prestations insatisfaisantes des conseils extérieurs inaptes à fournir aux organismes publics l'expertise qui leur fait défaut. La viabilité des projets s'en trouve affectée et le déséquilibre entre partenaires publics et privés persiste[450].

290- A ce facteur relatif à la qualité et à l'inadéquation des prestataires extérieurs à la mission confiée s'ajoute la difficulté naissant du pilotage des interventions et du partage des responsabilités. En effet, l'externalisation de la mission de préparation, d'élaboration ou de conception des projets dans le domaine des services énergétiques fait naître le risque de

[448] Cour des comptes, « Le recours de l'Etat aux conseils extérieurs », préc., p. 39.
[449] Cour des comptes, « Le recours de l'Etat aux conseils extérieurs », préc., p. 77.
[450] Voir : DEFFONTAINES G., « Les consultants dans les PPP : entre expertise au service du client public et intermédiation pour protéger « le marché » », Politique et management public, vol. 29/1, 2012.

dilution des responsabilités entre la personne publique donneuse d'ordre, le cabinet de consultant et l'entreprise chargée de mettre en œuvre le projet concerné. La question de savoir « qui fait quoi » présente alors un grand enjeu, en particulier en cas de carence de l'une des parties d'où l'importance de la précision de l'instrument contractuel servant de base à la relation entre les prestataires et les donneurs d'ordre. Cependant, l'enquête menée par la Cour des comptes révèle que si les clauses sont généralement rédigées en des termes précis, leur application n'est pas toujours rigoureuse. De la même manière, le faible degré d'exigence des personnes publiques à l'égard de leur consultant se traduit parfois par l'absence de l'application des pénalités prévues en cas de carence de ce dernier.

291- Si dans le cas de la relation avec les cabinets d'expertise l'inapplication des mesures de sanction est due à une absence de volonté de la personne publique, dans le cadre du contrat liant cette dernière avec son concessionnaire son ineffectivité résulte davantage du caractère limité des moyens d'action dont elle dispose.

B- La portée limitée du contrôle de l'autorité concédante sur le gestionnaire de réseaux

292- Le pouvoir de contrôle de l'autorité concédante sur son concessionnaire constitue un élément classique de la formule concessive et découle directement de la responsabilité de la première sur le service concédé. Si ce pouvoir est reconnu aux autorités concédantes dans le domaine des services énergétiques **(1)**, son exercice s'avère limité et d'une effectivité relative **(2)**.

1. La reconnaissance formelle du pouvoir de contrôle des autorités concédantes

293- L'existence d'un pouvoir de contrôle de l'autorité concédante sur son concessionnaire fait l'objet d'une reconnaissance unanime de la part des textes applicables aux contrats concernés, mais également de la part de la jurisprudence. Toutefois, la question du fondement d'un tel pouvoir demeure entière. En effet, « *si les pouvoirs de contrôle sont généralement prévus et organisés par les cahiers des charges et quelquefois par les textes, doit-on considérer qu'il s'agit là de pouvoirs exceptionnels qui n'existent que dans la mesure où ils*

sont ainsi stipulés ou au contraire ces dispositions ne font-elles que consacrer un pouvoir dont le principe se rattache à la théorie du contrat administratif ? »[451]. Contrairement au pouvoir de modification unilatérale du contrat qui, selon le juge administratif, relève des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* »[452] et au pouvoir de résiliation unilatérale détenu par l'administration « *en tout état de cause* » même en l'absence de clauses contractuelles le prévoyant[453], le pouvoir de contrôle n'a pas bénéficié d'une telle qualification jurisprudentielle[454].

294- La jurisprudence administrative n'a pas donné une réponse claire et définitive à cette question. Sans doute considère-t-elle que ses implications sur l'issue des affaires contentieuses soumises à son examen sont mineures. Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant est largement prévu et organisé par la législation et les cahiers des charges. Il en va ainsi des concessions de distribution d'énergie avec les dispositions de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales. Aux termes de cet article, *« les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz…, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions* ».

295- Ce pouvoir de contrôle reconnu aux autorités concédantes leur confère la faculté d'exiger de leur concessionnaire la communication de toute information pertinente sur l'exécution de la mission qui leur est confiée. C'est ainsi qu'une obligation est mise à la charge du concessionnaire d'adresser annuellement à l'autorité organisatrice du service public de la distribution un compte rendu annuel d'activités (CRAC) comprenant « *la présentation des principaux éléments du compte d'exploitation au niveau géographique compatible avec l'obtention de données comptables et financières significatives, ainsi qu'une information sur*

[451] De LAUBADERE A., MODERNE F. et DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, Paris, LGDJ, 2e éd., 1984, p. 386, n° 1166.
[452] CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Lebon, p. 33.
[453] CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon, p. 246.
[454] Voir à ce propos : ROBLOT-TROIZIER A., « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », RFDA, 2007, p. 990.

les perspectives d'évolution du réseau et d'organisation du service envisagées par le concessionnaire pour l'avenir »[455].

296- Ce document est destiné à donner à l'autorité concédante une information complète sur l'exécution du contrat de concession. Il convient de préciser que ce compte rendu annuel n'exclut pas la possibilité pour la collectivité concédante de procéder à toute vérification utile sur l'exécution par son cocontractant des stipulations contractuelles et de ses obligations issues de la réglementation. C'est dans ce cadre qu'en cas d'incident, elle peut solliciter son concessionnaire pour que lui soient transmis les fiches d'incident ainsi que les comptes rendus d'intervention dans les zones concernées pour avoir une connaissance exacte et une traçabilité de l'action du gestionnaire sur le réseau concédé[456].

297- Toutefois, si le principe d'un pouvoir de contrôle au profit de l'autorité concédante est largement admis et reconnu, sa portée réelle demeure incertaine. En effet, les outils de contrôle mis à la disposition de la collectivité organisatrice de la distribution d'énergie ne permettent pas de donner à ce pouvoir une application effective. L'efficacité de son exercice s'en trouve réduite.

2. L'exercice ineffectif du pouvoir de contrôle de l'autorité concédante

298- L'effectivité du pouvoir de contrôle de l'autorité concédante sur son concessionnaire se révèle très relative dans le domaine des services énergétiques. En effet, l'asymétrie d'information inhérente aux relations contractuelles en la matière n'est pas corrigée par les moyens limités de contrôle mis à la disposition de l'autorité concédante.

299- L'exercice du pouvoir de contrôle repose essentiellement sur les informations transmises aux autorités concédantes par leurs concessionnaires. Ainsi, concernant le segment de la distribution d'énergie, la Haute juridiction administrative a-t-elle considéré qu'il

[455] Art. 32 C du cahier des charges de la concession de la distribution d'électricité du SIPPEREC à la société Enedis.

[456] A propos de la portée de cette obligation de transmission sur demande de l'autorité concédante, voir le différend opposant la société Enedis et le syndicat intercommunal d'énergie d'Indre-et-Loire, CAA de Nantes, 5 décembre 2014, « Société ERDF », n° 13NT01974 ; Cabinet BODA, « La cour administrative d'appel de Nantes et le pouvoir de contrôle des autorités concédantes de la distribution d'électricité », Energie, environnement, infrastructures, mars 2015, n° 3, pp. 40-43.

résultait des dispositions de l'article L.2224-31 du CGCT que le concessionnaire était tenu de communiquer à l'autorité concédante et à sa demande « *toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession* »[457]. Elle a par ailleurs considéré que l'autorité concédante est « *en droit d'obtenir des données à la maille de la concession, afin d'avoir une vision plus claire de l'économie réelle de la concession* »[458]. Ce droit à la communication des informations utiles s'étend à la distribution et à l'activité de fourniture aux tarifs réglementés[459]. Cependant, l'exercice de ce droit reconnu à l'autorité concédante s'avère très relatif et ce pour diverses raisons.

300- D'une part, comme dans la majorité des délégations de service public, les collectivités publiques sont largement tributaires des informations que leurs communiquent leurs concessionnaires dans le domaine des services énergétiques. A titre d'illustration, la connaissance des autorités locales sur le patrimoine de leur concession de distribution s'avère lacunaire en raison de l'absence d'inventaires sur les éléments de leurs réseaux. L'absence d'inventaire sur les ouvrages de la concession de distribution et le caractère déficient du suivi des immobilisations réalisées par les concessionnaires ne permettent pas à l'autorité organisatrice d'avoir une information complète sur le service public dont il a la responsabilité[460]. Qui plus est, même dans les cas où ces inventaires ont effectivement été réalisés par le délégateire, leur fiabilité n'est pas toujours garantie. A titre d'exemple, la Cour des comptes a relevé l'irrégularité de l'intégration de 22 sites immobiliers sans lien avec l'activité de distribution d'électricité dans l'inventaire de la concession parisienne[461].

301- Il s'ensuit une situation quasi générale de méconnaissance par les autorités concédantes des éléments patrimoniaux de leurs concessions. La Chambre régionale des comptes de Nord-Pas-de-Calais relève à cet égard la récurrence des confusions des services municipaux compétents sur le périmètre de leur concession, sur la valeur réelle des biens concédés ainsi que sur le statut de ces biens. Elle en conclut que « *Les erreurs – qui semblent,*

[457] CE, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788 ; JCP A 2013, pp. 2044 et 2045.
[458] Cabinet Seban, « L'interprétation restrictive du pouvoir de contrôle des autorités concédantes de la distribution publique d'électricité en question », avril 2015.
[459] Voir CAA Nancy, 12 mai 2014, « M. Mietkiewicz et autres », n° 13NC01303 et suivants, JCP A, 2014, n° 50, n° 2346.
[460] En ce sens : Cour des comptes, Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, préc., p. 118.
[461] *Ibid.*

pour partie, trouver leur origine dans l'insuffisante collaboration des acteurs concernés – rendent malaisée la discrimination des opérations les unes par rapport aux autres »[462].

302- D'autre part, l'effectivité du pouvoir de contrôle des autorités concédantes s'avère réduite par l'incomplétude ou le caractère peu contributif des informations transmises par le concessionnaire. Il s'agit d'un point de friction récurrente entre les cocontractants, souvent dénoncé par les autorités organisatrices des services publics délégués, plus particulièrement en matière de distribution d'énergie. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les contestations du SIPPEREC sur le refus classique de la société Enedis de transmettre les informations financières et comptables à la maille des concessions[463]. La considération de la société Enedis tirée de l'impossibilité de fournir les informations à l'échelle de la concession locale en raison de l'envergure nationale du service public de la distribution et de la détermination des tarifs au niveau national ne saurait continuer à justifier ce refus. En effet, la détermination des tarifs à l'échelon national ne fait pas obstacle à leur localisation et leur identification au niveau local, concession par concession. Par ailleurs, la dissociation juridique et comptable de l'activité de distribution par rapport aux autres maillons de la chaîne de valeur ne permet plus de se fonder sur la confusion des fonctions dévolues au concessionnaire pour refuser la communication des données comptables et financières à la maille de la concession.

303- Il s'agit d'un effort supplémentaire que l'autorité concédante est en droit d'attendre de son concessionnaire. La Chambre régionale des comptes d'Île-de-France considère à ce propos que « *si l'établissement de données financières et comptables à la maille de la concession est peu pertinent pour le concessionnaire, force est toutefois de reconnaître que l'autorité concédante est dans son rôle lorsqu'elle souhaite disposer des informations utiles à l'exercice de sa mission de contrôle du concessionnaire ou de suivi de ces intérêts patrimoniaux »*[464].

304- En outre, les informations communiquées par les concessionnaires de la distribution sont parfois peu exploitables par les autorités concédantes. Il en va ainsi des informations reproduites dans le CRAC que le gestionnaire du réseau de distribution est tenu de communiquer annuellement à l'autorité organisatrice de la distribution d'énergie. Ce

[462] CRC de Nord-Pas-de-Calais, rapport d'observations définitives, Commune de Lille (département du Nord), tome 1 concession de distribution d'électricité, octobre 2012, p. 20.
[463] SIPPEREC, Premières réflexions du SIPPEREC sur les concessions de distribution d'électricité en France, préc. p. 33.
[464] CRC d'Île-de-France, rapport de contrôle définitif sur le SIPPEREC, p. 25.

document censé donner à cette dernière une vision détaillée de l'exploitation de son réseau ne semble pas présenter les caractères d'une information complète et adéquate. La même juridiction financière a pu relever que « *quel que soit le mode de calcul des charges et produits de la concession, qu'ils soient calculés directement à la maille de la concession ou qu'ils soient affectés au moyen d'une comptabilité analytique, les données produites doivent être exploitables par l'autorité concédante. Or, tel n'est pas le cas des CRAC produits, chaque année, par ERDF* »[465].

305- La raison en est double : outre l'absence d'information utile établie à la maille d'une concession déjà évoquée, c'est la lisibilité des informations communiquées dans le CRAC qui reste perfectible. Les fréquentes modifications des méthodes de comptabilisations des produits et des charges imputables au concessionnaire réduit considérablement l'intelligibilité des données financières et comptables[466]. Dans les faits, la transparence dans la gestion n'est pas assurée, ce qui prive l'autorité concédante de toute l'information sur l'activité de son délégataire.

306- Par ailleurs, si une certaine amélioration de l'information de l'autorité concédante a pu être notée dans certains cas, leur exploitation par les services locaux demeure fort peu accentuée. En effet, il ressort par exemple des observations de la Chambre régionale des comptes de Nord-Pas-de-Calais que « *très généraux au début de la période sous contrôle (en particulier, s'agissant du CRAC 2007), ils rassemblent aujourd'hui des informations plus détaillées, semble-t-il à l'initiative du conseiller délégué municipal. Celles-ci ne font toutefois pas l'objet d'une exploitation approfondie par les services communaux* »[467]. Cette ineffectivité du contrôle est dans ce cas précis due à la carence des services de l'autorité concédante et trouve sa source principale dans l'insuffisante expertise des services concernés et le bas niveau d'exigence à l'égard du concessionnaire.

307- Dans cette configuration, l'autorité concédante se trouve dans une situation de faiblesse par sa dépendance par rapport au concessionnaire pour la communication des

[465] Ibid.
[466] Voir à ce propos, les premières réflexions du SIPPEREC sur les concessions de distribution d'électricité en France, préc. p. 33.
[467] CRC de Nord-Pas-de-Calais, rapport d'observations définitives, Commune de Lille (département du Nord), tome 1 concession de distribution d'électricité, octobre 2012, p. 16

informations et d'autre part par le caractère peu exploitable desdites informations. L'architecture institutionnelle du secteur accentue cette fragilité.

Paragraphe II : Une faiblesse accentuée par une organisation institutionnelle inadaptée

308- Au-delà du cadre purement juridique, l'équilibre des relations partenariales est largement tributaire des rapports de force entre cocontractants. Le poids respectif des structures en interaction revêt alors un caractère déterminant. Sous cette optique, les relations entre les autorités concédantes et leur concessionnaire souffrent d'une tare originelle découlant de l'architecture institutionnelle des premières. En effet, leur faiblesse est accentuée par leur émiettement **(A)** et la difficile coordination des niveaux de compétence **(B)**.

A- L'émiettement des autorités concédantes

309- Les concessions dans le domaine des services énergétiques se caractérisent par la diversité des acteurs et interlocuteurs. Le nombre excessivement élevé d'autorités concédantes aboutit à leur éparpillement **(1)**. Les nombreuses incitations en faveur de leur regroupement au sein de structures supra-communales peinent à trouver un écho favorable en raison de la persistance de facteurs entravant ce regroupement **(2).**

1. Le nombre excessif des autorités concédantes

310- L'ancrage local des différentes activités dans le domaine des services énergétiques se traduit par la diversité des acteurs locaux ayant compétence pour intervenir dans leur mise en œuvre. Cette situation se manifeste plus particulière sur le segment de la distribution d'énergie du fait de la compétence donnée par la loi du 15 juin 1906 aux communes et à leurs groupements.

311- Ce texte n'excluait pas la possibilité de l'exercice départementale de la compétence de la distribution d'énergie. En effet, aux termes de son article 6, « *la concession d'une distribution publique d'énergie est donnée soit par la commune ou le syndicat formé entre plusieurs communes, si la demande de concession ne vise que le territoire de la commune ou*

du syndicat, ou par le département dans l'étendue de celui-ci, soit par l'État dans les autres cas ». Cependant, dès sa promulgation, c'est l'échelon communal qui a eu la faveur des acteurs locaux, chaque commune voulant avoir la maîtrise effective de sa distribution d'énergie. Il s'est ensuivi une multiplicité d'acteurs institutionnels intervenant sur ce segment avec une initiative locale très dynamique. Ainsi, en 1920, 20% des communes françaises s'étaient dotées de régies de distribution d'électricité dont le nombre s'élevait à 7000[468]. Les 80% restantes ont préféré le régime de la concession.

312- L'échelle intercommunale est également un cadre d'exercice de la compétence énergétique. Les contraintes techniques liées principalement à la dispersion des foyers de consommation, notamment en milieu rural, ont amené certaines autorités concédantes à se regrouper au sein de syndicats qualifiés de primaires. Dans la recherche d'un niveau plus pertinent d'action, « *ces syndicats intercommunaux d'électricité ou d'électrification (SIE), ont généralement choisi de coordonner leur action en adhérant à des syndicats intercommunaux de second niveau qui rassemblent, dans le ressort d'un département, les communes urbaines et les syndicats primaires ainsi qu'éventuellement le département lui-même »*[469].

313- Cette tendance naissante dans les années 1920 n'a toutefois pas abouti à la réduction significative du nombre d'autorités concédantes de la distribution d'énergie. L'éparpillement de ces autorités demeure toujours d'actualité malgré la volonté exprimée au niveau national d'accentuer leur regroupement au sein des structures intercommunales. En 2013, la Cour des comptes dénombrait ainsi 736 concessions de distribution d'électricité dont la très grande majorité se limite au territoire communal[470].

314- Face à un interlocuteur unique, incarné par l'opérateur historique, cette situation de dispersion des autorités concédantes les place dans une position de faiblesse et s'avère nuisible à la bonne tenue des relations entre partenaires. En plus d'accroitre le déséquilibre des rapports contractuels en accentuant l'asymétrie d'information sus-évoquée, elle traduit la diversité des particularités en présence sans pour autant être en mesure de mettre en place les

[468] Sénat, Les collectivités territoriales : mobiliser les sources d'énergies locales, Rapport d'information n° 623 présenté par M. Claude BELOT, juin 2013, p. 10.
[469] Cour des comptes, Le service public de distribution de l'électricité et l'intercommunalité, rapport public annuel, 2001, p. 731.
[470] Sur les 736 concessions de distribution d'électricité, les 537 sont à l'échelon communal. Seuls 199 sont octroyées au niveau intercommunal (Cour des comptes, rapport sur les distributions d'électricité, 2013, préc. p. 110

conditions de leur effective prise en charge. En l'absence d'un cadre efficace de coordination, c'est la cohérence de la politique de gestion du réseau de distribution dans son intégralité qui est compromise. La prise en compte de cette difficulté a amené les pouvoirs publics à encourager le regroupement des autorités concédantes pour trouver l'échelon pertinent d'exercice de la compétence énergétique. Toutefois, les résultats enregistrés ne sont pas totalement satisfaisants.

2. Le bilan mitigé de la politique de regroupement des autorités concédantes

315- La détermination de l'échelon pertinent d'exercice de la compétence énergétique conditionne l'efficacité des politiques publiques dans ce secteur. Concernant les relations partenariales, leur équilibre suppose que les interlocuteurs aient une consistance et un pouvoir décisionnel comparables. L'éparpillement des autorités locales exerçant la compétence d'autorité concédante ne leur permet pas d'atteindre la taille critique propice à l'équilibre de leurs rapports avec leur concessionnaire.

316- Prenant la mesure de ce facteur de faiblesse des autorités organisatrices du service public de la distribution, les pouvoirs publics ont mis en place des mécanismes destinés à faciliter leur regroupement au sein de structures à la taille plus pertinente. Il ressort des évolutions législatives que c'est l'échelon départemental qui a été privilégié. C'est dans cette logique que se place l'institution par le législateur d'un cadre juridique incitatif ou contraignant de regroupement des collectivités locales concédantes du service public de la distribution. Ainsi, le paragraphe IV de l'article L. 2224-31 du CGCT dispose que lorsque les attributions d'autorité concédante de la distribution d'électricité ne sont « *exercées ni par le département ni, au terme d'un délai d'un an suivant la date de publication de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, par un unique syndicat de communes ou syndicat mixte sur l'ensemble du territoire départemental ou sur un ensemble de territoires départementaux contigus ni par un groupement de collectivités territoriales dont la population est au moins égale à un million d'habitants, le ou les représentants de l'Etat dans le ou les départements engagent…la procédure de création d'un syndicat de communes ou d'un syndicat mixte pour l'exercice de ces compétences sur l'ensemble du territoire départemental ou sur un ensemble de territoires départementaux contigus* ».

317- Cette formulation, issue de la rédaction de l'article 33 de la loi du 7 décembre 2006[471], témoigne de la forte volonté affichée au niveau national d'accélérer le regroupement des autorités concédantes de la distribution d'électricité. La procédure contraignante qu'elle initie était prolongée par un dispositif financier mis en place à partir du 1er janvier 2011 dans le cadre du fonds d'amortissement des charges d'électrification. Concrètement, il s'agit d'un système de *malus* appliqué sur les dotations des autorités concédantes éligibles dans les départements où le regroupement n'est pas effectif.

318- Cependant, ce dispositif encourageant le regroupement des collectivités concédantes n'a fait l'objet que d'une application partielle donnant des résultats assez décevants. Si certains départements l'ont effectivement mis en œuvre[472], une large majorité s'en est abstenue. Les raisons de la réticence des autorités concédantes à se regrouper au sein d'une structure intercommunale sont diverses.

319- La première résulte d'une appréhension, pour les différentes autorités concédantes, à se regrouper au sein d'une structure de taille supra-communale et de perdre la maîtrise de la compétence énergétique. L'analyse géopolitique de cette compétence, et des travaux auxquels donne lieu son exercice, permet de l'appréhender comme un enjeu de pouvoir surtout au niveau local. Le docteur BOUVIER retient ainsi : « *du point de vue géopolitique, ces travaux peuvent paraître dérisoires : l'enfouissement souterrain des ouvrages et des réseaux ne concerne le plus souvent que quelques dizaines de mètres. Mais du point de vue de la géopolitique locale, ces travaux, aussi mineurs qu'ils puissent être, représentent un enjeu non négligeable pour les communes. L'enfouissement des réseaux électriques permet ainsi souvent de réhabiliter l'ensemble d'un site, une place de village, un fronton de mairie. Il faut lire les pages locales de la presse quotidienne régionale pour comprendre l'importance de ces*

[471] Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n°284 du 8 décembre 2006, p. 1853.
[472] Parmi cette catégorie se range le département de l'Aude dont 90% des communes se sont regroupées dans le cadre d'une structure intercommunale. Peut également être cité le département de la Vendée dont 282 communes et 28 communautés de communes ont décidé de se regrouper au sein d'un syndicat départemental (le SyDEV) exerçant la compétence d'autorité concédante de la distribution d'électricité et de gaz.

travaux pour un village ou pour un centre-ville »[473]. Cet enjeu devient encore plus actuel avec la politique de transition énergétique conférant aux autorités décentralisées un rôle plus actif.

320- La seconde raison expliquant la réticence des collectivités concédantes au sein d'un syndicat unique réside dans l'absence de communauté d'intérêts entre différentes autorités concédantes. C'est en tout cas une impression largement partagée par les autorités locales. La haute juridiction financière relève ainsi : « *les communes urbaines considèrent que les enjeux de la distribution de l'électricité sur leur territoire sont différents de ceux des zones rurales ; les communes et syndicats ruraux souhaitent conserver la maîtrise d'ouvrage des travaux qu'ils réalisent ainsi que les recettes qu'ils peuvent percevoir dans le cadre du régime d'électrification rurale* ». Illustrant cette considération, la ville de Lyon n'a pas souhaité faire partie d'une structure intercommunale à l'échelle départementale en estimant que le caractère urbain de sa concession ne pourrait pas être suffisamment pris en compte à ce niveau. Il s'ensuit une réticence assez tenace au regroupement au sein des structures intercommunales accentuant la faiblesse structurelle des autorités concédantes par rapport à leur concessionnaire. Les difficultés de coordination entre les différents acteurs institutionnels ne vont pas dans le sens d'une simplification.

B- Les difficultés de coordination des niveaux de décision

321- Les récentes réformes touchant au secteur de l'énergie[474] et à l'organisation territoriale de la République[475] ont procédé à une redistribution des compétences entre les différents échelons territoriaux. Ces derniers bénéficient, chacun à son niveau, d'attributions sur les services énergétiques. Il s'agit d'une pluralité d'acteurs institutionnels **(1)** rendant nécessaire un renforcement des outils de programmation et de coordination **(2)**.

[473] BOUVIER G., Les collectivités locales et l'électricité. Territoires, acteurs et enjeux autour du service public local de l'électricité en France., Thèse de doctorat de la faculté de géographie, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2005, p. 57.
[474] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[475] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n°0182 du 8 août 2015, p.13705.

1. La pluralité des niveaux de décision

322- De prime abord, la mise en œuvre de la politique énergétique donne la fausse impression de la simplicité institutionnelle avec une compétence de principe accordée aux communes et à leurs établissements publics de coopération, notamment en matière de distribution. Cependant, une analyse plus poussée de l'architecture institutionnelle permet de déceler la complexité de la répartition des compétences entre les différents échelons et niveaux de décision. C'est en tout cas l'idée qui se dégage de la succession de réformes relatives au secteur de l'énergie et à l'organisation territoriale.

323- Il faut rappeler que, dans un souci de clarté, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales[476] avait supprimé la clause générale de compétence. Son rétablissement au profit des collectivités territoriales par la loi du 27 janvier 2014[477] a complexifié la répartition de la compétence énergétique entre les collectivités territoriales. C'est dans ce cadre que l'article 3 de ce texte désigne la région comme la collectivité « chef de file » des compétences relatives au « *climat, la qualité de l'air et l'énergie* ». Outre le fait que cette notion de « chef de file » n'est en rien une notion juridiquement déterminée, ce rétablissement pêche par l'absence de précision sur le contenu et la portée des attributions de la région en matière énergétique et de leur articulation avec celle de la métropole[478]. En effet, le même texte fait de la métropole le cadre de « *mise en œuvre des programmes d'action en vue de lutter contre la pollution de l'air et de favoriser la transition énergétique, notamment en améliorant l'efficacité énergétique des bâtiments et en favorisant le développement des énergies renouvelables »*[479].

324- Il s'agit d'une situation d'attribution de compétences connexes et complémentaires à des niveaux différents de décision. En l'absence d'instruments efficaces de coordination entre les acteurs institutionnels, leur exercice donne lieu à des recoupements et à des actions

[476] Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF n°0292 du 17 décembre 2010 p. 22146.
[477] Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, JORF n°0023 du 28 janvier 2014 p. 1562.
[478] Voir : DYENS S., « La « clarification » des compétences dans la loi MAPTAM : coordonner avant d'imposer », AJCT, 2014, p. 291.
[479] Article 12 de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, JORF n°0023 du 28 janvier 2014 p. 1562.

redondantes sans cohérence d'ensemble[480]. Dans cette configuration, « *chaque échelon revendique le droit de s'occuper de tout et ne trouve de limites que dans la contrainte budgétaire. L'accent mis par de plus en plus de collectivités sur le développement durable des territoires en constitue une illustration évidente* »[481].

325- C'est dans l'optique d'y remédier que la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République a supprimé à nouveau cette clause générale de compétence. L'exposé des motifs de cette nouvelle loi prévoit ainsi : « *à la clause de compétence générale qui permettait jusqu'à présent aux régions et aux départements d'intervenir en dehors de leurs missions principales, parfois de manière concurrente, souvent de façon redondante, se substitueront des compétences précises confiées par la loi à un niveau de collectivité* »[482]. Cette nouvelle orientation traduit une volonté de simplification du système de répartition des compétences entre les collectivités territoriales et leurs groupements intervenant notamment dans le domaine des services énergétiques.

326- Cette simplification ne sera toutefois opérante que dans la mesure où la nouvelle répartition des compétences qui en résulte se fasse suivant une logique de cohérence et de complémentarité entre les divers échelons. L'éparpillement de compétences liées et connexes entre différents niveaux d'exercice aboutirait à la même situation de confusion et d'incohérence. Il en serait ainsi par exemple de la volonté de confier au département la mission de lutte contre la précarité énergétique alors que le service public de la fourniture d'énergie aux tarifs réglementés, y compris au tarif de première nécessité, continue de relever de la responsabilité des communes, autorités concédantes.

327- En tout état de cause, la mise en œuvre efficace de la politique énergétique au niveau local suppose une répartition claire et cohérente des compétences entre les niveaux de décision. Plus encore, elle est subordonnée à la mise en place d'instruments efficaces de coordination entre les nombreux acteurs institutionnels en présence.

---

[480] Le Réseau Action Climat France (RAC-F) relevait ainsi : « l'éparpillement des compétences entre les différents échelons locaux rend pour le moins complexe la définition et la mise en œuvre d'une politique climat-énergie cohérente. En effet, la plupart des compétences font l'objet de recouvrements entre les différents niveaux de collectivités »., RAC-F, « Quelle gouvernance territoriale pour la transition énergétique ? », janvier 2013, p. 5.

[481] PASQUIER R., « Gouvernance territoriale : quelles articulations entre régions et métropoles », Pouvoirs locaux, n° 96/2013, p. 38.

[482] Exposé des motifs de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

2. L'insuffisance des mécanismes de coordination entre les acteurs institutionnels

328- La pluralité des acteurs institutionnels intervenant, directement ou non, sur la thématique des services énergétiques a pour effet d'affecter la cohérence des actions menées aux divers niveaux de décision. La mise en œuvre efficace d'une politique énergétique cohérente s'est souvent heurtée à une architecture institutionnelle complexe avec différents niveaux coexistant et menant des actions dans l'ignorance réciproque. En effet, *« il n'existe généralement pas d'articulation des compétences, des dispositifs, des ambitions et des politiques entre les différentes collectivités (régions, départements, communes) et intercommunalités et territoires de projet (pays, communautés urbaines, d'agglomération, de communes)* »[483]. A l'instar des autres secteurs d'activités, le domaine des services énergétiques n'est pas épargné par les lourdeurs et les contradictions inhérentes au phénomène du « mille-feuille » administratif.

329- En l'absence de simplification de l'organisation institutionnelle au niveau local, la mise en cohérence des actions relatives à la politique énergétique est largement subordonnée à l'efficacité des instruments de coordination entre les différents acteurs en présence[484]. C'est dans cette optique que s'inscrit la création de documents administratifs élaborés au niveau local et qui servent d'instruments de panification et de coordination. Il en va en particulier ainsi du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) issu de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République[485]. Ce document stratégique fixe les objectifs en moyen et long termes sur différentes thématiques, y compris dans le domaine de l'énergie. Elaboré par le Conseil régional et approuvé par arrêté du préfet[486], il est le fruit d'une large concertation à laquelle sont conviés les acteurs publics et privés présents sur le territoire et intervenant sur les thématiques abordées. S'il a un impact sur l'implantation des projets énergétiques, le SRADDET ne constitue pas pour autant un nouveau document d'urbanisme dans la mesure où

[483] CHANARD C., de SEDE-MARCEAU M-H. et ROBERT M., « Politique énergétique et facteur 4 : instruments et outils de régulation à disposition des collectivités », Développement durable et territoires, Vol. 2, n°1, mars 2011, p. 10.
[484] Voir : BRISSON J-F., « Clarification des compétences et coordination des acteurs », AJDA, 2014, p.605.
[485] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n°0182 du 8 août 2015, p. 13705.
[486] Décret n° 2016-1071 du 3 août 2016 relatif au schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, JORF n°0181 du 5 août 2016, texte n° 53.

il n'a pas vocation à déterminer des règles précises d'utilisation des sols. Il se limite à fixer les objectifs et les règles générales pour les atteindre. Les documents d'urbanisme de droit commun que sont le schéma de cohérence territoriale (SCOT) et le plan local d'urbanisme (PLU) doivent prendre en compte ces objectifs et s'inscrire dans un rapport de compatibilité avec les règles générales qu'il détermine[487]. Le SRADDET peut à ce titre constituer un instrument pertinent de coordination entre les différents acteurs institutionnels investis dans la politique énergétique au niveau local.

330- C'est dans cette même logique de planification et de coordination que s'inscrit le plan climat-énergie territorial prévu par l'article L. 229-26 du code de l'environnement aux termes duquel « *la métropole de Lyon et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre existant au 1er janvier 2015 et regroupant plus de 50 000 habitants adoptent un plan climat-air-énergie territorial au plus tard le 31 décembre 2016* ». Ce document précise les prévisions du SRADDET en fixant notamment des objectifs stratégiques et opérationnels de lutte contre le réchauffement climatique, ainsi qu'un programme d'actions pour l'amélioration de l'efficacité énergétique et l'augmentation de la production d'énergies renouvelables. Il doit dès lors lui être compatible[488].

331- L'élaboration de ces documents de planification nécessite de recueillir les données pertinentes relatives à la production et à la consommation d'énergie sur les territoires concernés. Elle suppose donc une collaboration avec les opérateurs du secteur de l'énergie, les gestionnaires de réseaux en particulier. Toutefois, la protection de la confidentialité des données commercialement sensibles qui est une obligation légale à la charge des gestionnaires de réseaux[489] fait obstacle à la transmission de toutes les informations contributives à l'élaboration des documents de planification.

332- A l'évidence, il s'agit d'un facteur limitant l'efficacité des mécanismes de coordination des actions des acteurs institutionnels entre eux et dans leurs rapports avec leurs cocontractants dans le domaine des services énergétiques. Cette carence de coordination est

[487] Code de l'urbanisme, articles L. 131-1 et L 313-2.
[488] Code de l'environnement, article L. 229-26.
[489] Décret n°2001-630 du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations détenues par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, pris pour l'application des articles 16 et 20 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, voir : FONTAINE C., « Collectivités territoriales et énergie : les outils locaux de planification énergétique », La Gazette, 4 novembre 2013, pp. 56-58.

largement partagée entre les différentes formes de partenariat contractuel dans le domaine des services énergétiques. La volonté d'y remédier et de se doter de « *la palette d'intervention la plus large et la plus proactive possible* »[490] a amené les collectivités publiques à diversifier leurs modalités d'action en particulier en recourant à la formule de partenariat public-privé à caractère institutionnel.

[490] Sénat, exposé des motifs de la proposition de loi tendant à la création de sociétés d'économie mixte contrat, présentée par MM. DUPONT J-L ; MARSEILLE H. et les membres du groupe UDI-UC, 16 octobre 2013.

Conclusion du titre I

333- Instrument classique de partenariat entre les collectivités publiques et les acteurs privés, le mécanisme de la concession a servi de levier pour doter le territoire de grandes infrastructures. Il a eu un impact décisif sur le déploiement des équipements de production et d'acheminement d'énergie depuis que la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie[491] en a fait le mode de gestion de droit commun dans ce domaine. La formule concessive fait l'objet d'une application assez originale en matière de gestion des réseaux d'énergie. Elle déroge au droit commun des concessions tant du point de vue de son attribution que celui de son exécution.

334- Cette application présente néanmoins l'inconvénient de réduire considérablement le champ de la liberté contractuelle des parties. Plus fondamentalement, elle crée une situation de déséquilibre entre les parties prenantes en plaçant l'autorité concédante dans une situation de dépendance à l'égard de son cocontractant. L'autorité organisatrice du service public délégué se trouve amputée d'une large partie des attributions qui lui sont traditionnellement reconnues dans les relations concessives de droit commun. Il en va ainsi en particulier de la liberté de choix du mode de gestion du service et du choix de son cocontractant. Elle est de fait dépourvue du pouvoir d'influer de manière décisive sur le contenu du contrat et sur l'efficacité du service délégué.

335- A cela s'ajoutent les imprécisions dans la répartition des obligations de chaque partie et les risques de confusion et d'incohérence que cela implique. Il s'avère dès lors nécessaire de rationaliser les relations partenariales qui s'établissent entre les collectivités concédantes et leurs concessionnaires en matière de gestion des réseaux. Cela passe par le rééquilibrage des rapports de force en accordant aux autorités organisatrices des pouvoirs de décision et la liberté de choix nécessaire à l'instauration d'une influence décisive sur les éléments de la concession en leur faveur. L'idée est d'adapter le cadre juridique de la concession aux évolutions du secteur de l'énergie de sorte à permettre aux parties prenantes de prendre en charge les nouveaux enjeux de ce secteur dans le cadre d'une formule concessive plus respectueuse de leur liberté contractuelle.

[491] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.

Titre II : LE RECOURS AU PARTENARIAT INSTITUTIONNEL COMME OUTIL D'ACCOMPAGNEMENT DU SECTEUR DE L'ENERGIE

336- Si l'apparition des partenariats public-privé à caractère institutionnels est plus récente que celle de la formule concessive, cette forme de coopération s'est vite imposée comme un outil privilégié de gestion à la disposition des collectivités publiques. La première esquisse de la société d'économie en France date de l'avant-première guerre mondiale[492], mais il a fallu attendre les Décrets-lois Poincaré de 1926[493] et le règlement d'administration publique du 17 février 1930[494] pour qu'elle bénéficie d'une véritable reconnaissance juridique. Ces textes posaient néanmoins des conditions strictes au recours à cette formule : d'une part, seules les communes étaient habilitées à y participer à l'exclusion des autres collectivités territoriales et d'autre part, leur participation ne pouvait pas dépasser le plafond de 40% du capital de la société d'économie mixte.

337- Cependant, ces verrous ne vont pas résister aux besoins de reconstruction consécutifs à la seconde guerre mondiale. Les nécessités économiques amenant les collectivités publiques à accentuer leurs interventions en matière économique, la législation s'est adaptée en assouplissant les conditions de création de ce genre de structure. C'est ainsi qu'un décret du 20 mai 1955[495] réaffirme la vocation des collectivités locales à intervenir dans le domaine économique et social et à prendre une participation dans des sociétés gestionnaires de service public et les entreprises de travaux présentant un intérêt public. Le plafond de la participation des collectivités dans le capital social a de ce fait été élevé de 40 à 65%. Ce mouvement a été poursuivi par le législateur à travers la loi du 7 juillet 1983[496] qui a opéré l'unification du régime juridique des sociétés d'économie mixte au niveau local. Depuis la loi du 27 février

[492] Leur première apparition en France date de la période précédant la première guerre mondiale en Alsace-Lorraine. Leur origine est liée à la législation de la puissance occupante allemande qui donnait le droit aux municipalités de participer au capital de certaines sociétés d'intérêt général.
[493] Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, JORF du 7 novembre 1926, p. 11894 ; décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, JORF du 31 décembre 1926, p.13742.
[494] Décret du 17 février 1930 portant règlement d'administration publique : application du décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales, JORF du 25 février 1930, p. 2043.
[495] Décret n°55-579 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique, JORF, 21 mai 1955, p. 5078 ; voir : DURAND G., « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », *in* : *Partenariat public-privé et développement territorial*, *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995, pp. 289-298.
[496] Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, JORF du 8 juillet 1983, p. 2097.

2002[497], la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein des sociétés d'économie mixtes locales de droit commun est impérativement supérieure à plus de la moitié du capital social[498]. En revanche, elle est limitée au plafond des 85% du capital social, les 15% restant étant réservés à l'actionnariat privé[499].

338- Au gré de ces différentes réformes, la société d'économie mixte s'est progressivement affirmée comme un instrument majeur d'intervention de la puissance publique aux côtés du secteur privé dans une dynamique collaborative. « *Présenté comme une troisième voie entre la domination du marché et celle de la planification, le concept d'économie mixte évoque une idée de modération, de synthèse entre des systèmes extrêmes dont on ne prendrait que la meilleure part* »[500]. Permettant la coopération entre les personnes publiques et les acteurs du secteur privé dans le cadre d'une structure spécialement dédiée, elle se présente comme un outil adapté de gestion des activités d'intérêt général. Elle présente l'avantage de concilier la souplesse caractéristique de la gestion privée avec la préservation nécessaire des prérogatives de la partie publique.

339- Ces avantages en font un instrument de renouvellement et de pérennisation de l'action publique, notamment dans le domaine des services énergétiques, tant au niveau national que local. Concernant ce dernier, la formule de la société d'économie mixte a très tôt été employée aux fins de développement des infrastructures d'énergie. D'abord limitée à la gestion des activités de réseau, cette forme de partenariat a par la suite vu s'étendre son champ d'application intégrant de nouveaux domaines. A l'échelle nationale, son adoption a été principalement motivée par des raisons d'opportunité économique tirées de la volonté de diversification et d'expansion que ne permettait pas le statut d'établissement public initialement retenu pour les deux grands opérateurs nationaux nés de la nationalisation de 1946.

340- Dans les deux cas, la formule de partenariat public-privé institutionnel apparaît comme une modalité privilégiée de collaboration entre les secteurs public et privé **(Chapitre I)**. Cependant, la place limitée accordée au partenaire privé et la concurrence qui lui est faite par

[497] Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 février 2002, p. 3801.
[498] Code général des collectivités territoriales, article L. 1522-1.
[499] Code général des collectivités territoriales, article L. 1522-2.
[500] DURAND G., « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », préc. p. 1.

de nouveaux instruments de gestion à la disposition des collectivités publiques en réduisent considérablement l'attractivité **(Chapitre II)**.

CHAPITRE III : LA STRUCTURE D'ECONOMIE MIXTE, UN CADRE DE PARTENARIAT POTENTIELLEMENT PROPICE AU SECTEUR DE L'ENERGIE

341- A la différence de la concession, la formule de partenariat public-privé institutionnel donne naissance à une nouvelle structure dotée de la personnalité juridique distincte de celle des sociétaires. Du point de vue des acteurs, il y a une convergence des intérêts permettant une meilleure cohérence des actions entre partenaires dans le cadre d'un partenariat durable. La société d'économie mixte revêt un caractère ambivalent : elle peut être appréhendée comme un démembrement de la collectivité publique actionnaire destinée à servir d'outil de mise en œuvre de la politique élaborée par cette dernière. Elle peut également être perçue comme un simple acteur économique intervenant dans son secteur d'activité au même titre que ses potentiels concurrents. Cette banalisation de la structure d'économie mixte explique et justifie sa soumission de principe aux règles ordinaires du droit commercial en tant que société anonyme[501]. Cependant, elle demeure un instrument spécifique en raison des missions qui lui sont assignées et du lien étroit qu'elle entretient avec les personnes publiques actionnaires.

342- Elle apparaît ainsi comme un cadre intéressant de conciliation entre la souplesse juridique que requiert l'action économique et la préservation des prérogatives des collectivités publiques qu'exige le service de l'intérêt général. A ce titre, la société d'économie mixte fait la synthèse entre les valeurs du service public et celles de l'économie de marché. Cet avantage notoire en fait un outil privilégié des collectivités publiques, notamment au niveau local où elle occupe une place importante dans le paysage institutionnel.

343- Le positionnement et le maintien de cette forme institutionnelle de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques n'ont pas été évidents, en particulier dans le contexte de la nationalisation du secteur depuis l'après seconde guerre mondiale **(Section 1)**. Cette nouvelle formule a par la suite vu son champ d'intervention s'élargir pour intégrer la quasi-totalité de la chaîne de valeur énergétique **(Section 2)**.

[501] Voir : ECKERT G., « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives », RFDA, 2005, p. 959.

Section 1 : Le positionnement des sociétés d'économie mixte sur le secteur de l'énergie

344- L'utilisation de la structure d'économie mixte comme cadre de partenariat entre acteurs publics et privés dans le domaine des services énergétiques est antérieure à la loi de nationalisation de 1946[502]. Celle-ci n'a pas remis en cause son existence et a exclu de son champ d'application les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans ce secteur. Prenant appui sur cette exclusion, les pouvoirs publics ont accentué l'élan de collaboration avec le secteur privé dans le secteur de l'énergie dans le cadre de structures à capitaux public et privé. C'est ainsi que s'explique la création de nombreuses sociétés d'économie mixte locales intervenant dans ce domaine d'activité. Celles-ci ne résultent pas toutes du même processus de création qui, dans les faits, se présente sous des formes diverses **(Paragraphe 1)**.

345- En outre, si la loi de nationalisation des activités énergétiques ne s'est pas traduite par la remise en cause de l'existence des sociétés d'économie mixtes locales déjà existantes, ses dispositions ont eu pour effet de mettre un frein à la création de nouvelles. En effet, le monopole conféré par le législateur aux deux établissements publics a historiquement limité le développement des sociétés d'économie mixte dans ce secteur **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1 : L'émergence de la structure d'économie mixte dans le secteur de l'énergie

346- Dans le domaine des services énergétiques, si les pouvoirs publics ont retenu le statut d'économie mixte dès la création de certaines sociétés, pour d'autres ce choix s'est fait de manière progressive et a obéi à une logique d'évolution. En effet, sa création ne s'est pas faite ex-nihilo ; elle résulte généralement du changement de statut de structures préexistantes telles que d'anciennes régies communales d'énergie ou des établissements publics au niveau national. La typologie des sociétés d'économie mixte fondée sur leur mode de création permet de mesurer toute l'hétérogénéité de leur processus de création **(A)**. La différence de nature des acteurs dont elle permet l'association transparait dans le régime juridique de cette forme

[502] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

de partenariat public-privé. Cela traduit toute l'ambivalence de la formule du partenariat public-privé à caractère institutionnel **(B)**.

A- Un processus de création hétérogène

347- Les structures d'économie mixte n'ont pas toutes résulté du même processus de création. Certaines d'entre elles ont revêtu ce caractère mixte dès leur création **(1)** alors que pour d'autres le choix s'est fait de manière plus récente. Les sociétés composant cette seconde catégorie résultent de la transformation du statut juridique de structures préexistantes **(2)**.

1. Les sociétés à statut mixte *ab initio*

348- La logique du partenariat public-privé à caractère institutionnel est consubstantielle à l'évolution des besoins économiques et la succession des pensées politiques dominantes. Sous cet angle, la mixité économique se présente comme une formule de compromis, sous contraintes économiques, entre l'économie de marché et le dirigisme public. En effet, le « *souci du compromis public-privé a traversé les années de guerre, avec la même préoccupation libérale d'économiser les fonds publics, d'associer la compétence technique et les ressources financières des compagnies et, au total, de faire cohabiter les principes de service public et des logiques de marché dans les activités économiques* »[503]. Cette logique innerve tout le mouvement de création des sociétés d'économie mixte dans le domaine des services énergétiques. Il en va notamment ainsi de celles chargées de l'exploitation de services énergétiques.

349- La création de la Compagnie Nationale du Rhône est assez illustrative de la dynamique aboutissant à l'émergence d'un partenariat public-privé institutionnel dans le secteur de l'énergie. En effet, dès 1899, des élus locaux, en collaboration avec la chambre de commerce de Lyon, se sont déclarés favorables à l'aménagement du Rhône au triple point de vue de la navigation, des forces motrices et de l'irrigation. La production d'énergie hydroélectrique occupait une place centrale dans le schéma de développement formulé par

[503] MARGAIRAZ M., « Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXème siècle : d'une configuration historique à l'autre », Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2005/3, n° 52-3, p. 153 (pp. 132-165).

Edouard HERRIOT, sénateur[504] puis député du Rhône[505] et maire de Lyon pendant plus de 50 ans. Dans ce programme, les résultats issus de l'exploitation et de la vente de l'énergie hydroélectrique étaient destinés à financer les aménagements nécessaires à la sécurisation de la navigation et à l'irrigation des terres agricoles.

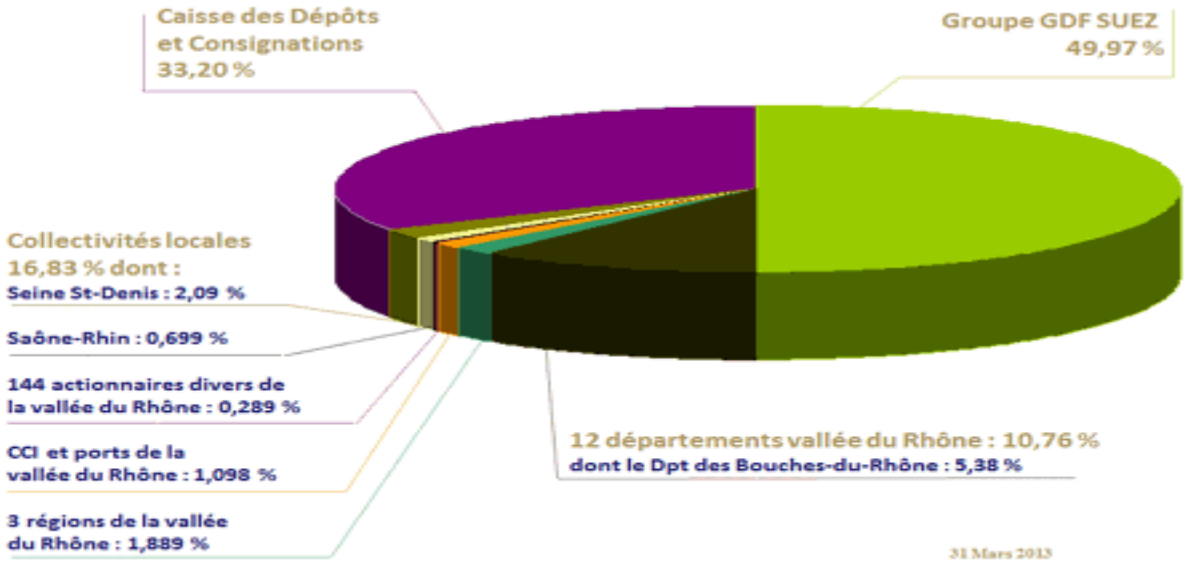
350- La complexité et l'ampleur des travaux prévus dans ce projet ont rendu nécessaire l'implication des acteurs privés aux côtés des personnes publiques intéressées, dans le cadre d'une concession unique conformément aux dispositions de la loi approuvant le programme[506]. Cependant, cette association du secteur privé ne devait pas aboutir à une remise en cause de la maîtrise publique des différentes activités envisagées. La formule de la société d'économie mixte est alors apparue comme une solution satisfaisante de partenariat public-privé durable. C'est ainsi qu'est née la Compagnie Nationale du Rhône[507].

351- La constitution de son capital social traduit la présence et la collaboration effective entre les acteurs publics et les opérateurs privés. En effet, à sa création, ce capital était constitué de quatre parties réparties entre des partenaires publics et privés. Concernant les acteurs publics, il s'agissait de la ville de Paris titulaire de la part (A) et des collectivités territoriales de la région intéressées par l'aménagement du Rhône, soit un ensemble de 251 actionnaires détenant ensemble la deuxième part (B). Quant aux deux parts restantes, elles étaient réservées aux partenaires privés dont la Compagnie des Chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée (PLM) détentrice de la troisième part (C)[508] et des industriels privés du secteur de l'énergie de l'époque, titulaires de la quatrième partie (D).

352- Cette place initialement prépondérante des collectivités territoriales dans la répartition du capital social s'est peu à peu tempérée en raison de l'entrée de nouveaux actionnaires. Depuis 2003, le Groupe GDF Suez (devenu Engie) est devenu l'actionnaire majoritaire de la CNR avec 49,97% du capital ; les collectivités locales intéressées ne détiennent plus que 16,83% alors que les 33,2% restants sont détenus par la caisse des dépôts et de consignation.

[504] De 1912 à 1919.
[505] De 1919 à 1940 puis de 1945 à 1957.
[506] Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône, de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles, et créant les ressources financières correspondantes, JORF du 28 mai 1921, p. 6210.
[507] La nouvelle structure a tenu son assemblée générale constitutive le 27 mai 1933.
[508] Le PLM était l'une des plus importantes compagnies ferroviaires privées française entre 1857, date de sa création, et sa nationalisation en 1938.

La mixité du capital de cette structure et l'équilibre qu'elle réalise entre les sphères publique et privée lui permet de concilier les avantages de la gestion inspirée du secteur concurrentiel avec les exigences du service de l'intérêt général dont les actionnaires publics sont les garants. Ce partenariat lui permet aujourd'hui de s'affirmer comme un acteur majeur du mix énergétique français en assurant la production de 25% de l'énergie hydroélectrique nationale[509].



Source : site officiel de la CNR, http://www.cnr.tm.fr/le-modele-cnr/qui-sommes-nous/structure-capital/, 25/12/2015.

353- La société d'économie mixte Gaz de Strasbourg regroupe les mêmes acteurs que la CNR avec une majorité des actions détenue par la ville de Strasbourg. Depuis sa création en 1914, cette structure est devenue un levier majeur de mise en œuvre de la politique énergétique dans la région. Elle assure notamment la gestion d'un important réseau de gaz naturel de plus de 1800 km desservant une centaine de communes. Si pour ces deux structures le choix du statut de société d'économie mixte est concomitant à leur création, d'autres entités ne l'ont retenu que de manière plus récente.

[509] Cette énergie hydroélectrique est produite par les 19 centrales concédées et les 21 petites centrales dont la production cumulée a atteint 3035 MW en 2015.

2. Les sociétés d'économie mixte résultant de la transformation de structures préexistantes

354- Sous réserve des dispositions de la loi de nationalisation de 1946[510], une collectivité publique peut décider de gérer elle-même, en régie, un service énergétique ou d'en externaliser la gestion[511]. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire sur lequel *« le juge administratif refuse d'exercer son contrôle, estimant qu'il s'agit d'une question d'opportunité et non de la légalité, sur le point de savoir si, pour la gestion d'un service public donné et dans l'hypothèse où l'organe délibérant de la collectivité a le choix entre plusieurs modes de gestion possibles, la régie personnalisée est mieux adaptée qu'un tel autre mode de gestion* »[512]. En tout état de cause, le statut de la structure en charge de la gestion d'un service n'est pas intangible.

355- Saisi de la question de savoir si une collectivité territoriale a la faculté de transformer une régie de distribution d'électricité et de gaz en société d'économie mixte, le Conseil d'Etat a répondu par l'affirmative. La haute juridiction considère en effet « *que, si les sociétés de distribution constituées, sous les formes énumérées à cet article* (article 23 de la loi de nationalisation de 1946), *antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 1946 sont et demeurent exclues de la nationalisation de l'électricité et du gaz et du monopole conféré par la loi à Electricité de France et à Gaz de France, les communes dont les services de distribution possèdent la forme d'une société d'économie mixte à participation publique majoritaire, d'une régie municipale ou d'un service analogue peuvent librement choisir, entre ces différentes solutions, les modalités de gestion et d'organisation desdits services »*[513]. Dans ce cadre, les dispositions de l'article 23 de la loi de nationalisation de 1946[514] ne font pas obstacle à la transformation d'une régie municipale d'électricité et de gaz en société

[510] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, préc.
[511] En effet, l'article L. 2221-1 du CGCT dispose : « l*es communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial… ».*
[512] Il s'agit d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui ressort par exemple de ses décisions : CE, 18 mars 1988, Loupias c/ cne Montreuil-Bellay : Juris-Data N° 1988-042170 ; Rec. CE, tables p.668 – 10 janv. 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau : Rec. CE, p13 ; Dr. Adm. 1992, comm. N° 76, 79, 81 ; voir Juris-Classeur Coll. Territ. Fasc. 740, rub. N° 47.
[513] Conseil d'Etat, 28 juin 1989, Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble, req. N° 77659.
[514] Cet article dispose que « les *sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales sont maintenus dans leur situation actuelle, le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs*".

d'économie mixte[515]. Les pouvoirs publics ont usé de cette faculté tant au niveau local que national.

356- A l'échelon local, la transformation de la régie municipale de gaz de la ville de Bordeaux en société d'économie mixte constitue la concrétisation de la faculté laissée aux autorités locales de changer le statut d'un service relevant de leur compétence. En 1919, les autorités locales de cette collectivité ont décidé de prendre directement en charge l'activité de distribution et de fourniture de gaz en mettant en place la régie municipale de gaz de Bordeaux (RMGB)[516]. C'est seulement en 1991 que les délibérations du conseil municipal de Bordeaux en date des 19 novembre 1990 et 10 mai 1991 ont décidé la création d'une société d'économie mixte locale se substituant à l'ancienne régie.

357- Ces délibérations ont fait l'objet de recours devant la juridiction administrative. Le Conseil d'Etat en a constaté la légalité en considérant notamment « *qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que les délibérations attaquées du conseil municipal transformant la régie municipale du Gaz de Bordeaux en société d'économie mixte locale auraient pour effet d'étendre la zone géographique desservie par cette régie par rapport à celle existant à la date d'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 1946 ou d'étendre son intervention à des activités non exercées à cette date et entrant dans le champ d'application de l'article 1er, 2° de cette loi ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que les délibérations attaquées violeraient l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 ne peut qu'être écarté »*[517].

358- Il ressort des statuts de la société d'économie mixte ainsi mise en place que son capital social est constitué à hauteur de 52% d'apports en nature de la métropole de Bordeaux[518]. Son conseil d'administration est composé de 13 membres dont 8 représentants de la ville de Bordeaux et des collectivités territoriales desservies par la société. L'activité de distribution de gaz de cette structure à capitaux mixtes s'étend sur le territoire de 46 communes de la

[515] Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Le guide des sociétés d'économie mixte locales, La Documentation française, 2007.
[516] FERNANDEZ A., « Le gaz à Bordeaux : la dynamique d'une entreprise locale, la régie municipale (1919-1991) », in L'industrie du gaz en Europe au XIXè et XXè siècle, Presses interuniversitaires européennes, Bruxelles, 2005.
[517] CE, 7 juin 1995, req. n°143647 et 143648.
[518] Les parts restantes du capital social se répartissent entre COAGC (filiale du groupe ENGIE 24%), OFI Infravia (groupes Macif et Matmut 24%). La Caisse d'épargne, la CCIB et des organismes HLM y figurent de manière marginale avec 0,07% du capital.

Gironde avec un réseau de 3300 km[519]. Le groupe Gaz et Electricité de Grenoble (GEG) a connu une trajectoire similaire en passant d'un statut de régie municipale à celui de société d'économie mixte locale (SEML). Avec un capital social détenu par des actionnaires publics et privés[520], il se positionne comme le 6ème distributeur français d'électricité et le 4ème distributeur de gaz.

359- Cette tendance ne se limite pas à l'échelle locale ; les autorités nationales ont également fait le choix d'un changement de statut des structures traditionnelles en charge des services énergétiques. En effet, les établissements publics nationaux issus de la loi de nationalisation de 1946 ont vu leur statut juridique évoluer vers celui de sociétés anonymes rendant possible l'ouverture de leur capital social aux participations privées[521]. Cette transformation résulte des dispositions de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières[522]. Aux termes de l'article 25 de ce texte : *« La transformation en sociétés d'Electricité de France et de Gaz de France n'emporte ni création de personnes morales nouvelles, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature des sociétés Electricité de France et Gaz de France, en France et hors de France, sont ceux de chacun des établissements publics au moment de la transformation de leur forme juridique ».* Ce choix n'est pas fortuit ; il résulte de la conjonction de divers facteurs.

B- Les facteurs en faveur du recours au partenariat public-privé institutionnel

360- Le recours au partenariat public-privé institutionnel dans le domaine des services énergétiques obéit à une double logique. La première est en lien avec le droit de l'Union européenne souvent présenté comme hostile aux formes traditionnelles d'opérateurs publics tels que les établissements publics ou les régies locales. Dans ce cadre, le recours à la

519 Chambre régionale des comptes d'Aquitaine, rapport d'observations définitives sur la situation financière de la SAEML Gaz de Bordeaux, 27 mars 2012, p. 2.
520 Le capital social se répartit entre la ville de Grenoble (50% + 1 action), COGAC (42,53%), EDEV (filiale du groupe EDF), la CDC et d'autres actionnaires minoritaires se partageant les 7,47% restants.
521 Voir : NICINSKI S., « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA, 2008, p. 35.
522 Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004, p. 14256.

structure d'économie mixte traduit la volonté des autorités nationales de se conformer à la réglementation européenne **(1)**. A ce facteur purement juridique s'ajoute un second, peut-être plus déterminant. Il s'agit des raisons tirées de l'opportunité économique de recourir à une société à capitaux mixtes. En effet, dans un contexte de raréfaction des fonds publics, le partenariat public-privé dans un cadre institutionnel apparaît comme une alternative bien séduisante **(2)**.

1. Une décision sous influence européenne

361- Si elle lui est antérieure, la faveur des autorités nationales pour la structure d'économie mixte s'est accentuée sous l'effet de l'hostilité, réelle ou seulement supposée, des institutions européennes pour les formes classiques d'opérateurs publics. Même si l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex article 295 CE) pose le principe de la neutralité des institutions européennes à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres, force est de constater que l'opérateur sous la forme d'établissement public ou régie n'emporte pas la préférence de la Commission européenne[523].

362- Avec l'ouverture du secteur de l'énergie à la concurrence, s'est posée la question de la compatibilité du régime juridique des établissements publics EDF et GDF avec le droit de l'Union européenne, notamment avec le droit des aides d'Etat. Dans une communication sur l'application des articles 87 et 88 CE relatifs aux aides d'État sous forme de garantie, la Commission européenne a conclu que « *constituent (...) une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité »*[524].

363- Le caractère réduit du coût du crédit pour les établissements publics est la conséquence de la bonne note qui leur est généralement attribuée par les agences indépendantes de notation. Celles-ci s'appuient surtout sur l'inapplicabilité des voies d'exécution du droit privé à ce type de structure. En effet, *« ni la loi du 13 juillet 1967 relative aux procédures de faillite et de règlement judiciaire, ni la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises n'ont visé les personnes morales autres que de droit*

[523] En ce sens : DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », RJEP, n° 668 octobre 2009.
[524] Commission européenne, communication sur l'application des articles 87 et 88 CE aux aides d'État sous forme de garantie, 11 mars 2000, remplacée par celle du 20 juin 2008.

privé »[525]. Interprétant cette exclusion dans le sens de l'existence d'une garantie illimitée, la Commission européenne a notifié aux autorités françaises sa décision d'ouvrir la procédure de l'article 108 du TFUE pour contester la mesure d'aide en faveur d'EDF[526] sous la forme de la garantie illimitée liée au statut d'établissement public. La même procédure a été ouverte par la Commission européenne à propos du statut d'établissement public du Laboratoire National d'Essai (LNE) en 2005[527] et de celui de La Poste en 2006[528].

364- Bien que les arguments avancés par l'institution européenne ne soient pas insusceptibles de critiques[529], les autorités nationales ont fait droit à sa requête en prenant l'engagement de procéder au changement de statut de l'établissement public avant le 1er janvier 2005 pour se conformer au droit de l'Union. Le même raisonnement a été appliqué au niveau local et a abouti au même résultat : celui de la transformation de régies communales d'énergie en sociétés.

365- Par ailleurs, le droit de l'Union européenne a également une influence sur le choix des autorités nationales de recourir aux entreprises à capitaux mixtes dans le domaine des services énergétiques à travers l'obligation de séparation des activités de réseau et des activités concurrentielles issue des directives européennes du troisième « paquet énergie »[530]. Tant qu'elle se limitait à une séparation comptable, cette obligation européenne n'avait pas d'incidence déterminante sur la structure et le statut des entreprises intégrées intervenant dans

[525] LOMBARD M., « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA, 2006, p.79 ; voir aussi : DELION A., « Les garanties d'Etat et leur évolution », RJEP/CJEG oct. 2004, p.417
[526] Commission européenne, Lettre du 4 avril 2003, JOUE C 164/7 du 15 juillet 2003.
[527] Ouverture d'une procédure formelle d'examen le 5 juill. 2005 à l'encontre du Laboratoire national d'essais (n° C/24/2005) JOUE du 22 oct. 2005, C 263/22 ; Décision de la Commission du 22 nov. 2006 à propos de l'aide en faveur du Laboratoire national de météorologie et d'essais (C(2006)5477), JOUE 5 avr. 2007, L. 95, p.25.
[528] Le 21 février 2006, conformément à l'article 17 du règlement (CE) no 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88 CE], la Commission a informé les autorités françaises de ses conclusions préliminaires quant à l'existence d'une garantie illimitée de l'État qui découlerait du statut de La Poste et qui constituerait une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la position de la Commission européenne en considérant que la garantie illimitée dont bénéficie La Poste constitue une aide d'Etat incompatible avec le droit de l'Union européenne (CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *Commission c. France)*.
[529] Voir : NICINSKI S., « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », préc. ; voir aussi : BARTHELEMY CH., « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP/CJEG, octobre 2004, p. 423
[530] Directive nº 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, JOUE, nº L 211, 14 août, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive nº 2003/54 ; Directive nº 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, JOUE, nº L 211, 14 août, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive nº 2003/55/CE.

le secteur de l'énergie. La tenue de comptes séparés au sein d'une même structure suffisait à assurer la transparence et la non-discrimination dans l'accès aux réseaux[531].

366- En revanche, lorsque cette obligation est interprétée comme devant impliquer une séparation juridique entre les gestionnaires de réseau et les producteurs et fournisseurs d'énergie, elle ne manque pas d'avoir une incidence sur la forme des entreprises du secteur[532]. Cet argument a été avancé et constitue une des considérations déterminantes dans le choix des pouvoirs publics de procéder au changement du statut des opérateurs publics revêtant la forme classique de régie ou d'établissement public. Concrètement, la séparation des activités de réseau et des activités concurrentielles s'est manifestée par la filialisation des anciennes entreprises intégrées.

367- Dans ce contexte, la société à capitaux mixtes s'est largement imposée comme une solution adéquate pour mettre le cadre juridique national en conformité avec le droit européen. Elle s'avère plus adaptée que la régie ou l'établissement public pour procéder à la filialisation imposée par les institutions européennes. La filialisation est en effet exclue en ce qui concerne les régies simples. Par ailleurs, si la possibilité de créer une filiale est ouverte aux établissements publics et aux régies personnalisées, le principe de spécialité en réduit substantiellement le champ d'application[533]. Comparativement, la société d'économie mixte offre plus de possibilités pour se conformer à l'obligation européenne de séparation des activités de réseau et celles de fourniture. Qui plus est, la souplesse de son régime juridique paraît plus adaptée à la vie économique.

---

[531] Voir : Conseil de la concurrence, avis n° 03-A-16 du 5 septembre 2003 relatif à la séparation comptable des activités des opérateurs de gaz naturel.

[532] En ce sens : ECKERT G. et KOVAR J-P., Entreprises publiques, Répertoire du droit européen, 2011.

[533] « *Le juge doit vérifier que les établissements publics (administratifs ou industriels et commerciaux), les exploitants publics et les groupements d'intérêt public satisfont aux exigences posées par le principe de spécialité qui leur impose de ne pas exercer des activités complémentaires ou secondaires sans rapport avec leur activité principale. Ainsi, les établissements publics ne peuvent agir, en vertu de ce principe, que dans les domaines que leur ont impartis leurs textes fondateurs, et dans les domaines immédiatement connexes dès lors que ceux-ci constituent le complément normal, d'un point de vue technique et commercial, de leur mission statutaire principale et que l'action dans ces domaines connexes est à la fois conforme à l'intérêt général et utile à l'accomplissement de la mission de base » (*MONPION *A.,* « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté de commerce et de l'industrie ? », AJDA, 2008, p. 232 ; voir aussi : *RODRIGUES* S., « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques », RFDA, 1994, p. 1146 ; LICHERE F., « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », AJDA, 1998, p. 619 ; Conseil d'Etat, avis sur la diversification des activités d'EDF et GDF, n° 355089, 7 juillet 1994.

2. Une décision dictée par la conjoncture économique

368- Au-delà des considérations juridiques tirées de l'obligation d'adapter le droit national aux exigences européennes, le recours croissant à l'entreprise à capitaux mixtes dans le domaine des services énergétiques s'explique par des facteurs liés à la conjoncture économique. Dans un contexte économique marqué par une situation financière peu satisfaisante des opérateurs publics classiques et un accroissement concomitant des besoins d'investissement, le choix de l'ouverture des capitaux à des participations privées s'est imposé comme une évidence. Par ailleurs, la souplesse du régime juridique de la société d'économie mixte paraît répondre davantage à « *la nécessité de s'adapter aux réalités des affaires* »[534].

369- Les considérations financières sont liées à deux éléments complémentaires. Le premier réside dans la réduction des ressources des opérateurs historiques intervenant dans le domaine des services énergétiques. Il trouve sa première source dans l'incapacité de l'État et des collectivités territoriales à leur apporter un financement conséquent à la hauteur des besoins d'investissement. Outre les contraintes budgétaires, ce phénomène est indissociable de l'ouverture de ce secteur à la concurrence européenne et à la modification qu'elle induit dans les relations entre les personnes publiques et leurs opérateurs[535]. La prohibition de principe des aides d'États posée par l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[536] et l'interdiction des subventions croisées ont *« incontestablement mis les opérateurs historiques, qui exerçaient un monopole, dans une situation beaucoup plus exigeante. En effet, leurs ressources étaient vouées à se réduire en raison d'inéluctables pertes de marché, tandis que leurs charges, qu'elles soient liées aux frais salariaux ou aux obligations de service public, restaient au mieux stables, et plus souvent croissantes »*[537].

---

534 NICINSKI S., « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », préc.

535 Voir : BARTHELEMY C., « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF », DA, octobre 2004, p.10.

536 Cet article dispose : « *sauf dérogation prévue au présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par l'Etat ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

537 DIEFENBACHER M., La gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, rapport fait au nom de la commission d'enquête, Assemblée nationale, n° 1004, 3 juillet 2003, p. 27.

370- Dans les faits, cela s'est traduit par une diminution des apports publics et une réduction des ressources tirées de l'exploitation des services jadis sous monopole. A titre d'illustration, pour les opérateurs électriques historiques, la perte de parts de marchés inhérente à l'ouverture à la concurrence s'est cumulée avec le ralentissement de la vitesse de croissance de la consommation de cette énergie. Entre 1998 et 2010, le taux de progression de la consommation d'électricité n'a pas dépassé 1% alors qu'il atteignait la barre des 8% entre 1973 et 1998[538]. Cette évolution a eu pour inéluctable conséquence de fragiliser la situation financière des opérateurs publics et a incité les pouvoirs publics à envisager d'autres formes de financement des services publics qui leurs sont confiés. Dans ce cadre, par l'apport de capitaux privés, le partenariat public-privé dans le cadre d'une structure d'économie mixte permettait de pallier les insuffisances financières relevées.

371- S'inscrivant dans le prolongement de la première, la seconde considération tirée de la conjoncture économique réside dans l'accroissement des besoins d'investissement pour maintenir un niveau de service satisfaisant. Le constat de la dégradation de la qualité de l'électricité par différents rapports parlementaires et par l'autorité de régulation, et qui se manifeste en particulier par l'augmentation du temps moyen de coupure, exige de la part des gestionnaires nationaux et locaux un effort supplémentaire d'investissement sur les infrastructures de production et d'acheminement d'énergie. A cela s'ajoute les investissements rendus nécessaires par les échéances de démantèlement de certaines centrales nucléaires[539]. La conjonction de ces facteurs a considérablement affecté la situation financière des opérateurs historiques. A titre d'illustration, l'endettement d'EDF est passé de 17,6 milliards à 25,8 milliards entre 2000 et 2002. Cette situation, qui n'est pas spécifique à cet opérateur national, a rendu nécessaire le recours aux capitaux privés.

372- En outre, le mouvement de restructuration du marché européen de l'énergie à travers les nombreuses opérations d'alliances et de fusions d'opérateurs a accentué le besoin pour les

[538] Idem.

[539] Les projets de démantèlement de centrales nucléaires requièrent d'EDF de constituer des provisions annuelles de l'ordre de 1,7 milliard d'euros (Rapport DIEFENBACHER, préc.). Les coûts des démantèlements envisagés ont été actualisés par la Cour des comptes sur la base des évaluations faites par EDF, AREVA et le CEA. Voir : Cour des comptes, Les coûts de la filière électronucléaire, Rapport public thématique, janvier 2012 ; Cour des comptes, Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014, Communication à la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, mai 2014.

opérateurs historiques de nouer des partenariats avec les acteurs du secteur privé[540]. En effet, « *la constitution d'une Europe de l'énergie étant à l'œuvre il était essentiel qu'EDF, premier électricien mondial, y participe* »[541]. Dans ce cadre, la mixité économique présente l'avantage d'offrir aux partenaires la possibilité de diversification du portefeuille permettant la conquête de nouvelles parts de marché[542]. Cet argument a été déterminant dans l'ouverture des capitaux de GDF. Cet opérateur historique avait « *surtout besoin d'importants apports en capitaux, afin de poursuivre sa croissance sur les marchés européens et étrangers en nouant des alliances stratégiques avec d'autres grands opérateurs* »[543].

373- Le recours au partenariat public-privé institutionnel constituait dès lors une solution adéquate au besoin de capitaux. Les résultats ont été à la hauteur des attentes. Outre la maîtrise de l'endettement de l'entreprise nationale, l'ouverture de son capital aux participations privées a permis à GDF d'étendre ses bases internationales par la conquête de nouvelles parts de marchés à l'étranger « *augmentant ainsi, malgré ses pertes en France, son portefeuille global de clients et son chiffre d'affaires* »[544].

374- Dans les deux cas, la transformation du statut de l'entreprise au profit d'un partenariat public-privé institutionnel a répondu à des préoccupations économiques et financières. Celles-ci ont également présidé à l'extension progressive du champ d'intervention des structures à capitaux mixtes dans le domaine des services énergétiques.

---

[540] « *Ces stratégies visent notamment à faire passer cet opérateur historique (EDF) d'une entreprise d'État à une entreprise compétitive sous forme de groupe mondial à la fois multi-énergéticien et multiservices* » (MARCHAND J., Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques, LGDJ, 2014, p. 68).

[541] ROUSSELY F., (Président d'EDF en 2003), audition par la commission d'enquête « sur la gestion des entreprises afin d'améliorer le système de décision », rapport préc. p. 29.

[542] Voir : PAQUIER S. et WILLIOT J-P. (sous la direction de), L'industrie du gaz en Europe au XIX[ème] et XX[ème] siècle. L'innovation entre marchés privés et collectivités publiques, Euroclio n° 20, Presses interuniversitaires européennes, Bruxelles, 2005.

[543] Sénat, avis présenté au nom *de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au* secteur de l'énergie, par M. MARINI Ph., 4 octobre 2006.

[544] L'ouverture du capital social a permis à GDF d'étendre son emprise dans plus de 30 pays et de réaliser 36,4% de son chiffre d'affaires à l'international à la fin de l'année 2005. Source : Sénat, avis présenté au nom *de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au* secteur de l'énergie, préc.

Paragraphe 2 : Le champ d'intervention de la structure d'économie mixte dans le secteur de l'énergie

375- Comme dans la plupart des secteurs économiques, l'admission de l'intervention d'opérateurs publics aux côtés des acteurs privés n'a été ni spontanée ni intégrale. Elle devait s'entendre sous certaines conditions et sous réserve d'une limitation de leur champ d'intervention. Dans le domaine des services énergétiques, la trajectoire des structures d'économie mixte a connu la même évolution : d'abord limité à des activités traditionnelles, telles que la gestion de réseaux de distribution d'énergie **(A)**, leur champ d'intervention s'est par la suite progressivement élargi pour quasiment englober tous les maillons de la chaîne énergétique **(B)**.

A- La restriction initiale du champ d'intervention de la structure d'économie mixte

376- Si le recours à la structure d'économie mixte présente des avantages certains du point de vue tant économique que de la souplesse de gestion, son utilisation a longtemps été limitée à son champ d'intervention le plus restreint. Cette situation résultait de deux facteurs distincts dont la convergence a eu pour effet de réduire les possibilités de recourir au partenariat public-privé institutionnel dans le domaine des services énergétiques.

377- Il s'agit d'une part de l'existence d'un cadre législatif sectoriel réfractaire au développement et à l'extension de l'intervention des structures à capitaux mixtes dans l'exercice des services énergétiques, en particulier à l'échelon local. Qu'il s'agisse des dispositions de la loi de nationalisation de 1946 ou des textes déterminant les contours des compétences locales en matière de politique énergétique, le cadre juridique a eu pour effet de restreindre le champ d'intervention du partenariat public-privé institutionnel dans le secteur de l'énergie **(1)**. D'autre part, le principe de la liberté de commerce et d'industrie a souvent été interprété par les juridictions administrative et constitutionnelle comme faisant obstacle à l'extension du périmètre d'action des opérateurs publics même à capitaux mixtes **(2)**.

1. Un périmètre d'action restreint par un cadre législatif réfractaire

378- Les structures d'économie mixte ne disposent pas d'un champ d'intervention illimité. Celui-ci est en lien direct avec le domaine de compétence des collectivités publiques actionnaires. Il ressort de l'article L. 1521-1 du CGCT que ces dernières ne peuvent procéder à la constitution de ce type de structure que pour réaliser des opérations relevant de leur compétence. Cet instrument est destiné à leur permettre de réaliser les opérations limitativement énumérées et qui portent sur l'aménagement, la construction ou l'exploitation d'un service public industriel et commercial ou d'une activité d'intérêt général.

379- Dans le domaine des services énergétiques, l'intervention de ce type de partenariat public-privé trouve son fondement dans la compétence reconnue aux collectivités territoriales en cette matière. Il ressort de la législation que les autorités locales sont dépositaires de certaines attributions dans la mise en œuvre de la politique énergétique. Il en va notamment ainsi de la distribution d'énergie qui constitue un service public local. C'est d'ailleurs principalement à ce titre que les sociétés d'économie mixte locales distributrices d'énergie ont échappé à la nationalisation : majoritairement détenues par les collectivités locales et exerçant une compétence locale, la pertinence de procéder à leur nationalisation n'était pas établie.

380- Cependant, la nature et l'étendue des compétences énergétiques des collectivités territoriales ont longtemps été définies de manière assez restrictive. Cela avait une incidence directe sur l'intervention des sociétés d'économie mixte créées dont l'objet social ne peut pas excéder le champ de compétence de la collectivité créatrice. « *Le juge lie expressément objet social et compétence des actionnaires, quelle que soit la nature de l'activité exercée* »[545]. Concrètement, cela se traduisait par un périmètre d'action constitué d'opérations classiques. Il s'agissait principalement de la gestion des réseaux de distribution d'électricité, de gaz et, accessoirement, de chaleur. Ce champ d'intervention est commun à toutes les sociétés d'économie mixte créées antérieurement à l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie[546].

[545] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé., LGDJ, 2011, p. 110.
[546] C'est l'activité primaire d'une grande majorité de SEM intervenant dans le secteur de l'énergie (Gaz de Bordeaux, Gaz et électricité de Grenoble etc.).

381- Concernant l'activité de production d'énergie, l'intervention des structures de partenariat public-privé institutionnel a souvent été limitée à son niveau le plus basique. Cette situation s'expliquait par le fait que les collectivités territoriales ne pouvaient prétendre à l'exercice de cette compétence que dans les cas limitativement énumérés par le CGCT en rapport avec la loi de nationalisation[547]. L'exercice de cette compétence par le biais de la société d'économie mixte ne saurait être l'occasion pour la collectivité territoriale de prendre en charge une activité ne relevant pas de sa compétence. C'est sur ce fondement que le juge administratif a pu annuler la délibération autorisant la création d'une société d'économie mixte locale en considérant que « *si les dispositions du code autorisent les collectivités territoriales et leurs groupements à participer à la création d'une société d'économie mixte en vue de réaliser des actions tendant à la maîtrise de la demande d'électricité et destinées aux consommateurs desservis en basse tension, elles n'ont pas pour effet de leur permettre de procéder à une extension de leurs activités en matière de production, de transport et de distribution d'électricité* »[548].

382- Un autre facteur de limitation du champ d'intervention des structures d'économie mixte dans le secteur de l'énergie résultait des dispositions de la loi de nationalisation de 1946. La rédaction initiale de l'article 23 de ce texte aboutissait à la cristallisation de la situation des sociétés d'économie mixte locales du point de vue tant du contenu de leurs activités que de l'étendue territoriale de leur action. Il ressort de cette disposition que les sociétés d'économie mixte devaient garder le même statut que celui prévalant à leur création. Par ailleurs, elles n'étaient pas habilitées à étendre leur zone d'intervention au-delà des limites territoriales de leurs collectivités locales actionnaires[549] ni réaliser des opérations fonctionnellement différentes de leur objet social.

383- Il a pu être soutenu que ces contraintes n'étaient pas applicables aux sociétés d'économie mixte locales puisque leur fonctionnement « *n'est régi par aucune contrainte juridique de territorialité ou de spécialité* »[550]. Toutefois, ce raisonnement semble devoir être

[547] Voir : FOURMON A., « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », Gazette du Palais, 04 juillet 2009 n° 185, P. 10.
[548] CAA de Bordeaux, 5 juillet 2005, « Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (SIEEDV) », req. n° 02BX01160. ; Pour une étude des conséquences de cette annulation contentieuse, voir : Chambre régionale des comptes Aquitaine, ROD 31 mars 2005, « Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (SIEEDV), p. 4.
[549] Conseil d'Etat, 28 mars 1990, « Commune de la Réole », req. n° 75855.
[550] BOUQUET G., « La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », AJDA, 2005, p. 924.

écarté en raison des dispositions précitées. En effet, « *cet article (23 de la loi de 1946) enferme les sociétés d'économie mixte locales dans un carcan qui n'est en aucun cas la conséquence de leur structure mais celle de leur domaine d'intervention : l'électricité et le gaz. En d'autres termes, l'article 23 empêchait les sociétés d'économie mixte locales, malgré une structure leur permettant une certaine souplesse, de diversifier leurs activités et de s'étendre sur d'autres territoires que celui qui était le leur à la veille de la nationalisation* »[551].

384- Cette double cristallisation se justifiait d'abord par la volonté de sauvegarder l'intérêt public local en limitant les possibilités d'intervention des distributeurs non nationalisés aux seules activités qui ont suscité leur création et dans le cadre des limites territoriales des collectivités actionnaires. Elle était, par ailleurs, un moyen de sanctuariser les zones de desserte respectives des entreprises locales de distribution et des opérateurs historiques créés au niveau national. Toutefois, cette législation sectorielle constituait une entrave à la viabilité économique de ce type de structure dans le domaine des services énergétiques. L'activité de commercialisation ayant été ouverte à la concurrence, il fallait permettre aux entreprises locales de distribution d'aller à la conquête de nouveaux parts de marché pour compenser celles qu'elles étaient susceptibles de perdre du fait de l'entrée de nouveaux concurrents sur ce segment[552]. Le législateur a répondu à cette préoccupation à travers la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières[553]. Il faut préciser que le juge administratif l'y avait un peu incité en rompant avec son interprétation, classiquement restrictive, du cadre juridique de l'intervention des SEM locales.

2. Une interprétation jurisprudentielle restrictive

385- A la lecture de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, il semble que la liberté de création soit la règle pour les collectivités locales. En effet, aux termes de cet article, ces entités ont la faculté de « *créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres*

[551] HERSANT E., Les collectivités territoriales et le secteur énergétique, Université d'Orléans, thèse, 2010, p. 150.
[552] Voir : PONIATOWSKI L., Rapport sur le projet de loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, Sénat, n° 836.
[553] LOI n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004, p. 14256.

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 ». Permettant à la collectivité publique d'exercer une activité économique aux côtés des acteurs privés, la société d'économie mixte se présente comme un instrument d'interventionnisme public dans la sphère économique. A ce titre, elle a pu être interprétée comme constituant une négation, ou à tout le moins, un frein à la liberté du commerce et de l'industrie reconnue aux acteurs privés[554].

386- En effet, prenant appui sur la tradition libérale française, le juge administratif considérait « *que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* »[555]. Si ce principe a été formulé à propos d'un service municipal, il est constant que le raisonnement suivi par la Haute juridiction administrative dans cette affaire demeure applicable aux autres antennes des collectivités publiques, aux sociétés d'économie mixte en particulier. Telle est d'ailleurs la position retenue par le juge administratif dans une décision en date du 10 octobre 1994[556].

387- Dans ce cadre, l'utilisation de l'instrument de partenariat public-privé institutionnel dans le domaine des services énergétiques, activité marchande, demeure subordonnée aux conditions posées par la jurisprudence administrative. Elle n'est censée être légitime que dans la mesure où un intérêt général suffisant le justifie. Celui-ci peut résulter par exemple de la carence de l'initiative privée pour prendre en charge l'activité économique et répondre aux demandes des usagers. Cette carence est dite quantitative lorsque l'offre proposée sur le marché par les acteurs privés ne suffit pas à répondre à la demande[557]. Elle peut être qualitative dans l'hypothèse où les acteurs présents sur le marché ne parviennent pas à assurer

[554] Voir : MONPION A., « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté de commerce et de l'industrie ? », préc.
[555] Conseil d'Etat, 30 mai 1930, « Syndicat des commerçants de détail de Nevers », n° 06781, rec. Lebon, p. 583.
[556] Conseil d'Etat, 10 octobre 1994, « Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle », principe confirmé par un arrêt du 23 décembre 1994, « Commune de Clairvaux d'Aveyron et autres », rec. Lebon, p. 582.
[557] Conseil d'État, 17 avril 1964, « Commune de Merville-Franceville », n° 57680, rec. Lebon, p. 231.

un niveau de service adéquat ou proposent lesdits services à des prix manifestement exorbitants[558].

388- Cette interprétation jurisprudentielle trouve son fondement dans la considération selon laquelle l'activité de production ou de distribution de biens ou de services est l'apanage des opérateurs privés. Les personnes publiques ne sont pas censées y intervenir et leur faire la concurrence. Appliquée au domaine des services énergétiques, cette ligne jurisprudentielle a pour conséquence de limiter l'intervention de la puissance publique dans cette sphère économique en tant qu'opérateur. En effet, si l'existence d'un monopole au profit des gestionnaires de réseaux d'énergie rend cette considération inopérante en ce qu'elle exclut toute forme de concurrence sur ce segment[559], il n'en va pas de même en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte intervenant sur les segments ouverts à la concurrence. Concernant ces dernières activités, la présence d'opérateurs économiques à capitaux mixtes demeure subordonnée aux conditions fixées par la jurisprudence administrative : l'activité doit être d'intérêt général et avoir vocation à pallier une carence de l'initiative privée[560].

389- S'il est aisé de considérer que la première condition est remplie dans le contexte actuel, notamment pour les activités de production d'énergie renouvelable ou de maîtrise de la consommation, la seconde condition relative à l'existence d'une carence de l'initiative privée semble moins évidente à prouver. En effet, l'ouverture du secteur de l'énergie à la concurrence a abouti à une restructuration du marché avec l'entrée de nouveaux acteurs intervenant sur les mêmes segments que les opérateurs historiques. Concernant l'activité de production par exemple, les politiques de soutien au développement des énergies renouvelables ont rendu ce segment assez attractif suscitant une augmentation des projets portés par des acteurs privés venant disputer les parts de marché jadis détenues par les opérateurs historiques[561]. Dans cette nouvelle configuration, la nécessité de l'action publique

---

[558] Conseil d'État, 20 novembre 1964, « Ville de Nanterre », n° 57435, rec. Lebon, p. 562 ; L'article L. 2251-3 du CGCT caractérise cette carence en utilisant la formule « *initiative privée défaillante ou insuffisante ».*

[559] LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « Liberté du commerce et de l'industrie, l'institution d'un monopole et l'accès aux professions », Dalloz, 5 avril 1990, p. 201.

[560] En ce sens : DOUENCE J-C., « Le droit de l'action économique locale à l'épreuve du partenariat », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, pp. 239-256.

[561] A titre illustratif, l'article de la loi du 10 février 2000 dispose ; « *Électricité de France et, dans le cadre de leur objet légal et dès lors que les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent, les distributeurs non nationalisés (...) sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national* ». Cette obligation d'achat s'effectue dans des conditions favorables aux producteurs

sur ces segments par le biais de la société d'économie mixte pourrait être valablement contestée.

390- A terme, cela aurait pu aboutir à la remise en cause de la légalité de l'intervention de certaines sociétés d'économie mixte sur les segments ouverts à la concurrence. C'est d'ailleurs pour ne pas compromettre l'intervention des personnes publiques dans la sphère économique, quelles qu'en soient les modalités, que la Haute juridiction administrative a révisé sa position classique dans le sens d'un assouplissement[562]. La décision « Ordre des avocats au barreau de Paris » du 31 mai 2006 traduit bien cette évolution : alors que dans la jurisprudence antérieure la condition de l'existence d'une carence de l'initiative privée était appréciée de manière autonome, elle « *n'est désormais plus qu'un élément subsidiaire permettant de caractériser l'intérêt public* »[563]. Par ailleurs il ressort de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État que si le caractère d'intérêt général de l'activité de la SEM peut résulter d'une carence de l'initiative privée, « *une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une SEML sur un marché* »[564]. Cette nouvelle démarche jurisprudentielle a pour conséquence d'assouplir les conditions de légalité du recours à la structure d'économie mixte. Cumulée à la tendance à assouplir le lien entre objet social et compétence, elle aboutit à l'extension du domaine d'intervention des partenariats public-privé institutionnels dans le secteur de l'énergie.

B- L'extension actuelle du domaine d'intervention de la structure d'économie mixte

391- Le cadre législatif de l'intervention des sociétés d'économie mixte dans le domaine des services énergétiques a connu d'importantes mutations depuis la loi de nationalisation du 8 avril 1946 au point de parler d'un nouveau droit français de l'électricité et du gaz[565]. Ces

---

avec des tarifs généralement supérieurs aux coûts de production. Il s'agit de la mise en place de taux de rentabilité suffisamment attractifs pour inciter les opérateurs privés à investir.

[562] Voir : FAURE B., « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Note sous Conseil d'État, 23 mai 2003, « communauté de communes Artois-Lys », RFDA, 2004, p. 299.

[563] FERRARI S., « Intervention des personnes publiques sur le marché économique », http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/03/15, voir aussi : ORSONI G., « Interventionnisme économique. Liberté du commerce et de l'industrie. Contrats de partenariat », RTD Com., 2006, p. 774.

[564] Conseil d'État, 5 juillet 2010, « Syndicat national des agences de voyages », req. n° 308564.

[565] Voir : MARTOR B., « Le nouveau droit français de l'électricité », Les petites affiches, 2000, n° 63, p. 4.

évolutions sont allées dans le sens de l'extension des possibilités d'intervention de ce type d'entreprises dans ce secteur économique. L'accroissement des compétences énergétiques des collectivités territoriales a permis une redynamisation de la formule de l'économie mixte en matière énergétique **(1)** où elles ont diversifié leurs modalités d'intervention **(2)**.

1. Une extension en lien avec l'accroissement des compétences énergétiques décentralisées

392- Si, à un moment, elle a connu un certain recul au niveau national, « *la notion de société d'économie mixte s'est imposée au niveau des collectivités territoriales* »[566]. Au gré des réformes successives, celles-ci ont largement bénéficié de l'accentuation de leurs attributions traditionnelles ou du transfert de nouvelles compétences jadis exercées à l'échelon national. Ainsi, dans le domaine de la production énergétique, la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique (POPE) du 13 juillet 2005[567] met-elle l'accent sur le développement des filières d'énergies renouvelables en mettant les collectivités décentralisées au centre du dispositif. C'est ainsi que sont élargies les possibilités de développement d'une production renouvelable décentralisée.

393- C'est le sens du premier alinéa de l'article L. 2224-32 du CGCT aux termes duquel, « *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° 46-628 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, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés mentionnés aux articles L. 2224-13 et L. 2224-14, ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur dans les conditions fixées par le dixième alinéa (6°) de l'article 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée lorsque ces nouvelles*

[566] DELION A., « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », RFDA, 2005, p. 977.
[567] Loi nº 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF nº 163 du 14 juillet 2005, p. 11570.

installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques ».

394- Dans le cadre de la loi de nationalisation, la production énergétique décentralisée était conçue comme une exception et ne pouvait être mise en œuvre que dans les conditions limitativement énumérées. A l'inverse, dans l'état actuel du droit, une large liberté est reconnue aux acteurs locaux dans l'exercice d'opérations de production énergétique lorsque celles-ci se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques. C'est dans ce cadre que les collectivités territoriales et leurs groupements sont habilités à exercer cette activité de production soit dans le cadre d'une régie, soit par le biais d'une délégation.

395- Dans cette seconde hypothèse, l'activité concernée peut effectivement être déléguée à une société d'économie mixte locale. En effet, « *S'agissant du développement des énergies renouvelables, les collectivités territoriales pourront entrer au capital des sociétés portant un tel projet, créer une société d'économie mixte locale (SEML) en ce sens ou bien encore entrer au capital des nouvelles SEM hydroélectriques, constituées sous la forme de sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP), lesquelles pourront se porter candidates à l'attribution d'une concession »*[568]. Pour les partenariats public-privé institutionnels, la volonté d'opérer la transition énergétique s'est donc traduite par l'extension des possibilités dans ce secteur d'activité.

396- Parallèlement aux opérations de production, les sociétés d'économie mixte apparaissent comme des instruments privilégiés à la disposition des collectivités territoriales dans la mise en œuvre de leurs politiques de maîtrise de la demande d'énergie[569]. L'action de ce type de structure apparaît par exemple en matière de prise en charge d'actions de rénovation énergétique des logements collectifs. Un des éléments explicatifs de cet état de fait réside dans la carence constatée de l'initiative privé sur ce type de marché. En effet, comme le

[568] BOITEAU Cl. et Le CHATELIER G., « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », AJCT, 2015, p. 328.
[569] En ce sens : TESSON F. et BOUNNEAU O., « Vers un droit public de l'économie d'énergie ?», AJDA, 2012, p. 2256.

remarque Jean-Claude GAILLOT, sur ce marché « *le secteur privé s'intéresse surtout aux contrats de performance énergétique, où il n'y a pas de risque financier »*[570].

397- Dans ce cadre, l'opérateur économique sous la forme d'une société d'économie mixte constitue un outil à la disposition de la collectivité publique actionnaire pour pallier cette insuffisance. La société d'économie mixte « Energie POSIT'IF » intervenant en région francilienne fournit un exemple de la diversification des activités et de l'extension du champ d'intervention des partenariats public-privé institutionnels dans le secteur de l'énergie. Créée à l'initiative de la région Île-de-France qui détient 52% de son capital social, elle constitue le cadre de partenariat entre ladite région, d'autres collectivités territoriales et groupements de coopération intercommunale aux côtés de partenaires financiers tels que la Caisse d'épargne et la Caisse des dépôts et consignations. Elle offre un service global allant de la réalisation des audits énergétiques à la garantie de performance après les travaux en passant par le préfinancement et le suivi de travaux par la coordination des différents intervenants. Elle traduit la capacité de renouvellement de l'économie mixte en fonction des évolutions de son secteur d'intervention.

398- Dans le sud-ouest de la France, la métropole de Bordeaux s'est dotée d'un instrument similaire à travers la création, en mai 2018, de la société d'économie mixte locale Bordeaux Métropole Energie (BME). Le capital social de cette entreprise est détenu à 75,9% par Bordeaux Métropole, 24% par ENGIE et 0.1% par 13 communes de la Gironde. En plus de la construction et l'exploitation de réseaux de chaleur, cette SEML intervient dans la rénovation énergétique des bâtiments. Elle constitue un grand groupe industriel comptant parmi ses filiales les sociétés REGAZ (pour la distribution de gaz naturel), GAZ DE BORDEAUX spécialisé dans la fourniture de gaz naturel, MIXENER pour la conception et l'exploitation de réseaux de chaleur et NEOMIX pour la production de biométhane[571]. Cette diversification des activités prises en charge par les sociétés d'économie mixte s'est accompagnée d'une diversification des modalités d'intervention.

[570] Jean-Claude Gaillot (président du directoire d'Energies Posit'IF), « Rénover thermiquement et aider au financement de votre territoire avec l'accompagnement de la SEM Energies POSIT'IF », Compte-rendu du petit-déjeuner SEM Énergies POSIT'IF, www.sipperec.fr.
[571] Voir : Bordeaux Métropole, délibération n° 2017-742, séance publique du 24 novembre 2017.

2. Une diversification des modalités d'intervention

399- La diversification des activités prises en charge dans le cadre du partenariat public-privé institutionnel en a entrainé une diversification des formes et des modalités d'intervention. Ce mouvement se décline doublement à travers la filialisation et les prises de participations d'une part et la possibilité d'un partenariat public-privé institutionnel par le biais du groupement d'intérêt public d'autre part.

400- La filialisation et la prise de participation constituent une tendance largement partagée par les opérateurs publics tant au niveau local que national. Les sociétés d'économie mixte ne font pas exception à la règle avec une place grandissante occupée par leurs filiales sur les différents secteurs d'activités. Au 1er janvier 2014, la fédération des entreprises locales dénombrait 578 sociétés constitutives de filiales ou au capital desquelles participent des sociétés d'économie mixte locale[572]. Dans le domaine des services énergétiques, cette tendance se manifeste par l'augmentation du nombre de nouveaux acteurs intervenant sur les segments ouverts à la concurrence, notamment celui de la production d'énergie d'origine renouvelable. C'est dans ce cadre que des sociétés d'économie mixte locales dont le cœur de métier tournait initialement autour de l'aménagement ou de la construction ont initié des opérations de filialisation aboutissant à la création de nouvelles entités assurant la prise en charge de services énergétiques. C'est ainsi qu'en juillet 2010, les élus de la communauté d'agglomération du pays de Lorient ont, à l'unanimité, décidé de la création de deux filiales d'une société d'économie mixte : la première spécialisée en immobilier tertiaire et la seconde dans la production d'énergie d'origine solaire[573].

401- La filialisation peut s'envisager dans deux hypothèses. Elle peut résulter d'une obligation juridique lorsque l'entité concernée constitue une entreprise intégrée au sens du droit de l'Union européenne. Dans ce cas, l'obligation de séparation juridique entre les activités de réseaux et celles ouvertes à la concurrence amène l'opérateur à transférer une partie de ses activités à une entité juridiquement distincte. C'est le cas des groupes EDF et GDF qui ont dû créer des filiales pour l'exercice des activités de transport et de distribution

[572] Plus précisément, il s'agit de 246 filiales et de 332 prises de participations (fédération des entreprises publiques locales, « Les filiales de SEM : guide d'emploi »).
[573] Le Moniteur, article publié le 21/07/2010.

d'énergie[574]. Cela concerne également les distributeurs non nationalisés dès lors qu'ils atteignent le seuil de 100 000 clients desservis. C'est notamment le cas de Gaz de Bordeaux ou Gaz et électricité de Grenoble. Cette obligation résulte de l'article L. 111-57 du code de l'énergie aux termes duquel « *la gestion d'un réseau de distribution d'électricité ou de gaz naturel desservant plus de 100 000 clients sur le territoire métropolitain continental est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz* »[575].

402- La création de filiales peut également résulter d'une démarche volontaire, généralement dans un souci de diversification d'activités. Dans les deux cas, le résultat est identique : l'opération donne naissance à une nouvelle entité au capital social soit intégralement détenu par l'entreprise « mère », soit partagé entre différents actionnaires. Cette forme d'opérations présente des avantages certains tant sur le plan technique que financier. Elle constitue un instrument efficace de promotion de la production décentralisée d'énergie d'origine renouvelable. En effet, le législateur a voulu faire de la mixité économique un levier pour la réalisation des objectifs d'équilibre du mix énergétique en facilitant aux collectivités territoriales la prise de participations au sein d'entreprises soumises à un régime de droit privé. C'est dans cette optique que le second alinéa de l'article L. 2253-1 du CGCT dispose que « *(…) 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 par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire* ».

403- Cette réforme donne naissance à une diversification des formes de partenariat public-privé dans un cadre institutionnel. En effet, ce partenariat ne se limite plus au seul cas de la société d'économie mixte classique qui suppose impérativement la détention publique majoritaire du capital. Elle peut désormais s'organiser dans le cadre de simples participations au capital de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées. La possibilité ainsi

[574] RTE pour le transport d'électricité (filiale d'EDF) ; ERDF devenu Enedis et GRDF pour l'activité de distribution.

[575] Cette disposition va plus loin que ce que prévoyait la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux industries électriques et gazière (JORF n°185 du 11 août 2004 page 14256). L'article 13 de cette loi exigeait simplement la constitution d'un service distinct en charge de la gestion du réseau de distribution au sein de l'entreprise intégrée gérant un réseau de distribution qui dessert plus de 100 000 clients et qui exerce une ou plusieurs autres activités dans le même secteur.

ouverte par les dispositions précitées de l'article L. 2253-1 du CGCT accentue la diversification des outils mis à la disposition des collectivités territoriales pour la gestion des activités d'intérêt général relevant de leur compétence, notamment dans le domaine des services énergétiques.

404- Par ailleurs, la filialisation et les prises de participations permettent aux entités à capitaux mixtes d'opérer une diversification de leurs activités par la prise en charge d'activités complémentaires à celle constituant leur cœur de métier. A ce titre, la création de filiales demeure soumise à la condition de complémentarité qui suppose que l'activité de la filiale soit fonctionnellement complémentaire à celles visées par le statut de la société « mère ». L'opération de filialisation entreprise par la communauté d'agglomération du pays de Lorient susmentionnée est assez illustrative de la notion de complémentarité telle qu'elle est actuellement interprétée. En effet, dans le projet initié par l'établissement de coopération intercommunale, la construction constitue l'objet social de la société d'économie mixte. Dans ce cadre, l'activité de la filiale consistant à produire de l'énergie solaire par l'implantation de panneaux photovoltaïques sur les toits des immeubles construits se conçoit fonctionnellement dans un lien de complémentarité avec celle de la « maison-mère »[576].

405- Si la subordination de la création de la filiale à une simple décision du conseil délibérant des collectivités actionnaires facilite le recours à ce type d'opération, elle ne doit pas aboutir à une rupture de fait du lien unissant l'entreprise aux collectivités publiques qui l'ont créée. Cet impératif de maîtrise publique s'explique par le fait que la structure à capitaux mixtes est conçue comme un instrument au service de l'intérêt public même si elle revêt une forme de droit privé, d'où l'ambivalence de son régime juridique.

Section II : La réalisation d'un compromis entre maîtrise publique de l'activité et souplesse de gestion privée par le biais de la SEM

406- A l'instar des autres entreprises du secteur public, la société d'économie mixte locale est « *un organisme doté de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services vendus contre un prix et soumis au pouvoir prépondérant d'un autorité*

[576] Voir : Conseil d'État, 18 décembre 1959, « Delansorme », rec. P. 692.

publique »[577]. Cette définition révèle la double nature de la structure d'économie mixte. Elle est d'une part perçue comme une entité matériellement publique par la nature publique de l'influence dominante à laquelle elle est soumise. Elle apparaît comme un instrument mis à la disposition des collectivités publiques pour assurer la gestion de leurs activités d'intérêt général[578]. Cette approche téléologique de la société d'économie mixte, outil orienté vers le service de l'intérêt public, lui imprime une nature fondamentalement publique. Cela explique d'ailleurs les mécanismes mis en place pour lui assurer la prise en charge de cette vocation naturelle **(Paragraphe 1)**.

407- D'autre part, la société à capitaux mixtes répond à une définition fonctionnelle transcendant le lien organique l'unissant à la collectivité publique. Il s'agit d'une entreprise prenant en charge des activités marchandes et intervenant dans une économie de marché. Les considérations d'efficacité et de rentabilité économique ne peuvent dès lors pas être étrangères à son action. Son intervention dans le cadre d'un marché ouvert à la concurrence lui impose ainsi d'adopter une structure lui assurant la souplesse nécessaire à la performance[579]. Cela implique sa soumission de principe au régime de droit commun, celui régissant les sociétés commerciales **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1 : Le caractère ontologiquement public de la structure d'économie mixte locale

408- Même si elle est soumise en principe à un régime de droit privé, la société d'économie mixte locale revêt une nature fondamentalement publique. Outre le caractère majoritaire de l'actionnariat public dans son capital social, cette nature publique apparaît à travers deux éléments fondamentaux. Le premier réside dans le caractère d'intérêt général de l'activité qu'elle prend en charge **(A)**. En effet, la formule de la société d'économie mixte est indissociable de la notion d'intérêt général. *« C'est précisément cette recherche de l'intérêt général qui confère à la société d'économie mixte son originalité et la distingue de la société privée habituelle »*[580].

[577] DELION A. G., « La notion d'entreprise publique », AJDA, 1979, p. 14.
[578] En ce sens : GLACHANT J-M., la théorie économique de l'entreprise publique. Des prix de marché à l'organisation hors-marché, Les publications de la Sorbonne, 1996, 175 p.
[579] CAILLOSSE J., "Le droit administratif contre la performance publique", préc.
[580] DREYFUS J-D., Société d'économie mixte, Répertoire du droit des sociétés, 2004.

409- En outre, la conception de la société d'économie mixte comme instrument dédié au service de l'intérêt général justifie la prééminence qui est accordée aux collectivités publiques en son sein. Les actionnaires publics bénéficient de mécanismes leur permettant de faire prévaloir les considérations d'intérêt général sur d'autres logiques qui pourraient leur être contradictoires **(B)**.

A- Une structure dédiée à une activité d'intérêt public.

410- La rédaction de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales laisse transparaître l'idée selon laquelle les collectivités publiques ne peuvent faire recours à la structure d'économie mixte que pour la prise en charge d'activités d'intérêt général. Le but d'intérêt général transcende le seul cadre de l'économie et constitue une condition de légalité et un facteur de légitimité de l'interventionnisme public dans la sphère économique **(1)**. Dès lors, la formule du partenariat public-privé institutionnel ne peut s'envisager que dans le cadre de telles missions. Le caractère transcendant du but poursuivi par la structure d'économie mixte implique que celle-ci dispose parfois de prérogatives de puissance publique. Il justifie également la soumission de l'entité d'économie mixte locale à certaines sujétions particulières dans ses rapports avec les tiers. Celles-ci découlent directement de son assimilation à un organisme adjudicateur **(2)**.

1. Le but d'intérêt public, élément de légitimation de l'interventionnisme économique public

411- La notion d'intérêt général peut être définie comme étant un « *concept juridique utilisé pour désigner de manière générique l'objectif vers lequel doit nécessairement tendre toute l'activité de l'administration* »[581]. Cette définition fait apparaître la place centrale qu'occupe cette notion en tant que but et aiguilleur de l'action publique. Plus qu'un simple élément de la rhétorique politique, la notion d'intérêt général sert de fondement à l'intervention des personnes publiques dans la sphère économique, quelle que soit la forme qu'elle revêt[582]. La référence à l'intérêt général constitue un facteur de légitimation de l'action publique en matière économique et les juridictions y ont systématiquement recours, implicitement ou de

[581] GOFFAUX P., *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, 2006, p. 141.
[582] Voir : De BRANDT P. et VANDERHELST M., *L'intervention publique dans la sphère économique. Fondements, principes et limites*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2013.

manière expresse, quand il s'agit d'apprécier la légalité d'une telle intervention. « *L'intérêt général est ainsi le cadre référentiel de l'action publique et toute décision des autorités publiques se fonde par principe sur l'intérêt général. Tout comme l'éthique publique, l'intérêt général pourrait même être qualifié d'idéal régulateur* »[583].

412- A la notion d'intérêt général est parfois préférée celle d'intérêt public lorsqu'il est question de l'intervention économique publique par le biais de la société d'économie mixte. Cependant, la frontière entre les deux notions s'avère très ténue et il est difficile d'opérer leur distinction. D'ailleurs, il ressort de la jurisprudence administrative que *« un intérêt public suffisant permet de regarder ces activités comme des activités d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales* »[584]. Il apparaît dès lors que si les deux formulations sont maintenues dans la littérature juridique, « *d'un point de vue pratique cependant, la différence entre les deux reste difficile à saisir et il semble que le juge administratif soit de plus en plus enclin à les confondre* »[585].

413- Ainsi, la satisfaction de l'intérêt public constitue la finalité exclusive de l'action des sociétés d'économie mixte dans le domaine des services énergétiques. On pourrait être tenté d'assimiler la notion d'intérêt général à celle de service public tant la première constitue un critère constant d'identification du second. Par ailleurs, dans la vérification de l'existence d'une activité d'intérêt général, le juge administratif interprète l'objet social de la structure d'économie mixte en fonction de circonstances de droit et de fait ; ce qui rappelle sa méthode d'identification du service public[586]. C'est notamment en considération de ses éléments que le professeur Didier TRUCHET a pu retenir que « *l'activité d'intérêt général visé par la loi de 1983 doit être une activité de service public* »[587].

414- Cependant, une telle approche nous paraît réductrice du champ de l'intérêt public qui, à l'évidence, dépasse le seul cadre couvert par les activités ayant reçu le label de service

583 PIRAUX A., « L'éthique administrative à l'épreuve de ses usages », in : La régularisation éthique dans les administrations publiques, volume I, Pyramides, 2008.
584 Conseil d'État, 5 juillet 2010, « Syndicat national des agences de voyage (SNAV) », req. 308564, AJDA, 2011, pp. 18 et s., note NICINSKI S.
585 BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 123.
586 En ce sens : BOUDET J-F, « Les limites de l'approche juridique dans la définition de la SEM », in : GUERARD S. (dir.), Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire Droit public et droit privé, L'Harmattan, 2007, pp. 81-94.
587 TRUCHET D., note sous : CE, 10 octobre 1994, « Préfet de la Lorraine, Préfet de la Moselle », CJEG, 1995, p. 202.

public[588]. En effet, le caractère d'intérêt général de l'activité des sociétés d'économie mixte dans le secteur de l'énergie ne se limite pas aux seules activités qualifiées de service public par la loi ou par la jurisprudence. Il concerne également celles ne répondant pas entièrement aux critères jurisprudentiels d'identification du service public[589] et qui concourent à la satisfaction de besoins de la société considérés comme suffisamment importants pour recevoir la qualification d'intérêt public.

415- Concrètement, si la société d'économie mixte est indéniablement investie d'une mission de service public lorsqu'elle assure la fonction de distribution d'énergie, cette qualification n'est pas nécessairement retenue en ce qui concerne ses actions de rénovation énergétique tendant à réaliser des économies d'énergie[590]. De la même manière, leurs activités de production d'électricité ne répondent aux critères du service public que sous certaines conditions[591]. Cependant, même lorsqu'elles ne sont pas chargées d'une mission de service public, les structures d'économie mixte locale concourent à la réalisation d'un but d'intérêt public.

416- Si elle apparaît dans le cadre de la société d'économie mixte locale, cette finalité du partenariat public-privé institutionnel est davantage visible dans le cadre du groupement d'intérêt public. Ce cadre de partenariat pouvant regrouper des acteurs publics et privés est destiné à l'exercice d'activités « *d'intérêt général à but non lucratif en mettant en commun les moyens nécessaires* »[592]. Dans ce cadre, le but d'intérêt public de l'activité exercée est d'autant plus visible que les partenaires n'ont pas vocation à se partager des dividendes

---

588 BRONDEL S., « La distinction entre mission d'intérêt général et délégation de service public affinée », note sous CE, 5 octobre 2007, « Société UGC-Cinécité », Dalloz Actualité, 16 octobre, 2007.

589 Ces critères ont été posés par le juge administratif dans l'arrêt « Narcy » de 1963 puis précisés par la décision « APREI » de 2007. De manière synthétique, on peut considérer que le service public est une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique et soumise à un régime spécifique. Voir : CHAPUS R., Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 2001 ; De CORAIL J-L., « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », AJDA, 1997, pp. 20 et s. ; JEANICOT L., « L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA, 2008, p. 67.

590 Voir TESSON F. et BOUNNEAU O., « Vers un droit public de l'économie d'énergie », préc.

591 « *L'activité de production d'électricité n'est pas en soi un service public. Elle devient un service public dans le régime juridique d'EDF qui doit produire pour répondre aux besoins des usagers de son réseau de distribution* » (T. confl. 16 janvier 1995, *Préfet de la Région Ile-de-France et CNR c/ EDF*, Lebon p. 489 ; CJEG juillet-août 1995, concl. P. Martin et note D. Delpirou). Cette condition s'applique également aux DNN dont les sociétés d'économie mixte locales ; voir : SABLIERE P., « Les ouvrages production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu''ils le soient ? », préc.

592 Article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011 page 8537.

résultant de l'exploitation du service. La notion d'intérêt général est au centre des préoccupations de cette forme de partenariat entre acteurs publics et privés[593]. Les collectivités publiques peuvent y recourir pour s'associer à des acteurs privés pour l'exercice de missions d'intérêt général comme l'économie d'énergie et la lutte contre l'effet de serre[594].

417- Quel que soit son domaine d'intervention, la poursuite du but d'intérêt général par une structure d'économie mixte engendre sa soumission à des obligations particulières auxquelles sont normalement soustraites les sociétés anonymes de droit commun. Il s'agit principalement d'obligations de mise en concurrence qui s'imposent aux sociétés d'économie mixte locales en leur qualité d'organismes adjudicateurs.

2. La soumission de la société d'économie mixte à des obligations procédurales particulières

418- En plus du caractère d'intérêt général de son activité, la nature fondamentalement publique de la structure d'économie mixte apparaît à travers son assujettissement à des obligations particulières dans ses relations avec les tiers. Contrairement aux sociétés de droit commun qui bénéficient d'une entière liberté dans la conclusion de leurs contrats, les sociétés d'économie mixte locales sont soumises aux contraintes issues du droit de la commande publique lorsqu'elles passent des marchés. Cette application, même tempérée, des règles de la commande publique aux procédures de passation des contrats des sociétés d'économie mixte résulte directement de leur qualité d'entités adjudicatrices.

419- Il convient de rappeler que l'application des principes du droit de la commande publique n'est pas uniforme : elle n'implique pas les mêmes contraintes procédurales selon que la personne morale contractante est qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. En effet, les pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux dispositions de la directive

[593] En ce sens : TINIERE R., « Éléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public », AJDA, 2007, p. 840.
[594] Cette forme de partenariat a été mise en place par la ville de Lambersart qui s'est associée avec une société privée d'habitat pour créer le GIP dénommé « LAMBERSART ENERGIE 2020 » dont la mission principale est l'installation et l'exploitation de réseaux de chaleur sur le territoire de la commune (voir Art. 3 de la convention constitutive signée le 23 juin 2012).

n° 2014/24/UE sur la passation des marchés publics[595] alors que les marchés des entités adjudicatrices sont régis par la directive dite « *secteurs spécifiques* »[596], considérée comme moins contraignante. A titre d'illustration, « *la faculté, pour les personnes soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6juin 2005*[597]*, de recourir à la procédure négociée après mise en concurrence préalable est, par exemple, générale dans le cas des entités adjudicatrices alors qu'elle est restreinte dans le cas des pouvoirs adjudicateurs* »[598].

420- Si la distinction est simple du point de vue des conséquences qu'elle emporte, il n'en va pas de même en ce qui concerne ses critères. Il convient dès lors d'apprécier la qualité des sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le secteur de l'énergie et de les qualifier de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices. La reconnaissance de la qualité de pouvoir adjudicateur à ce type de structure est subordonnée à sa qualité d'« *organisme de droit public* » au sens de l'article 2 de la directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Le législateur européen définit l'organisme de droit public en se fondant sur deux critères : l'étroitesse des relations entretenues avec les collectivités publiques et la nature de l'activité de l'organisme à qualifier[599]. Si la première condition relative au lien avec la personne publique est remplie en ce qui concerne la société d'économie mixte locale, la nature de son activité semble devoir faire obstacle à ce qu'elle soit qualifiée d'organisme de droit public, donc de pouvoir adjudicateur. En effet, dans le secteur de l'énergie l'activité principale des sociétés d'économie mixte revêt un caractère

595 Directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE, L. 94/65 du 28 mars 2014.
596 Directive n° 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE, L. 94/243 du 28 mars 2014.
597 Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF n°131 du 7 juin 2005 page 10014. Cette ordonnance a été abrogée par celle du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602).
598 BRACONNIER S., « Éclairage utile sur la distinction entre « pouvoirs adjudicateurs » et « entités adjudicatrices » »., RDI, 2010, p. 150.
599 La directive n° 2004/18/CE définissait l'organisme de droit public comme étant celui « créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ». La directive « marchés publics » du 26 février 2014 a repris les mêmes critères d'identification de l'organisme de droit public. La juridiction de l'Union européenne a précisé ces critères à travers une série de décisions. On peut notamment citer : CJCE 27 février 2003, « *Adolf Truley* », aff. C-373/00 Rec. I-1931, AJDA 2003, p. 1228 ; CJCE 15 mai 2003, « *Commission c/ Espagne* », aff. C-214/00 ; CJCE 20 septembre 1988, « *Beentjes* », aff. 31/87, Rec. I-4635.

industriel et commercial, élément exclu de la définition actuelle de l'organisme de droit public au sens européen[600].

421- En revanche, les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine des services énergétiques correspondent à la définition de l'entité adjudicatrice posée par l'article 4 de la directive « *secteurs exclus* »[601]. Aux termes de cette disposition, les entités adjudicatrices « *sont des entités qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 8 à 14* ». Le critère organique est rempli lorsque l'entreprise exerce son activité sous l'influence dominante d'un pouvoir adjudicateur du fait de la propriété, de la participation financière majoritaire ou des règles d'organisation. Il renvoie à la situation de la société d'économie mixte locale, entreprise dont le capital social est majoritairement détenu par des personnes publiques qui occupent la majorité des sièges dans les organes de direction de l'entreprise sur laquelle elles exercent un contrôle effectif[602].

422- Ce premier critère organique se cumule avec un second, à caractère matériel, relatif à la nature de l'activité exercée par l'entreprise publique. Concernant le secteur de l'énergie, cette activité doit consister en la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes et à leur alimentation en gaz, en chaleur ou en électricité[603]. Dans ce cadre, les sociétés d'économie mixte assurant l'exploitation de réseaux d'énergie et de chaleur répondent aux deux critères d'identification de l'entité adjudicatrice[604].

423- En droit interne, les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine de l'énergie remplissent les critères d'identification de l'entité adjudicatrice fixés par au 2°) l'article L. 1212-1 du code de la commande publique. Aux termes de cette disposition, « l*es entités adjudicatrices sont : (…) 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux*

600 En ce sens : KARPENSCHIF M., « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des communautés européennes », AJDA, 2004, p. 526.
601 Directive n° 2014/25 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, préc.
602 Code général des collectivités territoriales, articles L. 1522-1 et suivants.
603 Articles 8 et 9 de la directive n° 2014/25/UE, préc.
604 En ce sens : BOITEAU Cl., « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », RFDA 2005, p. 946.

articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ; (...) ». En tout état de cause, elles sont « *par nature des entités adjudicatrices, sans qu'il soit besoin de procéder à l'analyse détaillée de la nature de leurs activités, ou de l'enjeu de leur création pour leurs actionnaires majoritaires* »[605].

424- L'assimilation des sociétés d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques à des entités adjudicatrices emporte comme conséquence leur assujettissement à des obligations procédurales lorsqu'elles passent des marchés pour la satisfaction de leurs propres besoins. Sous réserve de certaines exceptions[606], la mise en concurrence préalable constitue une condition de validité de leurs contrats. Ces obligations sont toutefois allégées pour les adapter à la spécificité du secteur de l'énergie. En effet, le paragraphe 2 de l'exposé des motifs de la directive 2014/25/UE prévoit que « *compte tenu de la nature des secteurs concernés, la coordination des procédures de passation des marchés au niveau de l'Union devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité* ». Ainsi, pour la conclusion de leurs contrats, les sociétés d'économie mixtes locales doivent procéder à un appel à la concurrence prenant la forme d'un avis périodique indicatif, d'un avis sur l'existence d'un système de qualification ou d'un avis de marché[607].

425- Ainsi, les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine des services énergétiques revêtent-elles quelques caractéristiques d'une structure publique : elles poursuivent un intérêt public et sont assujetties à des obligations procédurales comparables à celles des personnes publiques pour la passation de leurs marchés. Qui plus est, leur organisation accorde la prééminence aux autorités publiques au sein de leurs organes de direction ou de surveillance.

B- La maîtrise publique du fonctionnement de la structure d'économie mixte

426- Instrument dédié au service de l'intérêt général, la structure d'économie mixte locale doit mener des actions compatibles avec cette notion. A cette fin, les collectivités publiques

[605] BRAMERET S., Les relations de collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte. Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 333.
[606] Ces exceptions permettent aux entités adjudicatrices de recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les conditions prévues par l'article 50 de la directive.
[607] Art. 44 de la directive n° 2014/25/UE, préc.

actionnaires, garantes de la satisfaction des besoins d'intérêt général, bénéficient de prérogatives leur permettant d'orienter l'action de l'entité économique à capitaux mixtes. Elles bénéficient d'une prééminence dans les organes de direction des sociétés d'économie mixte locales **(1)** et disposent de pouvoirs de contrôle sur ses actes **(2)**.

1. La prépondérance des personnes publiques dans la direction de la société d'économie mixte locale

427- Entreprises au capital social majoritairement détenu par les collectivités actionnaires, les sociétés d'économie mixte locales sont souvent présentées comme de simples satellites ou des démembrements des personnes publiques. Leur action doit épouser les contours du champ de compétence des collectivités publiques qui en ont suscité la création et concourir effectivement à la satisfaction des besoins d'intérêt général. Dès lors, il ne faudrait pas que ces structures à capitaux mixtes soient affectées du « syndrome de Becket » en se soustrayant à l'influence publique[608]. Pour éviter la survenance d'un tel phénomène de distanciation, l'organisation des relations entre partenaires au sein de la structure d'économie mixte locale accorde une prééminence aux personnes publiques.

428- Ainsi, du point de vue de l'organisation interne de l'entreprise, les sociétés d'économie mixte locales se distinguent-elles des sociétés commerciales de droit commun en dérogeant à certains points de la législation commerciale. Il en va notamment ainsi de la représentation des actionnaires au sein des organes de direction de l'entreprise : si la représentation de tous les actionnaires dans l'organe délibérant n'est pas obligatoire pour les sociétés commerciales, le CGCT exige la représentation de l'ensemble des collectivités publiques actionnaires au sein de cet organe. En effet, il ressort de l'alinéa premier de l'article L. 1524-5 de ce code que « *toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée* ».

[608] « *N'y aura–t–il personne pour me débarrasser de ce prêtre turbulent ?* » Henry II, 1170.
« Dans l'Angleterre du XIIe siècle, Thomas Becket, familier du roi Henry II Plantagenêt, fut nommé archevêque de Cantorbéry à la tête de l'Église du royaume par le souverain qui escomptait que Becket se montrerait empressé à justifier son élévation par une obéissance sans faille. Malheureusement, l'ancien courtisan se métamorphosa et, loin de soumettre l'Église, devint son défenseur opiniâtre contre les prétentions du roi… au point de finir assassiné. C'est ce qu'il est convenu d'appeler le « syndrome de Becket » », DOSIERE R. et VANNESTE Ch., « Les autorités administratives indépendantes », Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation des politiques publiques, tome I, Assemblée nationale, 2010, p. 50.

429- Cette représentation obligatoire de la collectivité publique actionnaire s'explique aisément : il ne serait pas logique que la personne publique garante de la satisfaction de l'intérêt général soit absente de la direction de la structure spécifiquement créée à cette fin. « *De manière générale, il revient aux collectivités actionnaires et majoritaires de veiller, par l'intermédiaire de leurs représentants au sein du conseil d'administration ou de surveillance, à ce que les activités de la SEML soient conformes aux objectifs qui lui ont été assignés afin de garder, selon le vœu du législateur, la maîtrise de leur outil* »[609]. La même exigence est appliquée aux entreprises à capitaux mixtes dans lesquelles l'État détient une participation financière conformément aux dispositions des articles 5 et 6 de la loi du 26 juillet 1983[610].

430- Par ailleurs, cette représentation systématique des personnes publiques actionnaires se double d'une obligation de détention publique majoritaire des sièges au sein de l'organe de direction en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte locales. Elle apparaît comme une conséquence de la propriété publique majoritaire du capital social. Dès lors que le droit commun des sociétés implique une représentation proportionnelle à la participation financière des actionnaires, la structure de l'organe délibérant de la société doit refléter la répartition du capital social entre les différents actionnaires. Même dans les sociétés où elles ne détiennent pas la majorité du capital au niveau national, cette volonté d'assurer une maîtrise publique de l'action de la structure amène les collectivités publiques actionnaires à maintenir leur participation à un niveau leur permettant de disposer *a minima* d'une minorité de blocage. Celle-ci leur permet de faire obstacle à l'adoption de certaines décisions délibérées au sein de l'organe dirigeant de la société. Si elle ne leur permet pas d'influencer positivement la politique de la structure à capitaux mixtes, cette prérogative assure au moins aux personnes publiques actionnaires le pouvoir de bloquer les décisions qu'elles jugent préjudiciables à l'intérêt général.

431- La même préoccupation peut se traduire par le recours à la technique du « Golden share » ou action spécifique[611]. Ce procédé consiste à accorder à la collectivité publique actionnaire un droit de véto sur les opérations portant sur le capital social ou directement sur

[609] Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Guide des sociétés d'économie mixte locales, préc., p. 107.
[610] Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, modifiée, relative à la démocratisation du secteur public, JORF, 27 juillet 1983, p. 2326.
[611] Voir : COLSON J-Ph. et IDOUX P., Droit public économique, Paris, LGDJ, 7ème édition, 2014, point 1507.

l'activité telles que les cessions, les transferts d'exploitation ou les affectations d'actifs à titre de sûreté ou de garantie[612]. Cette technique a été utilisée dans le cadre de la privatisation du groupe GDF devenu ENGIE. En effet, « *afin de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie relatifs à la continuité et à la sécurité d'approvisionnement en énergie* », l'article premier du décret du 20 décembre 2007 a transformé une action ordinaire de l'État au capital de l'entreprise en une action spécifique[613].

432- Elle confère au ministre de l'économie la faculté de s'opposer à toute décision de la société ou de ses filiales ayant pour objet de céder, de transférer l'exploitation, d'affecter ou de changer l'affectation des actifs. Ce procédé institué en faveur de l'actionnaire public, contrairement à la logique du droit des sociétés, accentue le lien unissant l'entreprise avec la collectivité publique dont elle est censée traduire la politique. Selon le juge financier, « *le peu d'autonomie des organes dirigeants* »[614] de la société par rapport aux collectivités actionnaires s'explique par la prédominance de celles-ci sur le capital social. Loin de constituer un véritable handicap pour le déroulement optimal de la vie sociale de l'entreprise, ce lien est un facteur favorisant « *l'adéquation des réponses de la société d'économie mixte aux besoins de ses partenaires* »[615].

433- La concentration des pouvoirs de direction aux mains des collectivités publiques actionnaires leur permet d'agir de manière effective sur la détermination de la politique de l'entreprise et d'orienter son action dans un sens favorable au service de l'intérêt général. C'est ainsi que toutes les opérations de filialisation ou de prise de participations de la société dans d'autres sociétés commerciales sont subordonnées à l'approbation expresse des collectivités territoriales actionnaires conformément aux dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT. L'exigence d'un accord préalable des collectivités territoriales actionnaires concerne également les projets de modification statutaire ou d'opération touchant le capital social. La même autorisation est requise de l'État lorsqu'il a la qualité d'actionnaire au sein d'une

612 Voir : De BEAUFOR V. (sous la direction de), Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; HOUET J., Les golden shares en droit de l'Union européenne, Larcier, 1ère édition, 2015, 450 p. ; BLAZY S., « Le caractère exorbitant de l'action spécifique de l'Etat au regard du principe de libre circulation des capitaux », Droit administratif, n° 11, novembre 2006, comm. 117.

613 Décret n° 2007-1790 du 20 décembre 2007 instituant une action spécifique de l'Etat au capital de Gaz de France SA, JORF n°0296 du 21 décembre 2007, p. 20659.

614 CRC Île-de-France, rapport d'observation définitive, 30 novembre 2005, Société immobilière d'économie mixte de la région parisienne secteur sud-est (SEMISE), I.

615 CRC Nord-Pas-de-Calais, Rapport d'observation définitive, 29 mars 2010, *Société d'économie mixte Adévia*, p. 2.

entreprise créée sous la forme sociétaire[616]. Cette maîtrise publique de l'action de la société à capitaux mixtes se prolonge par l'exercice de contrôles publics sur la structure.

2. Une structure soumise au contrôle des collectivités publiques

434- Tant par la structure de son actionnariat que par la spécificité du but qu'elle poursuit, « *la société (*d'économie mixte locale) *est déjà juridiquement entre les mains de la collectivité* »[617]. Cette appartenance à la collectivité publique, dont elle constitue un démembrement, justifie la soumission de l'entreprise à des mécanismes particuliers de contrôle exercés par les collectivités publiques en leur qualité d'actionnaires et les institutions spécialisées[618]. Ces formes de contrôle peuvent s'exercer *a priori* par le biais de procédures d'approbation par les personnes publiques préalablement à la réalisation de certaines opérations de la société. Elles peuvent également être effectuées *a posteriori* à travers les rapports annuels dont la production est obligatoire.

435- L'implication de la collectivité publique au sein d'une structure de partenariat public-privé institutionnel rend nécessaire la mise en œuvre de contrôles destinés à s'assurer de la conformité de l'action de la société d'économie mixte avec les objectifs qui lui sont assignés. C'est ainsi que la qualité d'actionnaire confère à la collectivité publique le pouvoir d'exercer un contrôle interne de l'entreprise à capitaux mixtes. Cette surveillance s'exerce principalement par le biais de ses représentants au sein de l'organe délibérant de la société. C'est dans cette logique qu'à la période de la reconstruction consécutive à la seconde guerre mondiale, l'État a généralisé sa pratique de la désignation d'un commissaire du gouvernement au sein de chaque entreprise où elle détient des participations. La même pratique a été étendue au niveau local par un décret du 20 mai 1955 qui a imposé qu'un « commissaire du gouvernement siège auprès du conseil d'administration des sociétés dont les collectivités possèdent plus de 50% du capital »[619].

[616] Voir : CARTIER-BRESSON A, L'Etat actionnaire, Paris, LGDJ, n° 78 ; DELION A., Le droit des entreprises et participations publiques, Paris, LGDJ, 2003.
[617] PRIEUR M., Les entreprises publiques locales, Paris, Berger-Levrault, 1969, p. 228.
[618] Voir : MILER G. et LEYAT A., « Les chambres régionales des comptes et le contrôle des sociétés d'économie mixte locales », AJDA, 2006, p1701.
[619] Article 6 du décret n° 55-579 du 20 mai 1955 relatifs aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique, JORF, 21 mai 1955, p. 5073.

436- La loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales[620] a supprimé cette obligation, mais elle l'a remplacée par l'exigence de représentation de la totalité des collectivités publiques actionnaires. Désormais posée par le premier alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT, cette représentation obligatoire des collectivités territoriales actionnaires trouve sa justification dans la nécessité de leur assurer une information complète et permanente sur le fonctionnement et les activités de l'entreprise. Ladite information est véhiculée en particulier par la production de rapports transmis aux organes délibérants des collectivités publiques actionnaires par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société d'économie mixte locale[621].

437- Produits au moins une fois par an, les rapports portent notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte. De manière plus générale, il peut porter sur la totalité de l'activité de la société dont il présente le compte rendu annuel. L'important rôle joué par ce rapport annuel pour l'information des collectivités actionnaires implique que celles-ci ne peuvent pas se borner à en prendre connaissance ; elles doivent se prononcer sur son contenu[622]. Par ailleurs, il est à noter que l'obligation de production annuelle du rapport n'est pas exclusive de toute information que les représentants jugeraient utile de transmettre à l'organe délibérant de la collectivité actionnaire. Toutefois, il faut remarquer que le législateur n'a pas mis en place de sanction relative à l'absence de production dudit rapport ; ce qui se traduit généralement par la violation de cette obligation. En effet, même si l'emploi de l'indicatif par les rédacteurs du CGCT suggère une obligation juridique à la charge des représentants au sein des conseils dirigeants de la société d'économie mixte locale, « cette obligation n'est parfois pas respectée et la collectivité locale ne se trouve pas toujours dans la situation de suivre avec précision la gestion de la société d'économie mixte »[623]. A ce propos, la Cour des comptes relève que « l'information de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire, tant à l'égard du fonctionnement général de la société d'économie mixte que des opérations qui lui sont confiées, est souvent lacunaire »[624].

---

620 Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, JORF du 8 juillet 1983 page 2097.
621 Article L. 1524-5 alinéa 14 du CGCT.
622 Chambre régionale des comptes d'Île-de-France, rapport d'observation définitive, 4 mai 2009, Commune de Nanterre, n° 3-1.
623 DARNE J., Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, Assemblée nationale, n° 3137, 19 juin 2001.
624 Cour des comptes, Les évolutions du pilotage et du contrôle de la gestion des collectivités locales, Rapport public annuel 2009, Paris, Éditions du journal officiel, 2009, p. 290.

438- En outre, dans la mesure où les sociétés d'économie mixte locales peuvent exercer des prérogatives de puissance publique pour le compte des collectivités publiques, il est nécessaire que ces dernières puissent bénéficier d'un droit de regard sur leur exercice. C'est dans cette optique que l'article L. 1524-3 du CGCT met à la charge de ces structures l'obligation d'adresser annuellement à l'assemblée délibérante des collectivités concernées un rapport spécial sur leurs conditions d'exercice. De la même manière, les actes pris par la société dans l'exercice de telles prérogatives pour le compte des collectivités territoriales sont soumis au contrôle du représentant de l'État[625]. Même si elle ne remplit plus la fonction de commissaire du gouvernement dans la société, l'autorité déconcentrée continue de prendre une part active dans le contrôle des structures d'économie mixte locales. Doivent lui être transmises les délibérations du conseil d'administration et les décisions des assemblées générales de l'entreprise ainsi que les pièces comptables.

439- Le contrôle du représentant de l'État peut l'amener à saisir les juridictions financières lorsqu'il « *estime qu'une délibération du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des assemblées générales d'une société d'économie mixte locale est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque encouru par la ou les collectivités territoriales ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société* »[626]. La nature et l'ampleur du contrôle qu'il exerce sur le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales traduisent la méfiance traditionnelle des autorités étatiques à l'égard de l'interventionnisme économique des collectivités territoriales, surtout lorsqu'il se réalise par le biais de la prise de participations financières dans des entreprises revêtant la forme sociétaire. En tout état de cause, elles accentuent le contrôle public exercé sur ce type de structure relativisant ainsi la forme privée de la société d'économie mixte.

[625] Article 82 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.
[626] CGCT, art. L. 1524-2.

Paragraphe 2 : L'organisation formellement privée de la structure d'économie mixte

440- La structure d'économie mixte locale apparaît à bien des égards comme un démembrement des collectivités publiques actionnaires. Sa création suppose l'existence d'un intérêt public suffisant et toute son action est censée être tournée vers la satisfaction de l'intérêt général. Les collectivités publiques qui en sont membres occupent, par ailleurs, une place centrale dans son organisation et son fonctionnement, tant par l'actionnariat que par les prérogatives qui leur sont reconnues.

441- Toutefois, si ces éléments peuvent amener à opérer une confusion entre ce type d'organisme et les collectivités publiques actionnaires, l'assimilation ne saurait être totale. En effet, l'observation de leurs modalités d'organisation permet de relever certains éléments de dissociation (**A**). Qui plus est, les sociétés d'économie mixte locales demeurent en principe soumises à un régime juridique qui, s'il est spécifique, demeure néanmoins dominé par le droit commun des sociétés (**B**).

A- Une structure juridiquement distincte des collectivités publiques actionnaires

442- La société d'économie mixte est juridiquement distincte des collectivités publiques actionnaires, et ce, quelle que soit l'étroitesse des liens qui les unissent. Il s'agit d'une structure dotée d'une personnalité juridique propre lui permettant d'avoir une existence autonome (**1**). Celle-ci fait obstacle à ce que les collectivités publiques actionnaires entretiennent avec la société des relations analogues à celles qui les lient avec leurs propres services. L'organisation des rapports entre les personnes publiques actionnaires et les structures d'économie mixte se fait donc dans un cadre contractuel, preuve de la dissociation organique (**2**).

1. L'autonomie juridique de la structure d'économie mixte

443- L'autonomie dont bénéficient les sociétés d'économie mixte locales à l'égard des collectivités publiques actionnaires apparaît à un double point de vue : sur le plan organique,

elles sont dotées de la personnalité morale avec toutes les conséquences organiques et financières qui découlent de cette qualité. D'un point de vue matériel, leurs activités peuvent, sous certaines conditions, dépasser le strict périmètre territorial de leurs actionnaires publics.

444- A l'instar des sociétés de droit commun, la société d'économie mixte locale dispose d'une personnalité juridique distincte de celle des collectivités publiques qui en ont suscité la création. Elle constitue un « *groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* »[627]. A ce titre, lui sont attachées toutes les conséquences juridiques découlant de la jouissance de la personnalité morale. Aussi, a-t-elle une identité juridique propre distincte de celle de ses actionnaires. Cela apparaît à travers l'existence d'une appellation sociale déterminée par les statuts et qui fait l'objet d'une inscription au registre du commerce et des sociétés et d'un recensement à l'Institut National de Propriété Industrielle (INPI)[628].

445- Cette individualisation est la matérialisation de l'existence effective de la société d'économie mixte qui devient une entité à part entière titulaire de droits et d'obligations. Elle bénéficie de la capacité juridique lui permettant d'une part d'être titulaire d'un patrimoine et de formuler sa volonté au travers d'actes juridiques, notamment contractuels. D'autre part, elle a la capacité d'exercice lui conférant la faculté d'agir en justice par le biais de ses propres représentants.

446- En contrepartie de sa capacité juridique, la société d'économie mixte peut voir sa responsabilité engagée devant les juridictions compétentes en cas de dommage causé par une action fautive qui lui est imputable. Il s'agit là d'une manifestation éloquente de la dissociation juridique entre la collectivité publique et la structure d'économie mixte : c'est la responsabilité de cette dernière qui est engagée et non celle des personnes publiques actionnaires.

---

[627] Cour de cassation, chambre civile 2, 28 janvier 1954, n° de pourvoi 54-07081.
Cette approche réaliste de la personnalité conforme à la théorie défendue notamment par Jean-Claude SOYER s'oppose à celle de la fiction de Gaston JEZE et DEBOISSY (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy *Droit des sociétés*, Litec, 19e édition, 2006). Mais quel que soit l'angle sous lequel elle est appréhendée, la société d'économie mixte répond à la définition de l'entité dotée de la personnalité juridique : en plus de répondre aux critères posés par la jurisprudence susmentionnée de la cour de cassation, elle remplit les formalités administratives nécessaires à la reconnaissance de la personnalité morale par le législateur (décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés). ; voir : WICKER G., « Personne morale », Répertoire de droit civil, juin 1998.

[628] Voir : FRANCOIS B., « Dénomination sociale », Répertoire du droit des sociétés, septembre 2005.

447- Certes, il peut arriver que la responsabilité de la collectivité publique soit mise en cause en raison notamment d'une défaillance de son contrôle par le biais de ses mandataires[629]. Mais dans cette hypothèse, c'est la carence de l'organisme public dans l'exercice de sa fonction de contrôle qui constitue le fait générateur de responsabilité et non l'action de la société. En tout état de cause, celle-ci est pleinement responsable des dommages causés par son action fautive. « *La personnalité morale de la société constitue à l'égard des tiers en particulier, à l'égard des contractants donc à l'égard du juge du contrat, et par conséquent quant au choix de celui-ci, une sorte d'écran juridique qui interdit tout regard sur le monde, d'ailleurs mobile et contingent, des actionnaires* »[630].

448- La responsabilité de la société d'économie mixte s'explique par le fait que ladite structure bénéficie de l'autonomie juridique fondant sa capacité juridique à exprimer une volonté par l'intermédiaire de ses propres organes représentatifs. Elle s'administre de manière autonome avec des organes distincts de ceux des collectivités actionnaires et chargés de défendre les intérêts de la société. Dans ce cadre, la représentation des personnes publiques par des mandataires au sein de la structure d'économie mixte n'implique pas la confusion entre les deux types d'organismes. L'autonomie organique est assurée par l'existence d'un conseil d'administration ou de surveillance regroupant les actionnaires publics et privés, en principe dans un rapport de proportionnalité avec leur participation au capital social. A ce titre, c'est cet organe spécifique qui est chargé d'agir au nom et pour le compte de la société d'économie mixte et d'exprimer sa volonté qui transcende celle des associés pris individuellement.

449- Par ailleurs, la dissociation entre la collectivité publique actionnaire et la société d'économie mixte apparaît à travers le fait que l'activité de celle-ci peut dépasser le strict périmètre territorial de ses actionnaires publics. En effet, si les prestations de la structure doivent en principe concourir à la satisfaction de l'intérêt général dont sont garantes les personnes publiques créatrices, il n'y pas d'obstacle juridique à ce qu'elles agissent en tant

[629] Voir : BERTUCCI J-Y. et DELOYELLE A., « Le contrôle des interventions économiques des collectivités locales », AJDA, 1994, p. 883
[630] LASRY Cl., conclusions sous : Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, « *Sté Entreprise Peyrot », D.* 1963, p. 534

que prestataires d'autres personnes publiques ou privées[631]. Cette intervention devra s'effectuer sur une base conventionnelle et dans le respect des conditions fixées par les dispositions de l'article L. 1523-1 et suivants du CGCT. Cette faculté doit néanmoins s'entendre sous réserve des cas où les textes législatifs et/ou réglementaires fixent une limite territoriale aux prestations de la société d'économie mixte locale. C'est notamment l'état du droit issu de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 en ce qui concerne la distribution d'électricité. En dehors de ce segment, les structures à capitaux mixtes peuvent agir pour le compte de collectivités publiques non actionnaires en prenant par exemple en charge l'activité de production d'énergie ou en menant des actions de maîtrise de la consommation. Cette logique d'autonomie de la structure d'économie mixte à l'égard des collectivités publiques actionnaires se traduit par l'organisation de leurs relations mutuelles sur une base contractuelle.

2. L'organisation contractuelle des relations entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités publiques actionnaires

450- Accord de volontés générateur d'obligations, le contrat suppose l'existence d'au moins deux volontés émanant d'entités juridiquement distinctes. L'article 1101 du code civil le définit comme *« une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »*. Dans ce cadre, l'existence d'un lien contractuel révèle une dualité juridique entre les entités cocontractantes. Ainsi, les rapports des sociétés d'économie mixte énergéticiennes avec les collectivités publiques s'organisent sur une base contractuelle.

451- La contractualisation des relations entre la collectivité publique actionnaire et la société d'économie mixte prestataire constitue en réalité une obligation juridique. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État que, lorsqu'elles entendent déléguer l'exercice d'une mission d'intérêt général à un tiers, les collectivités territoriales ne peuvent le faire que sur la base d'un contrat. Elles ne peuvent s'en dispenser que si un texte en dispose autrement ou si « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il*

[631] En ce sens : Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Guide des sociétés d'économie mixte », préc., p. 80.

l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »[632].

452- L'approche extensive par laquelle le droit de l'Union européenne appréhende la notion d'opérateur économique fait entrer les sociétés d'économie mixte énergéticiennes dans cette catégorie juridique. En effet, le seul fait de fournir des prestations à caractère économique suffit à faire qualifier ces entités d'entreprises au sens du droit de l'Union européenne[633]. En l'absence d'une attribution directe opérée par les dispositions législatives, la qualité d'opérateur économique de la société d'économie mixte fait obstacle à ce que l'activité d'intérêt général assumée par les personnes publiques actionnaires lui soit confiée en dehors d'un cadre contractuel. A cet égard, l'influence dominante de la collectivité publique actionnaire sur l'entité locale à capitaux mixtes n'emporte aucune conséquence et ne peut pas légitimer l'organisation de leurs relations par une voie autre que conventionnelle[634].

453- La contractualisation des relations entre les collectivités publiques et la société d'économie mixte ne se limite pas uniquement à la phase de la délégation de l'activité d'intérêt général. Elle concerne également leurs relations financières en cours de vie sociale. La loi tendant à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte[635] ouvre la possibilité aux collectivités territoriales actionnaires d'allouer à leurs structures à capitaux mixtes des apports en compte courant d'associés. Jadis prohibé, ce dispositif est destiné à permettre à l'entreprise de faire face à des difficultés de trésorerie et peut se décliner de deux façons différentes : *« soit l'actionnaire fait une avance de fonds à la société en versant une somme déterminée dans la caisse sociale, soit l'actionnaire met à la disposition de la société les sommes dont celle-ci est débitrice à son endroit, c'est-à-dire qu'il renonce temporairement*

[632] Conseil d'Etat, 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence c/ Armand », rec. Lebon, p. 155.
[633] Voir à ce titre la décision de la CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser (aff. C-41/90) dont le point n° 21 concluait : « *il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que, d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (…)* ». Pour plus de précision sur cette qualification juridique de la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne, voir : KOVAR R., « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », Revue Dalloz, 2006, p. 919 ; DURVIAUX A. L., « La notion d'opérateur économique », RTD européenne, 2011, p. 432.
[634] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé., op. cit., p. 312 et s.
[635] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, JORF du 3 janvier 2002, p.121.

à percevoir les rémunérations ou les dividendes que la société devait lui verser »[636]. Il fait l'objet d'un encadrement strict de la part du législateur[637]. Ce dernier exige notamment que l'opération en question se fasse dans le cadre d'une convention expresse liant la collectivité territoriale actionnaire et la structure à capitaux mixtes bénéficiant de l'apport. Cette convention doit prévoir, sous peine de nullité, la nature, l'objet et la durée de l'apport ainsi que ses conditions de remboursement[638].

454- L'utilisation de l'instrument contractuel dans l'organisation des relations financières entre la société d'économie mixte locale et les collectivités publiques actionnaires traduit une dynamique d'autonomisation juridique entre ces différentes entités. Elle se trouve accentuée par la soumission de principe des structures d'économie mixte au droit commun des sociétés.

B- Une structure juridiquement banalisée

455- L'utilisation de la structure à capitaux mixtes comme cadre de partenariat public-privé dans la sphère économique se justifie par la souplesse dont bénéficie ce type d'entité du fait de sa soumission de principe au droit commun des sociétés. Il faut cependant noter que ce régime ne concerne que celles constituées sous la forme sociétaire ; il est exclu à l'égard des groupements d'intérêt public qui demeurent des personnes morales de droit public[639]. En ce qui concerne les sociétés d'économie mixte, l'application du droit privé se manifeste à toutes les étapes de leur existence. Ainsi, sont-elles régies par le droit commun des sociétés tant en cours **(1)** qu'en fin de vie sociale **(2)**.

[636] BOITEAU Cl., « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », RFDA, 2005, p. 946

[637] Voir : DEVES C., « Les règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM », AJDA, 1966, p. 223 ; MAUGUE Ch. Et STAHL J-H., « Le cadre juridique des relations financières entre les sociétés d'économie mixtes et les collectivités locales », ADJA, 1996, p. 475

[638] CGCT, article L. 1522-5.

[639] Tribunal des conflits, 14 février 2000, « Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c/ Mme Verdier ». Cette affirmation doit néanmoins être nuancée : elle ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine et, en l'absence d'une qualification législative expresse et générale, la haute juridiction administrative a émis une réserve en estimant que la question n'est pas encore définitivement tranchée (C.E., section Intérieur, avis, 15 octobre 1985 ; C.E., « Les groupements d'intérêt public », La Documentation française, collection Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1997, p. 41).

1. La soumission au droit commun des sociétés en cours de vie sociale

456- *« La tentation d'échapper aux règles de la gestion publique a toujours été présente dans les collectivités territoriales (…) et la société d'économie mixte a été fréquemment utilisée en ce sens »*[640]. En effet, en comparaison avec les modes de gestion publique, la société d'économie mixte locale présente l'avantage de la souplesse en lien direct avec sa soumission au droit commun des sociétés commerciales[641]. Parfois qualifiée de simple commodité de gestion, la société d'économie mixte fait l'objet d'une banalisation de la part des droits interne et européen.

457- S'agissant du droit de l'Union européenne, il se caractérise par le privilège qu'il accorde à l'approche fonctionnelle de la société d'économie mixte en l'appréhendant comme une entreprise ordinaire[642]. Cela emporte comme conséquence sa pleine soumission de principe au droit commun des sociétés. Ainsi, en cour de vie sociale, les sociétés d'économie mixte sont-elles assujetties aux obligations issues du droit européen, et plus particulièrement, au droit de la concurrence. Comme toute entité ayant la qualité de commerçant, leurs activités demeurent soumises au contrôle de l'autorité de concurrence compétente pour connaître des pratiques commises dans le cadre « *d'activités de production, de distribution et de services, y compris lorsqu'elles sont le fait d'opérateurs publics ou parapublics* »[643]. De la même manière, la structure à capitaux mixtes peut être soumise au contrôle des concentrations économiques qui peut relever de la compétence tant des organes européens que des autorités nationales[644]

---

[640] DEVES Cl., « De la société d'économie mixte à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », RFDA, p. 1082,

[641] Voir : BERNARD S., La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, n° 218, 2001.

[642] Voir : ECKERT G., « Les sociétés d'économie mixte : bilan et perspectives », RFDA, 2005, p. 959.

[643] Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, *Aéroport de Paris c/ TAT European Airlines*, Lebon p. 469.

[644] Règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° L 24/1 du 29 janvier 2004.
C'est ainsi que la Commission européenne a été amenée à se prononcer sur la compatibilité au marché commun la concentration entre la SNCF Participations et Trenitalia SpA (Décision du 4 août 2003, affaire n° IV/M.3150, JOUE, 28 octobre 2003, p. 4). Voir également : CE, 11 juill. 2001, « *Syndicat CGT de la* société Clemessy », Lebon p. 359 (à propos de la prise de contrôle par EDF et la COGEMA de la société Clemessy).

458- Cette conception, par le droit européen, de la société d'économie mixte comme une entreprise ordinaire a également des incidences sur ses relations financières avec les collectivités publiques actionnaires. Dès lors qu'elle intervient dans les mêmes conditions et suivant le même canal que les opérateurs économiques ordinaires, il n'y aucune raison justifiant que les rapports qu'entretient la structure d'économie mixte locale avec ses actionnaires relèvent d'un régime dérogatoire au droit commun. Dans cette logique, les instances européennes adoptent une conception extensive de la notion d'aide d'État en considérant que *« lorsqu'une aide financière accordée par l'État renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide »*[645].

459- La forme juridique de la société ou la détention publique majoritaire de son capital ne sont pas déterminantes dans l'appréciation de la nature de l'aide ; seuls comptent l'objet de la mesure et son incidence sur la position de l'entreprise sur le marché et à l'égard de ses potentiels concurrents. Sous ce rapport, le droit de l'Union européenne n'envisage pas la structure locale à capitaux mixtes comme une émanation de la collectivité publique. Son analyse accorde la primauté à l'aspect fonctionnelle de l'entité de partenariat public-privé institutionnel : il s'agit d'un opérateur privé intervenant sur un marché au sens du droit européen.

460- Le législateur national adopte une position analogue à celle des autorités européennes à l'égard des sociétés d'économie mixte locales. Il leur applique les règles contenues dans le livre II du code du commerce, relatif aux sociétés commerciales. A ce titre et en l'absence de dispositions législatives contraires, ce type d'entreprise ne bénéficie d'aucun privilège particulier différent de ceux des autres sociétés commerciales[646].

461- En dehors des cas de détachement, son personnel relève d'un régime issu du droit du travail[647] et la structure est soumise aux mêmes obligations fiscales que les sociétés

[645] CJCE, 17 sept. 1980, *Philip Morris*, affaire n° 739/79, Rec. p. 2671.
[646] Voir : BIEZT J-F., DEVES Cl. et DUPUIS M-A., « De quelques difficultés de concilier au sein des sociétés d'économie mixte locales les règles du droit commercial et celles du droit administratif », Dr. adm., déc. 1991, p. 1 et janv. 1992, p. 1.
[647] Conseil d'Etat, 10 octobre 1994, « Préfet de la région Lorraine, Préfet de la Moselle », CJEG, mai 1995, p. 202. Le personnel de la société d'économie mixte est régi par le droit du travail qu'il s'agisse des libertés syndicales, de la liaison du lien contractuel comme de la résolution des conflits individuels ou collectifs de travail (voir : DREYFUS J-D., Société d'économie mixte, Répertoire du droit des sociétés, préc.).

anonymes. De la même manière, les contrats qu'elle passe avec ses clients et fournisseurs sont réputés être des conventions de droit commun. En effet, « *Comme les sociétés d'économie mixte sont tenues pour des personnes morales de droit privé et que l'entreprise à qui est attribué le marché est également une personne privée, le contrat reste un contrat de droit privé* »[648]. Cette qualification semble ne devoir être exclue que dans les cas où le cocontractant de la société d'économie mixte est une personne publique et ce, à condition que les critères matériels soient remplis. Toujours est-il que dans cette hypothèse c'est la nature publique du cocontractant qui est décisive, et non la présence de la structure à capitaux mixtes.

462- Dans l'exercice de la mission d'intérêt général qui lui est confiée, la société d'économie mixte ne bénéficie pas de l'immunité publique : à l'instar des sociétés anonymes de droit commun, elle est soumise aux voies d'exécution du droit privé. A cet égard, ses créanciers peuvent ouvrir les procédures légales de droit privé pour poursuivre la réalisation forcée d'un de leurs droits. Dans ce cadre, si les biens affectés au service public dont elle est délégataire peuvent bénéficier d'une protection particulière, celle-ci ne résulte pas de la qualité de société d'économie mixte, mais plutôt de la qualification des biens et des nécessités de continuité du service délégué[649]. En tout état de cause la structure d'économie mixte fait l'objet d'une banalisation qui se prolonge au moment de sa dissolution.

2. L'application problématique des procédures collectives à la SEML en difficulté

463- Si la trajectoire normale d'une société d'économie mixte est de poursuivre son activité jusqu'à son terme – s'il lui en est préalablement fixé un par ses statuts –, il n'est pas exclu que l'entreprise rencontre des difficultés financières susceptibles de mettre en cause sa pérennité. Cette hypothèse est d'autant plus présente à l'égard des structures d'économie mixte énergéticiennes que ce secteur est entré dans une dynamique concurrentielle exposant ses sociétés à la menace de « *la sanction capitaliste* »[650]. L'application des procédures collectives est destinée à permettre un redressement de la société en vue de la poursuite de l'activité et de

[648] DELVOLVE P., « De la nature juridique des sociétés d'économie mixte et de leurs travaux », *RDP* 1973, p. 351.
[649] En ce sens : YOLKA Ph., « Principe d'insaisissabilité et « banalisation » de l'actionnariat public », AJDA, 2014, p. 460.
[650] DURAND G., « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », préc., p. 292.

la préservation du tissu économique. Les personnes publiques actionnaires des sociétés d'économie mixte y trouvent dès lors un double intérêt.

464- Cependant, l'application du droit des procédures collectives à des entreprises du secteur public ne relève pas de l'évidence et ne manque pas de poser des difficultés pratiques. Celles-ci résultent du fait « *que le droit des procédures collectives n'a pas été élaboré pour s'appliquer à des entreprises dont la loi dit qu'elles sont des personnes morales de droit privé, régies par le droit commercial, alors que leur capital est majoritairement public, leurs dirigeants généralement des collectivités locales ou des élus, leurs activités nettement orientées vers l'intérêt public, leurs contrats largement de nature administrative* »[651]. L'enjeu majeur réside dans l'articulation qu'il convient d'opérer entre les pouvoirs conférés par la législation commerciale aux organes en charge d'appliquer les procédures collectives et les prérogatives « inaliénables » des collectivités publiques actionnaires et clientes de la société à capitaux mixtes[652]. La particularité de ce type d'entreprises aboutit à la réduction de la liberté de choix dont disposent les organes de la procédure collective.

465- Une première illustration en est fournie en matière de poursuite ou de cessation de certaines activités de la société d'économie mixte. Il est de principe que l'administrateur judiciaire bénéficie d'une large marge d'appréciation pour décider la continuation de l'exécution de tous les contrats qu'il juge indispensables au sauvetage de l'entreprise. Il peut également décider de la rupture des conventions dont l'exécution est de nature à handicaper la société. Cette marge de manœuvre est, en pratique, très réduite lorsqu'elle s'applique aux sociétés d'économie mixte. La raison en est factuelle : l'objet social de la société d'économie mixte est juridiquement limité et les possibilités de diversification de ses activités sont réduites[653]. Qui plus est, ce type d'entreprise n'est pas généralement titulaire d'un nombre conséquent de contrats et sa palette d'interlocuteurs est, somme toute, assez réduite[654]. Dans cette configuration, le choix de l'administrateur judiciaire semble prédéterminé : la rupture de la liaison contractuelle équivaudrait, *de facto,* à la condamnation de la société à la liquidation judiciaire.

---

651 L'HÔTE V., « l'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales », AJDA, 2003, p. 2233.

652 Voir : GOVERNATORI J-N., « Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », Gazette du Palais, octobre 2009, n° 304.

653 Voir : PIVET Y., « La diversification d'activité et ses limites », AJDA, 1993, p. 589.

654 La majorité des sociétés d'économie mixte locales sont titulaires de contrats de délégation de service public avec leurs collectivités publiques actionnaires comme seuls cocontractants.

466- Une seconde illustration de la délicatesse de l'application des procédures collectives à la société d'économie mixte apparaît en cas de cession de l'entreprise lorsque celle-ci est titulaire d'un contrat public. Pour la structure à capitaux mixtes, cette opération emporte la cession des contrats qui la lient aux collectivités publiques cocontractantes, y compris les conventions de délégation de service public. Se pose alors la question de savoir si ces collectivités peuvent s'opposer à la cession du contrat au profit d'une autre entreprise sur laquelle n'a pas porté leur choix au moins de l'attribution de la délégation. La décision de cession prise par le juge civil dans le cadre de la procédure collective est censée être opposable aux cocontractants de l'entreprise sans qu'il soit besoin de recueillir leur approbation. Une partie de la doctrine voit dans cette « *transmission forcée des contrats… une condition essentielle de la cession d'entreprise en procédure collective* » [655].

467- Cependant, l'opposabilité du plan de cession se heurte à la prérogative de la personne publique en matière de choix de son cocontractant. Si elle n'est pas un argument décisif devant le juge judiciaire[656], la règle de *l'intuiti personae* demeure néanmoins prise en compte par le juge administratif qui, dans un avis du 8 juin 2000, considère que la personne publique doit donner son accord pour la cession du contrat le liant à une entreprise en difficulté[657].

468- Ce point montre toute la difficulté de l'articulation du droit des procédures collectives avec la nature singulière de la structure de partenariat public-privé institutionnel[658]. Si juridiquement la nécessité de l'accord préalable de la personne publique cocontractante de la société d'économie mixte en difficulté ne semble pas s'imposer, dans les faits, la réussite du plan de reprise de l'entreprise demeure subordonnée à cet accord, et ce, pour deux raisons. D'une part, l'autorité publique qui n'a pas autorisé la cession du contrat peut, au regard du droit administratif, soulever l'inopposabilité de l'opération. D'autre part, il est de jurisprudence constante que la collectivité publique contractante peut soulever le changement substantiel dans la personne de son cocontractant pour résilier la convention de délégation de

[655] FRAIMOUT J-J., Jurisclasseur Procédures collectives, fasc. 2740 : Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Plan de cession. Cession des contrats, Voir aussi : SOINNE B., « Problématique de la nouvelle cession d'entreprise », Revue des procédures collectives, décembre 2006, nº 4, p. 315 et s.
[656] Cass. com. 8 décembre 1987, D. 1988, jur., p. 52, note F. Derrida.
[657] Conseil d'Etat, section des finances, 8 juin 2000, avis n° 364.803, AJDA 2000, p. 758
[658] En ce sens : TERNEYRE Ph., « Dangers et méthodes de redressement des SEML en difficulté », LPA, octobre 1995, pp. 35 et ; DELACOUR E., « Contrats publics et procédures collectives », Contrats-Marchés publics, 2003.

service publique. Le seul argument tiré de l'absence de garanties professionnelles et financières équivalentes à celles ayant présidé au choix du cocontractant initial suffirait alors à fonder sa prétention[659]. La contradiction nait de la nature ambivalente de la société d'économie mixte, structure fondamentalement publique mais formellement privée. Cette forme juridique qui, à l'origine, a été conçue comme une « commodité de gestion » peine néanmoins à garder son attractivité économique.

[659] CAA Lyon, 9 avril 1991, « *S^té^ Les Téléphériques du massif du Mont-Blanc et commune de Saint-Gervais* », Lebon p. 513.

CHAPITRE IV : LA STRUCTURE D'ECONOMIE MIXTE, UNE FORMULE NEANMOINS SUSCEPTIBLE DE DELAISSEMENT

469- L'enthousiasme pour l'intervention publique dans le domaine des services énergétiques par le biais de la formule d'économie mixte peut s'expliquer par la conjonction de deux facteurs : les considérations juridiques découlant de la prise en compte des exigences européennes d'une part et la logique financière et économique issue de la restructuration du marché de l'énergie d'autre part. A cela s'ajoute le succès connu par la structure d'économie mixte dans d'autres secteurs d'activité en France et plus généralement en Europe. En France, le nombre de sociétés d'économie mixte, tous secteurs d'intervention confondus, a ainsi doublé entre le début des années 1980 et 2000, passant de 650 à 1255[660]. Un phénomène comparable a pu être constaté dans les autres pays européens, plus particulièrement dans les pays de l'Europe du nord où la structure d'économie mixte locale fait partie du paysage institutionnel traditionnel.

470- Toutefois, si cette forme de partenariat public-privé présente d'indéniables atouts qui expliquent son essor, il n'en demeure pas moins qu'elle a perdu de sa vitalité au cours de son évolution. La pertinence de l'instrument juridique est tempérée par plusieurs éléments qui en relativisent l'intérêt. Il s'agit tout d'abord de la réduction de son attractivité économique sous l'effet d'un cadre juridique peu attrayant pour une réelle implication du secteur privé. Si la réforme de 2002 entreprise par le législateur à travers la loi de modernisation du statut des sociétés d'économie mixte[661] a eu pour objet de rendre cet outil plus performant en le dotant d'un cadre juridique plus adapté, il demeure constant que celui-ci comporte toujours des failles affectant l'attractivité de cette formule partenariale dans le secteur de l'énergie **(Section I)**. A cela s'ajoute le fait que la structure d'économie mixte se trouve actuellement livrée à la concurrence qui lui est faite par d'autres formes d'intervention publique au cadre juridique plus souple tant du point de vue des conditions de constitution que des modalités d'intervention **(Section II)**.

[660] Voir : DARNE J., rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, juin 2001).
[661] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, JORF du 3 janvier 2002 page 121.

Section I : Une formule partenariale à l'attractivité limitée

471- Comme à l'échelle macroéconomique, la capacité d'un secteur d'activité à attirer et maintenir des investissements demeure largement tributaire du cadre juridique qui le régit. A ce titre, l'adaptation du système juridique à l'activité économique constitue un facteur déterminant d'attractivité[662]. La volonté des acteurs publics de nouer des relations partenariales avec les opérateurs privés dans le cadre d'une structure d'économie mixte ne peut se concrétiser sans la mise en place d'un cadre juridique prenant en compte les spécificités et les besoins du domaine des services énergétiques.

472- Or, l'analyse du cadre de l'économie mixte locale ne permet pas de conclure qu'il présente toutes les qualités de simplicité et de souplesse requises pour rendre cette formule attractive. Cette impression est confortée par deux éléments complémentaires : d'une part, par la place limitée qu'elle accorde à l'actionnariat privé, la formule de partenariat public-privé par la voie de la société d'économie mixte locale ne traduit pas l'existence d'une réelle dynamique partenariale **(Paragraphe 1)**. D'autre part, sa soumission aux exigences de mise en concurrence issues du droit de la commande publique en atténue l'intérêt pour les actionnaires privés qui, dans cette configuration, se retrouvent dans la même situation que leurs concurrents extérieurs à la société **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1 : Le caractère relatif de la dimension partenariale de l'économie mixte

473- La logique partenariale suppose un degré d'implication identique de la part des différentes parties prenantes avec une répartition optimale des risques. Dans le cadre d'une société d'économie mixte locale, elle se traduirait par une structuration équilibrée du capital social entre actionnaires publics et privés. Cependant, cet équilibre s'avère inexistant dans ce type de structure intervenant dans le domaine des services énergétiques avec une place limitée occupée par l'actionnariat privé **(A)** à côté d'une part très significative détenue par les organismes publics et parapublics **(B)**.

[662] Voir : Du MARAIS B., « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », Droit et patrimoine, n° 170, mai 2008 ; LAGARDE X., « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », Dalloz, 2005, p. 2745.

A- La participation financière non significative des partenaires privés

474- Élément décisif de la définition de la structure d'économie mixte, la mixité du capital social de l'entreprise signifie que celui-ci regroupe en son sein des fonds publics et privés. L'engagement financier des partenaires privés aux côtés d'actionnaires publics constitue dès lors un des critères distinctifs de la société d'économie mixte[663]. L'idée de partenariat suppose que cet engagement soit assez significatif pour impliquer la réelle participation de tous les partenaires dans la réalisation des projets concernés.

475- Cependant, comme dans d'autres secteurs, la constitution du capital social des sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine des services énergétiques ne traduit pas l'existence d'une réelle dynamique partenariale entre acteurs publics et privés. Sur le plan financier, ces structures sont très largement détenues par les organismes publics ou parapublics **(1)**, ce qui ne laisse à l'actionnariat privé qu'une place très réduite **(2)**.

1. Un capital social largement détenu par les organismes publics

476- Du point de vue économique, la notion de partenariat public-privé institutionnel suppose la présence de fonds publics et privés au sein d'une même structure. Elle n'implique pas nécessairement la prépondérance des organismes publics dans la répartition du capital social. La part détenue par chacun des acteurs n'a pas d'influence décisive sur la qualité de société d'économie mixte. C'est ainsi que certaines structures à capitaux mixtes se structurent autour d'un opérateur privé occupant la place d'actionnaire principal, les collectivités publiques se contentant d'une participation financière relativement limitée. C'est notamment le cas de la Compagnie Nationale du Rhône dont le capital social est détenu par le groupe ENGIE à hauteur de 49,97% contre seulement 16,83% pour les collectivités territoriales intéressées[664]. Il convient néanmoins de préciser qu'en ce qui concerne les sociétés

[663] Voir : HOORENS D. et PERETTI M-P., « Les collectivités locales et le partenariat public-privé : la logique financière », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, pp. 89-105

[664] Source : site de la Compagnie nationale du Rhône : http://www.cnr.tm.fr/le-modele-cnr/qui-sommes-nous/structure-capital/ ; Pour l'historique de cette compagnie voir : GIANDOU A., La Compagnie nationale du Rhône (1933-1998). Histoire d'un partenaire régional de l'État, Collection Histoire industrielle, Saint-Martin-d'Héres, Presses universitaires de Grenoble, 1999, 328 p.

d'économie mixte locales de droit commun[665], la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements doit impérativement être supérieure à la moitié du capital social. En revanche, elle ne peut dépasser le plafond des 85%[666]. En cela, l'actionnariat des collectivités territoriales « *se différencie nettement de l'actionnariat étatique, non limité dans son principe* »[667]

477- Sur le plan juridique, l'expression société d'économie mixte recouvre des réalités très différentes et concerne des structures aux statuts très disparates[668]. Si certaines d'entre elles réalisent une association équilibrée entre fonds publics et privés, d'autres ont pu être qualifiées de « *fausses SEM* » du fait de l'origine quasi-exclusivement publique de leur capital[669]. Au niveau local, l'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales réserve le régime de l'économie mixte aux entreprises dont plus de la moitié du capital est détenue par les collectivités territoriales et leurs groupements. La raison en est simple : la qualité d'entreprise publique qui est celle de la société d'économie mixte locale suppose la détention publique majoritaire de son capital[670].

478- Cependant, sauf pour la catégorie des sociétés d'économie mixte à objet unique (SEMOP), cette participation publique ne peut pas dépasser le plafond des 85% du capital. En effet, aux termes de l'article L. 1522-2 du CGCT, « *la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social* ». La lecture combinée de deux dispositions précitées permet d'identifier les proportions dans lesquelles se trouve confiné l'actionnariat privé dans le cadre de la société publique d'économie mixte locale : il ne peut être inférieur à 15% mais ne peut aller au-delà de 49,99% du capital social. Ces dispositions font ainsi obstacle à la création de sociétés d'économie mixte locales à participation publique minoritaire.

---

665 Par opposition à la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP).
666 CGCT, articles L 1522-1 et L. 1522-2.
667 BREMARET S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ, 2011, p. 46. Sur la notion de société d'économie mixte étatique, voir : CARTIER-BRESSON A., *l'Etat actionnaire*, Paris, LGDJ, 2010 ; DELION A., « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », RFDA, 2005, p. 977.
668 Voir : Le GALL A., « La distinction entre les sociétés d'économie mixte à raison de l'origine de leur capital », AJDA, 1998, p. 473.
669 DUFAU J., *Les Entreprises publiques*, éditions du Moniteur, 1991, p. 94 ; Nguyen Quoc, *J.-Cl. adm.*, fasc. 160.
670 Voir : DEBENE M., « Critères de l'entreprise publique », Revue des sociétés, 1991, p. 741 ; DREYFUS J-D., Entreprises du secteur public, Répertoire de droit des sociétés, septembre 2009.

479- La justification de cette interdiction est à rechercher dans les origines de l'économie mixte institutionnelle en France. Étant historiquement conçues comme de simples instruments à la disposition des collectivités publiques, les sociétés d'économie mixte ne doivent pas échapper à leur contrôle effectif. Cet argument s'est avéré déterminant dans les débats parlementaires sur la loi de modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales. En effet, si l'idée de la création de sociétés d'économie mixte à participation publique minoritaire a été évoquée, elle n'a finalement pas recueilli la faveur des pouvoirs publics ; le gouvernement considérant notamment qu'une telle formule serait de nature à compromettre le contrôle public qui a vocation à s'exercer sur ce type d'entreprise[671].

480- Aux côtés de la détention majoritaire du capital social de la société d'économie mixte locale par les collectivités territoriales, on note la coexistence d'un actionnariat minoritaire détenu par des organismes parapublics. Il s'agit tout d'abord des parts détenues par des institutions publiques ou de structures placées sous l'influence dominante de collectivités publiques. Parmi celles-ci figure en particulier le « *groupe public* »[672] que constituent la Caisse des dépôts et consignations et ses filiales. Né de l'article 110 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances[673], cet établissement spécial s'est peu à peu érigé en un partenaire incontournable des collectivités territoriales en prenant une part importante dans les sociétés d'économie mixte locales. Dans sa communication faite à la Commission des finances du Sénat, la Cour des comptes relevait la présence du groupe Caisse des dépôts et consignations dans plus de 41% des sociétés d'économie mixte locales recensées par la fédération des entreprises publiques locales[674].

481- Les sociétés d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques ne font pas exception à cette participation active de la Caisse des dépôts et consignations qui y occupe parfois la place de partenaire principal des collectivités publiques actionnaires. Ce rôle

---

671 Voir : DARNE J., Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, préc., p. 25.

672 Code monétaire et financier, article L. 518-2 dispose que « *la Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduites par l'État et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles* ».

673 Loi du 28 avril 1816 sur les finances, Bulletin des Lois 7èS, B. 81, n° 623.

674 ARTHUIS J, Rapport d'information fait au nom de la Commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte », Paris, Sénat, session ordinaire de 2010-2011, p. 67.

apparaît notamment à travers le capital de la société Usine d'électricité de Metz (UEM) qui est composé de seulement 2 actionnaires : la ville de Metz à hauteur de 85% et la Caisse des dépôts et consignations qui détient les 15 % restants[675]. Cette participation atteint un niveau plus important en ce qui concerne la Compagnie Nationale du Rhône (CNR) où elle représente 33,2% du capital social de l'entreprise. Elle y dépasse même celle des collectivités territoriales intéressées qui ne sont actionnaires qu'à hauteur de moins de 16,83%. Toujours est-il que la Caisse des dépôts et consignations et ses filiales, quelle qu'en soit la forme juridique, ne peuvent pas être considérées comme de véritables acteurs du secteur privé. Dès lors, il ne peut être valablement soutenu que les sociétés d'économie mixte énergétiques constituées quasi exclusivement autour de ces organismes et des collectivités territoriales actionnaires réalisent un véritable partenariat public-privé.

482- La même remarque peut être faite en ce qui concerne les participations d'entreprises sous contrôle public dans le capital social d'autres sociétés d'économie mixte locales. Il s'agit d'actionnariats croisés permettant *in fine* aux collectivités publiques de se doter de réseaux d'entreprises publiques intervenant dans des domaines similaires ou connexes et sur lesquelles elles exercent une influence déterminante. Cette technique a été par exemple utilisée en 2012 lors de la création de l'entreprise Vendée Energie, société spécialisée dans l'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable et dont le capital se répartit entre, d'une part, le syndicat départemental d'énergie SYDEV (75%), la Caisse des dépôts et consignations (10%) et d'autre part, la SOREGIES[676] et la SERGIES[677] (15%). Ces deux derniers actionnaires sont elles-mêmes des sociétés d'économie mixte locales[678]. Une démarche similaire a été privilégiée par la commune de Carmaux lors de la transformation de sa régie municipale d'énergie en société d'économie mixte locale (Société Ene'O)[679] dont le capital social regroupe deux sociétés d'économie mixte locales (Gaz de Bordeaux et SOREGIES) aux côtés de la commune[680].

---

[675]Source :http://www.enerzine.com/605/3815+L-Usine-d-Electricite-de-Metz-devient-le-groupe-UEM+.html.

[676] SOREGIES est une société d'économie mixte dont l'activité principale est la distribution de gaz dans le département de la Vienne et en dehors du département.

[677] Créée en 2001, la SERGIES est une SEML intervenant dans l'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable. Elle exploite 10 parcs éoliens représentant 195 GWh de production et investit dans l'implantation de 3 unités de méthanisation.

[678] Source : http://www.lesepl.fr/pdf/transition_energetique_vendee_energie_20130616.

[679] La SEM Ené'O est une entreprise locale de distribution. Elle exerce également des activités de production d'énergie renouvelable et de fourniture de gaz naturel.

[680] Chambre régionale des comptes Midi-Pyrénées, Rapport d'observation définitive, 8 janvier 2010, Commune de Carmaux, n° 2.3.1.

483- Si l'idée n'est pas dépourvue d'intérêt en termes de diversification d'activités et de collaboration entre acteurs intervenant dans le même secteur, sa réalisation est de nature à tempérer la logique partenariale entre les secteurs public et privé. En effet, la forme juridique privée des sociétés d'économie mixte actionnaires permet de conclure au respect de l'exigence posée par l'article L. 1522-2 du CGCT. Mais d'un point de vue économique, ces acteurs ne semblent pas devoir être qualifiés de véritables opérateurs du secteur privé. La détention majoritaire de leur capital social par les collectivités territoriales en fait des entreprises du secteur public. A ce titre, la société d'économie mixte locale dont elles sont actionnaires aux côtés des organismes publics ressemble davantage à un outil de coopération entre personnes publiques qu'à un instrument de partenariat public-privé.

484- Ce mécanisme est parfois utilisé par les collectivités publiques pour suppléer l'absence d'investissements privés dans les structures d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques. Il traduit la faible implication du secteur privé et la place réduite qu'occupe sa participation dans ce type d'entreprise.

2. Un actionnariat privé à la place réduite

485- La mise en place d'un partenariat public-privé institutionnel efficace suppose la liaison d'une relation équilibrée entre les différents acteurs en présence. « *Expression d'une stratégie coopérative* »[681], cette forme de partenariat tend à faire bénéficier les personnes publiques des capacités financières et de l'expertise des acteurs privés dans la mise en œuvre des politiques publiques. Dans cette optique, la prééminence des collectivités publiques n'est certes pas à exclure, mais elle doit réserver une place relativement importante aux partenaires privés, de sorte à susciter leur réelle implication.

486- Dans ce contexte, le scénario idéal serait celui dans lequel le capital social de la structure d'économie mixte est constitué d'apports publics et de participations privées avec une répartition quasi paritaire entre les deux catégories d'actionnaires. C'est par exemple le cas dans le cadre de la société d'économie mixte Gaz et électricité de Grenoble dont le capital social se répartit de manière assez équilibrée entre la ville de Grenoble (50% + 1), la société

[681] UHALDEBORDE J-M., « Partenariat public-privé et efficacité économique : les aléas d'une complémentarité antagonique », préc., p. 66.

COGAC, filiale du groupe ENGIE (42,53%) et six autres actionnaires dont la participation est comprise entre 0,15% et 4,31% du capital[682]. Cet équilibre présente l'avantage d'accorder aux actionnaires privés une importance presque égale à celle de leurs partenaires institutionnels publics, de prendre une part importante dans la marche de l'entreprise et la réalisation des activités qui en sont l'objet. Plus que les autres, ce cas traduit effectivement une réelle logique de partenariat public-privé.

487- Cependant, le cas de l'entreprise sus-évoquée ne reflète pas la réalité de toutes les sociétés d'économie mixtes locales intervenant dans le domaine des services énergétiques[683]. En effet, dans beaucoup de structures à capitaux mixtes l'actionnariat privé minoritaire se limite à des proportions réduites. Cette participation privée limitée résulte de la conjonction des deux facteurs sus-évoqués. Il s'agit tout d'abord de la place prépondérante accordée à l'actionnariat des collectivités publiques qui peuvent détenir jusqu'à 85% du capital. Faisant un plein usage de cette faculté, certaines collectivités territoriales s'imposent comme les seuls véritables acteurs de la politique énergétique sur leur territoire en ne laissant qu'une part résiduelle à la participation privée[684]. Cette tendance va parfois jusqu'à ne faire coexister que des acteurs publics ou parapublics au sein de la structure d'économie mixte. « *Sous couvert d'une mixité du capital social, les sociétés d'économie mixte locales ne sont souvent constituées qu'entre des collectivités territoriales et d'autres personnes publiques ou parapubliques, les actionnaires privés n'ayant qu'un rôle purement symbolique dans la société* »[685]. Cette remarque pourrait s'appliquer à la société d'économie énergétique d'Ile-de-France Energie Posit'IF qui ne compte qu'un seul actionnaire véritablement privé, la Caisse d'épargne (6%), les 94% restants se répartissant entre les collectivités territoriales, leurs groupements et la Caisse des dépôts et consignations[686].

488- D'autre part, le développement de l'actionnariat public minoritaire, par le biais d'organismes publics ou parapublics, a pour conséquence de réduire davantage le niveau de participation des entreprises purement publiques dans le capital social des sociétés

[682] Source : Site de la société, http://groupe.geg.fr/66-actionnariat-gouvernance.html.
[683] Sa situation est néanmoins comparable à celle de la Compagnie Nationale du Rhône (CNR) dont le groupe ENGIE détient plus de 49% du capital social aux côtés des collectivités territoriales et de la Caisse des dépôts et consignations.
[684] A titre illustratif, la ville de Metz détient 85% du capital de la société d'économie mixte locale Usine d'électricité de Metz (UEM).
[685] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 168.
[686] Source : site de l'entreprise, http://www.energiespositif.fr/?page_id=334.

d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques. La place qu'occupe la Caisse des dépôts et consignations dans ce type de structure en plus de la tendance à l'actionnariat public croisé ne va pas dans le sens de l'instauration d'une réelle dynamique partenariale entre les secteurs public et privé.

489- De manière plus déterminante, la marginalisation de l'actionnariat privé dans les sociétés d'économie mixte locales énergéticiennes résulte de son caractère généralement très morcelé avec une minorité d'actions répartie entre plusieurs acteurs privés, à tel point qu'aucun d'entre ces derniers, pris séparément, ne peut jouer un rôle déterminant sur la marche de la société. Une illustration de ce phénomène est fournie à travers le capital de la société d'économie mixte Ene'O dont plus de 84% du capital sont détenus par la commune de Carmaux, les 15,1% restants étant répartis entre cinq actionnaires privés, dont un ne participe qu'à hauteur de 0,004%. La part réduite de son actionnariat condamne le secteur privé à jouer un rôle peu structurant dans l'orientation des actions des sociétés d'économie mixte locales, ce qui réduit considérablement l'intérêt du partenariat public-privé institutionnel.

B- L'insuffisante implication des partenaires privés dans la gestion de la société d'économie mixte

490- L'application par principe du droit du commerce aux sociétés d'économie mixte locales a pour conséquence l'alignement de leur mode de gouvernance sur celui des sociétés de droit commun. Dès lors, sous réserve de dérogations prévues par des textes spécifiques, leur gestion et les droits reconnus à chaque membre du groupement sont déterminés par référence aux dispositions du droit du commerce. Dans la mesure où le degré de participation est largement subordonné à la participation au capital social de l'entreprise **(1)**, la gestion des sociétés d'économie mixte énergétiques ne réserve que des capacités de participation assez réduites aux partenaires privés **(2)**.

1. Une qualité d'actionnaire conférant un droit de participation

491- Conformément au droit commun des sociétés, la qualité d'actionnaire au sein d'une société d'économie mixte locale confère un certain nombre de prérogatives. En contrepartie de sa participation financière, l'actionnaire bénéficie d'un droit sur les bénéfices réalisés par

la société sur l'actif social. Ce droit se traduit notamment par la distribution, aux actionnaires, d'une part du bénéfice sous forme de dividendes fixées par action et proportionnelles à la valeur nominale de celle-ci. En effet, L'article 1844 du code civil dispose : « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* »[687].

492- A côté de ces droits pécuniaires, la participation au capital d'une société, y compris à capitaux mixtes, confère des prérogatives à caractère politique. Il s'agit de la participation à la gestion de l'entreprise par le biais de l'intervention dans le processus aboutissant à la prise des décisions collectives. *« L'actionnaire ayant réalisé un apport en vue de réaliser un gain ou une économie, le droit de participer est un instrument de défense de ses intérêts financiers, c'est-à-dire de l'objet de son droit de propriét*é »[688]. L'apport et le droit d'intervention constituent dès lors les composantes du critère distinctif de la notion d'associé ; mais de manière plus décisive, c'est cette seconde prérogative à caractère politique « *qui distingue fondamentalement l'associé des créanciers de la société ou encore de ce que l'on a appelé les participants »*[689].

493- Qu'il soit effectivement exercé ou non, ce droit de participation à la gestion constitue la conséquence la plus immédiate de la qualité d'actionnaire au sein d'une société et est reconnu à toute personne bénéficiant de la qualité d'associé conformément à l'alinéa premier de l'article 1844 du code civil. Cette prérogative est par ailleurs exclusivement réservée aux associés, c'est-à-dire aux personnes ayant réalisé un apport au capital quelle qu'en soit la nature. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation à travers notamment sa décision en date du 8 juillet 2015[690]. Dans cet arrêt, la haute juridiction judiciaire considère « *qu'il résulte de l'article 1844 du code civil que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société* ». Elle en conclut à la nullité des délibérations

[687] A propos des aménagements qui peuvent être apportés à cette règle de proportionnalité, voir : SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (clauses statutaires et clauses extrastatutaires) », Répertoire de droit des sociétés, février 2009.
[688] LE FUR A-V., « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », Dalloz, 2008, p. 2015.
[689] HALLOUIN J-Cl., « Les statuts ne peuvent priver l'associé du droit de vote », recueil Dalloz, 2000, p. 231 ; voir aussi : Le CANNU P., « Réaffirmation du droit de vote de l'associé, Note sous Cour de cassation, 9 février 1999, SCA du Château d'Yquem c/ Mme Chizelle et autres », Revue des sociétés, 1999, p. 81.
[690] Cour de cassation (3e civ.), 8 juillet 2015, n° 13-27.248 (FS-P+B), *Sté du Musée c/ H.*

auxquelles ont pris part les personnes n'ayant pas cette qualité. « *Ainsi, se trouve établi avec netteté un lien indéfectible entre le droit de participer aux décisions et la qualité d'associé* »[691]. Rendue à propos d'une société civile immobilière, cette décision de principe n'en demeure pas moins transposable à toute forme de société qu'elle soit civile ou commerciale. La solution retenue intéresse dès lors les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine des services énergétiques puisque celles-ci demeurent en principe assujetties au droit commun des sociétés.

494- Le droit de participation dans la gestion de la société est donc consubstantiellement lié à la qualité d'associé. Se pose toutefois la question relative à l'étendue des prérogatives qu'il confère à son titulaire. Sur ce point, la doctrine relevait dès 1904 que *« le rapport issu du contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans la manière dont s'accompliront les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion* »[692]. La faculté de recueillir les informations relatives à la prise en charge de l'intérêt collectif apparaît comme un prérequis à l'exercice effectif de ce pouvoir d'intrusion. Il s'organise sur la base d'un droit de communication permanent reconnu à tous les associés quel que soit leur niveau de participation au capital social[693]. Appliquée aux sociétés d'économie mixte locales, cette prérogative confère aux partenaires des collectivités publiques actionnaires la faculté de se faire transmettre toute information pertinente sur la marche de la structure de partenariat. Ils sont par exemple fondés à réclamer la transmission des inventaires et comptes rendus annuels, des comptes consolidés, des rapports du conseil d'administration, directoire ou conseil de surveillance et des commissaires aux comptes, ainsi que le texte et l'exposé des motifs des propositions de résolution. Il s'agit d'un droit essentiel de l'associé à l'exercice duquel les partenaires publics ne peuvent pas faire obstacle. Au demeurant, ces derniers n'ont pas véritablement intérêt à en limiter le

[691] GODON L., « La participation aux décisions collectives d'un non-associé constitue une cause de nullité des délibérations sociales. Note sous : Cour de cassation (3e civ.), 8 juillet 2015, n° 13-27.248 (FS-P+B), *Sté du Musée c/ H.* », Revue des sociétés, 2016, p. 175.

[692] THALLER E., note sous Req., 3 mars 1903, Rec. Dalloz, 1904, I, p. 257 ; voir aussi : DIDIER P., « La théorie contractualiste de la société », Revue des sociétés, janvier-mars 2000, p. 95.

[693] La permanence de cette information et sa jouissance au profit de tous les associés se révèlent à travers la formulation retenue dans le décret sur les sociétés commerciales aux termes duquel : « *Tout associé a le droit, à tout époque, de prendre par lui-même et au siège social connaissance des documents suivants : (…)* », (Article 33 du décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, JORF du 24 mars 1967 page 2841.

bénéfice puisque que l'information constitue un « *gage de confiance* » des actionnaires minoritaires[694].

495- Si la vocation à l'information constitue un élément nécessaire au droit d'intervention de l'actionnaire, elle n'en est pas la seule composante. Elle est destinée à permettre une démarche proactive des partenaires sur la marche de la société. Cela se traduit par la participation aux décisions collectives à travers notamment le droit de vote que leur confèrent la propriété d'une partie du patrimoine de l'entreprise et la qualité de membre du groupement. Cette prérogative attribue à son titulaire la faculté d'agir directement sur la gestion de l'entreprise. Cependant, la prépondérance des collectivités publiques actionnaires dans la gestion de la société d'économie mixte locale ne laisse qu'une place résiduelle à l'expression des partenaires.

2. Une participation à la gestion proportionnelle au niveau de participation au capital social

496- Instrument de coopération entre les personnes publiques et le secteur privé, la structure d'économie mixte est censée traduire la logique partenariale entre ces deux sphères dans la poursuite d'une finalité commune. L'avantage de cette formule de partenariat se matérialise d'abord sur le plan financier en permettant aux collectivités publiques de bénéficier des capacités de financement du secteur privé dans la mise en œuvre de leurs projets. Cette logique financière est d'autant plus présente dans le domaine des services énergétiques, secteur dans lequel la mise en place des choix politiques fait souvent naître « *des charges d'infrastructures lourdes à assumer pour le secteur public* »[695]. Elle se double d'une autre justification technique dont le déterminant réside dans la volonté des personnes publiques de bénéficier des capacités techniques et d'innovation des acteurs du secteur privé. La recherche d'une plus grande performance à travers le rapprochement entre deux sphères jadis considérées comme antagoniques reflète « *la stratégie coopérative* »[696] que doit traduire et incarner la structure à capitaux mixtes.

---

694 En ce sens : MOSSER L., « La confiance en droit des sociétés : l'information des associés minoritaires, gage de leur confiance », La gazette du Palais, 1er janvier 2013, n° 1, p. 20.
695 HOORENS D. et PERETTI M-P., « Les collectivités locales et le partenariat public-privé : la logique financière », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, p. 91.
696 UHALDEBORDE J-M., « Partenariat public-privé et efficacité économique : les aléas d'une complémentarité antagonique », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, pp. 65-79.

497- Si sur le plan conceptuel les deux déterminants peuvent s'analyser de manière autonome, leur présence concomitante constitue un facteur d'efficacité et de légitimité du partenariat public-privé institutionnalisé. La Commission européenne en fait d'ailleurs une condition d'existence de ce type de partenariat. Considérant qu' « *un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique ne constitue pas un PPPI* », l'instance européenne exige que « *l'apport privé aux travaux du PPPI consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte »*[697]. Dès lors, la dimension partenariale de la société d'économie mixte ne devient effective que dans la mesure où tous les acteurs concernés prennent une part active dans la gestion de l'entité et l'exécution des missions qui lui sont confiées.

498- A la différence du simple investisseur, l'actionnaire de la société d'économie mixte est également censé mettre à contribution son expertise et ses capacités techniques au service de la mission d'intérêt général dévolue à la structure mise en place. Or, c'est sur ce point que la réalité du partenariat public-privé peut susciter le débat en ce qui concerne les sociétés d'économie mixte locales intervenant dans le domaine des services énergétiques. L'influence des actionnaires privés au sein des organes de gestion reste dans bien des cas très marginale par rapport à celle qu'y exercent les collectivités publiques actionnaires. Ce déséquilibre apparaît en particulier à travers le système de représentation des associés dans la structure de gestion de la société d'économie mixte.

499- D'une part, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT, les collectivités territoriales actionnaires sont représentées dans l'organe de gestion « *dans une proportion au plus égale à celle du capital* » qu'elles détiennent ensemble par rapport au capital de la société. Concrètement, il s'agit d'un système de quota réservé[698] en

[697] Commission de l'Union européenne, Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C(2007)6661, Bruxelles, 5 février 2008.
[698] En ce sens : REGNAUT-MOUTIER C., « L'administration de la SEM : propos de privatiste », in : GUERARD S. (sous la dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire droit public-droit privé*, L'Harmattan, 2007, pp. 287-301.

faveur des collectivités publiques actionnaires pour leur assurer la majorité des sièges au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon la structure choisie[699].

500- Contrairement à cette première catégorie, les sièges restants sont pourvus par application du droit commun des sociétés : c'est l'assemblée générale constitutive ou l'assemblée générale ordinaire qui désigne leurs titulaires[700]. Ils peuvent donc être pourvus par les actionnaires privés. D'ailleurs les dispositions susmentionnées du CGCT[701] doivent être interprétées dans un sens favorable à la représentation des actionnaires minoritaires au sein de l'organe de gestion de la société d'économie mixte. Tout en assurant aux collectivités territoriales une présence majoritaire dans l'organe de direction, elles font obstacle à ce que celle-ci soit exclusive de la représentation des autres types d'actionnaires. « *La collectivité est ainsi assurée de détenir la direction de la SEM, mais (contrairement au droit commun des sociétés) elle ne peut écarter la présence minoritaire des autres actionnaires* »[702]. Tirant la conséquence de cette disposition législative, l'article 20 des statuts de la SEM « Energie Posit'IF » dispose en son troisième alinéa : « *La représentation de l'ensemble des Collectivités Territoriales au Conseil de Surveillance ne doit pas dépasser la proportion du capital de la Société leur appartenant, le nombre de sièges pouvant toutefois être arrondi à l'unité supérieure* ».

501- Il s'agit d'une dérogation au droit commun des sociétés qui, en faisant désigner les administrateurs par l'assemblée générale, ne réserve pas de sort particulier à une catégorie déterminée d'associés et n'exige pas la représentation des actionnaires minoritaires au sein du conseil d'administration ou de surveillance. Sauf dispositions contraires prévues par les statuts, la règle de la majorité y prévaut, ce qui n'exclut pas la possibilité d'écartement des actionnaires minoritaires de la représentation au sein du conseil d'administration ou de surveillance[703].

---

699 Ces sièges font l'objet d'une répartition proportionnelle en fonction des actions détenues respectivement par chaque collectivité territoriale. Dans ce système, une même collectivité publique actionnaire peut se voir attribuer plus d'un siège au conseil d'administration contrairement aux autres types d'actionnaires, quel que soit leur niveau de participation dans le capital social.

700 Art. L. 225-18 alinéa 1er du code de commerce.

701 Code général des collectivités territoriales, article L. 1524-5 alinéa 2.

702 DOUENCE J-Cl., « Politiques publiques locales et société d'économie mixte », in : GUERARD S. (sous la dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire droit public-droit privé*, L'Harmattan, 2007, p.117.

703 Voir : NGAMPIO-OBELE-OBELE U., Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1998, 498 p.

502- Cependant, même s'ils sont représentés dans l'organe de gestion de la société d'économie mixte, les actionnaires privés y exercent une influence peu déterminante en raison des règles de désignation sus évoquées. Détenant la majorité du capital social et des sièges de l'organe de gestion, les collectivités publiques sont assurées de maîtriser l'orientation de l'activité de la société d'économie mixte locale. Ce pouvoir d'orientation est en effet conféré au conseil d'administration par l'article L. 225-35 du code de commerce aux termes duquel « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* ». Dès lors la combinaison du droit commun des sociétés et du statut spécial des sociétés d'économie mixte aboutit à la coïncidence entre la volonté de la société d'économie mixte et celle des collectivités territoriales actionnaires qui en maîtrisent l'orientation. Cette coïncidence est d'autant plus visible dans les cas où l'actionnariat public est détenu par une seule collectivité territoriale[704]. Dans ce cadre, la structure d'économie mixte perd sa vocation première : théoriquement conçue pour servir de cadre de partenariat permettant à la personne publique actionnaire de bénéficier des capacités techniques et managériales du secteur privé, elle apparaît davantage dans les faits comme un simple instrument destiné à soustraire l'activité de la collectivité qui la contrôle à la rigidité du droit public applicable aux formes exclusivement publiques telles que l'établissement public.

503- D'autre part, ce facteur d'écrasement des actionnaires privés se double parfois de l'absence de manifestation d'une réelle volonté partenariale. Qualifiés de « *sleeping partners* », ces actionnaires privés préfèrent adopter la position du simple investisseur en réalisant un apport financier leur ouvrant droit à la participation aux bénéfices. Leur contribution dans la société se limite à cet aspect financier ; ils s'abstiennent de toute intervention dans sa gestion ou dans son orientation[705]. Cette position est généralement celle des associés privés qui ne détiennent qu'une partie réduite du capital social et qui ne trouvent pas un intérêt significatif à prendre une part active dans la gestion de l'entreprise.

[704] C'est le cas par exemple de la société d'économie mixte « Usine d'électricité de Metz » détenue par la ville de Metz à hauteur de 85% du capital social aux côtés de la Caisse des dépôts et consignations.
[705] Voir : ALLAIN S., « Les investissements privés », Revue économique, 1978, volume 29, n° 6, pp. 1024-1042

504- Telle est par exemple la situation de l'entreprise Schneider Electric qui ne détient que 0,47% du capital social de groupe Gaz et Electricité de Grenoble[706]. S'il s'agit d'une société bénéficiant de la légitimité technique, sa part réduite dans le capital social ne lui permet pas d'exercer une influence déterminante dans la définition de l'orientation de la structure d'économie mixte. Par ailleurs, la faiblesse de la participation privée au capital social de l'entreprise ne peut pas être compensée par un apport en industrie. En effet, les sociétés d'économie mixte ont la forme juridique d'une société anonyme. Elles sont à ce titre assujetties aux dispositions de l'article L. 225-3 du code de commerce. Or, ces dispositions excluent les apports en industrie dans le cadre de cette catégorie de société. En d'autres termes, l'associé privé ne peut pas mettre à la disposition de la SEML ses connaissances techniques, son travail ou son service en contrepartie de parts ou d'actions. Dans ce contexte, la société d'économie mixte locale est davantage utilisée par les actionnaires privés très minoritaires comme un simple observatoire leur permettant de maintenir une relation de proximité avec les collectivités publiques actionnaires pour développer les activités qu'ils exercent par ailleurs « *par l'intermédiaire d'un lieu d'information privilégié* »[707].

505- L'intervention limitée des acteurs du secteur privé dans la gestion des sociétés d'économie mixte locale trouve sa principale explication dans l'absence de convergence entre leurs intérêts et ceux des collectivités publiques actionnaires. En effet, la recherche de la rentabilité inhérente à l'activité privée ne constitue pas la justification exclusive, ni même principale, de la création de la société d'économie mixte par les personnes publiques. Cette forme d'entreprise prend en charge des activités d'intérêt général dont la rentabilité n'est pas la caractéristique première[708]. Les déterminants des choix des acteurs ne sont dès lors pas les mêmes et l'intérêt commun des partenaires en devient introuvable[709]. Cela explique la réticence des grands groupes d'entreprise à entrer dans le capital des sociétés d'économie mixte locales. C'est par exemple le cas de la Lyonnaise des Eaux dont le Directeur, interrogé sur ce point, estime : « *Jusqu'ici nous nous sommes très bien développés par l'affermage ou la*

[706] Site du groupe Gaz et électricité de Grenoble, http://groupe.geg.fr/66-actionnariat-gouvernance.htm
[707] FONTOWICZ L. « La performance de gestion des SEM », in : GUERARD S. (sous la direction de) *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, préc. p. 98 ; voir dans le même sens : DURAND G., Les sociétés d'économie mixte, préc. ; SARMET M., « Les financements en partenariat public/privé », Banque, n° 517, juin 1991, pp. 602-603.
[708] Il est d'ailleurs symptomatique que la jurisprudence a longtemps conditionné la légalité de la création des sociétés d'économie mixte à l'existence d'une situation de carence de l'initiative privée et celle-ci ne concerne généralement que les activités peu rentables.
[709] En ce sens : REGNAUT-MOUTIER C., « L'administration de la SEM : propos de privatiste », préc., p. 299.

concession, sans avoir besoin de l'économie mixte »[710]. Les propos de ce dirigeant d'entreprise doivent certes être replacés dans leur contexte qui était celui de 1993, mais rien n'indique aujourd'hui une plus grande volonté des opérateurs économiques à davantage s'impliquer dans la gestion de ce type d'entreprise. Cette réticence est d'autant plus compréhensible que les entreprises privées n'ont pas un réel intérêt à contribuer à la création et au dynamisme économique d'une société d'économie mixte locale susceptible de les concurrencer dans l'attribution des nouveaux contrats publics.

506- *Mutatis mutandis,* la même remarque pourrait parfaitement être transposée au domaine des services énergétiques. Si le partenariat public-privé n'y est pas absent dans le cadre de l'économie mixte, il se limite parfois à son aspect financier sans une réelle collaboration technique pourtant nécessaire dans le secteur de l'énergie. Une illustration en est fournie par les acteurs intervenant au sein de la société d'économie mixte Energie Posit'IF : le seul actionnaire véritablement privé y détient une participation relativement significative est un établissement bancaire, la Caisse d'épargne d'Île-de-France[711]. Si, sur la gestion financière, la collaboration avec ce genre de structure peut être d'un apport non négligeable pour les collectivités actionnaires, la question énergétique, cœur de métier de la SEM mise en place, lui est totalement étrangère. Elle se trouve en effet en dehors de son champ d'expertise et la « co-opération » s'avère inexistante sur ce point. Du point de vue des acteurs publics, la présence d'un actionnaire correspond dans cette hypothèse « *à une obligation juridique, mais nullement à une volonté politique* »[712].

507- En plus de l'absence d'une réelle dynamique partenariale, l'inattractivité de la formule de l'économie mixte locale comme cadre de partenariat public-privé se cumule avec les lourdeurs issues de sa soumission au droit général de la concurrence. Dans la mesure où la participation à une société d'économie mixte n'octroie pas un droit exclusif ou même de priorité à l'actionnaire privé dans ses rapports avec la collectivité publique, cette forme de partenariat ne revêt pas un intérêt significatif pour le secteur privé.

---

[710] Dominique GEOFFRAY, cité par le journal Les échos, « Les sociétés d'économie mixte analysent leur actionnariat privé », 22 octobre 1993, http://www.lesechos.fr/22/10/1993/LesEchos/16503-069-ECH_les-societes-d-economie-mixte-analysent-leur-actionnariat-prive.htm .

[711] Avec 6% du capital social.

[712] SHOSTECK J-P., rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales, Assemblée nationale, n° 2277, p. 16.

Paragraphe II : Une structure assujettie aux règles de mise en concurrence

508- Dans sa conception traditionnelle, la formule de l'économie mixte est censée présenter toute la souplesse que n'offrent pas les modes exclusivement publics de gestion des activités d'intérêt général. En permettant aux collectivités publiques de s'associer avec le secteur privé et d'agir dans les mêmes termes que les opérateurs privés, l'idée d'un partenariat public-privé institutionnel paraissait séduisante tant pour les acteurs publics que pour les opérateurs privés.

509- Cependant, pour les collectivités publiques et leurs potentiels partenaires privés, le charme de la formule s'est peu à peu délité au fur et à mesure que s'est étendu le champ d'application des règles de transparence et de mise en concurrence sous l'influence du droit de l'Union européenne. Dans cette évolution, la société d'économie mixte locale a perdu sa spécificité et les relations contractuelles qu'elle entretient avec les collectivités publiques actionnaires sont appréhendées dans une approche de banalisation[713]. Celle-ci apparaît à travers leur soumission aux règles de mise en concurrence issues du droit de la commande publique **(A).** Par ailleurs, la volonté d'instaurer une concurrence effective sur l'ensemble de la sphère économique a amené les institutions européennes à exiger l'application du régime des aides d'État aux relations financières entre les collectivités publiques et les sociétés d'économie mixte, réduisant ainsi l'attractivité de la formule **(B)**.

A- La soumission des sociétés d'économie mixte aux principes de la commande publique

510- A l'instar des autres branches, le droit national de la commande publique est fortement influencé par le droit de l'Union européenne[714]. Dans ce domaine, le principe de non-discrimination[715] a trouvé une traduction juridique concrète à travers les notions d'égal traitement et de liberté d'accès[716] consacrés par les directives relatives aux marchés publics[717]

[713] Voir : DEVES C., « Société d'économie mixte et gestion déléguée- La place des SEM dans la gestion déléguée des services publics locaux », Dr. adm., juillet 1997, p. 4-7.
[714] Voir : LICHERE F., L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics, Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 945 et s.
[715] NOGUELLOU R., « La portée du principe communautaire de transparence », RDI, 2008, p.40 ; CASSIA P., « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », RTD eur., 2002, p. 413.
[716] ROYER E., « Trois grands principes généraux : Transparence, liberté d'accès et égalité de traitement », Juris associations, 2009, n° 408, p. 16.

et aux concessions[718]. Ces différents textes posent le principe de la mise en concurrence préalablement à l'attribution des contrats de la commande publique **(1)**. De ces fondements juridiques la jurisprudence de la CJUE adopte une interprétation extensive l'amenant à exclure la qualification d'opérateur intégré en ce qui concerne les entreprises à capitaux mixtes dans leurs relations contractuelles avec les personnes publiques actionnaires **(2).**

1. Le principe de mise en concurrence des contrats de la commande publique

511- Les collectivités publiques ne se limitent pas à exercer les attributs liés à la qualité d'actionnaire de la société d'économie mixte. Elles entretiennent avec celle-ci des relations contractuelles en leur confiant des missions correspondant à leur objet social. Dans cette hypothèse, la proximité induite par la détention publique majoritaire du capital social aurait pu impliquer l'octroi d'un avantage particulier à la société d'économie mixte locale sur les autres opérateurs économiques intervenant sur les mêmes marchés. Cela consisterait à l'attribution directe des contrats des collectivités publiques membres à ce type d'entreprise publique en l'absence de toute mise en concurrence préalable.

512- L'exclusion des règles de mise en concurrence dans ce cas de figure ne paraît pas aberrante : la société d'économie mixte locale est certes formellement distincte des collectivités publiques actionnaires, mais elle leur demeure fonctionnellement subordonnée et apparaît à bien des égards comme leur satellite. Dans cette configuration, il ne serait pas inopportun de transposer à la SEM le même raisonnement que celui qu'avait appliqué l'Autorité de la concurrence aux relations contractuelles entre les sociétés publiques locales (SPL) et leurs collectivités actionnaires. Elle a en effet considéré que : « *il n'est pas nécessaire d'obliger une collectivité à mettre en œuvre des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats avec une entité tierce, dès lors que cette entité constitue en pratique un simple prolongement administratif de la collectivité concernée* »[719].

---

[717] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, p. 65.
[718] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, p. 1.
[719] Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL), disponible sur le site de l'Autorité : www.autoritédelaconcurrence.fr .

513- Cependant, l'attribution d'office des contrats des personnes publiques aux sociétés d'économie mixte locales qu'elles détiennent aboutirait à fausser le jeu de l'économie de marché en accordant un avantage décisif à ce type d'opérateurs sur leurs potentiels concurrents. Elle se heurte aux règles de concurrence issues du droit de l'Union européenne. En effet, les institutions européennes exigent que la passation des contrats publics des États membres soit « *conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* »[720]. Le respect de ces principes impose aux pouvoirs adjudicateurs d'organiser des procédures transparentes de mise en concurrence pour la désignation de leur partenaire dans toutes les hypothèses où l'objet du contrat porte sur des prestations de nature économique[721].

514- A ce titre, l'obligation de mise en concurrence concerne les deux grandes catégories de la commande publique : les marchés publics et les délégations de service public. Concernant les premiers, l'idée de soumettre leur passation à un encadrement européen s'est très tôt imposée et s'est matérialisée par l'édiction successive de diverses directives dès le début des années 1970 avec un corpus de règles spécifiques à chaque catégorie de marchés publics. Ces textes ont d'abord concerné les marchés de travaux[722], puis ceux de fournitures en 1976[723]. Près de deux décennies plus tard, ce fût au tour des marchés de services d'être soumis à l'encadrement européen[724]. Depuis le 31 mars 2004, toutes ces catégories de marchés ont, dans un souci de clarté, fait l'objet d'une refonte dans un seul texte[725].

[720] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (Considérant n° 1) et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94 du 28.3.2014, pp. 65–242.
[721] En ce sens : CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, rec. CJCE 1998, p. 10745.
[722] Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE n° L 185 du 16/08/1971 pp. 0005 -0014.
[723] Directive n° 77/62/ CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOCE, n° L 13 du 15 janvier 1977, p. 1.
[724] Directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE, n° L 209, 24 juillet 1992, p. 1.
[725] Il s'agit de la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° 134/114 du 30 avril 2004. Ce texte a été abrogé et remplacé par la directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil, JOUE n° L 94/65 du 28 mars 2014.

515- Le champ d'application de ce texte n'est toutefois pas intégral : il ne couvre pas les marchés des secteurs qui en raison de leurs spécificités technique ou juridique font l'objet d'un encadrement particulier. Il s'agit des marchés relatifs aux activités de réseaux telles que ceux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Ces secteurs présentent le point commun d'impliquer la gestion et l'exploitation d'infrastructures essentielles et qu'ils font, à ce titre, l'objet d'un traitement particulier dans les États membres à travers l'octroi de droits exclusifs[726]. Parce qu'ils soulèvent des problèmes similaires en termes d'application des règles de concurrence lors de la passation des marchés publics, ces quatre secteurs ont fait l'objet d'un seul encadrement européen à travers un texte unique. Il s'agit actuellement de la directive 2014/25/UE en date du 26 février 2014[727].

516- Si le principe de mise en concurrence préalable à l'attribution des marchés y est aménagé pour tenir compte de la spécificité du secteur de l'énergie, il n'en est pas pour autant exclu. En effet, l'article 44 de l'actuelle directive « secteurs spéciaux » prévoit que « *les entités adjudicatrices mettent en œuvre des procédures adaptées de manière à être conformes à la présente directive, à condition que… un appel à la concurrence ait été publié* ». La mise en concurrence préalable demeure donc le principe et les dérogations qui peuvent lui être apportées sont strictement encadrées dans des conditions restrictives et doivent faire l'objet d'une interprétation stricte[728].

517- L'application de ces règles implique de mettre en place une concurrence effective entre les différents opérateurs économiques présents sur le marché sans que leur nature juridique ne soit un motif d'attribution ou de disqualification. C'est l'exigence qui découle de

[726] Cette situation assez répandue a été prise en compte par les rédacteurs de la première directive dite « *services spéciaux* » du 14 juin 1993 : *« considérant que l'une des principales raisons pour lesquelles les entités opérant dans ces secteurs ne procèdent pas à des appels à la concurrence à l'échelle européenne est le caractère fermé des marchés sur lesquels elle opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les autorités nationales de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné… »*., Directive n° 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

[727] Directive n° 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014.

[728] L'article 50 de la directive « secteurs spéciaux » prévoit la possibilité pour les entités adjudicatrices de passer des marchés sans mise en concurrence préalable c'est notamment le cas lorsque « *les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier* ».

l'article L. 3 du code de la commande publique aux termes duquel « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code* »[729]. Cette disposition fait obstacle à ce que les collectivités publiques prennent en compte leur proximité avec les sociétés qu'elles détiennent majoritairement pour leur accorder un droit de préférence dans l'attribution des contrats de la commande publique. Dès lors, le statut d'entreprise publique de la société d'économie mixte locale ne lui garantit pas l'octroi des contrats passés par les personnes publiques actionnaires. Elle demeure livrée à la concurrence des autres opérateurs présents sur le marché, ce qui, pour les acteurs privés, réduit l'intérêt de s'engager dans une telle structure.

518- Quant aux délégations de service public, leur encadrement par un corps de règles spécifiques s'est opéré de manière plus tardive au niveau européen[730]. La nette dichotomie entre marchés publics et concessions exclue cette seconde catégorie du champ d'application des directives relatives à la première[731]. Cependant, cela n'équivalait pas à une absence d'encadrement : si les dispositions des directives « marchés » ne leur sont pas applicables, elles demeuraient néanmoins soumises « *aux règles fondamentales du traité en général et (*au*) principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* »[732]. Le respect de ce principe implique notamment que la personne publique délégante garantisse « *un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »[733]. Les institutions européennes ont finalement fait le choix de préciser le régime juridique des concessions par l'édiction d'une directive spécifique en 2014[734].

[729] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018, texte n° 20.
[730] Ces contrats sont actuellement régis par les dispositions de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, JOUE n° L 94/1 du 28 mars 2014, pp. 1-64
[731] Article 1er de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, préc.
[732] CJCE, 7 décembre 2000, affaire n° C-324/398, Telaustria Verlags GmbH, Rec. CJCE 1998, p. I-10745, point 60.
[733] Idem. ; BARDON C. et SIMMONET Y., « Telaustria : quel périmètre ? », Droit administratif- Revue mensuelle Lexis Nexis, Jurisclasseur, janvier 2009.
[734] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE n° L 94 du 28 mars 2014, pp. 1-64.

519- Au niveau national, c'est désormais le code de la commande publique qui encadre la passation et l'exécution des contrats de concession au même titre que les marchés publics. Pour ces deux catégories de contrat public, l'impartialité des procédures demeure une exigence fondamentale. Cela implique de ne pas accorder un avantage indu à une catégorie d'opérateurs économiques dans le processus d'attribution des contrats. Ce principe a été rappelé par le Conseil constitutionnel lors de l'adoption de la loi « Sapin » du 29 janvier 1993[735]. Saisie à propos de l'exclusion des sociétés d'économie mixte locales de l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalable, la juridiction constitutionnelle concluait qu'elle ne se justifiait « *ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre* »[736].

520- Dans ce cadre, les collectivités publiques sont soumises à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalablement à l'attribution de leurs contrats portant sur des prestations économiques. Leur proximité avec les sociétés d'économie mixte qu'elles détiennent n'a pas d'influence sur ce point et ne confère pas de droit de préférence à ces dernières. Cette catégorie d'opérateurs aurait pu bénéficier de l'exception « in house » ; cependant, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne leur refuse la qualité d'opérateurs intégrés.

2. L'inapplicabilité de l'exception « in house » aux relations contractuelles des SEM

521- L'application des règles de mise en concurrence des contrats publics n'est pas absolue et peut se trouver écartée dans certaines hypothèses. Hormis les cas d'exclusion matérielle ou circonstancielle expressément prévus par la législation elle-même[737], ces règles n'ont pas

[735] Loi n° 93-122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF, 30 janvier 1993, p. 1588.
[736] Conseil constitutionnel, décision n° 92/316 DC du 20 janvier 1993, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ».
[737] L'article 15 de la directive 2014/24/UE prévoit que les règles de mise en concurrence ne s'appliquent pas « *aux marchés publics ni aux concours qui ne sont pas par ailleurs exclus en vertu du paragraphe 1 du présent article, dans la mesure où l'application de la présente directive obligerait un État membre à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ».* Une exclusion similaire est prévue par l'article 11 du même texte en ce qui concerne les marchés passés entre pouvoirs adjudicateurs « *sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou de dispositions administratives*

vocation à s'appliquer aux contrats qualifiés de « quasi-régie ». En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que l'application des règles de la commande publique est exclue « *dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »[738]. Repris tant par les textes européens[739] que par la législation nationale[740], ce principe est devenu constant en jurisprudence. Rendue pour la première fois à propos des marchés publics, cette jurisprudence a par la suite été élargie aux autres catégories de la commande publique, aux concessions en particulier[741].

522- Dans cette hypothèse, la dérogation aux règles de mise en concurrence repose sur l'impossible identification d'une réelle relation contractuelle entre la collectivité publique et la structure qu'elle contrôle de manière effective. Malgré la présence de deux personnes juridiques formellement différentes, le lien de dépendance les unissant ne permet pas de déceler l'existence de deux volontés substantiellement autonomes et la poursuite d'intérêts distincts. En effet, « l*a capacité de la collectivité à peser sur le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour ce dernier dénient toute réalité au contrat passé entre la collectivité et le prestataire de services* »[742] : la fiction juridique cède le pas à la réalité des faits.

523- Il s'agit d'un raisonnement par analogie tendant à assimiler la situation de la structure sous contrôle public à celle des services internes de l'administration que la collectivité

---

publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

[738] CJCE, affaire C-107/98, « Teckal Srl », 18 novembre 1999, Rec. CJCE, 1999, p. I-08121.

[739] Le considérant n° 32 de la directive « marchés publics » du 26 février 2014 prévoit que « *Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché ».* Une disposition similaire est prévue pour les contrats de délégation de service public par le considérant n° 46 de la directive « Concessions » de la même date.

[740] Le principe posé par l'arrêt « Teckal Srl » a été codifié en droit français. En ce qui concerne les contrats de concession, l'article L. 3211-1 du code de la commande publique a repris les critères fixés par la jurisprudence européenne pour exclure l'application des règles de mise en concurrence aux contrats qualifiés de quasi-régie. Pour les marchés publics, ce sont les articles L. 2511-1 et suivants qui reprennent ces critères.

[741] CJCE, 13 octobre 2005, « Parking Brixen GmbH », aff. C-458/03, Rec. CJCE 2005, p. I-8612

[742] LEGER P., conclusions sur CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-94/99 « ARGE Gewässerschutz », Recueil CJCE 2000, p. I-11037.

publique n'est pas contrainte de mettre en concurrence lorsqu'elle leur confie des prestations économiques[743]. La configuration révélerait moins une externalisation qu'une « *forme de délégation interorganique* »[744]. En suivant ce raisonnement, le juge en conclut qu'en confiant les prestations à la structure qu'elles contrôlent, « *les collectivités n'avaient pas l'intention d'investir un nouveau champ de compétence économique, mais seulement de procéder à une réorganisation de leurs services par l'intermédiaire d'un tiers placé sous leur étroite domination* »[745].

524- Il faut néanmoins préciser qu'en ce qui concerne les contrats publics l'application des règles de mise en concurrence demeurent le principe et que la théorie des prestations intégrées reste une exception. A ce titre, elle est d'interprétation stricte, ce qui amène les juridictions, nationales et européennes à exiger la réunion de deux conditions cumulatives. La plus déterminante réside dans la nécessité pour la collectivité publique d'exercer sur l'opérateur un « *contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* »[746]. Le manque de précision sur la notion peut soulever des interrogations sur le degré de maîtrise requis pour que le contrôle sur le prestataire soit réputé analogue à celui qui s'exerce sur les services internes de l'administration. On peut cependant considérer que cette condition est remplie dans tous les cas où il existe « *un lien de dépendance institutionnel tel qu'il ôte à la personne morale contrôlée tout degré d'indépendance : concrètement, l'entité contrôlée par le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune autonomie dans son fonctionnement ni dans son activité* »[747]. C'est par exemple le cas lorsque la personne publique exerce une influence dominante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions les plus importantes de la structure contrôlée à travers la détention du capital social et la maîtrise des organes de direction. Cette

[743] A propos des prestations économiques des services internes de l'administration, le Conseil d'État a considéré, dans son rapport public de 2002, que : « *Une collectivité publique a (...) toute latitude de « produire » en interne l'ensemble des prestations dont elle a besoin et un service d'une personne publique peut, sans qu'il y ait lieu de procéder à une mise en concurrence, demander des prestations à un autre service de la même personne ».* Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », rapport public, La Documentation française, paris, 2002 ; DREYFUS J-D., « Attribution d'un contrat de service public à une société détenue entièrement par une commune », note sous : CJCE, 6 avril 2006, Affaire C-410/04, « Associazone Nazionale Autrasporto Viaggiatori c/ comune di Bari », RDI, 2006, p. 222.

[744] PERGOLA A., conclusions sur CJCE, 10 novembre 1998, « BFI holding BV », point 46, Recueil CJCE, 1998, p. I-6844.

[745] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, op. cit., p. 286.

[746] CJCE, « Teckal Srl », préc.

[747] VERRIER O., « Les contrats conclus entre les entités appartenant au secteur public : l'exception au principe de publicité et de mise en concurrence », AJCT, 2016, p. 240.

influence peut s'exercer individuellement ou de manière conjointe lorsque plusieurs personnes publiques coopèrent au sein d'une même structure.

525- Si le critère du contrôle analogue est aisé à déceler en présence d'un opérateur au capital entièrement public[748], son identification s'avère plus délicat lorsqu'il est question d'une structure à capitaux mixtes. Se pose alors la question de savoir si la présence d'actionnaires privés dans le capital social de l'entreprise n'exclut pas l'existence du contrôle analogue. Dans ses conclusions sur l'arrêt « Stadt Halle », l'avocate générale Christine STIX-HACKL estimait qu'une réponse négative devait être apportée à cette question en considérant qu'il *« découle du fait que des entités auxquelles participe un associé privé minoritaire peuvent également remplir le critère du contrôle que l'exception de l'affaire Teckal ne vaut pas seulement pour les filiales à 100%, mais également pour les sociétés d'économie mixte. La participation de sociétés privées n'a donc en principe pas d'impact négatif »*[749]. Cette position a longtemps été celle des autorités nationales et apparaît notamment à travers l'instruction ministérielle du 28 août 2001 du ministère de l'économie et des finances qui faisait entrer dans le champ de l'exception *in house* les relations contractuelles des sociétés d'économie mixte locales avec leurs collectivités publiques actionnaires[750].

526- La Cour de justice de l'Union européenne a cependant suivi un raisonnement différent. Elle considère que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* »[751]. L'interprétation stricte que privilégie la juridiction européenne empêche donc que le champ d'application de la théorie des prestations intégrées soit étendu aux relations contractuelles entre les sociétés d'économie mixte locales et leurs actionnaires publics. La seule présence d'un actionnaire privé dans le

[748] Le conseil d'Etat avait cependant exclue l'existence d'un contrôle analogue sur un établissement public pouvant justifier l'exclusion des règles de mise en concurrence (CE, 27 juillet 2001, « CAMIF », Rec., p. 401.
[749] STIX-HACKL C., conclusions sur CJCE, 11 janvier 2005, affaire C- 26/03 « Stadt Halle et RPL Lochau », point 70, Recueil CJCE, 2005, p. I- 00004.
[750] Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, instruction du 28 août 2001, JORF, 8 septembre 2001, p. 14385).
[751] CJCE, 11 janvier 2005, « Stadt Halle et RPL Lochau », préc., point 49, Recueil CJCE, 2005, p. I-00001.

capital de la société est rédhibitoire et fait obstacle à l'existence du contrôle analogue nécessaire à l'application de l'exception *in house*[752].

527- Dans ce cadre, les sociétés d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques ne sauraient se soustraire à l'application des règles de mise en concurrence dans leurs rapports avec les collectivités publiques actionnaires. Même dans le cas où la structure à capitaux mixtes exerce exclusivement ses activités pour le compte de ses actionnaires publics et qu'elle a été spécialement créée à cette fin, la mixité de son capital social suffit à l'exclure du champ de la théorie des prestations intégrées[753]. « *Il y a là, reconnaissons-le, une relative absurdité, dans la mesure où les collectivités sont ainsi privées du droit de faire appel à la société qu'elles ont créée pour une tâche et financée* »[754]. Celle-ci ne bénéficie d'aucun privilège particulier par rapport à ses concurrents au moment de l'attribution des contrats : pour l'opérateur privé, l'intérêt de s'engager en son sein s'en trouve fortement réduit. En ce qui concerne la personne publique actionnaire, l'application des principes de mise en concurrence à ce stade induit une lourdeur procédurale supplémentaire qui s'accentue sur le plan financier avec l'application du régime des aides d'État.

B- L'encadrement contraignant des relations financières des sociétés d'économie mixte locales avec leurs actionnaires publics

528- Les instances européennes accordent la qualité d'entreprise à « *toute entité qui exerce une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* »[755]. De manière évidente, les sociétés d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques sont concernées par cette définition[756], ce qui emporte pour conséquence de soumettre leurs relations financières avec la puissance publique à la réglementation européenne sur les aides d'État. Il s'ensuit une limitation non négligeable des possibilités de financement public des activités de la structure d'économie mixte **(1)**. Si elle a

[752] En ce sens : KOKOTT J., conclusions sur CJCE, 13 novembre 2005, affaire C-458/03 « Parking Brixen », point. 53, Recueil CJCE 2005, p. I-08585.
[753] En ce sens : CRC, Rhône-Alpes, rapport d'observation définitive du 25 janvier 2007, « Société d'économie mixte Maurienne Expansion ».
[754] BERGEAL C., « Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi », AJDA, 2010, p. 1228.
[755] CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, « Klauss Höfner et Fritz Elser », Rec. CJCE, p. I-1979 ; voir IDOT L., « La notion d'entreprise », revue des sociétés, 2001, p. 191 ; HOPT J. K., « L'entreprise et le droit européen », revue des sociétés, 2001, p. 301 ; ARCELIN L., L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Paris, Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, vol. 61, 2003.
[756] Voir : AUBY J-B., « Les SEML et le droit communautaire », *AJDA* 1993, p. 602.

eu vocation à assouplir les relations financières avec les collectivités actionnaires, la modernisation du statut des sociétés d'économie mixtes locales[757] n'a pas pour autant abouti à les soustraire au droit des aides d'Etat **(2)**.

1. La limitation des possibilités de financement de la structure d'économie mixte

529- La soumission des relations financières des sociétés d'économie mixte à la réglementation européenne des aides d'État revêt un caractère intégral et concerne aussi bien les aides ponctuelles octroyées par les collectivités publiques en cours de vie sociale que les prises de participations publiques lors de la constitution de l'entreprise à capitaux mixtes. Concernant cette seconde catégorie d'apports financiers, la CJCE estime que *« l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit*, peut constituer *une aide étatique lorsque les conditions visées à l'article 92 du traité (*devenu article 107 TFUE*) sont remplies* »[758]. Dès lors, même lorsqu'elles agissent en qualité d'actionnaires, les collectivités publiques se trouvent assujetties au régime juridique des aides d'État dans leurs relations financières avec les sociétés d'économie mixte qu'elles détiennent. A ce titre, elles doivent se conformer au principe posé par l'article 107 du TFUE aux termes duquel : « *…sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »[759].

530- La formulation retenue par les rédacteurs du TFUE implique une interprétation extensive de la notion d'aide d'État et permet d'en identifier les critères. Malgré le fait que le principe posé figure dans la section relative aux « *aides accordées par les États* », il est constant que les mesures visées peuvent être le fait de toute entité détentrice de la puissance publique quel qu'en soit l'échelon territorial. C'est en effet ce qui ressort de la jurisprudence de la CJUE qui considère que toutes les ressources publiques sont d'origine étatique même lorsqu'elles sont octroyées par une collectivité de type infra étatique[760]. Les personnes

[757] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, JORF du 3 janvier 2002, p. 121.
[758] CJCE, 21 mars 1991, aff. C-305/89, « Italie c/ Commission », rec. 1991, p. I-01603.
[759] JOUE n° C 326 du 26 octobre 2012, p. 0001-0390.
[760] CJCE, 18 octobre 1987, aff. C-248/84, « RFA c/ Commission », rec. 1987, p. 04013.

publiques concernées sont donc diverses ainsi que les mesures qualifiables d'aides d'État. Celles-ci peuvent notamment prendre la forme d'exonérations fiscales, de primes ou subventions ou encore d'apports en capital. En retenant une acception très large, la CJUE a pu juger que « *la notion d'aide peut recouvrir non seulement des prestations positives, telles que des subventions, des prêts ou des prises de participations au capital d'entreprises, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par-là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques* »[761]. Le critère déterminant réside dans l'effet de la mesure en cause sur la situation de l'entreprise en bénéficiant et son impact sur les échanges entre les États membres de l'Union européenne. Elle doit être susceptible de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Son octroi doit donc revêtir un caractère sélectif et ne concerner que certaines entreprises ou catégories d'entreprises : ne sont pas donc qualifiables d'aides d'État les mesures de portée générale, c'est-à-dire celles dont peuvent bénéficier toutes les entreprises intervenant sur le même marché.

531- Il convient de préciser que la qualification d'aide d'État n'implique pas nécessairement son incompatibilité avec les objectifs du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Comme le souligne la cour de justice, « *l'octroi d'aides, et spécialement la prise de participation de la part de l'État ou de collectivités publiques, ne saurait être considéré comme étant automatiquement contraire aux règles du traité* »[762]. La législation européenne admet des exceptions au principe de prohibition des aides d'État. Celles-ci se distinguent en deux catégories : la première concerne les aides déclarées, par nature, compatibles avec le marché intérieur et qui sont limitativement énumérées au paragraphe 2 de l'article 107 du TFUE[763]. Quant à la seconde catégorie d'aides, leur compatibilité avec le traité est subordonnée à un examen de la Commission européenne. Il en est ainsi notamment des « *aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure*

[761] CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-156/98, « Allemagne c/ Commission », rec. 2000, p. I-06857.
[762] CJCE, 14 novembre 1984, aff. C-323/82 « SA Intermills c/ Commission », rec. 1984, p. 03809.
[763] Cette disposition vise : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ; et c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.

contraire à l'intérêt commun »[764]. L'analyse de leur compatibilité avec le marché intérieur laisse un large pouvoir d'appréciation à la Commission européenne qui doit s'assurer que les aides que les personnes publiques accordent aux opérateurs économiques ne créent pas d'atteinte à la concurrence et n'affectent pas le fonctionnement normal du marché intérieur[765].

532- Dans son appréciation, l'instance européenne vérifie si la mesure qualifiée d'aide d'État ne met pas l'entreprise bénéficiaire dans une situation avantageuse par rapport à ses concurrents, par exemple en allégeant les charges qu'elle devrait normalement supporter dans une économie de marché. Elle a posé le critère dit « *de l'investisseur privé opérant dans les conditions normales de l'économie de marché* »[766]. Le recours à ce critère consiste à déterminer si la mesure prise par l'autorité publique correspond au comportement d'un investisseur privé agissant en dehors de toute considération autre que la recherche de la rentabilité de son investissement. Concrètement, cela consiste à adopter une démarche de comparaison entre la décision de collectivité publique et celle que pourrait raisonnablement prendre un opérateur privé dans des circonstances similaires. Il s'agit en définitive de la fixation d'un « *comportement type* », un standard de l'investisseur privé[767].

533- Appliqué aux relations financières entre les collectivités publiques et les sociétés à capitaux mixtes qu'elles détiennent, cet examen fait obstacle à ce que les actionnaires publics procèdent à des recapitalisations de l'entreprise dont l'absence chronique de rentabilité ne lui permet pas d'envisager raisonnablement des perspectives d'équilibre financier[768]. « *Dans le cas d'une entreprise dont la quasi-totalité du capital social est détenue par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à*

---

[764] TFUE, article 107, paragraphe 3 c).

[765] Cette mission de la Commission européenne apparaît à travers l'article 108 TFUE dont les modalités d'application sont prévues par le règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 1-9) modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du 22 juillet 2013 (JO L 204/15 du 31 juillet 2013, p. 15-22) ; voir : ROBERTI G. M., « Le contrôle de la commission des communautés européennes sur les aides nationales », AJDA, 1993, p. 397.

[766] CJCE, 10 juillet 1986, aff. C-40/85 « Royaume de Belgique c/ Commission », rec. 1986, p. 02321 ; voir : BIANCARELLI J., « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », AJDA, 1993, p. 412.

[767] Voir en ce sens : VANNEAUX M-A., Recherche sur un droit des relations financières État-entreprises publiques, Thèse, Université de Lille II, 2005, 459 ; BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 94.

[768] Cour régionale des comptes Poitou-Charentes, rapport d'observation définitive, 15 décembre 2006, « Société d'économie mixte locale nouvelle du parc du Futuroscope », p. 16.

un tel apport en capital »[769]. Or, il apparaît qu'en l'absence de perspectives de rentabilité, un investisseur avisé en économie de marché n'aurait pas procédé à un tel apport en capital. Effectuée par une personne publique, même actionnaire, cette opération encourt la sanction d'être déclarée incompatible avec le marché intérieur. La justification en est simple : en maintenant en activité une entreprise structurellement déficitaire, l'aide concernée met en échec le libre jeu de la concurrence qui implique la disparition des opérateurs économiques qui n'atteignent pas le degré de compétitivité nécessaire pour se maintenir sur le marché.

534- Il faut néanmoins préciser que certaines aides, du fait de leur faible montant, font l'objet d'un traitement particulier consacré de la part des institutions européennes. Il s'agit des aides *de minimis* que le règlement européen n° 1407/2013 du 18 décembre 2013[770] soustrait à la procédure de notification prévue pour les aides d'Etat de droit commun. Pour les collectivités publiques qui les octroient, ces aides sont réputées compatibles avec le marché intérieur européen sans obligation procédurale préalable à la condition de ne pas dépasser le montant de 200 000 €, pour une entreprise unique, sur une période de trois exercices fiscaux[771]. Dans ces limites, une collectivité territoriale peut par exemple consentir un apport en capital à une société d'économie mixte dont elle est actionnaire sans que cela ne soit qualifié d'aide d'Etat incompatible avec le droit l'Union européenne[772].

535- Les sociétés d'économie mixte intervenant dans le domaine des services énergétiques voient leurs relations financières avec les collectivités actionnaires enserrées dans un carcan très rigide limitant les possibilités de financement public de leurs activités. Or, la rentabilité n'est pas toujours l'élément qui caractérise les activités prises en charge par ses structures créées pour satisfaire un besoin d'intérêt général. Leurs besoins de financements publics sont dès lors plus fréquents que ceux des entreprises privées exclusivement tournées vers la recherche du profit. Il est à craindre que, par sa rigidité, la réglementation européenne sur les aides d'État les contraigne à privilégier les activités rentables au risque de négliger certaines composantes du but d'intérêt général qui avait motivé leur création. La menace de la

[769] CJCE, 10 juillet 1986, aff. C-40/85 « Royaume de Belgique c/ Commission », préc., point 13.
[770] Règlement UE n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*, JOUE n° L 352/1 du 24 décembre 2013.
[771] Article 3 du règlement UE n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis,* préc.
[772] Voir : Commissariat général à l'égalité des territoires, circulaire relative à l'application du règlement n° 1407/2013 de la Commission européenne du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 14 septembre 2015.

survenance d'un tel phénomène a amené le législateur à initier la libéralisation des conditions de financement des sociétés d'économie mixte locales. Cependant, l'encadrement strict des possibilités de financement ouvertes par cette réforme reflète encore une forme de défiance à l'égard de l'interventionnisme économique des collectivités territoriales. Si elle constitue indéniablement une avancée non négligeable, cette ouverture donne néanmoins l'impression d'une démarche inaboutie.

2. La libéralisation incomplète des conditions de financement public des SEM

536- Parallèlement à la réglementation européenne sur les aides d'État, les relations financières des sociétés d'économie mixte avec les collectivités actionnaires ont longtemps été assujetties à la législation nationale relative aux aides publiques accordées aux entreprises. Nourrissant une certaine suspicion à l'égard de l'action économique des collectivités décentralisées, le législateur français a élaboré un important dispositif d'encadrement fait d'interdictions et d'admissions conditionnées. Interprété de manière très restrictive par la jurisprudence administrative, ce carcan juridique a longtemps été un frein au développement d'un partenariat public-privé efficace par le biais de l'économie mixte à l'échelon local. A l'analyse, la rigidité du cadre juridique naît d'un certain paradoxe dans la conception de la société d'économie mixte : tout en assimilant ce type de structures aux sociétés commerciales de droit commun, le législateur refusait de reconnaitre aux collectivités publiques les prérogatives inhérentes à la qualité d'actionnaire. Il en résultait une situation inconfortable pour cette catégorie d'associés dont le statut d'autorité publique a longtemps pris le pas sur celui d'actionnaire[773].

537- Cette situation se reflétait notamment à travers l'interdiction quasi générale faite aux collectivités territoriales d'octroyer des aides directes aux entreprises, y compris celles dont

[773] Ce constat a été fait par le rapport parlementaire de 2001 sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales. Le rapporteur relève que *« la jurisprudence, et surtout l'interprétation qui en a été faite, a dénié à la collectivité locale sa qualité d'actionnaire d'une société anonyme pour ne retenir que celle de collectivité publique* ». DARNE J., Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 26.

elles détiennent la majorité du capital[774]. Se proposant de préciser les dispositions de la loi du 7 janvier 1982, une circulaire en date du 7 mars 1994 relative aux relations financières entre les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales posait le principe selon lequel : *« ne sont autorisées ni les subventions, ni les prises en charge de pertes d'exploitation, ni les avances d'associés, ni les avances de trésorerie, sauf celles accordées dans le cadre d'un contrat de concession ou de mandat conclu soit en application de l'article 5 de la loi du 7 juillet 1983 [...], soit en vertu de l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique »*[775].

538- La rigueur de la circulaire excluait toute possibilité pour les collectivités publiques d'apporter des moyens financiers supplémentaires à leurs sociétés d'économie mixte par le biais d'aides directes. La seule dérogation admise était celle où l'entreprise agit en qualité de concessionnaire ou de mandataire de la personne publique. Dans cette hypothèse, l'article 5 de la loi du 7 juillet 1983 prévoyait la possibilité pour la collectivité actionnaire de faire « *l'avance de fonds nécessaire au financement de la mission* » confiée à la structure d'économie mixte ou de rembourser les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies[776]. Il s'agissait d'une faculté très encadrée, le législateur exigeant qu'elle fasse l'objet d'une convention définissant les obligations de chaque partie.

539- Du point de vue de la société à capitaux mixtes, l'intérêt de ce mécanisme était réduit en raison de son champ d'application limité. D'une part, il ne pouvait pas porter sur des prestations de services[777]. D'autre part, l'avance de fonds est faite pour financer les opérations déterminées par la convention. Il ne s'agit pas d'une avance faite à la société et ne peut avoir pour objet de permettre à l'entreprise de « *faire face à des difficultés de trésorerie provenant non pas d'une telle opération, mais de l'ensemble des activités cumulées de la société »*[778]. Appliquant strictement la législation, la jurisprudence administrative a limité les cas d'apports

[774] L'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 (loi n° 82-6 approuvant le plan intérimaire 1982-1983) réserve aux régions la possibilité d'octroyer des aides directes aux entreprises à condition de respecter les plafonds fixés par décret. Les autres catégories de collectivités territoriales et leurs groupements se voient reléguées au second plan avec la faculté qui leur est accordée de compléter les aides octroyées par la région lorsqu'elles n'ont pas atteint le plafond fixé par décret.
[775] Circulaire adressée par le Ministre de l'Intérieur aux préfets et de l'Aménagement du territoire, Le Moniteur, 13 mai 1994, p. 261.
[776] Article 5 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte, JORF du 8 juillet 1983, p. 2097.
[777] CE 20 octobre 1995, « *Lefèvre et autres* », req. n° 152186.
[778] DEVES Cl., « Les règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM », AJDA, 1996, p. 223.

financiers ponctuels des collectivités territoriales au profit de leurs sociétés d'économie mixte aux cas où les premières agissent en qualité de concédant ou mandataire[779]. La faculté offerte, par le droit commun des sociétés, aux actionnaires de consentir des avances à la structure commune leur étaient refusées. Dans ces conditions, seuls les associés privés pouvaient jouer le rôle de pourvoyeurs de moyens financiers supplémentaires, dans les conditions du droit commun, pour permettre à la société d'économie mixte de faire face à ses difficultés de trésorerie.

540- Reléguée au rang « *d'actionnaire diminué* »[780], la collectivité publique se trouvait dans une situation de relative dépendance à l'égard des actionnaires privés. Pour remédier à cette situation qui, à l'évidence, contredisait la volonté de maîtrise publique de l'économie mixte, le législateur a entrepris l'assouplissement des règles régissant les relations financières entre les collectivités actionnaires et leurs sociétés d'économie mixte. La volonté d'assouplissement se reflète dans l'article 2 de la loi du 2 janvier 2002[781], codifié aux articles L. 1522-4 et L. 1522-5 du CGCT. Valorisant la qualité d'actionnaire qui est la leur, cette « *disposition phare* »[782] de la réforme de 2002 permet aux collectivités territoriales d'allouer des avances en compte courant d'associés aux sociétés d'économie mixte. Cette technique inspirée du droit des sociétés permet à l'actionnaire d'accorder à la structure commune un prêt qui peut prendre deux formes différentes : soit il verse la somme déterminée dans la caisse sociale, soit il renonce temporairement à la perception de sommes dont l'entreprise est débitrice à son égard[783]. Dans les deux cas, l'actionnaire devient créancier de la société pour lui permettre de faire face à un besoin ponctuel de financement.

---

[779] A titre illustratif : CE, 13 septembre 1995, « Département des Alpes-Maritimes », req. n° 122646 ; CE, 6 novembre 1995, « Commune de Villenave d'Ornon », req. n° 145955. Au regard de cette jurisprudence, « *tous les montages financiers dans lesquels sont impliquées des collectivités actionnaires, visant à procurer des moyens financiers supplémentaires à des SEM locales sans entraîner de modification du capital, sont interdits s'ils ne se rattachent pas à une convention régie par l'article 5 de la loi du 7 juillet 1983, c'est-à-dire une convention qui donne mandat ou délègue à une SEM le soin d'exécuter une mission de service public ou d'intérêt général ». (*DEVES Cl., « Les règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM », préc.).

[780] CHEROT J-Y., « La réglementation des relations financières entre les collectivités locales », Les Petites Affiches, 25 octobre 1995, p. 16.

[781] Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, JORF du 3 janvier 2002, p. 121.

[782] CLAISSE Y. et MOREAU P., « La modernisation des sociétés d'économie mixte locales », JCP E, 2002, AR 34, p. 294.

[783] Voir : BOITEAU Cl., « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », AJDA, 2002 ; p. 1318.

541- Si cette technique s'inspire du droit des sociétés, l'origine publique des fonds implique un encadrement particulier. C'est dans cette optique que l'article L. 1522-5 du CGCT fixe ses modalités de mise en œuvre. Sur le plan formel, l'avance ne peut être allouée que sur demande expresse du Conseil d'administration ou de surveillance de la société d'économie mixte exposant ses motifs et fixant les conditions de son remboursement. Il s'agit d'une formalité substantielle dont l'omission est de nature à entrainer la nullité de la décision accordant l'avance[784]. Elle devra, par ailleurs, donner lieu à une convention conclue entre la société et la collectivité actionnaire. Ladite convention doit, sous peine de nullité, préciser la nature, l'objet et la durée de l'avance ainsi que son montant et les conditions de son remboursement. Ce régime se distingue de l'absence de formalisme caractérisant celui prévu par le droit commun des sociétés qui n'exige pas d'écrit.

542- Sur le plan matériel, la réforme de 2002 fixe des limites à l'utilisation de cette technique. L'avance ne peut être consentie par les collectivités actionnaires pour une durée supérieure à deux ans et ne peut être renouvelée qu'une seule fois. A l'expiration de ce délai, elle doit être remboursée ou être incorporée dans le capital social. Cette seconde option est toutefois exclue si elle devait avoir pour effet de faire porter la participation des collectivités publiques au-delà du plafond prévu par l'article L. 1522-2 du CGCT, c'est-à-dire au-delà de 85% du capital social de l'entreprise. Par ailleurs, dans un souci d'éviter que la pratique des avances en compte courant d'associé ne donne lieu à des dérives de la part des collectivités actionnaires, le législateur pose deux interdictions liées aux capacités financières des acteurs. Il s'agit d'une part de l'impossibilité d'y recourir « *si la totalité des avances déjà consenties par la collectivité ou le groupement à des sociétés d'économie mixte excède, avec cette nouvelle avance, 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité ou du groupement* »[785]. D'autre part, aucune avance ne peut être consentie par la collectivité actionnaire lorsque les pertes d'exploitation de la société d'économie mixte ont eu pour effet de rendre ses capitaux propres inférieurs à son capital social[786].

543- En définitive, si le cadre juridique régissant les relations financières entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités actionnaires s'est longtemps caractérisé par sa rigidité, il bénéficie actuellement de l'assouplissement initié par la loi de modernisation du 2 janvier

[784] CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, Rapport d'observations définitives, 26 novembre 2009, Commune de Sainte-Maxime, n° 5.1.2.
[785] CGCT, art. L. 1522-5, alinéa 4.
[786] CGCT, art. L. 1522-5, alinéa 5.

2002. Il est possible d'y voir une opportunité de développement de l'économie mixte locale, notamment dans le domaine des services énergétiques où les besoins de financement sont importants et exigent une plus grande intervention publique. En tout état de cause, cette réforme outille davantage ce genre de structures pour faire face à la concurrence que leur livrent d'autres modes de gestion.

Section 2- Une formule concurrencée par d'autres modes de gestion

544- L'utilisation de la formule du partenariat public-privé par le biais de la société d'économie mixte trouve des limites liées à la rigidité de son cadre juridique. La soumission de leurs relations contractuelles aux règles de publicité et de mise en concurrence réduit considérablement l'intérêt de la formule pour les potentiels actionnaires privés. Par ailleurs, l'encadrement contraignant des relations financières qu'elles entretiennent avec leurs collectivités publiques actionnaires accroît les lourdeurs juridiques pesant sur la structure d'économie mixte. En définitive, la proximité avec les personnes publiques ne lui procure aucun avantage particulier par rapport à ses concurrents.

545- La pertinence de la formule est ainsi remise en question par les personnes publiques qui se tournent de plus en plus vers d'autres modes de gestion dont la souplesse permet une intervention plus efficace des acteurs publics **(Paragraphe I)**. Tirant les conséquences de cet état des faits, les pouvoirs publics ont entrepris le renouvellement du cadre juridique de la société d'économie mixte afin de la redynamiser. Cette volonté se traduit notamment à travers la création de la société d'économie mixte à opération unique qui matérialise une nouvelle approche du partenariat public-privé institutionnalisé **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : L'apparition de modes de gestion concurrents

546- Afin de pallier les insuffisances de la société d'économie mixte, le législateur français a entendu diversifier la palette des modes de gestion à la disposition des personnes publiques, en particulier pour les collectivités territoriales. C'est ainsi que sont apparus les groupements d'intérêt public (GIP) et les sociétés publiques locales (SPL) permettant sous certaines conditions de s'affranchir des contraintes pesant sur les sociétés d'économie mixte locales. L'efficacité d'action qu'ils offrent résulte de la prise en charge plus effective des impératifs

d'intérêt général que permettent ces modes de gestion **(A)**. Elle résulte également de la souplesse de leur régime juridique **(B).**

A- Des structures permettant une meilleure prise en charge de l'intérêt public

547- La présence d'actionnaires privés au sein de la société d'économie mixte induit nécessairement la prise en compte de leurs intérêts qui se résument parfois à la recherche du profit. Cela fait de ce type de structure un instrument de conciliation entre des intérêts parfois contradictoires : d'une part, la constitution de dividendes, déterminant principal du choix d'investissement des acteurs privés, et d'autre part, la qualité du service et la prise en compte d'autres externalités légitimant l'intervention de la personne publique actionnaire. L'économie mixte se trouve donc soumise à des tensions inhérentes à son objet et ses finalités. Les exigences d'intérêt général n'étant qu'un paramètre parmi d'autres, leur prise en charge requiert des compromis de la part des associés publics. Elle en devient partielle et sa rigueur diluée.

548- C'est à cet égard que les autres modes d'intervention présentent un avantage certain par rapport à la société d'économie mixte. En effet, le groupement d'intérêt public échappe aux tensions sus-évoquées dans la mesure où il n'a pas vocation à poursuivre un but lucratif **(1)**. De la même manière, l'absence d'actionnaires privés dans le capital de la société publique locale tend à atténuer cette tension **(2)**.

1. L'exclusion du but lucratif dans le cadre du groupement d'intérêt public

549- L'immixtion des groupements d'intérêt public dans le domaine des services énergétiques pourrait paraître surprenante en raison du fait qu'il ne s'agit pas de leur périmètre d'activité traditionnel. Ce type de structure est apparu pour la première fois dans le paysage institutionnel français dans le domaine de la recherche avec la loi du 15 juillet

1982[787]. L'article 21 de cette loi circonscrivait leur champ d'intervention aux activités de recherche ou de développement technologique et de gestion d'équipements d'intérêt commun nécessaires à ces activités. Ils pouvaient également être créés « *pour exercer, pendant une durée déterminée, des activités contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques concertées de développement social urbain* ». Leur objet était donc quasi exclusivement scientifique et leur champ d'intervention ne paraissait pouvoir être étendu au secteur industriel comme celui de l'énergie.

550- Devant l'intérêt que présente la formule, les pouvoirs publics en ont progressivement étendu le champ d'intervention qui couvre désormais diverses thématiques de l'action publique allant de l'environnement à la culture en passant par l'aménagement du territoire. Concernant le domaine des services énergétiques, il a fallu attendre la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique de 2005, dite loi POPE[788], pour que les GIP puissent y intervenir. L'article 25 de ce texte dispose que « *des groupements d'intérêt public peuvent être constitués entre des personnes de droit public ou de droit privé pour exercer, pendant une durée déterminée, des activités dans le domaine de la maîtrise de l'énergie ou de la promotion des énergies renouvelables, ainsi que pour créer ou gérer des équipements, des personnels ou des services communs nécessaires à ces activités* ».

551- Leur domaine de compétence est assez large : il ne se résume pas à la recherche et la réalisation d'études mais s'étend également à la réalisation et l'exploitation d'équipements collectifs. Dans ce cadre, les groupements d'intérêt public peuvent prendre en charge toute action destinée à permettre une réduction de la consommation d'énergie à travers notamment la rénovation énergétique des bâtiments. De la même manière, les groupements d'intérêt public peuvent exercer des activités de promotion des énergies renouvelables par le biais de la production énergétique. Ils viennent ainsi s'ajouter aux acteurs traditionnels intervenant sur ce secteur tels que les sociétés à capitaux exclusivement privés et les sociétés d'économie mixte. C'est notamment le cas du GIP Lambersart Energie 2020 dont l'article 3 de la convention constitutive stipule que « *le groupement a pour objet principal est de permettre la constitution et l'exploitation d'un réseau de distribution de chaleur vertueux sur le territoire de la ville de*

[787] Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, JORF du 16 juillet 1982, p. 2270 ; CORDIOLANI, « Une nouvelle forme de groupement : le GIP », JCP, éd. CI, 1983, p. 14045.
[788] Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF n° 163 du 14 juillet 2005, p. 11570.

Lambersart »[789]. Une structure de la même nature a été mise en place dans la région Nouvelle-Aquitaine pour promouvoir le développement des énergies marines renouvelables[790]. C'est dans ce cadre qu'il a initié en 2011 une étude scientifique et technique sur le potentiel énergétique renouvelable de l'espace littoral aquitain destinée à susciter des projets d'installation d'unités de production énergétique d'origine marine suivant les différentes technologies disponibles[791].

552- L'intérêt de ce genre de structure est de permettre une association organique entre acteurs publics et privés[792] et une mutualisation des moyens en vue de la réalisation d'un projet commun. Cependant, contrairement à la société d'économie mixte qui n'exclut pas la réalisation et le partage de dividendes, l'activité du groupement d'intérêt public exclut la réalisation de profit. C'est en effet ce qui ressort de l'article 98 de la loi du 17 mai 2011[793] aux termes duquel les membres du groupement « *y exercent ensemble des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice* ». L'exclusion du but lucratif semble devoir confiner l'intervention des GIP dans la seule gestion des activités de service public à caractère administratif. C'est d'ailleurs en ce domaine qu'interviennent la plupart de ceux qui ont été constitués[794]. La typologie des groupements d'intérêt public existant révèle que, malgré leur grande diversité, ils présentent généralement la caractéristique commune de prendre en charge des activités à caractère administratif[795]. Leur immixtion dans le secteur industriel et commercial est néanmoins constante : la construction et l'exploitation d'équipements peuvent faire partie de leurs attributions. On peut cependant se poser la question de savoir si l'exclusion du but lucratif n'implique pas

[789] Créé le 25 juin 2012, ce groupement regroupe la ville de Lambersart et une société anonyme d'habitat à loyer modéré, la société Vilogia. Source : site internet du groupement, http://www.lambersart.fr/Bien-vivre/Cadre-de-vie-et-urbanisme/Developpement-durable/GIP-Lambersart-Energie.

[790] Il s'agit du groupement d'intérêt public « Littoral Aquitain » créé en 2006 qui intervient dans la gestion durable de l'espace littoral aquitain à travers la réalisation d'études et de projets de développement des énergies marines renouvelables.

[791] Source : site Web du « GIP Littoral Aquitain », http://www.littoral-aquitain.fr/energies-marines-renouvelables/potentiel.

[792] Les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public doivent détenir ensemble plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants du groupement d'intérêt public. (Article 103 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537).

[793] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

[794] Conseil d'Etat, Les groupements d'intérêt public, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 1997.

[795] Voir : JORION B., « les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », AJDA, 2004, p. 305.

l'interdiction de prendre en charge des activités exclusivement commerciales telles que la production et la fourniture d'énergie.

553- Cette question semble devoir recevoir une réponse négative. En effet, le but non lucratif du groupement d'intérêt public ne fait pas obstacle à la rentabilité de l'activité qu'il prend en charge. Il exclut tout simplement le partage de dividendes entre les membres du groupement. Ainsi, dans le cas où la coopération organique fait preuve d'une grande efficacité de gestion induisant des retombées financières, celles-ci doivent être réinjectées dans les activités du groupement ou réservées sans que les membres ne puissent y prétendre.

554- Dans ce cadre, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce qu'un groupement d'intérêt public exploite une unité de production énergétique. Cependant, cette possibilité est limitée à la production d'énergie renouvelable, à l'exclusion des autres sources d'énergie. Cela résulte de l'article 25 de la loi POPE précitée qui, dans ce domaine, circonscrit leur champ d'intervention à la maîtrise de l'énergie et la promotion des énergies renouvelables. Qui plus est, le contexte général de transition énergétique confère à la production d'énergie renouvelable les attributs d'une activité d'intérêt général susceptible de légitimer sa prise en charge par un groupement d'intérêt public conformément aux dispositions précitées de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

555- Quant à l'activité de fourniture d'énergie, son exercice par un groupement d'intérêt public est susceptible de soulever plus d'interrogations. A l'instar de la société d'économie mixte, l'intervention du GIP est subordonnée à l'existence d'une activité d'intérêt général. Or, en dehors de la fourniture aux tarifs « *Première nécessité* » actuellement réservée aux opérateurs historiques, l'activité de fourniture ne présente pas les caractères d'un service public. Par ailleurs, en l'absence d'une carence de l'initiative privée en ce domaine, un intérêt général suffisant ne semble pas y justifier l'intervention des groupements d'intérêt public. Toutefois, cette activité ne doit pas être exclue de leur champ de compétence dans la mesure où elle peut se rattacher à une des deux thématiques prévues par la loi POPE : la maîtrise de l'énergie et la promotion des énergies renouvelables. Aussi, un groupement d'intérêt public semble-t-il pouvoir effectivement exercer la fonction de fournisseur d'énergie dès lors que le but poursuivi est la maîtrise de l'énergie. Cela se traduirait par exemple par la mise en place d'un système de *bonus/malus* destiné à surfacturer les usagers ayant dépassé un certain seuil de consommation et, à l'inverse, réduire la facture des consommateurs les plus sobres.

556- Sur ces deux thématiques, la formule du groupement d'intérêt public présente l'avantage d'être un instrument exclusivement dédié à la réalisation du projet et à la qualité du service. Affranchi des considérations inhérentes à la recherche de profits pour ses membres, le partenariat qu'il instaure entre les différents acteurs échappe à d'éventuels « *comportements non coopératifs* »[796] comparables à ceux pouvant exister dans le cadre de la société d'économie mixte classique. Il s'ensuit une plus grande cohérence de l'action de la structure de partenariat. Un avantage similaire est attendu du partenariat entre collectivités publiques par le biais de la société publique locale.

2. L'émergence de la coopération organique entre personnes publiques

557- La formule de l'économie mixte présente certes des avantages non négligeables en termes de souplesse et d'opportunités de financement, mais elle peut être sujette à des comportements non coopératifs dus à la présence d'intérêts parfois divergents en son sein. Comme on a pu le remarquer à propos des entreprises concessionnaires, la rentabilité des investissements réalisés constitue le but principal des acteurs privés. Du point de vue de l'actionnaire privé, la prise en charge des impératifs d'intérêt général demeure une externalité qu'elle n'a pas à assurer de manière spontanée et sans contrepartie financière. La qualité du service assuré par la structure commune ne constitue qu'un paramètre parmi d'autres et demeure souvent secondaire par rapport à la réalisation de bénéfices ou d'économies : la performance s'y résume à sa dimension financière[797]. A l'inverse, pour la collectivité publique actionnaire, l'intérêt général constitue la justification exclusive de son intervention par le biais de la société d'économie mixte. L'absence d'une réelle convergence des intérêts en présence constitue une tare congénitale de l'économie mixte et affecte l'efficacité du partenariat qu'elle sert à institutionnaliser.

558- Pour remédier à cette insuffisance, l'alternative qui s'offre aux acteurs publics est d'instituer une structure de coopération entre collectivités publiques pour prendre en charge

[796] UHALDEBORDE J-M., « Partenariat public-privé et efficacité économique : les aléas d'une complémentarité antagonique », In : *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, p. 72.
[797] FONTOWICZ L. « La performance de gestion des SEM », in : GUERARD S. (sous la direction de) *Regards croisés sur l'économie mixte. Approche pluridisciplinaire droit public et droit privé*, préc. p. 95.

les activités d'intérêt général relevant de leur compétence. Telle est la vocation de la société publique locale développée par la loi du 28 mai 2010[798] dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 1531-1 du CGCT. Il s'agit d'entreprises constituées sous la forme sociétaire et dont le capital est intégralement détenu par les collectivités territoriales et leurs groupements. Ainsi, contrairement à la société d'économie mixte, les acteurs privés sont exclus de la société publique locale qui apparaît davantage comme un instrument de l'action publique dédié à la gestion des activités d'intérêt général.

559- Initiée par la loi de 2006 portant engagement national pour le logement[799] qui, à titre expérimental, en avait limité le champ d'intervention au secteur de l'aménagement[800], cette formule a été pérennisée par la loi de 2010 précitée qui en a diversifié les compétences. Désormais, les sociétés publiques locales peuvent être créées par les collectivités territoriales et leurs groupements « *pour réaliser des opérations d'aménagement…, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général »*[801]. Cette disposition traduit un rapprochement entre la société publique locale et la société d'économie mixte[802] : à l'instar de la seconde, la première bénéficie d'un champ de compétence très large, la formulation extensive retenue permettant « *d'envisager à peu près toutes les activités qui peuvent être exercées par les personnes publiques* »[803].

560- La société publique locale vient donc diversifier la palette des instruments d'intervention à la disposition des collectivités publiques et apparaît comme une alternative

---

798 Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, JORF n° 122 du 29 mai 2010, texte n°1.

799 Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JORF n° 163 du 16 juillet 2006, p. 10662.

800 Codifiant la loi du 13 juillet 2006 précitée, l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme dispose que les sociétés publiques locales d'aménagement ont compétence pour réaliser toute opération d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du même code. Il s'agit des actions ou opérations ayant pour objet de « *mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* ». (Article L. 300-1 du code de l'urbanisme).

801 CGCT, art. L. 1531-1, alinéa 2.

802 Ce rapprochement apparaît notamment à travers la ressemblance de la formulation retenue dans cet article avec celle de l'article L. 1521-1 du CGCT relatif au domaine de compétence des sociétés d'économie mixte.

803 PERLEANI G., « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés « robots » ? », Revue des sociétés, 2013, p. 191.

crédible à l'économie mixte[804]. En effet, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent faire le choix de recourir à ce type de structure y compris dans le domaine des services énergétiques. Cette option a d'ailleurs été celle de plusieurs collectivités publiques qui se sont regroupées au sein de sociétés publiques locales pour assurer la gestion des services énergétiques sur leur territoire. C'est par exemple le cas en Île-de-France où, depuis le 3 mars 2014, s'est créée une société publique locale regroupant le Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour les Énergies et les Réseaux de Communication (SIPPEREC) (51% du capital) et les villes de Grigny (34%) et Viry-Chatillon (15%). Dénommée Société d'exploitation des énergies renouvelables (SEER) Grigny-Viry-Chatillon, la société publique ainsi créée s'est spécialisée en chauffage urbain et gère le réseau de chaleur géothermique sur le territoire de ses actionnaires[805].

561- Cette forme de coopération a été reproduite par les acteurs publics et a vocation à étendre son intervention sur l'intégralité de la chaîne de valeur énergétique, exception faite du transport et de la distribution d'énergie pour les raisons juridiques issues de la loi de nationalisation du 8 avril 1946. A titre illustratif, on peut noter la création de la société publique locale OSER qui, depuis 2014, regroupe plusieurs actionnaires de divers échelons territoriaux[806] et intervient en matière de maîtrise de l'énergie en prenant en charge des opérations de rénovation énergétique des bâtiments publics. Elle a également diversifié ses compétences et assure désormais des actions de promotion des énergies renouvelables sur le territoire de ses membres[807]. Des services similaires sont gérés par l'Ouest Normandie Energie Marine (ONEM), entreprise constituée sous forme de société publique locale.

562- On constate donc que les décideurs publics intervenant dans le domaine des services énergétiques se sont approprié la société publique locale pour la mise en œuvre de leurs politiques dans le secteur de l'énergie. S'il connait ce succès, c'est parce que ce type de structure présente l'avantage, d'une part, de ne pas être sujet aux divergences d'intérêt susceptibles de naître au sein de la société à capitaux mixtes. La décision de s'associer en son sein est justifiée par des visions convergentes sur la manière et les modalités de gestion de

[804] En ce sens : CHONG E., LE LANNIER A. et STAROPOLI C., « La rénovation énrgétique des bâtiments : les collectivités territoriales au milieu du gué », in : *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, 2013, vol. 33, n° 1, pp. 155-168.
[805] Source : site de la SPL SEER Grigny-Viry-Chatillon, http://grigny91.fr/geothermie.html.
[806] La SPL OSER regroupe la région Rhône-Alpes, 14 communes de la région et le syndicat intercommunal d'énergie du département de la Loire (SIEL 42).
[807] Source : site de la SPL OSER, http://spl-oser.fr/accueil/la-spl/metiers-competences/.

l'activité d'intérêt général prise en charge par la société publique. La recherche exclusive du profit étant exclue de l'activité des personnes publiques, la gestion efficace du service concerné constitue le seul déterminant du choix des membres de s'associer. L'intérêt de chaque actionnaire à la bonne gestion du service dont elle a la charge assure à la structure commune l'implication collective et la prémunit des comportements non coopératifs imputables aux « *sleeping partners* » dans le cadre de la société d'économie mixte.

563- D'autre part, la société publique locale relève d'une maîtrise intégralement publique de son objet tant au niveau du capital qu'à celui de ses organes délibérants. La coopération qu'elle rend possible entre les personnes publiques présentes à son capital permet une mise en cohérence des politiques publiques menées par différentes collectivités territoriales quel qu'en soit l'échelon. Dès lors, elle n'apparaît pas seulement comme une modalité de gestion d'un service public : elle sert également de cadre de concertation et de coordination entre acteurs publics ayant compétence pour agir dans un même domaine. Plus qu'une simple forme d'individualisation d'un service, la société publique locale apparaît comme un mécanisme de mutualisation des moyens entre divers acteurs publics, un facteur de « *coproduction des politiques publiques* »[808]. Dans un secteur comme celui de l'énergie, marqué par un éclatement des compétences entre divers échelons de collectivités, cet atout contribue à accroître l'attractivité de la société publique locale. A cela s'ajoute le fait que, contrairement à la société d'économie mixte, l'opérateur au capital intégralement détenu par les personnes publiques n'est pas soumis aux règles de mise en concurrence dans ses rapports contractuels avec ses actionnaires.

B- Des structures au régime juridique plus souple.

564- L'application des règles de mise en concurrence aux sociétés d'économie mixte dans leurs relations contractuelles avec les collectivités actionnaires constitue une des raisons fondamentales du désintérêt pour cette formule de la part aussi bien des personnes publiques que des acteurs du secteur privé. Dans ce contexte, l'opportunité qui est actuellement offerte par le droit positif de recourir à des structures qui échappent à cet encadrement juridique contraignant apparaît comme une alternative intéressante pour les collectivités publiques qui y

[808] LAVAL MADER N., « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », RFDA, 2012, p. 1092.

voient un facteur d'affirmation de leur liberté contractuelle. Il en est ainsi du groupement d'intérêt public qui, sous certaines conditions, peut bénéficier de l'exception « *in house* » dans ses relations avec les collectivités créatrices **(1)**. De manière plus déterminante, c'est la société publique locale qui matérialise cette liberté contractuelle puisqu'elle est présumée avoir la qualité de prestataire intégré **(2)**.

1. L'applicabilité conditionnelle de l'exception « in house » au groupement d'intérêt public

565- Il est de jurisprudence constante qu'une personne publique dispose d'une totale liberté pour satisfaire ses besoins par ses propres services sans être obligée de les mettre en concurrence. Le Conseil d'État affirmait, dès 1930, qu'une commune pouvait légalement *« faire procéder par ses propres agents aux travaux d'imprimerie nécessaires au fonctionnement de ses services »*[809]. La même position a été réitérée en 1970 dans son arrêt « *Société Unipain* »[810], à propos des services relevant du ministère des forces armées.

566- Elle est partagée par la Cour de justice de l'Union européenne qui confirme cette liberté d'organisation permettant aux collectivités publiques de ne pas recourir à l'externalisation sauf dans les cas où un texte spécifique le leur impose[811]. Cette absence de mise en concurrence ne soulève aucune objection lorsque la structure qui fournit les prestations ne dispose pas de la personnalité juridique et apparaît comme un service de la collectivité donneuse d'ordre. Il en va tout autrement dans l'hypothèse où le prestataire est juridiquement distinct de la personne publique, comme peut l'être un groupement d'intérêt public. La question qui se pose est alors de savoir si les relations contractuelles entre ce type de structure et les collectivités publiques qui en sont membres doivent faire l'objet d'une mise en concurrence préalable.

567- A cette question, la haute juridiction administrative a apporté une réponse intéressante qui rappelle la jurisprudence de la CJUE relative aux contrats « in house ». Dans une décision en date du 4 mars 2009, le Conseil d'État a considéré que « *si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin… un*

[809] Conseil d'Etat, 26 juin 1930, « *Bourrageas* », rec. Lebon, p. 659.
[810] Conseil d'Etat, 29 avril 1970, « *Société Unipain* », rec. Lebon, p. 280.
[811] CJCE 11 janvier 2005, « *Stadt Halle* », aff. C-26/03, préc.

organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ; que cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public… »[812].

568- Une lecture en creux de cet arrêt permet de conclure que la mise en concurrence des contrats publics demeure la règle : il n'y est dérogé que dans le cas où un lien de dépendance suffisamment caractérisée unit les cocontractants. Ce lien se matérialise en particulier par l'existence d'un contrôle public comparable à celui qu'une collectivité exerce sur ses propres services. En ce qui concerne les sociétés d'économie mixte, la présence d'un actionnaire privé, même détenant une part très minoritaire du capital, exclut l'existence de ce contrôle analogue[813]. Le même raisonnement peut être appliqué aux groupements d'intérêt public lorsqu'il regroupe des personnes publiques et des personnes privées en son sein. Dans cette hypothèse, les collectivités publiques membres ne sont plus réputées exercer sur la structure un contrôle suffisant pouvant lui imprimer les caractères d'un prestataire intégré[814]. Il en va tout autrement lorsque le groupement ne compte que des personnes publiques parmi ses membres. En l'absence de toute présence d'un acteur privé en son sein, le groupement répond à sa véritable vocation, celle de servir de cadre de mutualisation des moyens publics.

569- Cependant, même si elle en est un indice, la détention publique de l'intégralité du capital de l'organisme ne suffit pas pour caractériser un contrôle analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services. Il est également nécessaire que les personnes publiques membres disposent de moyens leur permettant de maîtriser totalement l'orientation et l'action du groupement d'intérêt public. Ce dernier doit apparaître comme un simple démembrement des collectivités qui le contrôlent et dont il a vocation à réaliser la politique. Cette situation apparaît notamment à travers le fait que l'objet statutaire exclusif de l'organisme créé est de gérer un service public ou une activité d'intérêt général pour le compte des collectivités membres, celles-ci disposant « *des moyens de s'assurer du strict*

[812] Conseil d'État, 4 mars 2009, « Syndicat national des industries d'information de santé ».
[813] CJCE, 11 janvier 2005, « Stadt Halle et RPL Lochau », préc., point 49.
[814] En ce sens : DREYFUS J-D., « La mutualisation peut-elle soustraire aux règles du marché ? », AJDA, 2009, p. 891.

respect de son objet statutaire »[815]. Ne disposant dès lors pas d'une réelle autonomie par rapport aux collectivités publiques membres, le groupement d'intérêt public ne peut être regardé comme un véritable opérateur intervenant sur un marché concurrentiel. Il apparaît davantage comme « *un organisme dédié commun* »[816] sur lequel les membres exercent d'amples pouvoirs de gestion. Dans cette configuration, le groupement d'intérêt public présente les caractéristiques de l'opérateur intégré auquel le droit de l'Union européenne permet de recourir sans avoir à appliquer les règles de mise en concurrence[817]. Il en est de même de la société publique locale dont la détention publique de l'intégralité du capital fait présumer la qualité de prestataire intégré.

2. L'applicabilité présumée de l'exception in house à la société publique locale.

570- Il ressort de la jurisprudence de la CJUE que l'application de l'exception « in house » permettant de déroger aux règles de mise en concurrence est soumise à une double condition : d'une part, l'opérateur doit exercer l'essentiel de son activité pour le compte des collectivités qui le détiennent ; ces dernières doivent, d'autre part, exercer sur lui un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services[818]. Concernant les sociétés publiques locales, l'examen du premier critère ne soulève pas de difficulté particulière. En effet, le troisième alinéa de l'article L. 1531-1 du CGCT dispose que « *ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ». Elles ne sont pas habilitées à procéder à une diversification, même accessoire, de leurs activités en fournissant des prestations à des tiers.

571- Quant au critère relatif au contrôle analogue, son examen s'avère plus complexe en raison du fait qu'il se déduit d'un faisceau d'indices permettant de conclure que les collectivités publiques exercent une influence déterminante sur le prestataire. Toujours est-il que ce contrôle analogue est présumé présent dans le cadre de la société publique locale. La

[815] CE, 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence », rec. Lebon, p. 155.
[816] COURREGE A., conclusions sous : Conseil d'Etat, 4 mars 2009, « Syndicat national des industries d'information de santé ».
[817] Voir : LENICA F., « Le groupement d'intérêt public, la liberté du commerce et de l'industrie et les principes de la commande publique », AJDA, 2010, p. 2380.
[818] CJCE, affaire C-107/98, « Teckal Srl », 18 novembre 1999, préc. ; CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria, aff. C-324/98, préc. ; CJCE 21 juil. 2005, Coname, aff. C-231/03, préc.

détention publique de l'intégralité du capital en constitue un indice majeur. Cette présomption est renforcée par la CJUE qui, dans sa décision « *Carbotermo SpA* » du 11 mai 2006[819], a estimé que « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* ».

572- Dans le cadre de la société publique locale, le contrôle analogue est exercé de manière conjointe par l'ensemble des collectivités publiques actionnaires. Cette circonstance n'est pas rédhibitoire, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'exigeant pas que ledit contrôle soit exercé de manière individuelle[820]. Il suffit que la totalité des prérogatives reconnues aux collectivités membres révèle l'existence d'une influence publique dominante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de la société prestataire[821]. La circonstance que chaque associé participe au capital et aux organes de direction de la société s'avère suffisante pour révéler l'existence d'une influence publique dominante[822]. Dans cette configuration, les relations contractuelles de la société publique locale avec les collectivités membres semblent devoir être couvertes par l'exception « in house », y compris celles la liant avec un actionnaire public minoritaire.

573- Il faut cependant préciser que si elle en est une condition nécessaire, la détention publique de l'intégralité du capital n'en demeure pas moins insuffisante pour caractériser un contrôle analogue. Lors de l'adoption de la loi du 28 mai 2010[823], l'idée selon laquelle la détention publique du capital suffit à conférer à la société publique locale la qualité d'opérateur intégré au sens du droit de l'Union européenne a pu être défendue[824]. Toutefois, il convient de noter que « *la loi du 28 mai 2010 ne crée pas des opérateurs in house en tout état de cause, elle crée des opérateurs susceptibles, moyennant certaines précautions, d'entrer*

819 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04 « *Carbotermo SpA et consorzio Alisei* », rec. 2006, p. I-04137, p. 37, conclusions STIX-HACKL.
820 CJCE, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, « Coditel Brabant SA », conclusions TRSTENJAK.
821 CJCE, 13 octobre 2005, « Parking Brixen GmbH», aff. C-458/03, Rec. CJCE 2005, préc., point 65 ; LEVAIN L., « Les relation in house à l'aune des nouvelles directives européennes », La semaine juridique-entreprise et affaires, n° 16, 16 avril 2015, pp. 31-37.
822 En ce sens : DYENS S., « Le critère du contrôle analogue est rempli si chaque associé participe au capital et aux organes de direction de la société publique », AJCT, 2013, p. 136.
823 Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, préc.
824 En ce sens : SCHOSTECK J-P., rapport n° 2277 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales, Assemblée nationale, 3 février 2010.

dans la catégorie des opérateurs in house »[825]. Ces précautions consistent à accorder aux collectivités publiques actionnaires des prérogatives en matière d'orientation et de contrôle comparables à celles qu'elles exercent sur leurs propres services, de sorte que la structure dédiée ne dispose pas d'une réelle autonomie décisionnelle.

574- Concrètement, le niveau de contrôle requis se vérifie sous deux angles : sur le plan organique et décisionnel. D'une part, les collectivités publiques membres de la société publique locale doivent disposer du pouvoir de désigner les organes dirigeants de la société. Elles doivent par ailleurs exercer un contrôle renforcé sur le conseil d'administration, notamment à travers la mise en place d'un comité unitaire représentant les collectivités actionnaires. En effet, le juge de l'Union européenne a, dans une décision en date du 10 septembre 2009[826], considéré que l'existence de ce comité unitaire et technique compétent pour déterminer des orientations et instructions s'imposant au conseil d'administration de la société publique locale permet de caractériser un contrôle analogue[827]. D'autre part, les statuts doivent conférer aux collectivités actionnaires un pouvoir de contrôle sur les décisions de l'entité prestataire. Cette exigence est réputée remplie lorsque, par exemple, la société publique ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner aux commandes faites par les personnes publiques actionnaires ni quant aux tarifs applicables à ses prestations[828].

575- En tout état de cause, l'existence d'un contrôle analogue suppose que les prérogatives reconnues aux actionnaires publics ne se résument pas « *pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnait à la majorité des associés* »[829]. Elle impose que les statuts de l'entreprise prévoient des clauses dérogatoires au droit commun des sociétés pour exprimer l'existence d'une réelle prépondérance publique sur la marche de la société publique[830]. Cette prépondérance ne doit toutefois pas être précaire ou seulement potentielle ; elle doit être réellement exercée et est appréciée *in concreto* par le juge européen. Si les critères d'application de l'exception in house sont remplis, les collectivités publiques actionnaires

[825] NICINSKI S., « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », AJDA, 2010, p. 1759.
[826] CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07 « Sea Srl contre comune di Ponte Nossa », recueil 2009. p. I-08127.
[827] Dans le même sens : VIGOUREUX A., « Les avantages de la société publique locale », RFDA, 2012, p. 1075.
[828] CJCE, 19 avril 2007, aff. C-295/05 « Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) », recueil 2007, p. I-02999.
[829] CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04 « *Carbotermo SpA et consorzio Alisei* », préc., point 38.
[830] Voir : GOUTAL Y. et IDRISSI M., « Une société publique locale, comment faire ? », AJCT, 2011, p. 269.

peuvent confier des prestations à la société publique locale en s'affranchissant de l'obligation de mise en concurrence préalable.

576- Cette faculté constitue l'intérêt majeur de ce type de structure par rapport à la société d'économie mixte classique qu'il est appelé à concurrencer. Leurs champs d'intervention étant similaires, il n'est pas inenvisageable que les acteurs locaux accordent leur faveur à la société publique locale au détriment de l'entreprise à capitaux mixtes pour la gestion de leurs services publics ; le secteur de l'énergie ne serait pas épargné par cette évolution. Dans ce domaine, la dynamique de remplacement ne peut concerner le segment de la distribution d'énergie en raison des dispositions de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 qui fige les entreprises locales de distribution dans le statut qui était le leur à la veille de sa promulgation.

577- Cette situation est pour le moins paradoxale dans un contexte d'émergence des sociétés publiques locales. En effet, elle se justifiait par le fait qu'à l'instar d'EDF et GDF, alors établissements publics nationaux, les sociétés d'économie mixte locales de distribution relèvent de la maîtrise des personnes publiques dont elles sont l'instrument. Or, cette prépondérance publique s'avère aujourd'hui encore plus marquée dans le cadre de la société publique locale, entreprise à capital intégralement public. Dès lors, la même logique devrait amener le législateur à reconnaître aux autorités organisatrices de la distribution la faculté de transférer la gestion de leurs réseaux d'énergie d'une société d'économie mixte à une société publique locale. En d'autres termes, suivant une logique d'opportunité, les autorités locales devraient pouvoir transformer leur société d'économie mixte locale de distribution en une société publique locale en charge de la gestion de leur réseau d'énergie. Théoriquement, cela conduirait à la disparition de la société d'économie mixte, ou à son affaiblissement dans le secteur de l'énergie, à défaut d'un renouveau de la formule.

Paragraphe II : La volonté de renouvellement du cadre juridique du partenariat public-privé institutionnalisé à travers la SEMOP

578- L'apparition de nouveaux instruments de l'action publique aurait pu avoir pour conséquence de condamner la formule de l'économie mixte à une disparition factuelle. L'engouement des acteurs locaux pour le groupement d'intérêt public et surtout pour la société publique locale a pu amener certains parlementaires et observateurs à classer la société

d'économie mixte dans la catégorie des entités « *en voie de disparition* »[831]. Cette volonté n'a pas été celle du législateur français qui s'est plutôt engagé dans une entreprise de renouvellement du cadre juridique de l'économie mixte à travers la création de la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)[832]. Plus que la société d'économie mixte classique, cette nouvelle catégorie d'entreprise apparaît comme un véritable instrument de partenariat public-privé **(A)**. Elle n'en demeure pas moins soumise aux règles de mise en concurrence ; celles-ci font toutefois l'objet d'une application aménagée **(B)**.

A- Un véritable cadre de partenariat public-privé

579- L'émergence de la SEMOP répond à un besoin d'adaptation de la formule de l'économie mixte dont les caractéristiques traditionnelles peuvent soulever des interrogations sur sa véritable vocation à servir de cadre de partenariat entre les personnes publiques et le secteur privé. La nouvelle structure née d'une loi du 1er juillet 2014[833] permet de mieux véhiculer cette volonté partenariale en accordant une plus grande place à l'actionnariat privé aux côtés des collectivités territoriales dans la constitution du capital social de l'entreprise **(1)**. Elle trouve un champ d'action privilégié dans le domaine de la production hydroélectrique **(2)**.

1. Une plus grande place accordée à l'actionnariat privé.

580- La critique qui est souvent faite à la société d'économie mixte classique tient au fait qu'elle n'accorde qu'une place résiduelle aux opérateurs économiques relevant du secteur privé. En effet, elle ne traduit pas une réelle volonté de coopération entre les collectivités territoriales et les acteurs privés souvent relégués au rang de « partenaires dormants » avec une participation symbolique ne leur permettant pas d'avoir un impact décisif sur la marche

831 Le député Jean-Pierre SCHOSTECK préconisait ainsi « *pour les collectivités locales de racheter les participations privées à leur capital pour les transformer en SPL conservant les mêmes activités »* (rapport n° 2277 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales, Assemblée nationale, 3 février 2010, p. 17).

832 Le sénateur Jacques MEZARD faisait ainsi remarquer que : « *il ne s'agit pas de remplacer les outils traditionnels des partenariats public-privés que sont les sociétés d'économie mixte classiques, ni d'abandonner les formules traditionnelles de gestion des services publics locaux telle que la délégation de service public* » (rapport n° 614 fait *au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi permettant la création des sociétés d'économie mixte à opération unique, présenté par Jacques MEZARD, Sénat, session ordinaire 2013-2014).*

833 Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création des sociétés d'économie mixte à opération unique, JORF n° 0151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

de l'entité. C'est sur ce plan que la nouvelle formule de la SEMOP présente un intérêt certain par la place plus grande qu'elle accorde à l'actionnariat privé. Elle permet de mettre en place « *une gouvernance partenariale* »[834] de la société, ce qui apparaît à un double niveau.

581- D'une part, la structure du capital de la société d'économie mixte à opération unique donne aux acteurs du secteur privé l'opportunité de s'engager de manière effective dans une relation partenariale plus équilibrée avec les collectivités publiques au sein de la structure dédiée. Aux termes de l'article L. 1541-1 du CGCT, « *la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %* ». Cette disposition ouvre la voie à l'existence d'une structure à capitaux mixtes au sein de laquelle les collectivités territoriales sont minoritaires. En effet, contrairement au régime juridique de la société d'économie mixte locale classique qui exige que les personnes publiques détiennent la majorité du capital, l'encadrement de la SEMOP baisse le seuil de participation publique à 34%. Dans ce cadre, la participation des actionnaires privés peut s'élever à hauteur de 66% du capital de la SEMOP. La loi du 1er juillet 2014 rompt ainsi avec la conception selon laquelle la participation financière des autorités locales dans une société commerciale n'est admissible qu'à la condition que celle-ci relève du secteur public[835]. « *C'est la première fois que le législateur français franchit le Rubicon en autorisant une société d'économie mixte locale à minorité publique* »[836].

582- La composition du capital présente un double intérêt. Tout d'abord elle permet à la collectivité territoriale actionnaire de garder la maîtrise de la structure avec la possibilité de détenir jusqu'à 85% de son capital social. Même dans le cas où elle maintient sa participation financière à son niveau le plus bas, c'est-à-dire 34% du capital, l'actionnaire public ne se trouve pas dénué d'influence sur la société. Ce seuil correspond en effet à la minorité de

[834] ROUVEYRAN T. et STRATULA A., « La SEMOP, un outil de coopération public-privé », La Gazette, 5 janvier 2015, p.53.
[835] Le secteur public regroupe toutes les catégories d'entreprises publiques, c'est-à-dire celles dont le capital social est majoritairement détenu par des personnes publiques qui, par ailleurs, exercent une influence prépondérante dans les organes de direction de la structure.
[836] DURAND G., Encyclopédie des collectivités locales- Les sociétés locales- folio n° 6232, septembre 2014. En réalité, cette situation n'est pas totalement nouvelle. L'état du droit antérieur à la loi du 7 juillet 1983 limitait la participation des collectivités territoriales dans une SEM à hauteur de 40% du capital de l'entreprise. Voir en ce sens : ECKERT G., « La SEMOP, outil de renouveau de l'action publique ? », AJDA, 2014, p. 1941.

blocage dans le droit commun des sociétés. Cela confère à son détenteur le pouvoir de faire obstruction aux décisions prises par l'actionnaire majoritaire, en particulier dans les hypothèses où la loi ou les statuts de la société requièrent une majorité qualifiée pour leur adoption. Il en va ainsi de toutes les décisions prises en assemblée générale extraordinaire, seule instance habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Les décisions de cet organe ne peuvent être prises qu'à la majorité qualifiée des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés[837]. Les dispositions de la loi de 2014 confèrent donc à la collectivité publique actionnaire le contrôle de l'outil SEMOP en tout état de cause : maîtrise normale lorsqu'elle est majoritaire ; maîtrise inversée dans le cas où la collectivité publique est minoritaire, à travers son droit de véto.

583- Par ailleurs, le second intérêt de la composition du capital de la SEMOP réside dans le fait qu'elle permet de concilier la maîtrise publique avec une implication effective du secteur privé. La fourchette dans laquelle le législateur encadre la participation financière des collectivités territoriales ouvre une large gamme de schémas envisageables. Il appartient à la collectivité publique de déterminer son degré d'engagement dans la réalisation du projet et le niveau de partage des risques avec ses associés privés. Elle peut décider de confier toute la responsabilité de la maîtrise opérationnelle du projet à l'opérateur économique en assumant la gestion administrative, se cantonnant ainsi à une fonction de contrôle. Elle peut, à l'inverse, prendre une part plus active dans cette direction opérationnelle en prenant à sa charge une grande partie du financement du projet par le biais de sa participation au capital de la SEMOP. A ce stade, tout est une question d'opportunité. Le choix dépend largement des capacités financières de l'actionnaire public et de l'intérêt suscité par le projet pour les acteurs du secteur privé.

584- En tout état de cause, le partenariat public-privé qui en résulte s'avère plus équilibré que dans le cadre de la société d'économie mixte classique. L'opérateur économique membre de la SEMOP ne se limite pas au statut de « sleeping partner », il s'implique de manière plus effective dans la réalisation du projet. Cette implication s'avère d'autant plus appréciable que « *dans un contexte de raréfaction de la ressource budgétaire, les élus locaux souhaitent une optimisation du fonctionnement des services publics locaux, en réintégrant leur gouvernance*

[837] Code du commerce, art. L.225-96, alinéa 3. Sur ce point, voir : GUYON Y., « Les droits des actionnaires minoritaires », Droit de la banque et de la bourse, 1990, p. 35.

tout en cherchant à bénéficier du savoir-faire du secteur privé »[838]. Elle est accentuée par le fait que par dérogation au droit commun des sociétés, l'article L. 1541-1, paragraphe II du CGCT prévoit que la SEMOP peut être constituée par seulement deux actionnaires. Dans ce cadre, elle échappe à l'émiettement de l'actionnariat privé. L'opérateur économique associé à la collectivité publique dispose d'une part assez significative du capital pour exercer une réelle influence sur la structure commune.

585- D'autre part, la dimension partenariale de la société d'économie mixte à opération unique apparaît à travers son mode de gestion. Il ressort du paragraphe III de l'article L.1541-1 du CGCT que les sièges au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la SEMOP « *sont attribués en proportion du capital détenu* » par chaque actionnaire. Il en résulte que la collectivité ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire bénéficie d'un nombre de siège réservé à l'instar de la société d'économie mixte. Cependant, dans le cadre de la SEMOP ce système de sièges réservés ne concerne que 34% des sièges du conseil d'administration ou de surveillance. Il est la conséquence du seuil de participation financière publique requise par la législation. Par ailleurs, le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la SEMOP est obligatoirement le représentant de la collectivité ou du groupement de collectivités territoriales.

586- Hormis ces éléments de représentation, la collectivité territoriale ne bénéficie d'aucun privilège par rapport à son associé. Les sièges du conseil d'administration étant attribués à proportion du capital détenu, chaque associé pèse dans le processus décisionnel à hauteur de sa participation. Cette égalité doit néanmoins s'entendre sous réserve de la faculté qui est laissée aux associés de conférer des prérogatives exorbitantes à la collectivité actionnaire sur la gouvernance de la société. Elles sont prévues, en amont de la constitution de la société, par le document de préfiguration, visé à l'article L. 1541-2 du CGCT, qui fixe *« les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité ou le groupement de collectivités souhaite disposer sur l'activité de la société définies »*. Il ne paraît donc pas y avoir d'obstacle

[838] Jean MEZARD, Rapport n° 199 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi de M. Jean-Léonce DUPONT et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, sur la proposition de loi de M. Antoine LEFÈVRE et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat et sur la proposition de loi de M. Daniel RAOUL et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, Sénat, 2013, p. 7.

à ce que l'actionnaire public se réserve par exemple un droit de vote double au conseil délibérant de la société.

587- En dehors de cette hypothèse et dans le cas d'une participation publique minoritaire, le conseil d'administration de la SEMOP peut prendre une décision même en l'absence d'approbation de la collectivité actionnaire. Cette dernière dispose néanmoins de la faculté d'y faire obstacle en faisant jouer sa minorité de blocage pour les décisions les plus importantes. Cependant, l'usage de cette faculté ne doit pas être constitutif d'un abus de minorité. En d'autres termes, même si elle dispose d'une minorité de blocage, l'actionnaire public ne peut « *provoquer une situation incompatible avec l'intérêt général de la société dans l'unique dessein de favoriser son intérêt égoïste au détriment de celui des autres actionnaires* »[839]. La vocation partenariale de la société s'en trouve préservée ainsi que le contrôle public sur la structure. Cela justifie que la formule de la SEMOP ait trouvé un champ d'application propice dans la filière hydroélectrique.

2. Une application spécifique dans la filière hydroélectrique

588- Par comparaison avec d'autres filières, le domaine de l'hydroélectricité présente plusieurs particularités tenant à l'échelon territorial de gestion, qui demeure étatique, et aux différents usages de la ressource hydraulique. Cette spécificité a été prise en compte par le législateur dans la rédaction de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[840]. L'article 118 de ce texte crée la société d'économie mixte hydroélectrique, structure nouvelle qui, sous réserve de quelques adaptations, reprend les caractéristiques essentielles de la SEMOP.

589- Codifié aux articles L. 521-18 à L. 521-20 du code de l'énergie, ce nouveau dispositif permet à l'État de s'associer à un opérateur économique et, le cas échéant, les collectivités territoriales ou d'autres partenaires publics au sein d'une structure dédiée à l'exploitation d'une concession hydroélectrique[841]. Ainsi, à la différence de la SEMOP de la loi du 1er juillet 2014, qui est réservée aux collectivités territoriales et à leurs groupements, la société

[839] Cour d'appel de Paris, 3ème chambre, section A, 26 juin 1990, « *SA Fromageries Bel et autres c. SA des Fromageries Paul Renard »,* note BOIZARD M., Revue des sociétés, 1990, p. 613. Sur cette notion voir : SORTAIS J-P., « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », Répertoire du droit des sociétés, 2003 ; VIANDIER A., « Abus de minorité », Revue des sociétés, 2013, p. 150.
[840] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[841] Art. L. 521-18 I du code de l'énergie.

d'économie mixte hydroélectrique est d'envergure nationale. L'État constitue en effet l'actionnaire de référence, la présence d'autres personnes publiques étant optionnelle. La participation obligatoire de l'État au capital de la société s'explique par le fait que la gestion et l'exploitation des cours d'eau relèvent de sa compétence. Aux termes de l'article 1er de la loi du 16 octobre 1919, « *nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État* »[842]. Les collectivités territoriales ne sont pas pour autant exclues du dispositif : celles qui sont riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique doit être exploitée peuvent devenir actionnaires de la société d'économie mixte hydroélectrique[843].

590- La participation des collectivités territoriales et de leurs groupements n'est toutefois pas automatique ; elle est subordonnée à l'approbation de leur demande par l'autorité étatique. A cette fin, un décret du 27 avril 2016[844] précise les éléments procéduraux de la demande formulée par les acteurs publics locaux. Codifié à l'article R.521-67 du code de l'énergie, il prévoit que le préfet notifie aux collectivités territoriales riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique doit être exploitée l'intention de l'autorité administrative « *de procéder à l'octroi d'une concession à une société d'économie mixte hydroélectrique et à la sélection d'un actionnaire opérateur* ». Dans un délai de trois mois à compter de cette notification, les collectivités territoriales intéressées peuvent adresser au représentant de l'État une demande motivée de participation. Celle-ci est obligatoirement accompagnée des éléments indicatifs précisant la part de capital que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite détenir et une estimation provisoire du montant maximum des investissements initiaux que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales envisage de financer[845].

591- C'est sur la base de ces informations et au regard de la capacité des demandeurs à assumer les besoins de financement projetés que l'autorité étatique donne son approbation. La formulation de l'article précité tend à démontrer que l'autorité administrative bénéficie d'un

[842] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1919, p. 11523.
[843] Article L. 521-18 III du code de l'énergie.
[844] Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions, JORF n° 0102 du 30 avril 2016.
[845] Article R. 521-67 du décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions.

pouvoir discrétionnaire dans son appréciation[846]. Par conséquent, si le refus de l'État d'accueillir favorablement la demande de participation d'une collectivité territoriale peut être contesté devant le juge administratif, le contrôle de ce dernier ne peut que se limiter à la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation.

592- Le formalisme du décret précité cache en réalité les larges possibilités de négociation entre les acteurs publics intéressés au projet. En effet, si les autorités locales et étatiques sont autonomes les unes par rapport aux autres, elles ne s'ignorent pas pour autant. Entre la formulation de la demande par l'autorité locale et son examen par l'État peut s'ouvrir une phase de négociation sur les conditions et modalités de participation de chaque acteur en fonction de l'équilibre partenarial recherché et de la place qu'ils entendent accorder à l'actionnaire opérateur au sein de la structure à créer[847]. Les résultats de ces négociations sont formalisés dans un accord préalable à la sélection de l'actionnaire opérateur. Ce document précise notamment la part de capital que l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements et les partenaires publics souhaitent détenir[848].

593- Le paragraphe V de l'article L. 521-18 du code de l'énergie encadre la part représentative de l'actionnariat public dans une fourchette comprise entre 34% et 66% du capital de la société d'économie mixte hydroélectrique. Profitant de la brèche ouverte par la loi sur 1a SEMOP, le législateur renforce la place du secteur privé au sein de la société à capitaux mixtes. Tout comme les actionnaires publics, l'actionnaire opérateur peut détenir la majorité du capital social de l'entreprise. De la même manière, il est assuré de bénéficier d'une minorité de blocage puisqu'à l'instar des personnes publiques sa participation ne peut pas être inférieure au seuil des 34% du capital. Les mêmes proportions s'appliquent à la répartition des sièges au sein des organes délibérants de la société. Le dispositif mis en place par la loi relative à la transition énergétique constitue donc une réelle innovation : il met sur un pied d'égalité l'actionnaire opérateur et les actionnaires publics dans la constitution du capital social et la gestion de la société hydroélectrique.

[846] Il s'agit d'une opération de « sélection de l'actionnariat public », aux termes de l'article R.521-69 du code de l'énergie.
[847] En ce sens : CRAMPES Cl. et MOREAUX M., Microéconomie de l'hydroélectricité, Institut d'économie industrielle, 2015, p. 14.
[848] Code de l'énergie, art. L. 521-19.

594- Cette égalité est néanmoins tempérée par le fait que ce sont les actionnaires publics qui, préalablement à la sélection de l'actionnaire opérateur, déterminent les caractéristiques essentielles de la société à mettre en place, les règles de gouvernance ainsi que les modalités de contrôle dont ils souhaitent disposer sur l'activité de la société. « *Autrement dit, la partie publique fixe d'abord les règles du jeu, puis s'occupe de trouver un partenaire privé* »[849]. Dans cette configuration, la participation de l'associé privé ressemble plus à un contrat d'adhésion qu'à la formalisation d'un accord bilatéral. Il serait préférable d'adopter une démarche plus inclusive dès l'entame de la procédure en associant les opérateurs privés pour calibrer le contrat d'association et déterminer les caractéristiques essentielles de la société à créer. Ce système présenterait l'avantage de permettre d'instaurer un dialogue fructueux, en amont de la procédure, entre la partie publique et les acteurs privés intervenant dans ce domaine et qui sont généralement plus imprégnés des problématiques technico-économiques de la gestion des centrales hydroélectriques.

595- Toutefois, le cadre juridique actuel ne permet pas d'établir de telles négociations à ce stade de la procédure. Il en résulte une situation délicate pour le décideur public : « *s'il y a négociation, il est à craindre qu'elle soit cachée et donc suspecte. S'il n'y en a pas, le système va rencontrer des problèmes de sélection adverse, c'est-à-dire que les candidats privés seront a priori peu combatifs puisque leur préoccupation première sera de se couler dans le moule d'un actionnaire minoritaire »*[850]. Le système actuel est donc perfectible, même s'il constitue une avancée remarquable par rapport au cadre juridique de la société d'économie mixte classique. Cet avantage apparaît notamment à travers l'aménagement des règles de mise en concurrence.

B- Une application aménagée des règles de mise en concurrence

596- Hormis la place réduite réservée à l'actionnariat privé dans la constitution du capital social, l'attractivité de la structure d'économie mixte a souvent été réduite par son exclusion du champ d'application de l'exception « *in house* ». Sur ce point, la réforme opérée par le

[849] CRAMPES Cl. et MOREAUX M., Microéconomie de l'hydroélectricité, préc., p. 14.
[850] *Idem*. La même remarque peut être faite en ce qui concerne la SEMOP de manière générale. Voir en ce sens : SAUSSIER S., « Société d'économie mixte à opération unique : innovation ou opération de communication ? », Les Echos, 4 mars 2014.

législateur à travers la loi du 1er juillet 2014[851] constitue une réelle opportunité de renouvellement du cadre juridique de l'économie mixte et offre une perspective de pérennisation de ce type de partenariat public-privé[852]. En effet, en limitant l'application des règles de mise en concurrence au seul stade de la désignation du partenaire privé **(1)**, cette loi contribue à la sécurisation des relations entre la société à capitaux mixtes et les collectivités publiques **(2)**.

1. L'application des règles de mise en concurrence au stade de la création de la société

597- La réticence des institutions européennes à admettre la société d'économie mixte dans la catégorie des prestataires intégrés a semblé condamner ce type de structure à une disparition inéluctable. Le respect des principes de la commande publique impliquait nécessairement la mise en concurrence préalable à l'attribution de tout contrat public aux entreprises à capitaux mixtes. Toutefois, le droit européen offre une alternative aux décideurs publics en admettant une forme de glissement de l'obligation de mise en concurrence permettant d'en circonscrire le champ d'application au seul stade de la constitution de la société. La communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008[853] propose une technique jusque-là inédite en droit positif français : celle de la mise en concurrence du capital privé de la société d'économie mixte. A travers cette innovation, « *la Commission européenne prône une évolution différente de l'économie mixte locale, fondée sur la notion de partenariat public-privé* »[854]. L'idée sous-jacente est de faire de l'entité mixte un véritable cadre de partenariat entre acteurs publics et privés de sorte que leurs relations acquièrent un caractère institutionnel. Dans cette optique, l'obligation de mise en concurrence est réputée respectée dès lors que le choix de l'actionnaire opérateur s'est opéré à la suite d'une procédure équitable et transparente[855].

[851] Loi n° 2014-744 permettant la création de la SEMOP, préc.
[852] En ce sens : MULLER E., « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », Contrats et marchés publics, février 2010, étude n° 2.
[853] Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), Communication C(2007)6661.
[854] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 265.
[855] CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08 « Acoset SpA », recueil 2009, I-09913.

598- Saisissant cette opportunité, le législateur français a mis en place la société d'économie mixte à opération unique formalisant la notion de partenariat public-privé institutionnalisé au sens du droit européen. Ainsi, pour garantir l'équité et la transparence de la procédure, l'article L. 1541-2 du CGCT exige que « *la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence* ». La procédure de sélection de l'actionnaire opérateur est déterminée en fonction de la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale et la société d'économie mixte à opération unique.

599- Cette solution est conforme à la proposition faite par la Commission européenne dans sa communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés. Se rendant compte de la difficulté pratique d'organiser une double procédure de sélection du partenaire privé et d'attribution du contrat, l'institution européenne a préconisé l'organisation d'une procédure unique regroupant les deux phases. Dans cette configuration, « *la sélection du partenaire privé s'accompagne par la création du PPPI et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte »*[856]. Cette confusion n'implique pas l'éviction des règles procédurales encadrant la conclusion de la catégorie de contrat concernée. Ces règles demeurent applicables à la sélection de l'actionnaire opérateur. Ainsi, si le contrat destiné à être conclu entre la collectivité publique et la SEMOP est un marché public, la nature des prestations et leurs montants détermineront laquelle des procédures prévues par la réglementation des marchés publics a vocation à s'appliquer[857]. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'un contrat de concession.

600- Sur ce point, la personne publique ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix de son associé privé. Ce dernier est en effet choisi sur la base des critères pertinents dans le cadre de la procédure applicable. La jurisprudence de la CJUE impose en particulier que « *l'associé privé (soit) choisi sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion, ainsi que des caractéristiques de son*

[856] Commission des Communautés européennes, 5 février 2008, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), préc., p. 5.

[857] L'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics énumère les différentes procédures applicables à la passation des marchés publics. Le choix du pouvoir adjudicateur ou de l'entité de recourir à une procédure est subordonné à la réunion des conditions fixées par voie réglementaire (Voir les articles 25 à 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, JORF n° 0074 du 27 mars 2016.

offre au regard du service à prester »[858]. L'absence d'indétermination juridique sur les critères de choix dans le cadre de cette procédure enlève une grande partie de la marge d'appréciation dont bénéficierait la personne publique dans l'hypothèse d'un pouvoir discrétionnaire sur la sélection de l'actionnaire opérateur.

601- Il en résulte que l'exacte qualification du contrat destiné à être conclu comporte donc un enjeu majeur ; la légalité de la procédure de passation en dépend très largement. Or, cette opération de qualification est parfois sujette à des incertitudes en raison de la relative imprécision des critères de distinction entre les différentes catégories de contrats publics. Même si elle s'est un peu stabilisée, la longue évolution jurisprudentielle sur les critères de distinction entre le marché public et la délégation de service public a pu révéler le caractère ténu de la frontière entre les deux notions[859]. « *De même que les concepts de concession et de marché public, le risque, qui est censé permettre de les distinguer, a donné lieu à des interprétations divergentes à l'origine d'une insécurité juridique constante* »[860]. Une attention particulière est donc requise de la part des personnes publiques au stade de la procédure de sélection de leur partenaire privé au sein de la SEMOP. Cette phase est d'autant plus importante que la procédure de mise en concurrence opérée à ce stade revêt un caractère suffisant permettant de procéder à l'attribution directe du contrat à la structure mixte ainsi mise en place.

[858]RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions sous : CJCE, aff. C-196/08 « Acoset SpA », recueil 2009, I-09913.

[859] Ce constat a été fait par le Parlement et le Conseil européen dans la directive n° 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE 28.3.2014, L 94/1, considérant n° 18. Pour sa part, le Conseil d'Etat français, se prononçant sur une question de qualification dans un avis du 27 juin 1996, avait estimé : « *Les dispositions susmentionnées (*celles de la directives n° 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de services et n° 93/38 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) *ne permettent pas de dégager le critère qui distingue le marché public de services de la concession de services au sens du droit communautaire ».* (CE, Assemblée générale, avis n° 359.172, rapport du CE 1996, *EDCE*1997, p. 286) ; voir : LLORENS F. et TERNEYRE Ph., « distinction entre le marché public de services au sens des directives communautaires et la concession de service », RDI, 1997, p. 432. CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08 « Eurawasser », 2009, I-08377 ; SYMCHOWICZ N., « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Boûches-duRhône » », AJDA, 1998, p. 195.

[860] PEZ T., « Le risque, les concessions et les marchés », RFDA, 2016, p. 237.

2. La sécurisation des relations contractuelles de la SEMOP

602- La formule du partenariat public-privé institutionnalisé présente l'avantage de faire l'économie d'une double procédure de mise en concurrence. L'originalité du dispositif préconisé par la Commission européenne réside dans la possibilité d'opérer une translation des règles de mise en concurrence « *du stade contractuel au stade institutionnel des relations* »[861]. En d'autres termes, si la collectivité publique est tenue d'organiser une procédure de mise en concurrence dans la phase de constitution de la structure à capitaux mixtes, elle se trouve affranchie de cette obligation au moment de l'attribution du contrat à l'entité créée. Le mécanisme mis en place contribue ainsi à la sécurisation des relations contractuelles entre la SEMOP et les collectivités actionnaires.

603- Dans cette configuration, l'éviction des règles de mise en concurrence au stade contractuel ne se confond pas avec l'hypothèse de l'exception « in house » et ce, pour deux raisons. D'une part, l'existence d'un actionnariat privé, qui plus est susceptible de concerner la majorité du capital social, exclut l'existence d'un contrôle analogue à celui que les collectivités publiques exercent sur leurs propres services. Or, cet élément est une condition nécessaire à la reconnaissance d'un prestataire intégré. D'autre part, dans le cadre de la SEMOP les règles de mise en concurrence ne sont pas supprimées ; leur champ d'application est simplement circonscrit au niveau de la constitution de la société.

604- Suivant les recommandations de la Commission européenne, confirmées par la jurisprudence de la CJUE[862], le législateur français a prévu des garanties destinées à éviter que l'attribution directe du contrat à l'entité mixte n'entraine des distorsions à la concurrence. Ainsi, en plus de l'organisation d'une procédure transparente et équitable pour la sélection de l'actionnaire opérateur, le paragraphe I de l'article L. 1541-1 du CGCT prévoit l'intangibilité de l'objet unique de la SEMOP tout au long du contrat qui lui est confié. Constituée « *à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat* »[863] avec la collectivité publique, la société est incompétente pour la réalisation de prestations non rattachables à

[861] BRAMERET S., Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé, préc., p. 271.
[862] Dans l'affaire « Acoset SpA », l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER préconisait au juge européen de n'admettre la conformité du PPPI aux principes du droit européen qu'à la condition que *« la société garde cet objet social unique pendant toute son existence »*. (Conclusions sous : CJCE, aff. C-196/08 « Acoset SpA », recueil 2009, I-09913).
[863] CGCT, art. L. 1541-1 § I.

l'objet du contrat. D'ailleurs, le législateur prévoit que la SEMOP est dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré[864].

605- En ce qui concerne les sociétés d'économie mixte hydroélectriques, par exemple, l'article L. 521-18 du code de l'énergie dispose que leur objet unique est l'exécution d'une concession portant sur « *l'aménagement et l'exploitation d'une ou de plusieurs installations constituant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés* » ; cet objet unique ne peut pas être modifié. Cette précaution se justifie aisément : elle s'explique par la volonté d'éviter que l'entité à capitaux mixtes ne profite de son statut pour étendre, par le biais d'avenants, ses activités au-delà de l'opération en vue de laquelle elle a été créée.

606- Il faut toutefois relever que malgré ces précautions, l'intégration de la formule du PPPI en droit interne soulève quelques interrogations, en particulier au regard du droit de la commande publique. Elle a d'ailleurs suscité l'opposition du Conseil d'État français qui, dans un avis du 1er décembre 2009[865], a mis en exergue les inconvénients inhérents à la technique proposée par la Commission européenne dans sa communication de 2008. D'abord, la création de l'entité commune entre le pouvoir adjudicateur et l'actionnaire opérateur au stade de la passation du contrat se heurte au droit de la commande publique qui exige une parfaite identité juridique entre le candidat qui a présenté l'offre retenue et le titulaire du contrat à l'issue de la procédure de passation. « *Il ne peut y avoir, dans le cours de la procédure de passation, de « substitution » d'une personne morale distincte, incluant une participation du pouvoir adjudicateur, à un candidat participant à la sélection lorsqu'il est susceptible d'être retenu »*[866]. Dans ce cadre, l'absence d'identité juridique entre d'une part la SEMOP, titulaire du contrat, et d'autre part l'actionnaire opérateur qui a été sélectionné à la suite de la mise en concurrence est de nature à soulever un doute sur la conformité du système mis en place par la loi du 1er juillet 2014[867].

607- Un système plus adapté consisterait à procéder en deux temps : en premier lieu la collectivité publique conclurait le contrat avec le candidat retenu après la mise en

[864] CGCT, article L. 1541-1 § IV.
[865] Conseil d'État, Section de l'administration, Avis n° 383.264, 1er décembre 2009, Rapport public du Conseil d'État, EDCE, 2010, p. 353.
[866] Idem, p. 354.
[867] Loi n° 2014-744 permettant la création de la SEMOP, préc.

concurrence ; et il serait procédé, en second lieu, à la cession dudit contrat à l'entité mixte mis en place à cette fin. Cette solution proposée par la Haute juridiction administrative[868] n'a pas été totalement entérinée par le législateur qui, à ce stade, procède à une totale confusion entre les deux phases.

608- En outre, la configuration de la SEMOP pourrait faire naître le risque de dilution des responsabilités entre les différents partenaires et remettre en cause le maintien de l'intégrité des obligations du contrat. En effet, dans la mesure où l'exécution du contrat n'est pas à la charge du candidat retenu, mais est juridiquement transférée à l'entité commune, l'actionnaire opérateur n'en endosse pas la responsabilité personnelle. Le respect des engagements sur la base desquels le partenaire privé a été retenu peut s'en trouver compromis. En ce qui concerne la personne publique, son inclusion « *dans l'entité juridique responsable de l'exécution du contrat l'exposerait inévitablement, malgré les précautions concevables, à des risques juridiques et financiers que le recours au contrat a précisément pour objet de reporter sur un tiers, qui évalue son propre risque, le limite par ses capacités propres et en justifie la rémunération* »[869]. La situation de la personne publique ne s'en trouve pas plus confortable : elle continue d'être assujettie aux obligations de mise en concurrence pour la sélection de son partenaire avec qui elle partage la responsabilité de l'exécution du contrat dans le cadre de l'entité mixte.

[868] Conseil d'État, Section de l'administration, Avis n° 383.264, 1er décembre 2009, Rapport public du Conseil d'État, EDCE, 2010, p. 355.
[869] Idem, p. 358.

Conclusion du titre II :

609- L'utilisation de la société à capitaux mixtes comme cadre de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques présente l'avantage de permettre aux collectivités publiques de bénéficier de l'expertise et des capacités financières des acteurs du secteur privé. La diversité des enjeux à concilier, la technicité des questions à aborder et la lourdeur des investissements à réaliser dans ce secteur confèrent à la formule de l'économie mixte tout son intérêt et devraient lui assurer une certaine pérennité.

610- Cependant, le développement de cette forme de partenariat entre acteurs publics et privés se heure aux contraintes inhérentes à son cadre juridique. La soumission des relations contractuelles entre la société d'économie mixte et les collectivités actionnaires aux obligations de publicité et de mise en concurrence réduit considérablement l'intérêt de cette formule. Les personnes publiques se tournent alors vers des modes d'intervention moins contraignants pour la gestion des services publics dont elles ont la charge.

611- Cela explique le développement de formules concurrentes permettant à plusieurs personnes publiques de s'associer pour la gestion commune d'une activité. C'est en particulier le cas de la société publique locale dont le principal avantage réside, sous certaines conditions, dans sa qualité de prestataire intégré. L'émergence de ce nouveau mode de gestion des services publics locaux n'implique pas la disparition des sociétés d'économie mixte. Cette disparition n'est pas souhaitée par les acteurs locaux qui accentuent davantage leurs revendications sur la nécessité d'adapter le cadre juridique de l'économie mixte.

612- Cette revendication a été favorablement reçue au niveau national ; le législateur français a manifesté la volonté de redynamiser la formule de l'économie mixte notamment dans le domaine des services énergétiques. C'est dans cette optique que s'inscrit la création de la société d'économie mixte hydroélectrique qui demeure une catégorie spécifique de SEMOP dont les caractéristiques essentielles font un instrument adapté à la particularité de la filière de l'énergie hydraulique. La tendance actuelle d'accorder une place plus importante aux acteurs privés au sein de la structure à capitaux mixtes va dans le sens du renforcement de la dimension partenariale de l'économie mixte qui suppose une réelle implication des acteurs du secteur privé tout en préservant les prérogatives des collectivités publiques actionnaires.

Conclusion de la partie I :

613- Le domaine des services énergétiques constitue depuis longtemps un terrain propice au développement du partenariat public-privé. L'intervention des opérateurs privés a accompagné le développement de ce secteur économique et est demeurée constante malgré les limitations qu'y a apportées la loi de nationalisation du 8 avril 1946. La diversité des activités formant la chaîne de valeur énergétique, l'importance des investissements et le haut degré d'expertise ont souvent requis la coopération entre acteurs privés et pouvoirs publics. Cela explique que les formules classiques de partenariat aient été très tôt mises en place dans ce domaine. Il s'agit principalement de la concession, dont le champ d'application concerne tous les segments du marché de l'énergie, et de la société d'économie mixte dont les dispositions de la loi de nationalisation ont assuré la pérennité, notamment sur le segment de la distribution.

614- Si elles servent de cadre de coopération entre les collectivités publiques et les opérateurs privés, ces formules classiques présentent néanmoins l'inconvénient de faire naître un déséquilibre dans leurs relations mutuelles. En effet, l'analyse des relations contractuelles entre autorités concédantes et entreprises concessionnaires révèle une réelle prédominance des secondes sur les premières. La dispersion des collectivités publiques compétentes face aux grands groupes industriels à la dimension internationale, l'asymétrie d'information et la limitation de la liberté contractuelle contribuent à asseoir la dépendance des acteurs publics à l'égard de leurs partenaires privés. A l'inverse, le partenariat public-privé institutionnel dans le cadre de la société d'économie mixte fait apparaître un déséquilibre en faveur des actionnaires publics détenant la majorité du capital et maîtrisant les organes de direction, les associés privés se cantonnant souvent dans le rôle de « *partenaires dormants* ».

615- Dans les deux cas l'intérêt du partenariat s'en trouve réduit. Celui-ci suppose de nouer les relations sur la base d'un équilibre optimal entre les partenaires avec une répartition des responsabilités et des risques assurant la gestion efficace des services énergétiques. Cette recherche de l'équilibre explique le recours à des formules de partenariat modernes et plus adaptées aux spécificités du secteur de l'énergie.

PARTIE II : L'ORIENTATION ACTUELLE DES MECANISMES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE VERS L'OBJECTIF DE TRANSITION ENERGETIQUE

616- L'analyse des instruments classiques de partenariat public-privé permet d'identifier un certain nombre de lacunes qui remettent en cause la pertinence de leur utilisation dans le domaine des services énergétiques. Le secteur de l'énergie est en proie à de profondes mutations qui en ont renouvelé les enjeux depuis la loi de nationalisation du 8 avril 1946, mais les mécanismes classiques de partenariat public-privé tels que la concession et l'économie mixte sont restés sur leurs fondements traditionnels. Leur rigueur s'accommode mal au dynamisme de l'activité économique à laquelle ils servent de support juridique. Il en est résulté une certaine inadéquation entre les instruments traditionnels et les enjeux actuels que soulève la gestion des services énergétiques. Le déséquilibre noté dans les relations partenariales tant contractuelles qu'institutionnelles met en lumière la nécessité de renouvellement du cadre juridique. Ce renouvellement passe par deux voies complémentaires.

617- D'une part, il convient de réformer le régime des mécanismes traditionnels de coopération entre secteurs public et privé afin qu'ils puissent valablement servir de cadre à des relations partenariales équilibrées entre acteurs de la politique énergétique. Si une tentative de redynamisation a pu être notée en ce qui concerne l'économie mixte[870], le recul qu'a connu cette formule et la concurrence croissante qui lui est faite par d'autres modalités d'intervention publique[871] donnent un sentiment d'inachèvement et révèlent la nécessité d'approfondir la réforme.

618- D'autre part, une gestion plus performante des services énergétiques requiert la mise en place de nouveaux mécanismes de partenariat public-privé. La seconde voie consiste donc

[870] Voir notamment la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales précitée qui a réformé la gouvernance des sociétés d'économie mixte locales tout en assouplissant leurs relations financières avec les collectivités publiques actionnaires. Voir *supra :* chapitre IV, section 2, paragraphe 2.

[871] Concernant la société d'économie mixte locale, les difficultés pratiques liées notamment à leur mise en concurrence accroissent la tentation des collectivités territoriales à privilégier la coopération entre personnes publiques au sein d'une société publique locale, formule qu'elles jugent moins contraignante.

en la diversification de la palette d'instruments mis à la disposition des collectivités publiques dans leurs rapports avec leurs partenaires privés. Sans remettre en cause l'existence des outils classiques qui conservent toute leur utilité dans certains domaines[872], la réforme consisterait à diversifier les possibilités d'organiser leurs relations sur le fondement de montages juridiques plus modernes et mieux à même de prendre en charge tous les enjeux des services concernés.

619- Conscients de cette nécessité, les pouvoirs publics français ont entrepris d'importantes réformes du cadre juridique des partenariats public-privé à travers la création de mécanismes nouveaux qui apportent des aménagements aux principes auxquels le droit de la commande publique et celui de la domanialité publique accordaient jusque-là un caractère sacro-saint. Les nouveaux instruments mis à la disposition des acteurs présentent l'avantage de permettre une plus grande souplesse et de mettre l'objectif de performance au centre de la gestion des services énergétiques. En cela, ce domaine apparaît comme un véritable laboratoire de perfectionnement des outils de partenariat entre les secteurs public et privé **(Titre I)**.

620- Toutefois, si l'incidence du renouvellement des instruments de partenariat public-privé peut être remarquée dans le domaine des services énergétiques, force est de constater que le cadre juridique demeure perfectible. En effet, l'atteinte des objectifs de performance se heurte à des contraintes juridiques issues soit du régime de la commande publique, soit directement du droit de l'énergie. La réflexion devra donc porter sur les possibilités de rationalisation de l'environnement juridique **(Titre II)**.

[872] Pour rappel, en matière de distribution d'énergie, la formule concessive est le seul outil de partenariat contractuel autorisé par la loi de nationalisation de 1946 qui confère aux communes la qualité d'autorités concédantes de ce service public.

TITRE I : LES SERVICES ÉNERGÉTIQUES, UN LABORATOIRE DE PERFECTIONNEMENT DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PARTENARIAT

621- Si la valeur intrinsèque d'une modalité de prise en charge des activités d'intérêt général s'appréciait à l'aune de l'étendue de son champ d'application, le partenariat public-privé occuperait alors une place de choix dans le palmarès de l'action publique. Les avantages inhérents à ses différentes formules lui assurent un succès remarquable qui se manifeste à travers l'extension de son champ d'application. Celui-ci concerne aujourd'hui la quasi-totalité de l'action publique, à l'exception des activités purement régaliennes.

622- Il convient néanmoins de relever que, si la sphère économique en constitue le domaine de prédilection, le développement des partenariats public-privé s'y est longtemps heurté aux contraintes issues d'un environnement juridique dont les principes classiques étaient difficilement conciliables avec les nécessités de la gestion privée. Cette contradiction tirait sa source dans la propension des pouvoirs publics à assurer une application uniforme des règles juridiques transversales à l'ensemble des secteurs concernés avec une prise en compte insuffisante des spécificités de ces derniers. Cette situation s'illustre à travers les règles de la domanialité publique dont le principe d'inaliénabilité a été interprété d'une façon absolue interdisant la constitution de droits réels sur les dépendances du domaine public[873]. Le juge administratif s'est longtemps fondé sur ce principe pour adopter une position dogmatique rejetant toute possibilité de constitution de droits réels sur le domaine public. Son raisonnement ne l'amenait pas à s'interroger sur l'éventuelle compatibilité de l'octroi de tels droits avec l'affectation des dépendances concernées[874].

623- Ce principe se justifiait certes par l'exigence de protection de la propriété publique, mais sa rigueur le rendait incompatible avec la valorisation nécessaire des biens des personnes publiques. Le développement des instruments de partenariat public-privé en vue de l'implantation d'activités économiques sur ces dépendances y était, de ce fait, fortement limité.

---

873 Voir : Conseil d'État, 6 mai 1985, « Association Eurolat », requêtes numéros 41589 et 41699 ; CHAPUS R., Droit administratif général, tome 2, n° 512.

874 Conseil d'État, 13 novembre 1998 « Walter », req. n° 196500 ; Conseil d'État, section sociale, avis du 22 juin 1993, n° 353205, EDCE 1993, n° 45, p. 391 ; CAA Lyon, 27 juin 1995, *Fayard*, req. n° 93LY00977 ; CAA Paris, 2 mars 1999, *M. Amadou et autres*, req. n° 96PA04552.

624- Il est donc apparu nécessaire de procéder à quelques adaptations de l'environnement juridique afin d'encourager le développement des partenariats public-privé. Ce besoin s'est fait sentir d'une manière particulière concernant les services énergétiques auxquels la propriété publique immobilière sert souvent de terrain d'assiette. Ils apparaissent à ce titre comme un véritable levier de valorisation de la propriété publique, ce qui justifie que leur implantation sur cette dernière soit aujourd'hui encouragée **(Chapitre I)**. Plus encore, les activités énergétiques ont servi de cadre de modernisation du droit de la commande publique qui a intégré dans ses mécanismes l'enjeu de performance énergétique **(Chapitre II)**.

CHAPITRE V : L'ADAPTATION DES REGLES D'OCCUPATION DOMANIALE AUX NECESSITES DE VALORISATION ENERGETIQUE DU PATRIMOINE PUBLIC IMMOBILIER

625- La valorisation économique des propriétés publiques s'oppose à ce que celles-ci soient exclusivement réservées à l'exercice des activités directement prises en charge par les propriétaires publics. Leur étendue permet la coexistence des activités des personnes publiques et celles exercées par les acteurs du secteur privé. Plus encore, elle peut être l'objet d'un véritable partenariat entre ces différents acteurs dans l'objectif commun de leur mise en valeur. L'avantage de telles relations se traduit doublement : il permet à l'opérateur économique de trouver un support matériel indispensable au développement de son activité tout en offrant à la collectivité propriétaire l'opportunité de tirer parti de la valorisation de son domaine. Cette hypothèse trouve une illustration éloquente à travers les activités énergétiques dont l'exercice nécessite souvent l'occupation du domaine des collectivités publiques, en particulier en ce qui concerne la production et l'acheminement de l'énergie **(Section 1)**.

626- Cependant, si l'occupation des propriétés des personnes publiques constitue souvent une condition d'exercice des activités énergétiques, les possibilités d'implantation de ses dernières s'y trouvent parfois limitées par le cadre juridique les régissant. Les règles de protection du patrimoine public, issues du régime de la domanialité publique, ainsi que d'autres législations connexes[875] rendent difficile la mise en œuvre de projets d'implantation énergétique sur le domaine des collectivités publiques **(Section 2)**.

[875] On pense notamment au droit de l'urbanisme et au droit de l'environnement dont certaines prescriptions et interdictions s'appliquent aux installations énergétiques et en limitent parfois leur développement. En ce sens : DARSON A., Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France, Université de Bordeaux, thèse, 2015, 478 p.

Section I : L'encouragement de l'implantation des activités énergétiques sur les dépendances domaniales

627- L'environnement juridique général a connu une série de mutations favorables au développement des partenariats public-privé ayant pour objet l'utilisation des propriétés publiques comme terrain d'assiette des services énergétiques. Le développement de ces montages juridiques a été rendu possible par une conjonction de facteurs favorables liés notamment à l'élargissement des compétences énergétiques des collectivités publiques **(Paragraphe I)**. Il est devenu indispensable de créer de nouveaux mécanismes destinés à associer les acteurs du secteur privé à la prise en charge de ces nouvelles compétences. La coopération avec les acteurs privés pour la réalisation des investissements rendus nécessaires par ces dernières supposait l'amélioration de leur situation juridique afin de la rendre moins précaire et plus propice aux mécanismes de financement privé des infrastructures **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : Une conjonction de facteurs favorables à l'implantation des activités énergétiques

628- S'il a été très tôt admis que l'implantation des activités économiques constitue une modalité de valorisation du domaine des personnes publiques, l'utilisation privative de ce dernier n'a été acceptée que sous réserve d'importantes restrictions se justifiant par l'affectation du bien à l'utilité publique : l'impératif de protection l'emportait sur celui de la valorisation économique. Même si certaines de ces restrictions demeurent, leur prégnance est aujourd'hui réduite et les collectivités publiques se montrent plus enclines à accueillir sur leurs propriétés l'exercice d'activités économiques menées par des opérateurs privés. S'il en est ainsi, c'est qu'il s'est opéré un véritable changement de paradigme dans la logique de gestion du patrimoine public **(A)**. Profitant de cette tendance, le déploiement des services énergétiques bénéficie, par ailleurs, de sa convergence avec l'approfondissement des compétences des personnes publiques, plus particulièrement celles des collectivités territoriales, dans ce domaine **(B)**.

A- Des activités compatibles avec la gestion patrimoniale des propriétés publiques

629- L'implantation des activités économiques sur le domaine des collectivités publiques bénéficie actuellement d'une tendance favorable liée à l'évolution des logiques de gestion de propriétés publiques. Si elle a longtemps été marquée par la prévalence de l'impératif de protection limitant les possibilités d'exploitation économique **(1)**, la nécessité d'y favoriser les investissements privés conduit les pouvoirs publics à mettre en avant la logique de valorisation **(2)**.

1. D'une logique de protection des propriétés publiques…

630- La protection due au patrimoine des collectivités publiques suppose que soit reconnu à ces dernières un véritable droit de propriété sur les dépendances de leurs dépendances domaniales. En ce qui concerne le domaine public, cette reconnaissance n'a pas été évidente et a suscité de vives controverses doctrinales portant à la fois sur la réalité de ce droit de propriété publique et sur son autonomie par rapport à la propriété privée. S'appuyant sur la conception civiliste qui fait de l'*abusus*[876] un élément fondamental du droit de propriété, certains auteurs ont interprété la limitation substantielle dont fait l'objet la faculté d'aliéner les dépendances du domaine public comme faisant obstacle à la reconnaissance d'une pleine propriété au profit des personnes publiques[877]. Ainsi, René de RECY pouvait-il écrire en 1894 : « *de ce que le domaine public ne constitue point, entre les mains de l'État, une propriété proprement dite »*[878], la prérogative de la personne publique sur ces biens relève tout au plus d'un pouvoir de police et de garde à l'exclusion du droit de propriété strictement entendu.

631- Si cette position a été défendue par le passé, elle ne correspond plus à l'état actuel du droit positif. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'intitulé du code général de la

[876] L'*abusus* est un des trois attributs du droit de propriété. Il désigne le droit de disposer du bien que ce soit la disposition juridique par la vente ou la disposition matérielle par la destruction. (lexique des termes juridiques, Dalloz, 21ème édition, 2014.

[877] Pour une présentation de cette thèse voir : PROUDHON J-B., *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public,* Dijon, Lagier, 1833-1834 ; LAFERRIERE J., *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours,* Paris, Durand, 1880.

[878] René de RECY, *Traité du domaine,* 1894, t. 1, nº 442.

propriété des personnes publiques[879] concourent à conforter la conception selon laquelle les personnes publiques sont titulaires du droit de propriété sur leurs domaines. Dans une décision en date du 26 juin 2006, le Conseil constitutionnel a considéré que la protection du droit de propriété prévue par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « *ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques* »[880]. De la formulation retenue par le Conseil constitutionnel, il est permis de déduire, à la suite du professeur GAUDEMET, que « *la conception propriétariste du droit des biens publics s'impose comme une donnée constitutionnelle acquise, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les catégories ou la nature des biens, sans distinction non plus selon l'identité du propriétaire public* »[881]. Consacrant explicitement l'existence du droit de propriété au bénéfice des personnes publiques, cette décision présente par ailleurs l'intérêt d'étendre au patrimoine de celles-ci la protection constitutionnelle jadis interprétée comme exclusivement reconnue à la propriété privée.

632- Elle s'inscrit, dans cette mesure, en droite ligne avec la logique de conservation qui a longtemps prévalu dans la gestion des propriétés publiques. En effet, le régime applicable aux propriétés publiques se caractérise par sa vocation protectrice, notamment en ce qui concerne les biens incorporés au domaine public. Destiné à assurer cette protection, le principe d'inaliénabilité a été conçu pour faire obstacle à la cession, la vente et l'expropriation des dépendances du domaine public. Dès lors qu'un bien public est affecté à l'usage direct du public ou à un service public et qu'il a été spécialement aménagé à cette fin[882], il intègre le domaine public et est couvert par la règle de l'inaliénabilité. La collectivité publique ne peut, dans cette hypothèse, procéder à l'aliénation du bien qu'à la condition de son déclassement préalable[883]. *« Le déclassement d'une dépendance domaniale permet ainsi de faire échec à son inaliénabilité »*[884].

---

[879] Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF n° 95 du 22 avril 2006, p. 6024.
[880] Conseil constitutionnel, Décision n° 86-207 DC du 26 juin 2006, « Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ».
[881] GAUDEMET Y., « Constitution et biens publics », *in* : *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, octobre 2012.
[882] Conseil d'Etat, 19 octobre 1956, « *Société Le Béton* », req. n° 20180. En ce qui concerne les biens publics affectés à un service public, l'article L. 2111-1 du CGPPP exige désormais que le bien en question fasse « *l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* » pour être intégré dans le domaine public.
[883] Conseil d'Etat, 20 juin 1930, « *Marrot* », Lebon, p. 644.
[884] DOUENCE M., « L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques », AJDA, 2006, p. 238.

633- Cependant, si le déclassement se traduit par la simple édiction d'un acte administratif, son objet est de constater la cessation de l'affectation initiale du bien. Sa légalité est de ce fait subordonnée à la réalité de la désaffectation. Or, dans cette opération, la liberté d'action de la personne publique propriétaire peut se trouver limitée dans l'hypothèse où le bien concerné est une dépendance du domaine public naturel. Pour cette catégorie de biens « *l'existence et l'état résultent de phénomènes naturels* »[885] indépendamment de l'intervention de l'autorité publique. Cette situation concerne notamment le domaine public fluvial et maritime qui sont des milieux naturels propices au développement de la production énergétique renouvelable.

634- Il faut préciser que le principe d'inaliénabilité est étroitement lié à la domanialité publique[886]. A ce titre, il ne s'applique qu'aux biens appartenant au domaine public. Ceux qui relèvent du domaine privé des personnes publiques échappent à son champ d'application. Dans ce cadre, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce que les personnes publiques cèdent ou mettent en location des dépendances de leur domaine privé dans les mêmes conditions que les particuliers. En effet, conformément à l'article L. 2221-1 du CG3P qui fait référence à l'article 537 du code civil, les personnes publiques « *gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* ». Elles peuvent ainsi mettre les dépendances de leur domaine privé à la disposition d'un acteur économique sur la base d'un bail emphytéotique de droit privé régi par les dispositions du code rural pour une durée au moins égale à 18 ans en contrepartie du versement d'un loyer. Cette possibilité s'avère très intéressante en ce qui concerne l'implantation d'activités énergétiques sur le domaine privé : le caractère d'intérêt général de l'activité n'est pas requis et le contrat de bail ne comporte pas de prérogatives exorbitantes de droit commun pour le bailleur, ce qui contribue à la sécurisation juridique des investissements pour le preneur[887].

635- Cette souplesse de gestion du domaine privé explique la volonté des collectivités publiques à y favoriser l'implantation des activités énergétiques, en particulier en y intégrant des superficies qui relevaient, jusque-là, de leur domaine public. La technique du déclassement en volume leur permet d'y procéder. Elle consiste pour le propriétaire public à déclasser un volume sous ou sus-jacent au domaine public et destiné à accueillir les

[885] CHAPUS R., Droit administratif général, tome 2, 15ème édition, p. 387 ; dans le même sens : DOUENCE M., « L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques », préc.
[886] L'article L. 3111-1 du CG3P dispose, en effet, que *« les biens des personnes publiques (…) qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».
[887] Voir : Cour de cassation, 3ème chambre civile, 15 mai 1991, n° 89-20.008.

installations et constructions objets du projet. L'acte de déclassement laisse subsister la dépendance domaniale, mais y soustrait le volume déclassé, lequel relève désormais du domaine privé de la collectivité publique[888]. Il peut dès lors être mis à la disposition d'un opérateur économique dans les conditions du droit privé. Cette technique trouve une application intéressante dans la mise en œuvre des projets d'implantation d'ombrières photovoltaïques sur les surfaces de parkings publics[889].

636- Autre élément de protection de la propriété publique, le principe d'insaisissabilité prévu à l'article L. 2311-1 du CGPPP fait obstacle à la mise en œuvre des voies d'exécution de droit privé sur les biens des personnes publiques. Présentée comme une conséquence nécessaire du principe de l'inaliénabilité[890], elle peut également être rattachée à la règle de l'inapplicabilité des moyens de contrainte à l'encontre de l'Administration. C'est dans cette perspective que s'est inscrite la Cour de cassation qui fait référence au *« principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables* »[891].

637- Si cette règle apparaît de prime abord comme une règle favorable aux collectivités publiques, l'interdiction des moyens d'exécution peut également constituer un frein à la valorisation des biens du domaine public. En particulier, elle faisait obstacle à ce que ces derniers puissent faire l'objet d'apports en garantie pour le financement des investissements que l'autorité publique ou son délégataire serait amené à réaliser sur le domaine public[892]. Par conséquent, l'occupant privatif du domaine public qui entendait y réaliser des installations se trouvait dans l'incapacité d'offrir à ses créanciers des sûretés réelles telles que l'hypothèque. Il lui était dès lors difficile d'emprunter et, par la même, d'investir[893]. L'application stricte des principes d'insaisissabilité et d'inaliénabilité des biens publics semblait donc rédhibitoire et

[888] Voir : GAUDEMET Y., « Ouvrage immobilier complexe et domanialité publique », RDI, 1999, p. 507 ; AGLAE M-J., « Division en volume et propriété privée sur le domaine public », RDI, 1993, p. 313.
[889] La Commission de régulation de l'énergie (CRE) a lancé, en juin 2019, un appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations photovoltaïques sur Bâtiments, Serres et Hangars agricoles et Ombrières de parking, situées en France métropolitaine continentale.
[890] Illustrant cette position, Dmitri Georges LAVROFF écrit : *« L'insaisissabilité est étroitement liée à l'inaliénabilité du domaine public. La saisie étant une forme d'aliénation involontaire, il est logique que les mêmes règles leur soient appliquées* ». (« Domaine des collectivités locales - Règles communes (régime juridique des biens domaniaux) », Répertoire de droit immobilier, mars 2008).
[891] Cour de cassation, 1ère chambre civile, 21 décembre 1987, « Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) », n° de pourvoi : 86-14167, RFDA 1988. 771, concl. Charbonnier, note B. PACTEAU.
[892] En ce sens : FATÔME E., « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », AJDA, 2003, p. 21.
[893] Voir : JUEN Ph., « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels », RDI, 2000, p. 121.

antinomique avec une « *vie commerciale normale et à l'établissement de relations d'affaires équilibrées* »[894] *:* ce qui a été jadis perçu comme un avantage s'était alors transformé en contrainte pour la collectivité publique.

638- Cette entrave est d'autant plus contestable que son fondement est critiquable. En effet, l'insaisissabilité des biens du domaine public se justifie par la nécessité d'assurer la continuité du service public auquel ils sont affectés. Comme le soulignent les rapporteurs de l'institut de la gestion déléguée : « *l'insaisissabilité protège la continuité et la bonne gestion du service public, lorsque les biens en cause sont le support nécessaire de celles-ci ; elle n'a aucune raison d'être en dehors de ces hypothèses* »[895]. C'est la contribution décisive du bien à l'exécution matérielle de la mission de service public qui motive son insaisissabilité. Celle-ci devrait donc, d'une part, se limiter aux biens publics nécessaires à l'exécution du service public et, d'autre part, s'étendre aux biens des personnes privées en charge d'une mission de service public. Telle est d'ailleurs la portée que la haute juridiction administrative semble accorder au principe d'insaisissabilité. En effet, dans un avis en date du 30 janvier 1992, le Conseil d'État a admis la possibilité de saisie des fonds déposées par une personne publique dans un organisme financier sous réserve que cette opération ne *« soit pas de nature à compromettre la régularité ou la continuité du service public dont elle est chargée* »[896].

639- Cette logique n'est cependant pas partagée par le juge judiciaire qui considère que la nature publique du propriétaire du bien fait obstacle à la mise en œuvre des voies d'exécution à son encontre et ce, même si la continuité du service public dont il est le support n'est pas remise en cause[897]. Il précise, par ailleurs, que la délégation d'un service public à une personne privée ne peut avoir pour effet de soustraire ses biens aux voies d'exécution de droit commun. En d'autres termes, les biens des gestionnaires privés de services publics demeurent

---

[894] GAUDEMET Y., « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in : *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, p. 259.

[895] Institut de la Gestion Déléguée (IGD), Rapport sur « La valorisation des propriétés publiques », Les Petites Affiches, n° 147, juillet 2004, p. 23.

[896] Conseil d'Etat, (Section des finances), avis n° 350083, sur la question de savoir quelle est la situation juridique de la Caisse centrale de coopération économique, établissement public industriel et commercial soumis à la loi du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, au regard des saisie-arrêts qui lui sont notifiées, en qualité de tiers-saisi, par les créanciers des personnes publiques ou privées à qui elle a consenti un don ou un prêt, Les Grands avis du Conseil d'État, p. 249.

[897] Allant dans le même sens que le juge judiciaire, le Tribunal des Conflits a rappelé « l'immunité dont bénéficie l'État, dont les biens et les créances sont insaisissables », (Tribunal des conflits*, 19 mars 2007, Préfet Haute-Vienne : AJDA 2007, p. 1093)*.

saisissables quel que soit leur apport à la continuité du service public qu'ils gèrent[898]. Il apparaît donc que le principe de continuité du service public ne constitue pas la seule justification de l'insaisissabilité des biens publics[899]. Celle-ci semble transcender les besoins du service public pour protéger la personnalité publique elle-même[900]. Le critère organique demeure déterminant pour fixer le champ d'application du principe d'insaisissabilité.

640- Quel que soit le motif avancé pour justifier les principes protecteurs de la propriété publique, leur stricte application est susceptible de constituer une entrave à sa valorisation. En limitant les possibilités de financement des investissements, elle a longtemps réduit les collectivités publiques propriétaires au rôle d'intendants, limité à la préservation de l'intégrité de leurs biens domaniaux. Cette attitude est bien différente de celle actuellement adoptée par les personnes publiques qui, dans une large mesure, se sont engagées dans une dynamique de valorisation économique de leurs propriétés.

2. … à une logique de valorisation économique des propriétés publiques

641- Si de leurs propriétés, *« la gestion des collectivités publiques resta longtemps statique* »[901], elle s'est actuellement renouvelée. Ce renouvellement réside dans l'évolution des logiques de gestion des propriétés publiques désormais perçues comme un ensemble de ressources dont il convient de tirer le meilleur parti sur le plan économique[902]. « *La conscience de la valeur économique de ce patrimoine et la volonté d'en rationaliser et d'en rentabiliser la gestion »*[903] sont les nouvelles considérations qui sous-tendent l'administration du domaine. Concrètement, la notion de valorisation des propriétés publiques recouvre deux

[898] Pour une illustration de cette position voir : C. Cass. 2e civ. 15 novembre 1995, *Cusset c. CRAVAM,* Courrier jur. des finances 1996, n. 64, p. 6 *; «* MOYSAN H., « *Les biens des personnes privées gérant un service public sont saisissables »* : Dr. adm. 1996, chron. 11

[899] Voir en ce sens : CLAMENS S., « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDA, 2000, p. 767.

[900] En ce sens : YOLKA Ph., « L'insaisissabilité des biens publics : regard sur un mouvement immobile », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 26 Novembre 2007, p. 2307.

[901] DUPRAT J-P., « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat », AJDA, 2005, p. 578.

[902] Voir : LAVAL N., « *Développement économique et domaine public* », Les Petites Affiches, n° 82, 1997, p. 8.

[903] GAUDEMET Y., « L'avenir du droit des propriétés publiques, *in* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 567.

grandes dimensions qui, si elles sont complémentaires, n'en demeurent pas moins distinctes : la dimension patrimoniale et la dimension financière[904].

642- Le premier volet trouve son fondement dans le postulat selon lequel la valorisation des propriétés des personnes publiques passe par leur meilleur équipement. Cela se traduit par la réalisation d'investissements dont il faut assurer le financement. Toutefois, la réduction des capacités de financement des collectivités publiques ne leur permet plus de réaliser elles-mêmes les investissements nécessaires à l'équipement de leur domaine. Dans ce contexte, le recours au financement privé constitue un impératif pour la valorisation des propriétés publiques. Comme le relève l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD), « *un certain tassement des possibilités budgétaires, tant de l'État que des collectivités locales, font que nombre d'investissements autrefois financés directement par les collectivités propriétaires, le sont aujourd'hui par appel à un financement privé* »[905]. Dans cette logique patrimoniale, la valorisation des propriétés publiques s'analyse en un ensemble d'outils destinés à attirer les investisseurs privés en vue de la réalisation d'équipements que les collectivités publiques n'ont plus les moyens de financer directement et dont la vocation est de concourir à l'exécution de missions d'intérêt général dont elles ont la charge[906].

643- La logique de valorisation s'accompagne donc nécessairement de l'accentuation de la dynamique partenariale entre les secteurs public et privé. C'est dans cette optique que s'inscrivent les différents dispositifs juridiques créés depuis la fin des années 1980 et dont le but principal est de faciliter le financement privé des investissements réalisés sur les propriétés publiques. Il s'agit notamment de la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation accordant aux collectivités locales la faculté de consentir des baux emphytéotiques administratifs sur leur domaine public[907] et de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État[908]. Le législateur a complété ces dispositifs initiaux en adoptant des textes sectoriels ou à vocation générale. Il en va ainsi de la loi « *relative aux*

[904] Pour une distinction de ces deux volets, voir : MAUGÜE Ch., in : *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Colloque organisé par le Conseil d'État, 6 juillet 2011, pp. 36-38.
[905] IGD, Rapport sur La valorisation des propriétés publiques, préc., p. 21.
[906] Voir : MAUGÜE Ch., in : *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, *préc.*
[907] Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janvier 1988, p. 208.
[908] Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF n° 171 du 26 juillet 1994, p. 10749.

réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services »[909] dont l'article 11 crée un nouveau type de bail emphytéotique administratif dit de « *valorisation* », pour la restauration, la réparation ou la mise en valeur des biens immobiliers des chambres consulaires. Ce texte est la parfaite traduction de la dimension patrimoniale de la notion de valorisation. En effet, l'objet du contrat qu'il initie n'est pas la réalisation de nouveaux équipements, mais l'amélioration et la mise en valeur du patrimoine immobilier déjà existant.

644- Malgré leur diversité, ces textes présentent le dénominateur commun de permettre à la collectivité publique propriétaire d'octroyer à son partenaire privé des droits réels sur les dépendances domaniales qu'il occupe ou sur les biens qu'il y construit. Ils présentent donc un intérêt très marqué dans le domaine des services énergétiques. Dans ce cadre, la valorisation dont il s'agit est susceptible de concerner tant le patrimoine déjà existant que les nouveaux équipements. De par leur hétérogénéité et leur consistance, les propriétés des personnes publiques constituent un important gisement de ressources propices à la valorisation énergétique aussi bien en termes d'amélioration de la performance énergétique qu'en matière de production renouvelable. Prenant conscience de ce potentiel, les collectivités publiques ont largement emprunté les nouvelles voies ouvertes par le législateur pour la mise en valeur de leur patrimoine, y compris dans une perspective énergétique. Il s'agit « *d'une tendance lourde des vingt dernières années* »[910].

645- Une illustration en est fournie par le nombre croissant de conventions d'occupation domaniale signées entre les collectivités publiques et des sociétés énergéticiennes ou des associations pour le développement de la production électrique d'origine solaire. L'objet de ces conventions consiste généralement à la mise à disposition de biens immobiliers non bâtis ou d'une partie d'un ensemble immobilier bâti au profit d'un opérateur privé aux fins d'installation de l'équipement de production et de la réalisation des travaux et aménagements pour son raccordement au réseau public, en vue de la vente par le bénéficiaire de l'électricité produite. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'appel à projet lancé par la ville de Saint-Raphaël en octobre 2010 pour « *la production d'énergies renouvelables par panneaux solaires Photovoltaïques raccordés au réseau, sur des bâtiments communaux de la ville* »[911].

---

[909] Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF n° 0169, 24 juillet 2010, p. 13650.
[910] MAUGÜE Ch., in : *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, *préc.*
[911] Pour les détails de cet appel à projet, voir : site de la ville http://www.ville-saintraphael.fr/fileadmin/examples/pdf5/APPEL_PROJET_PHOTOVOLTAIQUE.pdf .

646- Un exemple encore plus pertinent de la valorisation patrimoniale des biens publics est fourni à travers le projet lancé en 2008 par la commune de Collobrières et dont l'objet est la mise à disposition de 13 hectares de forêts au profit d'une société énergéticienne spécialisée dans la production énergétique d'origine solaire. Ce projet présente un double intérêt sur le plan de la valorisation du domaine de la commune. Le premier est de permettre de développer la production énergétique décentralisée sur le territoire de la collectivité publique par l'installation d'une centrale photovoltaïque au sol d'une capacité de 6,5 MégaWatt-crête. Le second intérêt est d'ordre technique et réside dans l'installation de l'équipement dans une zone forestière jusque-là utilisée pour lutter contre les incendies forestiers. L'implantation de la centrale photovoltaïque a donc permis d'étendre la zone utilisable comme pare-feu, ce qui contribue à la préservation de l'espace naturel concerné[912]. L'opération de valorisation par la production d'énergie renouvelable s'avère donc parfaitement compatible avec l'affectation du bien domanial qui lui sert de support.

647- A côté de cet aspect patrimonial, la notion de valorisation des propriétés des personnes publiques recouvre une seconde dimension à caractère financier. Elle réside dans les retombées financières que les collectivités publiques tirent de l'occupation et de l'exploitation de leurs dépendances domaniales. Les considérations financières sont également un élément déterminant dans la décision des collectivités publiques de s'engager dans une entreprise de valorisation de leurs propriétés. Il ressort de la jurisprudence administrative[913] que *« l'autorité affectataire de dépendances du domaine public est libre de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, et qu'un motif financier est à ce titre parfaitement admis* »[914].

648- Les retombées financières concernent principalement le loyer ou la redevance due par l'occupant privatif selon que le bien concerné s'intègre au domaine privé ou au domaine public de la collectivité. Aux termes de l'article L. 2125-1 du CGPPP, « *toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une*

[912] Voir en ce sens : Communes forestières du Var, « Faut-il développer les installations photovoltaïques au sol ? », à consulter sur le site de l'Observatoire Régionale de la Forêt Méditerranéenne (OFME) : http://www.ofme.org/documents/Accueil/RapportPhotovoltaique-CF83.pdf .
[913] Voir notamment : Conseil d'État, 2 mai 1969, « Société d'affichage Giraudy », req. n° 60932, Lebon, p. 238.
[914] REULAND N., « comment fixer le montant de la redevance pour occupation du domaine public », AJDA, 2013, p. 1340.

redevance ». La détermination de ladite redevance tient compte de l'ensemble des avantages procurés à l'occupant de la dépendance du domaine public. Précisant le sens de cette disposition, le juge administratif a, dans une décision en date du 11 octobre 2004[915], admis que le calcul du montant de la redevance peut tenir compte de « *l'avantage spécifique procuré par cette occupation privative du domaine public ou de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance occupée ou des deux* ».

649- Outre la volonté d'assurer aux collectivités propriétaires des revenus à la hauteur de la valeur de leur domaine, ce mode de détermination de la redevance se justifie amplement par la nécessité d'éviter la constitution d'une situation d'enrichissement sans cause au profit de l'occupant, ce qui serait de nature à lui conférer un avantage particulier sur ses éventuels concurrents. C'est dans cette optique que le juge administratif exerce un contrôle entier sur les modalités de calcul des redevances d'occupation du domaine en examinant la nature des éléments pris en compte pour leur détermination[916]. Il faut néanmoins préciser que le contrôle du juge demeure restreint sur le montant de la redevance fixé par l'autorité gestionnaire du domaine[917].

650- Dans le cadre de la valorisation du domaine par l'exercice d'activités énergétiques, ces redevances peuvent atteindre des niveaux assez élevés et constituer d'importantes sources de revenus pour les collectivités publiques propriétaires. A titre d'illustration, la mise à disposition de la zone forestière pour l'installation de la centrale photovoltaïque génère pour la commune de Collobrières un revenu annuel de 120 000 euros au titre du loyer des terrains à côté des 30 000 euros perçus sur l'activité de la société productrice au titre de la taxe professionnelle avant 2010[918]. Pour une petite commune de seulement 1916 habitants, cette activité s'avère une source non négligeable de revenus. Dans cette configuration, *« l'occupant devient un partenaire économique qui, tout en se livrant à son activité professionnelle participe à la mise en valeur du domaine et par voie de conséquence, à l'enrichissement de la collectivité publique elle-même »*[919]. La dynamique partenariale apparaît de manière plus

[915] Conseil d'État, 11 octobre 2010, *Prouvoyeur*, req. n° 254236, Rec. CE tables, p. 602 ; voir : TERNEYRE Ph., *Énergies renouvelables : Contrats d'implantation*, Lamy, 2010, p. 52.
[916] Conseil d'État, 10 février 1978, « Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier », req. n° 07652, Lebon, p. 66.
[917] Voir notamment : Conseil d'État, 11 juillet 2007, *Syndicat professionnel Union des aéroports français*, req. n° 290714, Lebon, table n° 843.
[918] Voir : Communes forestières du Var, « Faut-il développer les installations photovoltaïques au sol ? », préc.
[919] GODFRIN Ph., Droit administratif des biens, Armand Colin, 5e éd., 1997, p. 109.

visible dans l'hypothèse où l'activité prise en charge par l'occupant privatif est, en elle-même, une activité d'intérêt général comme est susceptible de l'être la production d'énergies renouvelables.

651- Les dimensions patrimoniales et financières constituent donc des éléments déterminants dans la dynamique actuelle de valorisation des propriétés publiques. Elles s'accentuent avec l'élargissement des compétences publiques en matière énergétique, ce qui est de nature à favoriser le recours aux instruments de valorisation des propriétés publiques.

B- Des activités entrant dans le champ de compétence des collectivités publiques

652- Instruments de partenariat public-privé, les nouveaux mécanismes de valorisation économique des propriétés publiques ont, pour une large part, été conçus pour permettre une gestion optimale des services relevant de la compétence des collectivités. Cela implique la liaison faite par les pouvoirs publics entre l'objet de ces instruments juridiques et la compétence des personnes publiques propriétaires **(1)**. Dans ce contexte, l'extension du champ de compétence des collectivités publiques, en particulier territoriales, dans le domaine des services énergétiques constitue un facteur favorable à l'implantation de ces derniers sur leurs propriétés **(2)**.

1. Un recours aux instruments de valorisation subordonné à la compétence de la personne publique

653- Si les collectivités publiques partagent désormais l'objectif commun de valorisation économique de leurs propriétés, il demeure qu'elles ne peuvent recourir aux instruments juridiques qui lui sont dédiés que dans les hypothèses prévues par le législateur. En effet, en même temps qu'il a diversifié la palette des instruments mis à la disposition des collectivités publiques, le législateur a pris le soin de circonscrire le périmètre de chaque instrument de valorisation. En ce sens, la juridiction administrative considère « *que lorsqu'un contrat ne peut être passé par une personne publique que dans certains cas limitativement prévus par la*

loi, il est nul lorsqu'il ne rentre dans aucun de ces cas »[920]. C'est ainsi que dès la création du bail emphytéotique administratif par la loi du 5 janvier 1988[921], le législateur a entendu limiter son objet à l'accomplissement, pour le compte des collectivités territoriales, d'une mission de service public ou à la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.

654- Il faut noter que la référence à la compétence de la collectivité publique bailleresse est demeurée constante, malgré la modification apportée par l'ordonnance du 23 juillet 2015[922] qui a supprimé l'exécution de la mission de service public comme objet du bail emphytéotique administratif[923]. Dès lors, la validité du bail emphytéotique administratif est subordonnée à une double condition : que son objet corresponde à une opération d'intérêt général d'une part[924] et que celle-ci entre dans le champ de compétence de la collectivité publique bailleresse d'autre part[925]. La première condition semble peu contraignante en raison de la conception extensive de la notion d'intérêt général adoptée par le juge administratif[926]. Cela s'explique par le fait que s'il est « *fonctionnellement unitaire, l'intérêt général est extraordinairement divers matériellement, si divers qu'il est proprement indéfinissable* »[927].

655- A ce titre, la condition de la finalité d'intérêt général de l'opération devrait largement être considérée comme remplie par les baux emphytéotiques administratifs conclus en matière énergétique, notamment en ce qui concerne la production d'énergie renouvelable et la maîtrise de la consommation énergétique. En effet, ces activités s'inscrivent dans la logique de lutte contre le changement climatique que le législateur a « *placée au premier rang des*

---

[920] Tribunal administratif de Grenoble, 1er octobre 2010, req. n° 1001421, *Préfet de la Drôme c/ commune de Romans-sur-Isère, note :* ROHAN P-A., « Bail emphytéotique administratif et intérêt général », AJDA, n° 9, mars 2011, pp. 510-514.

[921] Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janvier 1988, p. 208.

[922] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.

[923] L'alinéa 3 de l'article L. 1311-2 du CGCT dispose désormais qu'un tel bail « ne *peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation… »*

[924] En ce sens : ROHAN P-A., « Bail emphytéotique administratif et intérêt général », AJDA, n° 9, mars 2011, pp. 510-514.

[925] Voir : PERINET-MARQUET H., « Conditions de conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine public », AJDA, 1994, p. 550.

[926] Voir : Conseil d'État, rapport annuel public pour 1999*, L'intérêt général*, Études et documents du Conseil d'État, n° 50, 1998.

[927] TRUCHET D., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », in Conseil d'État, rapport annuel public pour 1999, *L'intérêt général*, Études et documents du Conseil d'État, n° 50, 1998, p. 372

priorités »[928]. Elles contribuent, par ailleurs, au respect de l'engagement pris par l'État français à concourir « *à la réalisation de l'objectif d'amélioration de 20 % de l'efficacité énergétique de la Communauté européenne et s'engage à porter la part des énergies renouvelables à au moins 23 % de sa consommation d'énergie finale d'ici à 2020 »*[929].

656- La seconde condition de validité du bail emphytéotique administratif concerne la nécessaire inclusion de l'opération qui en est l'objet dans le champ de compétence de la personne publique bailleresse. Cette coïncidence entre le périmètre de ce contrat et le domaine de compétence des collectivités territoriales apparaît de manière plus évidente dans l'état actuel du droit avec l'abandon des baux emphytéotiques administratifs sectoriels. Ces derniers pouvaient être consentis par les collectivités territoriales sur leurs biens immobiliers pour les besoins de services publics étatiques tels que la justice, la police et la gendarmerie. Introduite par la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI)[930], cette possibilité révélait une certaine contradiction avec la logique qui avait présidé à la création du bail emphytéotique administratif, conçu pour répondre aux besoins des collectivités décentralisées. Sa suppression a permis de revenir à l'orthodoxie initiale, celle de la liaison entre cet instrument de valorisation des propriétés publiques immobilières et la compétence des collectivités publiques bailleresses. Dès lors, saisi d'une demande en ce sens, le juge administratif pourra prononcer l'annulation d'un bail emphytéotique administratif ayant pour objet de confier au preneur privé une opération ne relevant pas de la compétence du bailleur public, sans que ne soit déterminante la nature d'intérêt général du but poursuivi[931].

657- La même liaison demeure de mise en ce qui concerne les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels prévues par l'article L. 1311-5 du CGCT. Aux termes de cette disposition, « *les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* ». Comme pour le bail emphytéotique administratif, ladite autorisation ne peut être consentie par la collectivité territoriale pour n'importe quelle opération. Celle-ci doit correspondre à une

[928] Art. 2 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JORF n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031.
[929] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, Article 2 § I.
[930] Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002, JORF du 30 août 2002, p. 14398.
[931] En ce sens : Tribunal administratif de Marseille, 21 décembre 1990, « Grangeon », *Dr. adm.* 1991, nº 520 ; Conseil d'État, avis, sect. soc., 16 juin 1994, nº 356101, *Rapport CE* 1994, p. 367.

mission d'intérêt général relevant du domaine de compétence de la collectivité publique. Ainsi, ne peut-elle pas être délivrée pour l'exercice d'une activité non rattachable à une compétence appartenant à la personne publique propriétaire de la dépendance domaniale. Serait de ce fait illégale la décision du conseil délibérant d'une collectivité territoriale de délivrer une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels en vue de la réalisation d'infrastructures pour les besoins de services relevant d'une autre collectivité publique.

658- Dans le cadre des services énergétiques, la condition relative à la compétence s'avère également largement remplie en raison de l'extension des interventions des collectivités territoriales en ce domaine. Celles-ci apparaissent de plus en plus comme les véritables acteurs de la politique énergétique et mettent en œuvre les instruments de valorisation à cette fin.

2. L'extension des compétences publiques en matière énergétique

659- Les collectivités publiques, en particulier territoriales, ont toujours été des acteurs majeurs de la politique énergétique. Si la loi de nationalisation du 8 avril 1946 a fait émerger deux entreprises publiques au niveau national, elle n'a pas pour autant remis en cause le rôle des entités décentralisées. L'importance des collectivités territoriales dans ce domaine s'est confirmée à travers les différentes réformes législatives relatives aux services énergétiques. De la loi de modernisation et de développement du service public de l'électricité du 10 février 2000[932] à la loi sur la transition énergétique du 17 août 2015[933], la tendance est à l'élargissement du champ d'intervention des collectivités territoriales en matière énergétique. Dans l'état actuel de la législation, la compétence des collectivités territoriales concerne toutes les dimensions de la stratégie de transition énergétique qui, selon les termes d'une circulaire du ministre de l'écologie, se fonde sur deux principes : « *l'efficacité et la sobriété énergiques d'une part, et la priorité donnée aux énergies renouvelables d'autre part* »[934].

[932] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 035 du 11 février 2000, p. 2143.
[933] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF du 18 août 2015, p. 14263.
[934] Ministère de l'écologie, circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique, BO min. Écologie n° 2013/3, 25 février 2013.

660- Concernant la production d'énergie renouvelable, elle est devenue un secteur largement investi par l'action publique locale. Ainsi, la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[935] a-t-elle accordé aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale la compétence d'aménager et d'exploiter, en régie ou par le biais d'un opérateur, de nouvelles installations de production d'énergie renouvelable. Codifié à l'article L.2224-32 du CGCT, cette disposition comportait toutefois une double limitation à l'intervention communale dans ce domaine : d'une part, l'énergie produite ne pouvait être destinée à la fourniture de clients éligibles et, d'autre part, l'opération d'aménagement et de production ne pouvait concerner que les installations limitativement énumérées. Il s'agissait notamment des nouvelles installations hydroélectriques d'une puissance maximale de 8000 kVA, celles de valorisation énergétique des déchets ménagers et de cogénération[936].

661- S'il est vrai que cette disposition initiait une dynamique intéressante pour la production énergétique décentralisée, les limites qu'elle fixait donnaient l'impression d'une réforme inaboutie. Sentant la nécessité d'élargir les possibilités d'intervention des communes dans la production d'énergie renouvelable, les rédacteurs de la loi relative à la transition énergétique du 17 août 2015[937] ont supprimé les restrictions susvisées. Dans ce cadre, les communes ont désormais la compétence d'aménager et d'exploiter toute nouvelle installation de production d'énergie renouvelable visée par l'article L. 2224-32 du CGCT dans sa rédaction actuelle, sans restriction relative à la puissance ou à la destination de l'énergie produite[938].

662- En comparaison avec les communes et leurs groupements, la reconnaissance de la compétence en matière de production énergétique au profit des autres collectivités territoriales s'est faite de manière plus tardive. En effet, il a fallu attendre la loi dite « *Grenelle II* »[939] pour

---

935 Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 035 du 11 février 2000, p. 2143.
936 Article 11 de la loi 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, préc. ; Voir : FOURMON A., « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », Gazette du Palais, 04 juillet 2009 n° 185, p. 10.
937 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF du 18 août 2015, p. 14263.
938 Voir : EZAN G. et LEPEE J., « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », AJCT, 2016, p. 12.
939 Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF du 13 juillet 2010, p. 12905.

que cette compétence soit étendue aux départements et régions[940]. Aux termes de l'article 88 de cette loi dans sa version initiale, « … *les départements et les régions, sur leurs territoires respectifs, ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale, sur les territoires des collectivités territoriales qui en sont membres, peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter (…) des installations de production d'électricité* ». Cette nouvelle compétence ne s'étendait pas à toutes les sources d'énergie ; étaient seules concernées celles visées aux points 2°) et 3°) de l'article 10 de la loi 2000 relative modernisation du service public de l'électricité[941].

663- Le développement de la production décentralisée d'énergie renouvelable supposait l'élargissement des possibilités d'intervention des départements et régions. Tel est l'objet de l'article 108 de la loi de transition énergétique qui a apporté une modification aux dispositions de l'article 88 précité de la loi « Grenelle II ». Il ressort de sa rédaction actuelle que « *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* ». Par l'abandon de la référence à des catégories d'installations en particulier, le législateur a entendu faire des collectivités territoriales les acteurs majeurs de la transition énergétique en leur accordant une habilitation générale en matière de production d'énergie renouvelable.

664- Outre l'extension des compétences locales dans le domaine des services énergétiques, cette disposition présente l'intérêt d'affirmer la nécessaire implication de toutes les collectivités publiques dans la dynamique de transition énergétique. Dans une structuration

[940] Sénat, Rapport d'information n° 623 (2012-2013) de M. Claude BELOT, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé le 4 juin 2013.

[941] Les installations concernées étaient : d'une part, « *les installations de production d'électricité qui utilisent des énergies renouvelables, à l'exception des énergies mentionnées au 3°, les installations situées à terre utilisant l'énergie mécanique du vent dans une zone non interconnectée au réseau métropolitain continental, ou les installations qui mettent en œuvre des techniques performantes en termes d'efficacité énergétique telles que la cogénération* » et d'autre part, « *les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent qui sont implantées dans le périmètre d'une zone de développement de l'éolien terrestre définie selon les modalités fixées à l'article 10-1 ou qui sont implantées sur le domaine public maritime ou dans la zone économique exclusive et les installations qui utilisent l'énergie marine, l'énergie solaire thermique ou l'énergie géothermique ou hydrothermique* ». (Article 10 de la loi 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, préc.)

marquée au niveau local par la suppression de la clause de compétence générale[942] pour les départements et les régions, l'intervention de ces deux collectivités dans ce domaine supposait la reconnaissance expresse de cette compétence à leur profit[943]. En y procédant, le législateur entend en faire de véritables échelons de décision et d'exécution de la politique énergétique. L'exercice de ces nouvelles compétences nécessitant des moyens techniques et financiers dont ne disposent pas nécessairement les collectivités publiques, le recours au partenariat public privé s'avère incontournable. Il s'est d'ailleurs perfectionné pour accroître son attractivité en améliorant la stabilité de la situation juridique des partenaires de l'administration.

Paragraphe II : Une amélioration progressive de la situation juridique du partenaire privé de l'administration

665- La mise en œuvre des instruments juridiques de valorisation économique des propriétés publiques s'est souvent heurtée à la rigueur des règles régissant ces dernières. Les principes traditionnels de la domanialité publique étaient interprétés dans un sens peu favorable à la sécurisation des opérations économiques auxquelles le domaine public sert de terrain d'assiette. La précarité des titres d'occupation des dépendances domaniales et l'absence de droits réels au profit de l'occupant privatif constituaient un frein à l'investissement privé sur les propriétés publiques. La valorisation économique de celles-ci supposait donc la consolidation de la situation juridique de l'occupant privé à travers la sécurisation des investissements qu'il réalise **(A),** de sorte à faciliter le financement des infrastructures et équipements installés sur le patrimoine public immobilier **(B)**.

[942] La clause de compétence générale consiste en « *la liberté reconnue à une collectivité territoriale d'intervenir en toute matière pour répondre à un intérêt public local sous réserve de ne pas empiéter sur les compétences attribuées par la loi à une autre autorité publique* » (MARCOU G., Dictionnaire des politiques territoriales, 2011, p. 57). Elle a été supprimée pour les départements et régions par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République (JORF du 8 août 2015, p. 13705) qui lui substitue un système de répartition fondé sur une énumération des compétences appartenant à chaque type de collectivité territoriale.

[943] En ce sens : GERARDIN N., « L'objectif de simplification dans les réformes territoriales récentes : l'exemple de la clause de compétence générale », in : *Simplifier l'action publique* ? RFAP n° 157, 2016, pp. 95-104. ; CLAVAGNIER B., « Qui finance quoi après la suppression de la clause de compétence générale », Juris associations, n° 532, 2016, p. 3.

A- La sécurisation des investissements réalisés par l'occupant domanial

666- La réalisation d'investissements privés sur les propriétés publiques immobilières nécessite la sécurisation des activités dont elles sont le siège et la stabilisation de la situation juridique des partenaires. La prise en compte de cette exigence s'est concrètement traduite par la reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant domanial (**1**) ainsi que par l'admission d'un droit à indemnisation en cas de fin anticipée du titre d'occupation (**2**).

1. L'octroi de droits réels au profit de l'occupant privatif

667- L'interprétation classique du principe d'inaliénabilité du domaine public a fait obstacle à la reconnaissance de droits réels au profit des occupants privatifs. Cependant, l'idée selon laquelle le principe d'inaliénabilité aurait pour seule fonction la protection de l'affectation du bien domanial à l'utilité publique a fini par s'imposer. Le professeur Yves GAUDEMET a ainsi pu écrire que « *l'inaliénabilité du* domaine public *a pour fonction — et pour mesure — l'affectation à l'utilité publique qui caractérise celui-ci* »[944]. Dans ce cadre, la vigueur du principe ne fait pas obstacle à la constitution de droits réels sur le domaine public dès lors qu'ils ne remettent pas en cause l'affectation de la dépendance domaniale qui en est l'objet[945].

668- Le législateur s'est approprié cette logique en permettant aux collectivités publiques d'octroyer à leurs cocontractants des droits réels sur leurs domaines. Ouvrant cette voie, l'article 13 de la loi d'amélioration de la décentralisation du 5 janvier 1988[946] habilitait les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics à conclure des baux emphytéotiques administratifs sur leurs biens immobiliers. L'appartenance desdits biens au domaine public ne fait pas obstacle à la conclusion de ce type de contrat à la condition toutefois qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application de la contravention de voierie[947]. Cette dernière vise les atteintes à l'intégrité ou à l'usage normal du domaine public routier. Elle a vocation à sanctionner les actions susceptibles de compromettre la commodité et la

[944] GAUDEMET Y., « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RDP, septembre 2012, n° 5, p. 1223
[945] Conseil d'État, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société SAGIFA*, req. n° 147602, inédit au recueil Lebon.
[946] Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF, 6 janvier 1988, p. 208.
[947] CGCT, article L. 1311-2, alinéa 2.

sécurité de la circulation sur les voies publiques. Ainsi, les baux emphytéotiques administratifs ne peuvent pas porter sur les dépendances du domaine public routier comprenant « l'ensemble *des biens du domaine public de l'État, des départements et des communes affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées* »[948]. Hormis cette réserve, la collectivité territoriale a la faculté d'octroyer des droits réels sur ses biens immobiliers par le biais du bail emphytéotique administratif[949].

669- La loi du 23 juillet 2010[950] a étendu cette faculté à l'État et aux établissements publics composant le réseau des chambres de commerce et d'industrie, le réseau des chambres des métiers et d'artisanat et le réseau des chambres d'agriculture[951]. Codifié à l'article L. 2341-1 du CGPPP, le régime de ce nouveau type de bail emphytéotique administratif, dit de valorisation, est largement calqué sur celui des collectivités territoriales. A ce titre, il confère au preneur un droit réel sur les dépendances domaniales qu'il occupe et les ouvrages qu'il y réalise tout au long de l'emphytéose comme le laisse déduire la référence à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime[952].

670- En dehors de l'hypothèse du bail emphytéotique administratif, la collectivité publique peut également octroyer des droits réels sur son domaine public par le biais d'une autorisation d'occupation temporaire. Cet instrument de valorisation a été mis à la disposition de l'État par la loi du 25 juillet 1994[953] dont l'article 1er disposait que : « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre* ». Le code général de la propriété des personnes publiques[954] a repris cette disposition en son article L. 2122-6

[948] Code de la voirie routière, article L. 111-1 ; voir : Réponse ministérielle (JO du 20 août 2013, p. 8887) à la question parlementaire n° 8364 (JO du 30 octobre 2012, p. 6064).
[949] Conseil d'État, 18 octobre 1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, req. n° 116316, Lebon, p. 356.
[950] Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services (article 11), JORF n° 0169, 24 juillet 2010, p. 13650.
[951] Pour une énumération exhaustive des établissements publics concernés, voir l'article L. 701-1 alinéa 11 du code du commerce (pour ceux appartenant au réseau des chambres de commerce et d'industrie), l'article 5-1 alinéa 1er du code de l'artisanat (pour ceux composant le réseau des chambres des métiers et d'artisanat) et l'article 510-1 du code rural et de la pêche maritime (pour ceux composant le réseau des chambres d'agriculture).
[952] En ce sens : FATÔME E. et RAUNET M., « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », AJDA, 2010, p. 2475.
[953] Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF n°171, 26 juillet 1994 p. 10749.
[954] Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF n° 95 du 22 avril 2006, p. 6024.

également applicable aux établissements publics rattachés à l'État. Il ressort de cette législation qu'en ce qui concerne l'État et ses établissements publics, la constitution de droits réels demeure le principe pour l'occupant privatif du domaine public. L'autorité gestionnaire ne peut s'y opposer qu'en incluant des clauses et prescriptions contraires dans l'autorisation qu'elle délivre. Si elle n'y procède pas, le droit réel résultant du titre d'occupation confère à son titulaire les prérogatives et obligations du titulaire pour toute la durée de l'autorisation, sous réserve des aménagements prévus par le législateur[955]. Une disposition similaire était prévue par l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004[956] sur les contrats de partenariat dans l'hypothèse où ledit contrat implique l'occupation du domaine public.

671- Concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, la rédaction de l'article L. 1311-5 du CGCT a pu être interprétée comme indiquant une inversion du principe applicable à l'occupation du domaine de l'État. Il semblerait qu'il y ait une différence de traitement entre l'État et les collectivités territoriales puisque la constitution de droits réels serait automatique pour les titres délivrés par le premier, alors que pour les secondes elle requiert une clause le prévoyant expressément. C'est cette lecture qu'en a faite le professeur Yves GAUDEMET qui considère que « *ce principe n'est pas étendu aux collectivités locales ; il est même d'une certaine façon inversé, puisqu'il est disposé que les collectivités locales « peuvent » décerner des titres constitutifs de droits réels, ce qui veut dire que, si elles ne le font pas, le titre n'est pas constitutif de droits réels* »[957]. L'absence de référence à des prescriptions contraires pour faire obstacle à la constitution de droits réels tend à conforter ce point de vue.

672- Cependant, cette disposition peut être appréhendée à travers un autre prisme en plaçant l'autorisation d'occupation du domaine public dans la panoplie d'instruments de valorisation à la disposition des collectivités territoriales. Dans cette optique, la faculté résultant de la rédaction de l'article L. 1311-5 du CGCT serait, pour l'entité décentralisée, une possibilité de choix entre l'AOT et le bail emphytéotique administratif, étant entendu que dans les deux cas le titre d'occupation emporte comme conséquence la constitution de droits réels au profit de l'occupant privatif.

---

955 CGPPP, article L. 2122-6 alinéa 2.
956 Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994.
957 GAUDEMET Y., « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RDP, n° 5, 2012, p. 1235.

673- Quoi qu'il en soit, il est constant que le droit réel résultant du titre confère à son titulaire les obligations et prérogatives du propriétaire, sous réserve des aménagements prévus par le législateur[958]. Toutefois, la collectivité territoriale ne peut délivrer une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels qu'en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Sur ce point, il y a alignement sur le régime du bail emphytéotique administratif. Les deux instruments se complètent parfaitement dans la mesure où, contrairement au BEA[959], l'autorisation constitutive de droits réels n'est pas limitée par le champ d'application de la contravention de voirie.

674- La formulation retenue par le législateur à l'article L. 2122-6 du CGPPP semble limiter l'objet du droit réel aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier que réalise le titulaire du titre d'occupation, à l'exclusion de la dépendance qui leur sert de terrain d'assiette. Ce droit réel serait comparable au droit de superficie que la Cour de cassation appréhende comme « *un droit distinct et séparé du fonds* ; [qui] *porte exclusivement sur les constructions (...) qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé »*[960]. Cette hypothèse opère une distinction entre le droit réel sur la dépendance domaniale occupée et celui s'exerçant sur les équipements réalisés par le titulaire du titre d'occupation. Défendue par une partie de la doctrine, cette conception implique que la propriété de l'occupant domanial s'exerce exclusivement sur les ouvrages dont il assure la réalisation[961]. Elle se trouve confortée par la jurisprudence administrative qui a toujours reconnu la propriété privée des équipements réalisés par l'occupant sur le domaine public[962].

675- S'il ne manque pas de fondement, ce point de vue doit néanmoins être écarté en raison des difficultés pratiques qu'il pourrait engendrer. En effet, il serait impossible pour l'occupant privatif de mobiliser le droit qu'il détient sur les constructions qu'il réalise s'il ne bénéficie pas d'un droit de même nature sur le fonds qui y est inclus, c'est-à-dire sur la dépendance occupée. Le droit réel sur les installations doit donc nécessairement emporter un droit réel sur

---

958 CGCT, article L. 1311-5 alinéa 2.
959 Conseil d'État, 18 octobre 1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, req. n° 116316, Lebon, p. 356.
960 Cour de cassation, civ. 16 déc. 1873, Cart, DP 1874-I-249.
961 Pour une illustration de cette conception, voir : Caisse des Dépôts et Consignations, Conférence des Présidents d'université, *Le transfert du patrimoine universitaire*, PUF, 2010, 228 p.
962 En ce sens : Conseil d'État, 7 juin 2010, *Montravers, liquidateur judiciaire de la société Neuville Foster Delaunay Belleville*, D. adm., novembre 2010, p. 31 ; CE, 23 juin 1993, *Sté industrielle de constructions et réparations*, req. nº 111569 ; CE 27 févr. 1995, *Secrétaire d'État à la Mer c/ M. Torre*, req. nº 139718, *Lebon, p.* 109

la dépendance domaniale à laquelle sont incorporés les équipements. Il s'agirait ici d'une inversion de la règle de l'accession immobilière posée par l'article 552 du Code civil aux termes duquel « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». L'application de cette règle aurait eu pour conséquence d'étendre la domanialité du terrain d'assiette aux ouvrages qui y sont édifiés par l'occupant domanial. Lesdits ouvrages relèveraient alors de la propriété de la collectivité publique. Dans l'hypothèse ici étudiée, c'est la propriété privée des équipements réalisés par l'occupant domanial qui suppose et implique le droit réel sur le terrain d'assiette durant toute la période que dure l'occupation.

676- C'est cette lecture qui semble devoir être faite des dispositions du CGPPP, lequel « *doit être compris comme étranger à toute distinction entre un droit réel sur le domaine occupé et un droit réel sur les constructions réalisées par l'occupant* »[963]. La même solution est retenue en ce qui concerne les droits réels octroyés sur la base des baux emphytéotiques administratifs. Ce montage contractuel implique également que le preneur soit le propriétaire des ouvrages qu'il construit et, qu'en outre, il bénéficie d'un droit réel sur le domaine public qu'il occupe[964]. Parallèlement à la reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant privatif, la sécurisation des investissements qu'il réalise est subordonnée à l'existence d'un droit à indemnisation en cas de fin anticipée du titre d'occupation.

2. L'atténuation de la précarité du titre d'occupation

677- L'influence du principe d'imprescriptibilité du domaine public se traduit doublement sur les titres d'occupation domaniale. D'une part, et conformément à l'article L. 2122-2 du CGPPP, ceux-ci ne peuvent être délivrés qu'à titre temporaire. Cela signifie que la durée de l'occupation doit impérativement être déterminée par le titre qui l'autorise. D'autre part, la délivrance de l'autorisation d'occupation domaniale n'a pas pour conséquence de dessaisir l'autorité compétente pendant la durée prévue par le titre. Comme le fait remarquer le professeur René CHAPUS, « *la fixation d'un terme permet de prévoir la durée maximale de l'autorisation ; non sa durée minimale* »[965]. Aussi, l'autorité administrative demeure-t-elle détentrice de la prérogative d'y mettre fin avant le terme fixé pour des raisons liées au

963 : GAUDEMET Y. « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », préc., p. 1231.
964 En ce sens : TERNEYRE Ph., Œuvre collective sous la direction de Philippe MALINVAUD, Bail emphytéotique (Droit public), Dossier n° 150.
965 CHAPUS R., Droit administratif général, tome 2, 15ème éd., Montchrestien, 2001, p. 509.

comportement de l'occupant ou pour tout motif d'intérêt général. C'est en cela qu'apparaît la précarité des autorisations domaniales. Le conseil d'État fait ainsi référence au « *caractère précaire et révocable… commun à toutes les occupations du domaine public* »[966].

678- Lorsque le titre d'occupation domaniale résulte d'un acte unilatéral, cette prérogative ne soulève pas de difficulté particulière : l'unilatéralité ayant fait naître le titre suffit à le faire disparaître. A l'inverse, lorsque le titre délivré est formalisé par un acte contractuel, le parallélisme des formes voudrait que l'accord de volonté intervenu en amont, lors de la liaison de la relation entre les acteurs, intervienne à nouveau au moment de sa dissolution. Cette logique est solidement ancrée en droit privé, surtout dans l'hypothèse où la convention fait naître un droit réel au profit des cocontractants. C'est ainsi que, dans le cadre d'un bail emphytéotique du code rural, le juge judiciaire n'hésite pas à sanctionner une clause par laquelle le propriétaire se réserve la faculté de résiliation unilatérale du contrat. En effet, la Cour de cassation a considéré qu'une telle prérogative était de nature à imprimer au droit réel du preneur un caractère précaire « *incompatible avec la constitution d'une hypothèque et excluait le caractère emphytéotique du bail* »[967]. Dès lors, la collectivité publique qui met à disposition une dépendance de son domaine privé sur la base d'un bail emphytéotique de droit privé renonce de fait à son pouvoir de résiliation unilatérale de la convention.

679- Cependant, il apparaît que ce raisonnement n'est pas transposable aux autorisations d'occupation du domaine public, qu'elles soient unilatérales ou contractuelles. Concernant le bail emphytéotique administratif, par exemple, sa nature de contrat administratif implique nécessairement un pouvoir de résiliation unilatérale au profit de la collectivité bailleresse. Cette prérogative résulte des principes généraux des contrats administratifs. Il ressort de la jurisprudence administrative qu'il appartient à l'autorité contractante « *en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin* » au lien contractuel[968].

---

966 Conseil d'État, 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézières*, req. n° 24912, Lebon, p. 45. Il faut néanmoins relever l'exception faite au principe de précarité en ce qui concerne les occupations résultant de concessions funéraires, dont le juge considère qu'elles n'ont pas le « *caractère précaire et révocable qui s'attache, en général, aux occupations du domaine public* » (Conseil d'État, 21 octobre 1955, *Demoiselle Méline*).

967 Cour de cassation, 3ème chambre civile 15 mai 1991 N° 89-20.008.

968 Conseil d'État, Assemblée plénière, 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval*, req. n° 32401, 32402, 32507 et 34562, Lebon, p. 246.

680- Pérennisant cette faculté, la législation admet que l'autorité gestionnaire du domaine public puisse mettre fin à l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels. Le Conseil constitutionnel relève que les dispositions législatives[969] préservent *« la possibilité d'un retrait d'autorisation avant terme soit pour inexécution des clauses et conditions de ladite autorisation, soit en toute autre circonstance sous réserve alors d'une indemnisation du préjudice direct, matériel et certain résultant de l'éviction anticipée »*[970]. La juridiction constitutionnelle résume ainsi les deux hypothèses dans lesquelles les collectivités publiques peuvent mettre fin de manière anticipée aux titres d'occupation qu'elles délivrent : l'inexécution par l'occupant domanial des clauses et conditions de son titre, d'une part, ou la résiliation pour tout motif d'intérêt général, d'autre part.

681- Si le pouvoir de résiliation unilatérale de l'autorité administrative n'est pas remis en cause par la reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant privatif, son exercice ne doit pas aboutir à une fragilisation de la sécurité des investissements réalisés. Cette préoccupation a largement été relevée par les organismes financiers dans le cadre des consultations lancées lors de la préparation de l'ordonnance portant code de la propriété des personnes publiques. Parallèlement à la constitution de droits réels cessibles, les acteurs financiers ont mis l'accent sur la nécessité de prévoir un régime adapté d'indemnisation de l'occupant privatif en cas de fin anticipée de son titre pour sécuriser les investissements qu'il finance[971].

682- Prenant en compte ces observations, le législateur délégué a, sous certaines conditions, reconnu un droit à indemnisation pour le partenaire privé de l'administration dans l'hypothèse d'une fin anticipée du titre d'occupation. En ce qui concerne les AOT constitutives de droits réels, l'article L. 2122-9 *alinéa* 3 du CGPPP dispose qu'en cas de retrait du titre avant le terme prévu, « *pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée* ». Cette disposition met fin aux incertitudes nées de la jurisprudence administrative relative au statut du titulaire d'un titre unilatéral d'occupation du domaine public. En effet, le juge administratif excluait la possibilité d'une indemnisation de l'occupant évincé avant le terme de son

[969] Il s'agissait de l'article L 34-3 du Code du domaine de l'État, devenu article L. 2122-9 du CGCPPP.
[970] Conseil constitutionnel, décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, « Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine de l'État », considérant n° 11.
[971] Voir : REFABERT F., « Les investisseurs sur le domaine public : le point de vue d'un financier », Les Petites Affiches, n° 147, juillet 2004, p. 38.

autorisation unilatérale. Le Conseil d'État estimait ainsi que *« le retrait ou la modification d'une permission d'occupation du domaine public n'ouvre droit à aucune indemnité au profit du permissionnaire évincé* » dès lors qu'il est fondé sur un motif légitime[972].

683- A l'inverse, la nature contractuelle d'un titre d'occupation domaniale milite en faveur d'un droit à indemnisation du partenaire privé de l'administration en cas de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. « *Si l'autorité domaniale peut mettre fin avant son terme à un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute de son cocontractant, ce dernier est toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette résiliation unilatérale dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle* »[973].

684- Dès lors, même si le législateur n'apporte pas de précision sur la possibilité d'une résiliation unilatérale du BEA et sur ses conséquences indemnitaires, il semble que ce principe d'origine jurisprudentielle demeure applicable à ce type de contrat. Le preneur peut donc prétendre à l'indemnisation du préjudice né de la rupture anticipée du lien contractuel pour un motif autre que l'inexécution des clauses de son titre d'occupation. La réparation aura vocation à couvrir les pertes subies et le manque à gagner[974]. Concrètement, le niveau d'indemnisation est déterminé en fonction des frais exposés par l'occupant du domaine public et non encore amortis.

685- Pour une société énergéticienne, l'indemnité qui lui est due en cas de résiliation de son titre d'occupation pour un motif d'intérêt général doit couvrir trois éléments distincts. Elle correspond, tout d'abord, au montant de l'ensemble des frais exposés par lui aux fins de développement, de construction et d'exploitation de l'équipement. Ensuite, elle couvre l'ensemble des sommes dont le preneur pourrait être redevable auprès des tiers malgré l'impossibilité de réaliser son projet d'implantation en raison de l'absence de jouissance du site et de ses accessoires. Enfin, l'indemnité doit couvrir l'ensemble des sommes que l'occupant évincé aurait dû percevoir du fait de la réalisation de son projet pendant la durée

[972] Conseil d'État, 26 janvier 1994, *M. et M^me^ Dussel*, req. n° 128409.
[973] Conseil d'État, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, req. n° 316534 ; ALHAMA F., « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », AJDA, 2010, p. 1515.
[974] En ce sens : Conseil d'État, 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*, req. n° 61871, rec. Lebon, p. 417 ; BRACONNIER S., « Les conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », RDI, 2011, p. 396.

normale de son titre d'occupation[975]. Cette garantie est de nature à rassurer les occupants privatifs du domaine public et leurs partenaires financiers. C'est également dans cette perspective que s'inscrit la réception des techniques privatistes de financement dans la sphère publique.

B- La réception des techniques privatistes de financement des équipements

686- Le droit réel conféré par le titre d'occupation du domaine public n'a de sens que s'il contribue à faciliter le financement des équipements que le partenaire de l'administration a la charge de réaliser. Dans cette optique, le législateur a procédé à un aménagement des principes classiques de la domanialité publique afin de rendre possible le recours à certaines techniques de financement issues du droit privé. Il en est ainsi du crédit-bail (**1**) et de l'hypothèque (**2**).

1. Le recours au crédit-bail pour le financement des installations énergétiques

687- Le crédit-bail constitue une technique contractuelle par laquelle une entreprise dite de crédit-bail acquiert, sur la demande d'un client, la propriété de biens d'équipement mobiliers ou immobiliers nécessaires à l'exercice de son activité. Lesdits biens sont ensuite mis à la disposition du crédit-preneur pour une durée déterminée, en contrepartie de redevances ou loyers[976]. Pour le porteur de projet énergéticien, cette technique présente l'avantage de lui permettre de réaliser les investissements sans en endosser directement le financement et d'assurer l'exploitation des équipements qui, pour la durée de la convention, demeurent la propriété du crédit-bailleur.

[975] Une délibération de la mairie de la ville de Périgueux en date du 18 décembre 2015 (Délibération n° D 2015-138 autorisant le maire de la ville à signer un BEA avec la société URBA 34 pour l'implantation et l'exploitation d'une centrale photovoltaïque sur le domaine public communal) illustre bien le mode de détermination du montant de l'indemnité due au preneur évincé pour un motif d'intérêt général. L'article 9-1 du projet de BEA annexé à ladite délibération détermine le niveau d'indemnisation en tenant en compte les trois éléments susvisés.

[976] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 21ème édition, 2014, p. 278 ; article L.313-7 du code monétaire et financier.

688- Concrètement, le mécanisme repose sur la dissociation entre, d'une part, la propriété juridique qui revient temporairement à l'organisme financier et, d'autre part, la propriété économique conférée à l'entrepreneur. Ce dernier présente les caractéristiques de l'usufruitier puisqu'il a l'usage des biens réalisés et bénéficie des retombées financières de l'activité en contrepartie de la redevance due au financier. Dans le domaine des services énergétiques, le crédit-bail présente un intérêt indéniable pour les porteurs de projets tant sur le segment de la production que sur celui de la maîtrise de la consommation. Toutefois, les collectivités publiques et leurs partenaires privés ne bénéficient pas d'une entière liberté pour recourir au crédit-bail comme mode de financement des ouvrages sur le domaine public. Cette faculté est plus ou moins large selon que le bien objet du crédit-bail est ou non affecté à un service public.

689- Dans la mesure où les règles de protection du domaine public se justifient par l'affectation de la dépendance domaniale à l'utilité publique, elles ne trouvent à s'appliquer que dans l'hypothèse d'une telle affectation. Dès lors, il n'y a pas d'obstacle dirimant au recours au crédit-bail lorsque le bien qui en est l'objet n'est affecté à aucun service public. L'occupant privatif peut financer par crédit-bail les biens qui seront affectés à son usage privatif pour les besoins exclusifs de l'exercice de son activité sur le domaine public[977]. Par exemple, une société intervenant en matière de production d'énergie renouvelable peut recourir au crédit-bail pour financer les équipements et installations sur le domaine public d'une collectivité territoriale.

690- A l'inverse, la liberté du propriétaire du domaine public et de son occupant apparaît plus limitée lorsque les installations à y réaliser ont vocation à être affectées au service public. Saisi de la question relative à la légalité de tels montages contractuels, le Conseil d'État a, dans un avis du 30 mars 1989[978], considéré que « *les infrastructures ... qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'État et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. Leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique de crédit-bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent, jusqu'au terme du contrat, dans le patrimoine de l'organisme de*

[977] En ce sens : TERNEYRE Ph., Crédit-bail immobilier et collectivités publiques, ouvrage collectif sous la direction de MALINVAUD Ph., Dalloz Action Droit de la construction, dossier 270, 2013.
[978] Conseil d'État, avis, 30 mars 1989, nº 345332, *Rapport CE* 1990, nº 41, p. 236.

crédit ». Pour la Haute juridiction administrative, le caractère indispensable des biens à l'exécution du service public auquel ils sont affectés est incompatible avec leur financement par voie de crédit-bail. Il ne peut en aller autrement qu'en cas de disposition législative spécifique prévoyant des « *précautions propres à garantir la continuité du service public* »[979].

691- Toutefois, cette exclusion n'est pas générale et absolue. Elle s'entend sous réserve de l'existence de dispositions législatives spécifiques autorisant le recours au crédit-bail, y compris sur le domaine public. Se prononçant sur le fond d'une telle loi, le Conseil constitutionnel en a reconnu la constitutionnalité en estimant que *« le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel »*[980]. Dès lors, le législateur peut en autoriser l'utilisation à la condition, toutefois, de prévoir des garanties permettant de préserver les exigences du service public. Dans cette perspective, il appartient à la collectivité publique de s'assurer que les prérogatives accordées au « *crédit-bailleur ne soient pas incompatibles avec le bon fonctionnement du service public* »[981].

692- Usant de cette faculté, le législateur a ouvert pour les collectivités territoriales et leurs partenaires privés la possibilité de recourir au crédit-bail pour financer les ouvrages sur le domaine public. Dans ce cadre, le titulaire d'une AOT constitutive de droits réels[982] ou le titulaire d'un BEA[983] peut légalement conclure un contrat de crédit-bail avec un établissement de crédit pour la construction d'ouvrages sur le domaine public de la collectivité territoriale. La même faculté est reconnue au titulaire d'un contrat de partenariat public-privé donnant lieu à l'occupation du domaine public de la collectivité contractante.

693- Dans toutes ces hypothèses, le financement par crédit-bail implique trois acteurs : l'occupant domanial, l'organisme de crédit et la collectivité publique propriétaire ou gestionnaire du domaine. Le montage contractuel se formalise à travers une convention

---

979 Conseil d'État, avis, 30 mars 1989, nº 345332, préc.
980 Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, nº 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer.
981 Conseil constitutionnel, DC nº 2002-40 du 22 août 2002, relative à la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, Recueil du conseil constitutionnel, 2002, p. 198.
982 Aux termes de l'article L. 1311-5 § IV du CGCT, « *Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail ».*
983 L'article L. 1311-3 du CGCT dispose : « *Les constructions réalisées dans le cadre de ces baux peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail ».*

tripartite[984] permettant à la personne publique de s'assurer de la continuité du service public en se réservant la prérogative de se substituer au crédit-preneur en cas de défaillance. Pour l'établissement de crédit, le pouvoir de substitution reconnu à la personne publique est la garantie d'une exécution régulière du contrat de crédit-bail, y compris en cas de fin anticipée du titre d'occupation domaniale.

694- Dans le domaine des services énergétiques, la mise en place des SOFERGIE au côté des établissements traditionnels de crédit est la traduction de la volonté de faciliter le financement des installations énergétiques. L'article 30 de la loi du 15 juillet 1980[985] a instauré ces sociétés anonymes à statut bancaire *« pour financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier ou sous forme de location simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures, ou à promouvoir les utilisations du charbon »*. Le champ d'intervention de ces structures a été par la suite élargi et concerne, depuis 1992[986], les équipements de récupération et de valorisation des déchets à des fins énergétiques.

695- De manière plus déterminante, c'est la loi de finances pour l'exercice budgétaire de 1987[987] qui a autorisé les SOFERGIE à financer, par voie de crédit-bail, « *les ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires, pour une activité dont les recettes sont soumises à la TVA* »[988]. Se trouvent ainsi concernés les équipements et installations utilisés par les concessionnaires privés de services énergétiques tels que les réseaux d'électricité, de gaz ou de chaleur. Dans ce cadre, le partenaire privé de la collectivité publique peut recourir au financement de la SOFERGIE pour la réalisation des ouvrages nécessaires à l'exercice des missions qui lui sont confiées et auxquelles le domaine public sert de terrain d'assiette. Il en va de même de la technique de l'hypothèque dont l'utilisation par l'occupant domanial reste encadrée pour préserver les exigences du service public.

---

[984] La convention tripartite est de droit privé et relève de la compétence judiciaire malgré la présence de la personne publique (Tribunal des conflits, 21 mars 2005, *Sté Slibail Énergie c/ville de Conflans Sainte Honorine*, nº 3436, *AJDA* 2005, p. 1186 ; CAA Versailles, 14 septembre 2006, *Sté Unifergie*, req. nº 04VE03502, *AJDA* 2007, p. 42) ;

[985] Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980, relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, JORF du 16 juillet 1980, p. 1783.

[986] Loi nº 92-646 du 13 juillet 1992, relative à l'élimination des déchets ainsi qu'aux installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n° 162, 14 juillet 1992, p. 9461.

[987] Loi n° 86-1317 du 30 décembre 1986 de finances pour 1987, JORF du 31 décembre 1986, p. 15820.

[988] Loi n° 86-1317 du 30 décembre 1986 de finances pour 1987, préc., article 87 §II.

2. L'utilisation encadrée de l'hypothèque par l'occupant domanial

696- L'article 2393 du code civil définit l'hypothèque comme un droit réel constitué sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Cette sûreté réelle permet au créancier d'obtenir le paiement de sa dette par la mise en œuvre des voies d'exécution sur le bien hypothéqué. Elle lui confère un droit de suite l'habilitant à poursuivre la libération de sa créance par la saisie de l'immeuble en quelque main qu'il se trouve. Elle lui accorde, en outre, un droit de préférence qui lui permet de se faire payer sur le prix avant les autres créanciers. Pour le débiteur, ce mode de crédit foncier présente l'avantage de lui permettre d'obtenir les fonds nécessaires à la mise en œuvre de son activité sans être dessaisi du bien objet du contrat.

697- Si la technique de l'hypothèque présente potentiellement un intérêt pour la valorisation économique du domaine public, la nature et l'affectation des biens qui y sont réalisés peuvent en rendre la mise en œuvre délicate[989]. La spécificité du domaine public a amené le législateur à encadrer le recours à ce mode de crédit foncier en précisant les hypothèses dans lesquelles les occupants domaniaux peuvent l'utiliser.

698- Ainsi, dans le cadre des AOT, le législateur admet-il la constitution d'une hypothèque sur le droit réel conféré par le titre, les ouvrages et constructions édifiés par son titulaire[990]. Toutefois, le recours à ce mode financement ne peut pas concerner n'importe quelle opération. Une finalité exclusive lui est assignée : elle ne peut être utilisée que « *pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée* »[991]. Cette restriction vise à éviter que l'occupant domanial use des prérogatives qui lui sont conférées pour faire financer des opérations dépourvues de lien avec l'objet de son titre d'occupation. C'est dans la même logique que s'inscrit l'article L. 1311-3 du CGCT qui impose la même finalité à l'hypothèque souscrite par l'emphytéote[992].

---

989 Voir : GAUDEMET Y., « Hypothèque et domaine des personnes publiques », Dalloz Affaires, n° 2, 1996, p. 34.
990 CGCT, article L. 1311-6-1 (pour le domaine public local) et CGPPP, article 2122-8 (pour le domaine public de l'État).
991 *Idem.*
992 CGCT, article L. 1311-3 : « *Le droit réel conféré au titulaire du bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts*

699- Les textes précités ne comportent pas d'exclusion relative à l'affectation des biens à un service public. Dans ce cadre, tous les biens réalisés par le titulaire d'un titre d'occupation domanial sont susceptibles d'être hypothéqués, y compris ceux affectés à un service public. Il faut en déduire « *qu'il n'existe pas pour le législateur d'incompatibilité de principe entre l'affectation d'un bien à un service public et la constitution d'hypothèque sur ce bien* »[993]. Il est donc envisageable que le délégataire d'un service public énergétique, comme la distribution de chaleur, puisse constituer une hypothèque sur le réseau dont il est le gestionnaire sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité concédante.

700- Si le principe constitutionnel de continuité du service public[994] n'est pas incompatible avec la constitution d'une hypothèque, la mise en œuvre de la garantie ne doit pas aboutir à sa remise en cause. C'est particulièrement sur ce point que doit porter le contrôle de l'autorité gestionnaire du domaine au moment de la constitution de l'hypothèque. C'est dans cette logique que, en ce qui concerne le BEA, l'article L.1311-3-2° du CGCT impose l'approbation de la collectivité bailleresse avant l'inscription de la garantie au bureau des hypothèques. Cette formalité substantielle vise à permettre à la collectivité publique de vérifier la compatibilité de la sûreté constituée avec l'affectation du domaine, notamment lorsque le bien hypothéqué est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public[995].

701- Cette précaution n'est pas reprise par le législateur en ce qui concerne l'hypothèque constituée sur les ouvrages réalisés dans le cadre d'une AOT constitutive de droits réels. Cette omission n'est pas de nature à dépourvoir le propriétaire public de son pouvoir de contrôle. Celui-ci a vocation à s'exercer au moment de la délivrance du titre d'occupation. En d'autres termes, avant de délivrer l'AOT, l'autorité administrative doit vérifier si la constitution d'une hypothèque sur les biens à réaliser par l'occupant domanial ne serait pas de nature à remettre

---

contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué ».

[993] FATÔME E., « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », AJDA, 2003, p. 21.

[994] La valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public transparaissait déjà en 1950 dans la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 7 juill. 1950, *Dehaene* : GAJA, 18e éd., comm. 62). Elle a été plus explicitement consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision, du 25 juillet 1979 (*GDCC, 14ème éd., comm. 25). Voir : FOULQUIER N. et ROLIN F., « Constitution et service public », in : *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, octobre 2012.

[995] Voir en ce sens : AUGEREAU-HUE M-H et DELORME B., « Les garanties réelles sur le domaine public », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, juin 2013 ; p. 1158.

en cause l'affection du domaine et la continuité du service public en particulier[996]. Cette vérification doit l'amener à envisager l'ensemble des cas de figure susceptibles de se présenter, y compris l'hypothèse de réalisation de la sûreté.

702- En tout état de cause, les prérogatives de la collectivité publique demeurent préservées dans la mesure où « *le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis… qu'à une personne agréée* »[997] par la personne publique en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé[998]. Par conséquent, l'administration peut s'opposer à la cession du bien hypothéqué à un tiers lorsque, par exemple, celui-ci ne détient pas les capacités techniques et financières pour assurer la continuité du service public auquel sont affectés les biens hypothéqués. Conséquence directe du caractère personnel des titres d'occupation, cette prérogative s'avère décisive pour assurer la protection du domaine public et de son affectation.

703- Cette même logique de protection se concrétise au stade de la réalisation de la garantie. Il convient de rappeler que le principe d'insaisissabilité ne s'applique qu'aux biens relevant de la propriété des personnes publiques. Il ne s'étend pas aux ouvrages réalisés sur le domaine public par l'occupant privatif et qui demeurent sa propriété, et ce, même dans les cas où ils sont affectés à l'utilité publique[999]. Les voies d'exécution de droit commun leur sont donc applicables. Ainsi, il n'y a pas d'obstacle juridique à ce que les biens réalisés sur le domaine public par une société anonyme, comme EDF ou ENGIE par exemple, fassent l'objet d'une saisie par un créancier hypothécaire[1000].

---

996 Pour une interprétation similaire, voir : FATÔME E., « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », préc.
997 CGPPP, article L. 2122-7.
998 CGCT, article L. 1311-6.
999 C. Cass. 2e civ. 15 novembre 1995, *Cusset c. CRAVAM,* Courrier jur. des finances 1996, n. 64, p. 6.
1000 Fédération nationale des travaux publics, avis du Comité juridique sur « les conséquences de la modification du statut d'EDF et GDF sur la nature de leurs marchés de travaux, sur le statut des ouvrages réalisés pour leur compte, sur la possibilité d'exercer la saisie et les voies d'exécution sur leurs biens », consultable sur le site de la Fédération : www.fntp.fr. Voir également : LAVAU G.E. qui écrivait : « *Nul n'a jamais soutenu que la propriété privée du concessionnaire échappât aux voies d'exécution des créanciers pour le recouvrement des dettes contractées pour les besoins du service* », Note sous : CA Paris 22 décembre 1948, JCP II, 1949, p.4729 et sous : CA Aix-en-Provence 30 novembre 1949, JCP, II, 1950, p. 5245,

704- Dans le cadre du BEA, la mise en œuvre des voies d'exécution est exclusivement réservée aux créanciers hypothécaires[1001]. A ce stade, la collectivité bailleresse bénéficie d'une possibilité d'intervention avec le pouvoir de substitution qui lui est reconnu. En effet, l'article L. 1311-3-3° du CGCT dispose que « la *collectivité territoriale a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts* ». Dans ce cas, la résiliation du bail est nécessaire, ce qui amène la personne publique à endosser les charges de l'emprunt en lieu et place de l'emphytéote. Le créancier récupère ainsi un débiteur en principe plus solvable en la personne de la collectivité publique qui, en contrepartie, retrouve la maîtrise du bien. La seconde option s'offrant à la personne publique consiste à autoriser la cession du droit réel et des ouvrages à un tiers, subrogé à l'ensemble des droits et obligations du débiteur initial. Il s'agit, dans ce dernier cas, d'une procédure d'agrément du cessionnaire par la collectivité bailleresse permettant à cette dernière de s'assurer que l'usage envisagé par le cessionnaire est compatible avec l'affectation de la dépendance occupée.

705- Si le pouvoir d'intervention de la personne publique en cas de réalisation de la garantie est de nature à rassurer le créancier hypothécaire sur le recouvrement de son crédit, une question reste en suspens : quel sort est réservé au créancier dans l'hypothèse où la collectivité publique s'abstient d'user de sa faculté de substitution et qu'aucun cessionnaire n'est trouvé ou agréé ?

706- Une première position consiste à ne voir dans l'approbation préalable de la collectivité publique à la constitution de l'hypothèque que l'expression de son pouvoir de contrôle. Elle n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de faire naître aucun engagement financier à la charge de la personne publique. L'acte constitutif d'hypothèque n'est donc pas une convention tripartite et ne lie que le créancier et son débiteur. Dans ce cadre, la substitution de la personne publique en cas de difficulté pour le remboursement du créancier hypothécaire demeure une simple faculté. Le refus d'en faire usage n'est pas de nature à engager sa responsabilité, même en l'absence de candidat à la cession. Pour l'établissement de crédit, le recouvrement de la créance est alors largement subordonné à la collaboration de la personne publique.

[1001] Les dispositions relatives à l'AOT constitutive de droits réels sont moins exclusives. A côté des créanciers bénéficiant d'une hypothèque, la faculté de pratiquer des mesures conservatoires ou d'exécution forcée sur les droits et biens du titulaire y est reconnue aux créanciers chirographaires dont la créance est née de l'exécution des travaux liés à l'ouvrage édifié en vertu de l'AOT (voir : CGCT, article L. 1311-6-1 et CGPPP, article L. 2122-8, alinéa 2).

707- Contrairement à cette première solution, une seconde conception, qui semble être celle du législateur, est plus protectrice pour le créancier. En effet, les deux options ouvertes par l'article L. 1311-3 du CGCT sont exclusives d'une troisième voie. Cela signifie qu'en cas de réalisation de la garantie hypothécaire, la collectivité bailleresse ne dispose que d'une alternative : soit elle autorise la cession du bail, soit elle se substitue au preneur dans la charge des emprunts. Dans ce cadre, l'absence de cessionnaire agréé la contraint à faire usage de son pouvoir de substitution. Son inaction serait de nature à engager sa responsabilité[1002]. Cette logique est tout à fait cohérente avec l'assimilation de l'autorisation de la constitution d'hypothèque à une garantie d'emprunt consentie au bénéfice du preneur[1003]. Elle s'applique également aux hypothèques constituées dans le cadre d'une AOT constitutive de droits réels[1004]. L'exercice d'activités énergétiques sur les propriétés publiques se trouve ainsi favorisé par l'adaptation du régime d'occupation du domaine public. Cependant, l'existence de règles protectrices du domaine et des espaces naturels limite les possibilités d'implantation d'ouvrages énergétiques.

Section 2 : Les contraintes limitant l'implantation des activités énergétiques sur les propriétés publiques

708- Malgré leur intérêt pour la valorisation des propriétés publiques, les services énergétiques ne peuvent pas être implantés dans n'importe quelle dépendance domaniale. Le domaine des personnes publiques est l'objet de plusieurs impératifs auxquels les activités énergétiques doivent se concilier. Sur le plan économique, les services énergétiques ne sont pas la seule activité susceptible de s'implanter sur les propriétés publiques. Elles sont susceptibles d'être concurrencées par d'autres activités à caractère économique. Il appartient, dans ce cadre, à l'autorité gestionnaire du domaine d'opérer la conciliation entre les différents secteurs concernés ou d'accorder la primauté à l'un d'entre eux dans les cas où leur coexistence s'avère techniquement impossible. Les conflits d'usage pouvant naître entre

[1002] En ce sens : *97e Congrès des notaires de France. Montpellier, 20-23 mai 2001. Les collectivités locales, le renouveau contractuel : rapport, p. 726.*

[1003] Cette assimilation apparaît à travers le deuxième alinéa de l'article L. 1311-3-2° du CGCT qui dispose que les « *emprunts sont pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée* ».

[1004] Voir : AUGEREAU-HUE M-H et DELORME B., « Les garanties réelles sur le domaine public », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, juin 2013 ; p. 1158.

installations de production d'énergie photovoltaïque et les équipements à vocation agricole illustrent parfaitement le rôle d'arbitrage que l'autorité publique peut être appelée à jouer[1005].

709- Par ailleurs, pour légitimes qu'elles soient, les prétentions économiques ne doivent pas être prises en compte au détriment de l'impératif de protection du milieu naturel. L'objectif de développement durable impose la conciliation entre l'exercice d'activités énergétiques et la préservation des milieux environnants. Cela implique que l'implantation d'ouvrages énergétiques doit être interdite lorsqu'elle est de nature à porter atteinte aux paysages et au patrimoine culturel et naturel. Cette restriction, issue de législations autonomes par rapport au droit de l'énergie, a un impact direct sur le développement des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques **(paragraphe I)**.

710- En outre, dans l'hypothèse où implantation de services énergétiques est permise, l'inadaptation de certains instruments de partenariat ainsi que les prérogatives exorbitantes reconnues à la personne publique en matière de gestion de son domaine n'encouragent pas le partenaire privé à réaliser d'importants investissements **(Paragraphe II)**.

Paragraphe 1 : Les contraintes issues des instruments de planification spatiale

711- Au sens de notre étude, les contraintes extérieures désignent l'ensemble des éléments de droit ou de fait non exclusivement liés au cadre juridique régissant les services énergétiques et les partenariats public-privé. Concernant les éléments de droit, ils présentent un caractère transversal et ne sont pas spécifiques aux installations énergétiques. Il en va notamment ainsi de la réglementation de l'urbanisme qui s'applique, en principe, à tous les cas d'occupation et d'utilisation de l'espace, quelle que soit l'activité menée[1006].

[1005] Une circulaire du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer précise ainsi : « *Les projets de centrales solaires au sol n'ont pas vocation à être installés en zones agricoles, notamment cultivées ou utilisées pour des troupeaux d'élevage ». (Circulaire* NOR : DEVU0927927C *du* 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, non paru au journal officiel).

[1006] L'article L. 101-3 du code de l'urbanisme dispose : *« La réglementation de l'urbanisme régit l'utilisation qui est faite du sol, en dehors des productions agricoles, notamment la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions ».*

712- Instituées par des législations autonomes par rapport au droit de l'énergie, ces contraintes se justifient par la prise en compte d'impératifs spécifiques auxquels l'implantation d'équipements énergétiques doit être conciliée. Dès lors, la présence d'une pluralité d'intérêts concurrents **(A)** et l'absence de priorité accordée aux services énergétiques en limitent les possibilités d'implantation sur le domaine des personnes publiques **(B)**.

A- La délicate conciliation entre les intérêts concurrents

713- Conçu comme un ensemble de ressources, le domaine des personnes publiques sert de terrain d'assiette à la pluralité d'activités qui y sont implantées. Les services énergétiques s'y trouvent en situation de concurrence avec les autres activités économiques, ce qui n'exclut pas les cas de conflits d'usages **(1)**. Par ailleurs, même en l'absence d'activité concurrente, l'implantation d'équipements énergétiques se trouve juridiquement limitée dans certains espaces bénéficiant d'un régime de protection spécifique **(2)**.

1. Les conflits d'usage avec les activités concurrentes

714- La mise en valeur du patrimoine public immobilier fait coexister une diversité d'activités économiques. L'allocation des dépendances domaniales fait naître des proximités entre les différents opérateurs économiques en présence. La complémentarité entre secteurs ou filières peut donner lieu à des proximités recherchées[1007]. Il peut en être ainsi par exemple entre les installations de valorisation énergétique des déchets organiques ou végétaux et les activités agricoles et pastorales. En revanche, l'incompatibilité entre deux activités engendre un phénomène de répulsion mutuelle, de sorte que leur coexistence serait impossible ou source de conflits[1008]. Il en résulte des conflits d'usages susceptibles d'avoir un impact sur l'implantation des infrastructures énergétiques. *« Ce type de conflit met ainsi en scène des*

[1007] La proximité recherchée se définit comme *« la quête d'acteurs cherchant à satisfaire une demande de proximité géographique à d'autres acteurs économiques ou sociaux, à des ressources naturelles ou artificielles, à des lieux ou à des objets techniques »* (TORRE A., « Retour sur la notion de proximité géographique », Géographie, économie, société, 1/2009 (vol 2), p. 65.

[1008] CARON A. et TORRE A., « Vers une analyse des dimensions négatives de la proximité : les conflits d'usage et de voisinage dans les espaces naturels et ruraux», Développement durable et territoires, dossier n° 7, 2009, consulté sur le site web : http://www.developpementdurable.revues.org/2641; JUILLES A-S., « Energies renouvelables et tourismes : je t'aime, moi non plus ! », Juris Tourisme, 2012, p. 44.

acteurs ou des activités en situation de concurrence face à une ressource ou reliés par des phénomènes d'externalités, voire d'interdépendances »[1009].

715- En tout état de cause, le déploiement des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques suppose la possibilité d'implantation des équipements. Ils sont matériellement tributaires de la disponibilité des dépendances domaniales susceptibles de les accueillir. La présence d'autres activités économiques constitue donc une limite à leur développement en cas de concurrence pour l'obtention de ressource immobilière. Dans cette hypothèse, l'attribution de la dépendance domaniale constitue un jeu à somme nulle. L'utilisation d'une partie du patrimoine public immobilier pour l'exercice d'une activité déterminée équivaut à une diminution du potentiel énergétique exploitable pendant toute la période que dure ladite utilisation.

716- L'impact des conflits d'usages sur l'implantation des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques se manifeste très particulièrement en matière de développement des énergies renouvelables. Une illustration en est fournie à travers la problématique foncière que suscite l'implantation de centrales photovoltaïques, notamment dans des zones à fort potentiel agricole[1010]. La conservation de la vocation agricole de ces terrains implique en principe l'interdiction d'y installer des équipements de production énergétique. La prégnance de ce phénomène de conflit est relevée par la doctrine administrative. Une circulaire ministérielle en date du 18 décembre 2009 précise ainsi : *« l'installation d'une centrale solaire sur un terrain situé dans une zone agricole, dite zone NC des plans d'occupation des sols ou zone A des plans locaux d'urbanisme, ou sur un terrain à usage agricole dans une commune couverte par une carte communale, est généralement inadaptée, compte tenu de la nécessité de conserver la vocation agricole des terrains concernés »*[1011]. Les mêmes considérations ont amené la Cour administrative de Bordeaux à déclarer illégal le permis de construire d'un hangar agricole équipé de panneaux

[1009] BOSSUET L. et BOUTRY O., « Une analyse proximiste des conflits d'usage et de voisinage sur le littoral picto-charentais », Colloque international "Les 6èmes journées de la proximité : le temps des débats", octobre 2009, Poitiers, France, disponible sur le site web : https://www.hal.archives-ouvertes.fr/hal-00655772.

[1010] En ce sens : NONHEBEL S., *« Renewable energy and food supply: will there be enough land?* », Renewable and sustainable energy reviews, 2005, pp. 191-201.

[1011] Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, circulaire relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, MEEDDM n° 2010/2 du 10 février 2010, pp. 31- 32.

photovoltaïques en estimant que cette construction ne présente ni un caractère de nécessité au regard de l'activité agricole[1012] ni le caractère d'équipement collectif au sens de l'article L. 124-2 du code de l'urbanisme[1013].

717- Les conflits d'usages du patrimoine public immobilier entre les projets énergétiques et les autres activités économiques ressortent également des rapports parlementaires. Le rapport « POIGNANT » du 16 juillet 2009 mettait l'accent sur la protection particulière qui est due aux « *terrains susceptibles d'accueillir des ensembles résidentiels ou tertiaires,* [aux] *zones convenant à d'autres types d'industrie de production* [et aux] *terres arables* »[1014]. Dans ce cadre, l'implantation d'équipements de production énergétique se voit cantonnée dans des zones non réservées à l'activité agricole ou à d'autres usages. Il s'agit en particulier des espaces déqualifiés qui présentent la caractéristique d'être impropres à toute autre activité[1015].

718- Si cette stratégie s'explique par la volonté d'éviter les conflits d'usages de l'espace, elle n'en demeure pas moins peu favorable au développement des activités énergétiques sur le domaine des personnes publiques. Elle se traduit concrètement par une réduction du potentiel énergétique susceptible d'être exploité. En effet, comme le relève le responsable de la filière photovoltaïque du Syndicat des Energies Renouvelables (SER)[1016], les terrains déqualifiés n'atteignent pas souvent la taille critique permettant l'implantation de centrales solaires assez consistantes pour être compétitives. Dès lors, le régime d'implantation des équipements énergétiques n'encourage pas les opérateurs privés à s'engager dans une démarche partenariale avec les collectivités publiques pour le développement de tels services. Cette contrainte n'est pas spécifique à la filière photovoltaïque. Elle pèse également sur les autres filières de production d'énergie renouvelable, en France comme dans d'autres pays

---

[1012] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 2 avril 2015, req. n° 13BX03485.
[1013] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 22 juin 2015, req. n° 13BX01623. Il faut néanmoins noter le juge administratif a retenu la position inverse en considérant qu'une centrale solaire peut être implantée en zone agricole si elle est qualifiable d'installation nécessaire à un équipement collectif avec l'exercice d'une activité agricole, pastorale ou forestière. Cette qualification a été retenue par la Cour administrative d'appel de Nantes dans une décision du 23 octobre 2015 (req. n° 14NT00587) et la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 13 octobre 2015 (req. n° 14BX01130). Le Conseil d'Etat est allé dans le même sens dans sa décision du 8 février 2017 (req. n° 395464)
[1014] Assemblée nationale, rapport d'information déposée par la Commission des affaires économiques sur « l'énergie photovoltaïque », présenté par M. Serge POIGNANT, 16 juillet 2009, p., 46.
[1015] Ibid.
[1016] Il s'agit de Romain POUBEAU, cité par FABREGAT S. dans son article intitulé « Centrales photovoltaïques au sol : comment limiter les conflits d'usage », 13 avril 2016, disponible sur le site : http://www.actu-environnement.com/ae/news/centrales-photvoltaiques-sol-conflits-usage-defrichage-agriculture-acceptabilite-26602.php4 consulté le 10 février 2017.

d'Europe[1017]. C'est en cela qu'apparaît la contradiction entre, d'une part, la volonté politique affichée de développement de ce type d'énergie dans une optique de transition énergétique et, d'autre part, la subsistance des contraintes réglementaires issues de leur régime d'implantation[1018]. Par ailleurs, l'impératif de protection de certains espaces et du milieu environnant constitue un autre élément susceptible de limiter les possibilités d'implantation des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques.

2. Les contraintes résultant de l'impératif de protection du milieu environnant

719- L'intérêt du déploiement des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques, dans une double optique de transition énergétique et de valorisation économique du patrimoine public immobilier, ne doit pas occulter la présence d'autres enjeux. Leur développement doit se concilier avec la nécessité de protection du milieu environnant, en particulier lorsque leur implantation se fait dans des espaces fragiles. Dans cette hypothèse, le régime de protection de l'espace concerné peut avoir un impact sur le déploiement des infrastructures énergétiques. Par conséquent, les collectivités territoriales et leurs potentiels partenaires privés se trouvent dans l'impossibilité de valoriser énergétiquement les dépendances domaniales situées dans ces espaces protégés.

720- Ainsi, si certaines filières de production énergétique trouvent dans les zones littorales des conditions favorables à leur développement en raison de la proximité de la mer et de la forte exposition au vent, les contraintes réglementaires y limitent considérablement leur déploiement. Il en va ainsi de l'interdiction de principe de toute opération de d'urbanisation dans les zones présentant le caractère d'espaces remarquables. En effet, l'article L. 121-23 du code de l'urbanisme offre une protection particulière aux « espaces *terrestres et marins, sites et paysages remarquables ou caractéristiques du patrimoine naturel et culturel du littoral, et les milieux nécessaires au maintien des équilibres biologiques* ». A ce titre, la législation n'y admet que la réalisation d'aménagements légers à la condition qu'ils soient nécessaires à leur

[1017] Voir : WEISS G., « Sauver le climat, mais pas chez soi ? Les conflits autour des installations de production d'énergie renouvelable en Allemagne », *Revue Géographique de l'Est*, vol. 55 / n°1-2 | 2015.
[1018] En ce sens : DARSON A., « Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France », Université de Bordeaux, thèse, 2015.

gestion, à leur mise en valeur ou à leur ouverture au public[1019]. En outre, lesdits équipements ne doivent pas dénaturer le caractère des sites ni compromettre leur qualité architecturale et paysagère[1020].

721- Dans l'état actuel du droit, cette disposition constitue un obstacle insurmontable à l'implantation d'équipements de production d'énergie renouvelable sur les espaces remarquables. Leur emprise foncière implique leur exclusion de la catégorie des aménagements légers, seuls susceptibles d'être implantés dans les espaces remarquables. Concernant les panneaux photovoltaïques implantés au sol, par exemple, le juge administratif considère qu'ils constituent une opération d'urbanisation, même lorsqu'ils sont « *fixés sur des supports métalliques à plus d'un mètre du sol* »[1021]. D'ailleurs, ils ne figurent pas dans la liste des aménagements qualifiables de « légers » au sens de l'article R. 121-5 du code de l'urbanisme. Au demeurant, leur « *implantation ne semble pas respecter la condition selon laquelle la localisation ou l'aspect des aménagements légers ne doivent pas dénaturer le caractère du site »*[1022]. La même logique est transposable à d'autres équipements de production d'énergie renouvelable, y compris les aérogénérateurs.

722- En outre, l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme pose le principe de continuité des constructions avec l'urbanisation existante[1023]. Or, des raisons de sécurité impliquent que certains ouvrages énergétiques ne peuvent être implantés à proximité des zones habitées. Cette règle s'applique également aux zones de montagnes, sous réserve des dérogations prévues pour les installations ou équipements publics incompatibles avec le voisinage des zones habitées[1024]. En ce sens, la Cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la règle de l'urbanisation en continuité avec l'existant pour annuler le permis de construire d'un parc solaire sur une surface de 18 hectares en zone de montagnes[1025].

1019 Code de l'urbanisme, art. L. 121-24.
1020 Code de l'urbanisme, art. R. 121-5.
1021 CAA de Bordeaux, 4 avril 2013, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, n° 12BX00153, inédit au recueil Lebon.
1022 SOUSSE M., « L'implantation de champs de panneaux photovoltaïques dans les communes littorales », AJDA, 2016, p. 470.
1023 Aux termes de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme : « L'extension de l'urbanisation se réalise soit en continuité avec les agglomérations et villages existants, soit en hameaux nouveaux intégrés à l'environnement ».
1024Conseil d'État, 13 juillet 2012, Association Engoulevent, req. n° 345970.
1025 CAA de Marseille, 20 mars 2014, SAS ECRCF, req. n° 12MA02078, inédit au Lebon.

723- Pour mettre un terme aux inconvénients de l'application stricte de la règle de l'urbanisation en continuité avec l'existant, la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015[1026] en a limité le champ d'application. Désormais, les ouvrages nécessaires à la production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent ne sont pas soumis au principe d'urbanisation en continuité lorsqu'ils sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées[1027].

724- Cependant, cette dérogation ne s'applique pas aux autres filières de production énergétique. Les centrales photovoltaïques, par exemple, ou les unités de méthanisation n'entrent pas dans son champ d'application. Celles-ci demeurent donc assujetties au principe d'urbanisation en continuité qui s'avère « *mal adapté à l'implantation d'installations dont les éventuelles nuisances peuvent justifier l'éloignement* »[1028]. Leur implantation est donc largement tributaire des documents d'urbanisme et il n'est pas certain que ces derniers accordent la priorité au développement des services énergétiques. Dans ces conditions, la collectivité publique propriétaire de dépendances domaniales situées dans ces zones se voit privée de la faculté de les valoriser économiquement, même si elles présentent un intéressant potentiel énergétique.

B- L'absence de priorité accordée aux services énergétiques

725- Le développement des services énergétiques par la voie du partenariat public-privé suppose notamment que les opérateurs énergéticiens puissent implanter leurs équipements sur le domaine des personnes publiques. La concurrence avec d'autres activités économiques ou enjeux de protection rend nécessaire l'arbitrage entre les différents intérêts en présence. Or, dans la hiérarchie des priorités, les activités énergétiques n'occupent pas une place primordiale. Les dérogations dont elles peuvent bénéficier par rapport aux règles transversales de gestion du territoire ont une portée très limitée **(1)**. Cela dénote de l'inefficacité de la politique de gestion intégrée du patrimoine public immobilier **(2)**.

1026 LOI n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.

1027 Code de l'urbanisme, article L. 121-12.

1028 LE BAUT-FERRARESE B. et MICHALLET I., *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2012, p. 215.

1. La portée limitée des dérogations bénéficiant aux installations énergétiques

726- En amont de la chaîne de valeur, l'exploitation de la ressource énergétique suppose notamment l'implantation d'ouvrages de production, y compris sur le domaine des personnes publiques. La volonté politique de développement des énergies d'origine renouvelable devrait se traduire par l'assouplissement des règles régissant leur déploiement. Or, dans l'état actuel du droit, les équipements énergétiques reçoivent la qualification d'opérations d'urbanisation. A ce titre, ils sont largement soumis aux règles transversales du droit de l'urbanisme auxquelles ils ne dérogent que de manière marginale.

727- Si le législateur fait référence à la notion d'urbanisation, il s'abstient de la définir. Il a alors appartenu au juge administratif de la préciser et d'en déterminer les contours. Retenant l'acception la plus large de la notion, le rapporteur public L. TOUVET proposait de la définir comme toute « transformation *du paysage par la construction de bâtiments, quel que soit leur usage* »[1029]. En ce sens, l'urbanisation se confond avec la notion de construction. C'est d'ailleurs à la même assimilation qu'a procédé le Conseil d'État dans un certain nombre de décisions relatives à l'implantation d'équipements énergétiques. A propos des aérogénérateurs en zones couvertes par la loi « Montagne », la haute juridiction administrative a mis fin aux hésitations et incertitudes suscitées par la jurisprudence des juridictions inférieures.

728- Les tribunaux administratifs avaient largement retenu la qualification d'urbanisation à l'égard de l'implantation de parcs d'éoliennes. C'est ce qui ressort notamment du jugement rendu par le tribunal administratif de Montpellier en date du 23 mars 2006[1030] réaffirmé deux ans plus tard[1031]. Les tribunaux administratifs de Nîmes et de Toulouse[1032] sont allés dans le même sens en estimant que la réalisation d'un parc éolien constituait une opération d'urbanisation au sens du code de l'urbanisme[1033]. En revanche, les cours administratives

[1029] TOUVET L., conclusions sous : CE, 15 octobre 1999, Commune de Lagonna Doualas, req. n°98578, BJDU 5/1999, p. 345.
[1030] TA Montpellier 23 mars 2006, *Association pour la protection des paysages et ressources de l'Escandorgue et a.*, req. n^{os} 0406461 et 0502016.
[1031] TA Montpellier 15 mai 2008, *Association Forum des Monts-d'Orb*, req. n°0600513.
[1032] TA Nîmes 26 nov. 2007, *M. Z. et a.*, req. n^{os} 0504834 et 0504836 ; TA Toulouse 19 avril 2007, *M. D. et a.*, req. n° 060164.
[1033] Pour une étude détaillée de l'évolution jurisprudentielle sur ce point, voir : MAILLOT J-L., « La juridiction administrative et les parcs éoliens en zone de montagne », AJDA, 2009, p. 354 ; MICHALLET I., « L'implantation des éoliennes en montagne », AJDA, 2010, p. 1892.

d'appel de Bordeaux et de Marseille ont retenu une interprétation différente en considérant « *que l'implantation d'éoliennes, eu égard à leurs caractéristiques techniques et à leur destination, n'est pas constitutive d'une opération d'urbanisation au sens des dispositions* » du code de l'urbanisme[1034].

729- Les arrêts susmentionnés illustrent l'instabilité de la jurisprudence antérieure et ont fait naître des incertitudes sur la qualification des équipements de production d'énergie renouvelable. C'est en réaction à cette situation que le Conseil d'Etat a précisé la notion d'urbanisation en l'assimilant à celle de construction. Dès lors, l'implantation de centrales de production énergétique équivaut à une opération d'urbanisation quelle qu'en soit l'étendue ou la consistance[1035]. A ce titre, elle est assujettie aux mêmes obligations et restrictions issues de la législation urbanistique.

730- Cette qualification semble obérer les spécificités des ouvrages de production d'énergie renouvelable. Ces derniers ne doivent pas pouvoir être assimilés à des constructions quelconques, eu égard à leur usage et à leurs caractéristiques techniques. La qualification d'urbanisation retenue par le juge pourrait être interprétée comme une absence de la volonté de leur faire bénéficier d'un statut particulier pour en encourager le développement. Elle est d'autant plus contestable que la juridiction administrative n'a pas hésité à exclure l'application des dispositions du code de l'urbanisme à la réalisation d'une station de pompage au motif que cette opération ne constitue pas une urbanisation[1036]. L'exclusion était clairement destinée à rendre possible la réalisation de la station de pompage. En ne retenant pas la même logique à l'égard des équipements de production d'énergie renouvelable, le juge administratif en limite partiellement les possibilités d'implantation.

731- Pour en permettre le déploiement sur le domaine des personnes publiques, le législateur a prévu un certain nombre de dérogations bénéficiant aux ouvrages de production d'énergie renouvelable. Ainsi, l'interdiction d'urbanisation dans les espaces remarquables, posée par l'article L. 121-23 du code de l'urbanisme, a été aménagée pour autoriser l'atterrage

[1034] CAA Bordeaux 9 déc. 2008, *M. L. et a.*, req. n° 07BX01278 ; CAA Marseille 27 nov. 2008, *Société ERL Energie renouvelable du Languedoc*, req. n° 06MA0l516.
[1035] Conseil d'Etat, 29 janv. 2008, *Société EDF en France*, req. n° 307870.
[1036] Conseil d'Etat, octobre 1991, *Syndicat intercommunal à vocation multiple du plateau de Valensole,* req. n° 109208, inédit au Lebon.

des canalisations et de leurs jonctions[1037]. Les travaux et ouvrages autorisés à ce titre sont ceux considérés comme nécessaires à l'exercice des missions de service public de transport et de distribution d'électricité. Leur périmètre est donc circonscrit : lesdits travaux ne portent que sur les réseaux d'acheminement de l'énergie électrique. Cette dérogation a néanmoins une influence sur le déploiement d'ouvrages de production d'énergie renouvelable. Ces derniers peuvent désormais être implantés à proximité des espaces remarquables sans que l'opérateur énergéticien n'ait à entreprendre des travaux d'extension de lignes de plusieurs kilomètres pour contourner l'espace remarquable concerné[1038]. Il en résulte une réduction des coûts de production et de raccordement aux réseaux d'acheminement de l'énergie, ce qui est de nature à encourager l'investissement privé en ce domaine.

732- Cependant, il est de principe « *qu'une dérogation ne peut légalement être autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général que les prescriptions d'urbanisme ont pour objet de protéger ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que peut présenter la dérogation* »[1039]. Dès lors, les travaux de canalisations et de jonctions susceptibles d'être réalisés ne peuvent être autorisés qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'environnement ou aux sites et espaces remarquables[1040]. L'autorité administrative compétente peut donc s'y opposer lorsqu'elle considère que les travaux envisagés ne sont pas compatibles avec la protection due au site concerné. Il s'agit d'une conciliation entre l'intérêt énergétique et la protection de l'environnement et des sites et espaces remarquables.

733- La portée de la dérogation dont bénéficient les équipements énergétiques est en définitive assez relative et s'avère tributaire de l'appréciation que porte l'autorité gestionnaire du domaine. Cette prérogative s'exerce certes sous le contrôle du juge administratif, mais rien n'indique que ce dernier accepte de pousser son contrôle jusqu'à substituer sa propre appréciation à celle portée par l'autorité administrative en cas de refus d'approbation des travaux au motif de leur incompatibilité avec la protection du site concerné[1041]. *« Le juge ne*

[1037] Code de l'urbanisme, article L. 121-25.
[1038] En ce sens, voir : SOUSSE M., « L'implantation de champs de panneaux photovoltaïques dans les communes littorales », AJDA, 2016, p. 470.
[1039] Conseil d'État, 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, req. n° 86275, Lebon, p. 530.
[1040] Code de l'urbanisme, article L.121-25, alinéa 4.
[1041] Conseil d'État, Section, 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, req. n° 09860, Lebon, p. 127 ; MESNARD H-A., « La protection de l'environnement dans le contentieux administratif de l'urbanisme et de l'aménagement », Revue juridique de l'environnement, 1980, vol. 5, n° 1, pp. 3-26.

saurait s'autoriser à interférer dans les orientations de la planification arrêtée par le pouvoir local et qui ont fait, théoriquement, l'objet d'un débat et d'une onction démocratique »[1042].

734- La même remarque peut être faite à propos de la dérogation bénéficiant aux aérogénérateurs qui, par application de l'article L. 121-12 du code de l'urbanisme, peuvent être implantés en discontinuité par rapport aux constructions existantes en zones littorales. Toutefois, cette implantation demeure exclue si les ouvrages et travaux concernés sont de nature à porter atteinte à l'environnement ou aux sites et paysages remarquables. Là également la compatibilité des équipements envisagés et le milieu environnant est appréciée par l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire sous le contrôle du juge administratif. Les services énergétiques sont bien pris en compte, mais ils n'occupent pas la première place dans la hiérarchie des enjeux à concilier. Cette absence de priorité transparaît dans toute la politique de gestion intégrée du patrimoine public immobilier.

2. L'efficacité relative de la politique de gestion intégrée du territoire

735- La conciliation à opérer entre la pluralité des enjeux rend nécessaire la mise en œuvre d'une réelle stratégie de gestion intégrée du patrimoine public immobilier dans une optique de développement durable. En effet, il convient que le déploiement des installations énergétiques sur le domaine des personnes publiques se fasse sans heurt avec les autres usages de l'espace afin d'allier rentabilité économique et acceptabilité sociale. C'est dans cette perspective que les pouvoirs publics ont mis en place des instruments de planification dont le champ d'application matériel est transversal et qui sont destinés à articuler l'ensemble des activités économiques, notamment celles exercées dans des milieux naturels sensibles[1043].

[1042] DANNA P. P., « Vers une évolution du contrôle de la légalité interne des documents d'urbanisme ? », RFDA, 2000, p. 367.

[1043] Cette vision est partagée au niveau européen comme en atteste la directive du 23 juillet 2014 aux termes de laquelle : « *Le niveau élevé et la croissance rapide de la demande pour les espaces maritimes à différentes fins, telles que les installations pour la production d'énergie renouvelable, l'exploration et l'exploitation de pétrole et de gaz, la navigation maritime et les activités de pêche, la conservation des écosystèmes et de la biodiversité, l'extraction de matières premières, le tourisme, les installations aquacoles et le patrimoine culturel sous-marin, ainsi que les pressions multiples qui pèsent sur les ressources côtières, rendent nécessaire une approche intégrée de planification et de gestion* ». (Directive n° 2014/89/UE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime, JOUE n° L. 257/135, 28 août 2014, pp. 135-145).

736- C'est le cas du milieu marin et des zones littorales pour lesquelles l'article 35 de la loi « Grenelle I » [1044] a souligné l'importance d'avoir « *une vision stratégique globale… prenant en compte l'ensemble des activités humaines concernées, la préservation du milieu marin et la valorisation et la protection de la mer et de ses ressources* ». L'approche intégrée consiste alors à appréhender l'ensemble des problématiques liées au milieu naturel concerné à travers une politique transversale conciliant l'impératif de protection de l'environnement et valorisation des ressources. Elle a présidé à l'émergence de la notion de gestion intégrée des zones côtières qui s'est traduite par la signature d'accords et de protocoles internationaux[1045].

737- Au niveau national, la mise en œuvre de la gestion intégrée des zones côtières a été officiellement décidée par le Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire (CIADT) du 9 juillet 2001 à Limoges[1046]. Elle innerve l'ensemble des documents d'aménagement relatifs à la mer et au littoral dont la mise en œuvre influence nécessairement le développement des activités énergétiques par le biais de l'encadrement des possibilités d'implantation des équipements de production. Il en est ainsi, en premier lieu, des schémas de mise en valeur de la mer dont l'objet est de fixer « *les orientations fondamentales de l'aménagement, de la protection et de la mise en valeur du littoral* » dans les zones côtières[1047]. Lesdits schémas déterminent les vocations générales des différentes zones, notamment celles affectées au développement industriel et portuaire, aux cultures marines et aux activités de loisirs[1048]. Cette disposition ne fait pas référence aux activités énergétiques susceptibles d'être exercées dans les zones côtières. Cependant, cette omission n'engendre pas l'exclusion desdites activités.

[1044] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JORF n° 0179, 5 août 2009, p. 13031.

[1045] On peut citer à titre d'exemple le protocole 21 janvier 2008 relatif à la gestion intégrée des zones côtières de la Méditerranée, signé à Madrid et entré en vigueur le 24 mars 2011 (Décret n° *2013-531 du 24 juin 2013,* JORF n°0146 du 26 juin 2013 page 10514) ; Règlement n° 1255/2011 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2011 établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée, *JOUE*, 5/12/2011, L. 321/1. Sur ce concept, voir : LOZACHMEUR O., « Le concept de gestion intégrée des zones côtières en droit international, communautaire et national », Le Droit maritime français, n° 657, mars 2005, Paris, p. 259-277 ; PRIEUR M., « La gestion intégrée des zones côtières : le défi méditerranéen », in Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller, Paris, Montchrestien, 2008, p. 901.

[1046] Communiqué du ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement, en date du 9 juillet 2001, sur les grandes orientations de la politique d'aménagement du territoire, (source http://www.environnement.gouv.fr consulté le 24 février 2017).

[1047] Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, article 57, JORF du 9 janvier 1983 p. 215.

[1048] Article 3 du décret n°86-1252 du 5 décembre 1986 relatif au contenu et à l'élaboration des schémas de mise en valeur de la mer, JORF du 9 décembre 1986 p. 14791.

738- La gestion intégrée se traduit également à travers la stratégie nationale pour la mer et le littoral prévue par l'article L. 219-1 du code de l'environnement. Elle a été adoptée par le décret du 16 février 2012[1049] et détermine les principes et orientations relatifs, notamment au « *développement durable des activités économiques, maritimes et littorales et la valorisation des ressources naturelles minérales, biologiques et énergétiques* »[1050]. Les orientations fixées par la stratégie nationale ont vocation à être précisées et complétées par le document stratégique de façade[1051] et le document stratégique de bassin maritime[1052].

739- Le passage en revue des instruments de planification et d'aménagement de la zone maritime et littorale soulève des interrogations sur la cohérence d'ensemble du système et à l'efficacité de la politique de gestion intégrée de cet espace. La pluralité des documents de planification peut susciter des difficultés d'articulation entre eux. Ce risque est d'autant plus présent que lesdits documents ont des objets assez proches. A titre d'illustration, le document stratégique de façade *« définit et justifie les orientations retenues en matière de développement des activités maritimes, de protection des milieux, de surveillance et de contrôle, d'équipement et d'affectation des espaces aux différents usages, en mer comme sur le littoral…* ». De la même manière, le schéma de mise en valeur de la mer « *précise les vocations des différents secteurs de l'espace maritime et les conséquences qui en résultent pour l'utilisation des diverses parties de littoral qui lui sont liées* »[1053].

740- La proximité entre les objets des documents sus-évoqués est constitutive d'une certaine redondance qui pourrait être préjudiciable à la cohérence de la stratégie de gestion intégrée. Au demeurant, la multiplication du nombre d'instruments juridiques de planification n'a pas, jusque-là, engendré le développement de la production énergétique renouvelable en mer. Comme le relèvent certains observateurs, « *malgré un foisonnement d'instruments de planification spatiale en droit français, aucun n'est en mesure de répondre à la nécessité*

[1049] Décret n° 2012-219 du 16 février 2012 relatif à la stratégie nationale pour la mer et le littoral et aux documents stratégiques de façade, JORF n°0041 du 17 février 2012 p. 2781.
[1050] Code de l'environnement, article R.219-1-1.
[1051] Code de l'environnement, article. R. 219-1-7 à R. 219-1-14.
[1052] Code de l'environnement, article R. 219-1-23 à R ; 219-1-28.
[1053] Décret n° 86-1252 du 5 décembre 1986 relatif au contenu et à l'élaboration des schémas de mise en valeur de la mer, JORF du 9 décembre 1986, p. 14791.

d'identifier les zones d'implantation des éoliennes en mer »[1054]. La mise en cohérence du système nécessite l'abandon de l'empilement des règles et des instruments.

741- Par ailleurs, le développement des services énergétiques dépend de leur réelle prise en compte et de leur encouragement dans les documents de planification spatiale. Les difficultés d'intégration des énergies marines renouvelables, telles que les éoliennes offshore et les houlomoteurs, dans l'espace maritime sont un indice de leur relégation au second plan dans la politique de gestion intégrée de la mer et du littoral[1055]. Illustrant cet état de fait, le schéma de mise en valeur de la mer du bassin d'Arcachon adopté en août 2004 ne comporte pas de référence particulière à la valorisation énergétique de cet espace. La stratégie retenue pour l'articulation entre les différentes politiques publiques s'appuie davantage sur une méthode de hiérarchisation au détriment de la conciliation souhaitable[1056]. Parallèlement aux limites relatives à la politique de planification spatiale, le déploiement d'équipements énergétiques peut être entravé par les règles régissant l'occupation du domaine des personnes publiques.

Paragraphe 2 : Les contraintes inhérentes au régime d'occupation domaniale

742- La logique du partenariat public-privé suppose la liaison de relations équilibrées entre les collectivités publiques et les opérateurs privés. Dans le domaine des services énergétiques, cet équilibre est structurellement compromis. Cette situation apparaît en particulier à travers l'occupation du domaine public par les opérateurs énergéticiens. Les larges pouvoirs d'appréciation et d'intervention reconnus à la personne publique y démontrent que leur déploiement est largement tributaire de la volonté de l'autorité gestionnaire du domaine public **(A)**. En outre, la lourdeur des charges pesant sur l'occupant domanial aussi bien en cours d'occupation qu'à la fin de l'exploitation est de nature à alourdir les coûts de l'investissement et n'encourage pas le déploiement des services énergétiques **(B)**.

[1054] GUEGUEN-HALLOUËT G. et BOILLET N., « L'appel d'offres « éolien en mer » : quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 40, 8 Octobre 2012, p. 2320.

[1055] En ce sens : BOILLET N., « L'intégration des énergies marines renouvelables dans l'espace maritime », in : *L'aménagement du territoire maritime dans le contexte de la politique maritime intégrée*, Pedone, 2015.

[1056] En ce sens : GUINEBERTEAU Th., MEUR-FEREC C. et TROUILLET B., « La gestion intégrée des zones côtières en France : mirage ou mutation stratégique fondamentale ? », La revue électronique en science de l'environnement, volume 7, n° 3, décembre 2006.

A- La subordination de l'implantation des équipements énergétiques à la volonté de l'autorité domaniale

743- Le déploiement d'installations énergétiques sur le domaine des personnes publiques est largement tributaire de la volonté de ces dernières. Cela n'a rien d'étonnant dans la mesure où les collectivités publiques jouissent d'une pleine propriété sur leurs dépendances domaniales et qu'à ce titre leur accord est requis préalablement à toute utilisation de ces biens **(1)**. Par ailleurs, elles sont fondées à prendre toutes mesures nécessaires à la conservation de leurs biens domaniaux, même en cours d'occupation par un tiers **(2)**.

1. La large marge d'appréciation de l'autorité domaniale dans la délivrance des titres d'occupation

744- Outil de valorisation des propriétés publiques, les partenariats public-privé dans le domaine des services énergétiques rend possible l'implantation d'équipements énergétiques sur le patrimoine public immobilier. L'existence d'une volonté partenariale de la part de la collectivité publique constitue donc une condition aussi nécessaire que la présence d'investisseurs privés. Or, cette volonté peut parfois faire défaut en ce qui concerne les activités énergétiques, en particulier dans les cas où la personne publique privilégie d'autres activités économiques sur son domaine pour des raisons d'acceptabilité sociale des projets, par exemple[1057]. Cela se traduit concrètement par l'opposition à l'implantation d'équipements énergétiques sur la propriété publique à travers le refus de délivrance de titres d'occupation domaniale aux porteurs de projets, même si, par ailleurs, les documents de planification comme le SRADDET et le PCAET fixent des objectifs de développement de la production énergétique renouvelable. Il y a donc une réelle dépendance du développement des services énergétiques à la volonté des autorités gestionnaires du domaine en raison de l'inclusion des

[1057] Voir : WEISS G., « Sauver le climat, mais pas chez soi ? Les conflits autour des installations de production d'énergie renouvelable en Allemagne », *Revue Géographique de l'Est*, vol. 55 / n°1-2 | 2015 ; ZELEM M-C., « Les énergies renouvelables en transition : de leur acceptabilité sociale à leur faisabilité sociotechnique », Revue de l'énergie, décembre 2012 ; FORTIN M-J. et FOURNIS Y., « Vers une définition ascendante de l'acceptabilité sociale : les dynamiques territoriales face aux projets énergétiques au Québec », *Natures Sciences Sociétés*, 3/2014 (Vol. 22), p. 231-239 ; FORTIN M-J. et FOURNIS Y. (sous le direction de*), Facteurs pour une analyse intégrée de l'acceptabilité sociale selon une perspective de développement territorial : l'industrie du gaz de schiste au Québec*, Etude S4-1 remise au Comité d'évaluation environnementale stratégique des gaz de schiste et au MDDEFP.

équipements de production d'énergie dans le champ de l'obligation d'obtention d'un titre d'occupation.

745- Le principe d'obtention d'un titre pour toute occupation privative du domaine public est posé par l'article L. 2122-1 du CGPPP. Aux termes de cette disposition, « *nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique… ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ». Dès lors, les porteurs de projets énergétiques sont assujettis à cette obligation dans l'hypothèse où ils envisagent d'implanter leur activité sur le domaine des personnes publiques, sous peine de se voir poursuivis pour occupation illicite[1058]. La nature et la destination des ouvrages de production d'énergie renouvelable n'ont pas d'incidence sur le régime d'occupation domaniale[1059].

746- Cette obligation se justifie par la nécessité de protection qu'il convient de garantir au domaine des personnes publiques. Elle peut néanmoins s'avérer très contraignante pour l'exercice d'activités énergétiques sur le domaine des personnes publiques, notamment en raison de la large marge d'appréciation laissée à ces dernières. En effet, la prétention d'un opérateur énergéticien à l'occupation privative du domaine public ne fait pas naître à la charge de la personne publique l'obligation de lui délivrer un titre l'y habilitant. « *La décision de délivrer ou non une telle autorisation* » relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité gestionnaire du domaine qui « *n'est jamais tenue de l'accorder* »[1060].

747- Deux raisons expliquent cette position. La première réside dans le fait que la personne publique propriétaire ou gestionnaire du domaine est juge de l'opportunité de son usage et des investissements à y réaliser. Cette prérogative lui est reconnue par le juge administratif qui considère qu'il « *appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général* »[1061] . Il lui appartient donc d'apprécier la compatibilité de l'occupation domaniale avec les deux intérêts sus évoqués. Or, si la production d'énergie renouvelable est

[1058] Une circulaire ministérielle du 20 janvier 2012 exhorte les services déconcentrés de l'État à organiser la poursuite systématique des occupants sans titre du domaine public maritime (Circulaire du ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime naturel, NOR : DEVL1121741C).
[1059] En ce sens : TERNEYRE P. « Domaine public et énergies renouvelables », Environnement n° 2, février 2011, dossier 3, p. 15.
[1060] Conseil d'État, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP*), req. n° 348909.
[1061] Conseil d'État, 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n° 202260.

potentiellement qualifiable d'activité d'intérêt général[1062], elle doit se concilier avec d'autres impératifs susceptibles d'être pris en compte par le gestionnaire du domaine public. Ce dernier peut légalement se fonder sur des motifs d'intérêt général pour refuser la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public et ainsi faire obstacle à l'implantation d'ouvrages énergétiques. Dans ce cas, la seule obligation à sa charge est de motiver sa décision de refus en relevant les éléments de droit et de fait qui la justifient[1063]. « *Mais il s'agit d'une condition de légalité externe, purement formelle, puisque, sur le fond, l'autorité gestionnaire dispose d'une très large marge de manœuvre pour choisir les motifs d'un refus* »[1064].

748- La seconde justification à la marge d'appréciation laissée à l'autorité publique en matière de délivrance des titres d'occupation domaniale est en rapport avec l'effet de sa décision sur l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie. Le juge administratif estime que la décision par laquelle l'administration autorise ou, à l'inverse, refuse l'occupation du domaine public « *n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie* »[1065]. Dès lors, « *une personne privée ne saurait exiger que l'administration lui délivre une autorisation d'occupation du domaine public et une commune ne peut être tenue d'accéder à toutes les demandes déposées en ce sens* »[1066]. Cette impossibilité d'accéder à toutes les demandes justifie aujourd'hui que l'autorité administrative soit tenue d'ouvrir une procédure de mise en concurrence avant la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public pour son exploitation économique. En effet, depuis l'ordonnance du 19 avril 2017[1067], « *lorsque le titre [d'occupation] permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* »[1068].

1062 Voir : TERNEYRE P. « Domaine public et énergies renouvelables », préc.
1063 Conseil d'État, 21 octobre 1994, *Aéroports de Paris et Société des agents convoyeurs sécurité et transports de fonds, Rec. CE 1994, p. 449 ;* DEGOFFE M., « *L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine* », BJCL, 2006, p. 238.
1064 PLESSIX B., Contrats domaniaux, JurisClasseur Propriétés publiques, fasc. 79, décembre 2009.
1065 Conseil d'État, 23 mai 2012*, Régie autonome des transports parisiens (RATP), req. n° 348909.*
1066 *Réponse du Ministère de l'intérieur publiée dans le JO Sénat 13 mars 2014, p. 711.*
1067 Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF n° 0093 du 20 avril 2017.
1068 CGPPP, article L. 2122-1-1.

2. Les prérogatives du gestionnaire du domaine en cours d'occupation

749- La délivrance d'un titre d'occupation domaniale n'engendre pas le dessaisissement de l'autorité administrative gestionnaire du domaine. La protection de l'intégrité et de l'affectation du domaine relève de sa responsabilité de manière permanente. A ce titre, elle est fondée à prendre toute mesure destinée à assurer la conservation des dépendances domaniales. Cette intervention peut se limiter à la modification des modalités et conditions d'occupation du domaine ou, de manière plus radicale, aller jusqu'à la résiliation du titre dont bénéficie l'occupant.

750- Le pouvoir de modification unilatérale fait partie des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* »[1069]. Les conventions d'occupation domaniale n'y font pas exception et réservent à la personne publique contractante le pouvoir d'en modifier les termes. Cette faculté se justifie par la nécessité de conférer à l'administration les outils lui permettant d'assurer le meilleur service de l'intérêt du domaine. Dans l'hypothèse où la modification se traduirait par un alourdissement de ses charges ou par une diminution des revenus de l'exploitation, l'occupant privatif peut prétendre à une indemnisation intégrale couvrant la perte subie et le manque à gagner[1070].

751- L'étendue du pouvoir de modification unilatérale semble concerner l'ensemble des éléments du titre d'occupation domaniale, y compris les clauses financières. Dès lors, l'autorité gestionnaire du domaine « *peut à tout moment modifier les conditions pécuniaires auxquelles elle subordonne la délivrance des autorisations d'occupation et éventuellement abroger unilatéralement ces décisions* »[1071]. Toutefois, l'administration ne peut exercer ce pouvoir sur les clauses financières qu'à la condition de l'existence de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations. C'est cette limite qu'a fixée le juge administratif dans son arrêt « *Visconti* » du 12 octobre 1994[1072].

752- Les faits de l'espèce concernaient certes les autorisations unilatérales d'occupation domaniale, mais la généralité de la formulation retenue semble indiquer que le même principe à vocation à s'appliquer aux conventions domaniales. C'est d'ailleurs cette interprétation qu'a

[1069] *Conseil d'État, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027*.
[1070] *Conseil* d'État*, sect., 27 octobre 1978, Ville Saint-Malo, Rec. CE 1978, p. 401*
[1071] Conseil d'État, 12 octobre 1994, *Visconti*, req. n° 123672, Rec *CE 1994, p. 442*
[1072] *Idem*.

retenue la Haute juridiction administrative dans sa décision « *M. Bernard* » du 5 mai 2010[1073] par laquelle elle reconnait au gestionnaire du domaine le pouvoir de modifier unilatéralement les clauses financières d'une convention d'occupation domaniale. Dans ce cadre, l'opérateur énergéticien dont les activités s'exercent sur le domaine des personnes publiques n'a aucune garantie sur la stabilité des conditions financières de son occupation. Celles-ci relèvent du pouvoir d'appréciation de l'autorité en charge de la gestion des dépendances domaniales occupées. La détermination du montant de la redevance faite au stade de la délivrance du titre d'occupation domaniale ne revêt pas un caractère définitif et peut être révisée à tout moment par la personne publique. Ce peut être par exemple le cas lorsque l'autorité administrative considère que la dépendance domaniale occupée peut faire l'objet d'une meilleure mise en valeur financière[1074].

753- S'il se justifie par la volonté de ne pas voir les dépendances domaniales échapper à la collectivité publique tout au long de l'exploitation, ce pouvoir de modification unilatérale apparaît comme une atteinte à la stabilité juridique des relations partenariales. De fait, il peut engendrer la réticence des opérateurs privés à entrer en relation d'affaire avec les collectivités et à réaliser de lourds investissements sur leur domaine. C'est sans doute pour cette raison que le juge s'est traditionnellement montré réticent à admettre que la modification unilatérale puisse concerner les clauses financières des contrats de la commande publique. En ce qui concerne les conventions de délégation de service public, la jurisprudence administrative exclut que ce principe conduise la personne publique contractante à modifier unilatéralement les conditions financières[1075]. C'est cette position qu'a réitérée le Conseil d'État, concernant les marchés publics, dans une décision du 29 septembre 2000 aux termes de laquelle : *« le caractère définitif des prix stipulés à un marché s'oppose en principe à toute modification ultérieure de ces prix par l'une des parties »*[1076]. Il apparaît donc que, par comparaison avec les autres contrats administratifs, le régime des conventions d'occupation domaniale accentue la portée du pouvoir de modification unilatérale, ce qui ne va pas dans le sens de la stabilisation de la situation des occupants.

[1073] Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-section, *M. Bernard*, req. n° 301420.
[1074] Conseil d'État, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP*), req. n° 348909.
[1075] Illustrant cette position jurisprudentielle concernant une concession : CE, 16 mai 1941, *Commune de Vizille*, req. n° 58205, Rec. CE 1941, p. 93.
[1076] CE, 29 septembre 2000, *Société Dezellus Metal Industrie*, req. n° 186916, Rec. CE 2000, p. 381.

754- Par ailleurs, la modification unilatérale des conditions de l'occupation ne constitue pas la seule modalité d'intervention de l'autorité en charge de la gestion du domaine. Cette dernière peut également avoir une influence sur la situation de son partenaire privé en entreprenant ou en lui imposant la réalisation d'opérations non initialement prévues par son titre d'occupation. Il en va ainsi notamment dans les cas où des travaux entrepris sur le domaine obligent l'occupant privatif à déplacer, temporairement ou de manière définitive, les installations qu'il a réalisées. L'opération de déplacement se traduit généralement par un surcoût d'exploitation et parfois par l'impossibilité de continuer l'exercice de l'activité dans les mêmes conditions techniques. C'est le cas par exemple lorsqu'un opérateur énergéticien est dans l'obligation de déplacer une partie du réseau qu'il exploite en raison du contournement d'une zone par application des instructions données par le gestionnaire de la dépendance domaniale. A titre d'illustration, la réalisation de travaux de voirie entrepris par les services communaux peut contraindre la société énergéticienne à déplacer les équipements qu'il avait préalablement installés.

755- Dans cette hypothèse, on aurait pu s'attendre à ce que l'occupant bénéficie d'une indemnisation couvrant les pertes subies ou au moins les frais de déplacement. C'est cependant la position inverse qui est retenue par les juridictions administratives qui excluent tout droit à indemnisation au titre des frais de déplacement. C'est en effet ce principe qui a été retenu par le Conseil d'État, dans sa décision « *Ministère de l'équipement c/ Société française de raffinage* » où il a considéré que *« le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public doit supporter sans indemnité les frais de déplacement de ses installations lorsque ce déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé et que ces travaux constituent une opération d'aménagement conforme à la destination de ce domaine »*[1077]. Ce principe s'applique autant aux occupants bénéficiant d'une autorisation unilatérale qu'à ceux dont le titre d'occupation a un caractère contractuel. Ainsi, les gestionnaires de réseaux d'électricité ou de gaz ne peuvent prétendre à aucune indemnisation en cas de déplacement de câbles et de canalisations rendu nécessaire par la réalisation de travaux dans le cadre d'une opération d'aménagement urbain comportant la création d'une voie nouvelle ou le remplacement d'un pont[1078].

[1077] Conseil d'État, 6 février 1981, Ministère de l'équipement c/ Société française de raffinage, Rec. CE 1981, p. 62.
[1078] Conseil d'État, 6 décembre 1985, Gaz de France (GDF) et autres, req. n° 50795 et 50796.

756- De la même manière, les concessions d'utilisation du domaine public maritime reconnaissent un large pouvoir d'intervention au préfet de département. Ce dernier peut, en cours d'occupation, prendre toutes mesures indispensables à la conservation des dépendances du domaine public maritime. Il peut, par exemple, décider du démantèlement d'ouvrages de production d'énergie marine renouvelable lorsqu'il estime que la poursuite de l'activité remet en cause l'intégrité de la dépendance domaniale occupée ou son affectation. Dans ce cas de figure, l'opérateur énergéticien ne peut prétendre à aucune indemnisation conformément aux dispositions de l'article R. 2124-9 du CGPPP[1079].

757- Il apparaît donc que le régime d'occupation domaniale accorde de larges prérogatives à la personne publique propriétaire ou gestionnaire du domaine public. Il en découle un certain déséquilibre de la relation partenariale qui peut constituer un frein à la réalisation d'investissements privés importants sur les propriétés publiques immobilières. Dans le cadre des services énergétiques, la lourdeur des investissements à réaliser et la complexité des instruments de financement nécessitent un environnement juridique favorable à la sécurisation de la situation des opérateurs privés. D'ailleurs, la lourdeur des charges financières qui ont vocation à être endossées par l'occupant privatif est susceptible de réduire le nombre de candidats potentiels.

B- La lourdeur des charges endossées par l'occupant privatif

758- A l'instar des autres activités économiques, le déploiement des services énergétiques sur le domaine des personnes publiques peut être entravé par la lourdeur des charges financières qu'il implique. En plus du coût des opérations nécessaires à l'implantation et à l'exploitation des installations énergétiques, l'occupation du patrimoine public immobilier donne lieu à l'acquittement d'une redevance domaniale et, éventuellement, à la constitution de garanties financières **(1)**. Il s'agit d'un facteur de renchérissement des coûts globaux, qui n'encourage pas les investissements privés dans le domaine des services énergétiques. Dès lors, il ne serait pas inopportun de mettre en place un système d'instrumentalisation du régime d'occupation domaniale en faveur du développement de certaines filières **(2)**.

[1079] Voir : DARSON A., « Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France », Université de Bordeaux, thèse, 2015, p. 290.

1. L'assujettissement généralisé aux charges financières liées à l'occupation domaniale

759- Le régime juridique de l'occupation privative du patrimoine public immobilier comporte un important aspect financier. La mise à la disposition du domaine public fait naître à la charge de l'occupant privatif des obligations financières non négligeables constituées notamment par le versement d'une redevance domaniale et d'une garantie.

760- Le volet financier fait partie intégrante de la valorisation économique du domaine des personnes publiques. Pour la collectivité publique propriétaire, la mise à disposition d'une dépendance de son domaine public ouvre droit à la perception d'une redevance acquittée par l'occupant privatif. Aux termes de l'article L. 2125-1 du CGPPP, « *toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique ... donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements visant à améliorer la sécurité routière* ».

761- Si cet article pose une obligation générale s'imposant à toutes les formes d'occupation privative du domaine, il prévoit néanmoins des cas où le titre d'occupation est délivré gratuitement. A côté des équipements visant à améliorer la sécurité routière, les dérogations concernent d'abord les occupations contribuant directement à assurer la conservation du domaine public lui-même et celles destinées à la réalisation d'ouvrages intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous. Sont également exonérées du paiement de la redevance les occupations qui sont le fait d'associations à but non lucratif concourant à la satisfaction d'un intérêt général[1080].

762- Dans la mesure où elles n'entrent pas dans l'une des catégories susmentionnées, les installations énergétiques sont assujetties à la redevance d'occupation domaniale. Cette obligation financière est à la charge par l'occupant privatif du domaine qui doit s'en acquitter sans qu'il ne soit tenu compte de la nature unilatérale ou contractuelle du titre l'y autorisant[1081]. Le caractère radical de cette obligation apparaît à travers le fait que l'occupant

[1080] Article 121 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920. Cette loi a modifié l'article L. 2125-1 du CGPPP qui, dans sa version initiale, faisait référence aux occupations qui ne présentent pas un « objet commercial » pour leur bénéficiaire.

[1081] CAA de Paris, 1er octobre 2008, n° 08PA01670, *Société GORO Nickel*, JurisData n° 2008-004487.

du domaine public y est soumis même dans le cas où son occupation ne se fonde sur aucun titre juridique[1082].

763- Pour l'occupant privatif du domaine, la charge financière liée à la redevance domaniale peut constituer une partie non négligeable du coût global de l'activité exercée sur le domaine public. En effet, le mode de détermination du niveau de la redevance domaniale prend en compte non seulement la valeur locative de la dépendance occupée, mais également « *l'avantage spécifique que constitue le fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative d'une partie du domaine public* »[1083]. Le calcul de ce second élément peut être délicat, mais il peut être déterminé en fonction soit de la rentabilité de l'activité et du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant[1084], soit de la durée de l'occupation[1085]. Quel que soit le paramètre retenu, la redevance due doit être déterminée à un niveau suffisamment élevé sous peine d'être qualifiée de subvention déguisée[1086].

764- En plus de la redevance qui est due au titre de l'occupation du domaine public, l'implantation et l'exploitation d'équipements énergétiques peut donner lieu à la constitution d'une garantie financière. Celle-ci revêt un caractère obligatoire lorsque l'équipement concerné entre dans la catégorie des installations soumises à autorisation au titre de la réglementation des ICPE[1087]. Aux termes de l'article L. 552-1 du code de l'environnement, « p*our les ouvrages ou installations présentant des risques dont les éventuelles conséquences financières sont manifestement disproportionnées par rapport à la valeur du capital immobilisé, l'autorité chargée de délivrer l'autorisation d'exploitation peut en subordonner la délivrance à la constitution de garanties financières* ». Sont notamment concernés les aérogénérateurs dont le mât a une hauteur supérieure ou égale à cinquante mètres (50m) quelle qu'en soit la puissance et ceux dont la hauteur est comprise entre douze (12m) et

[1082] Cour de cassation, 1ere chambre civile, 21 janvier 1992, n° 90-13.848, Bulletin civil, 1992, I, n° 19.
[1083] Conseil d'État, 10 février 1978, *Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier*, Rec CE, 1978, p. 66.
[1084] CE, 7 mai 1980, SA Les Marines de Cogolin : Rec. CE 1980, p. 215, CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement Tahiti et îles*, req. n° 309499, JuristData n° 2009-011019.
[1085] CE, 11 juill. 2007*, Syndicat professionnel Union des aéroports français,* JuristData n° 2007-072172.
[1086] Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 12 juin 2007, *Vayssière*, AJDA 2007, p. 1725 ; Tribunal administratif de Lille, 9 janv. 2007, *Ville de Roubaix*, req. n° 0401078.
[1087] Ces installations sont celles visées à l'article L. 512-2 du code de l'environnement. Elles présentent de graves dangers ou inconvénients « *soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* » (Code de l'environnement, art. L. 511-1).

cinquante mètres (50m) développant une puissance supérieure ou égale à vingt mégawatts (20MW)[1088].

765- Précisée par le décret du 3 mai 2012[1089] qui en détermine les conditions de mise en œuvre, cette obligation est destinée à assurer la surveillance du site et le maintien en sécurité des installations en cours d'exploitation. Elle est également destinée à permettre les interventions éventuelles en cas d'accident avant ou après la fermeture et la remise en état après fermeture. A ce titre, elle doit être constituée dès la mise en service de l'installation, ce qui peut constituer un obstacle insurmontable pour les opérateurs énergéticiens à faible capacité financière. En effet, « *l'obligation de constituer ces garanties financières représente une contrainte importante pour une nouvelle société qui souhaiterait se lancer dans un projet, sans encore disposer d'aucune expérience, ou qui ne disposerait pas encore de suffisamment de fonds propres pour financer sans investisseur extérieur la réalisation du projet* »[1090].

766- L'occupation du domaine public maritime par des installations énergétiques peut également donner lieu à la constitution de garanties financières. Celles-ci sont destinées à assurer la réversibilité effective des modifications apportées au milieu naturel par les équipements implantés. A cet effet, leur montant est déterminé en fonction des coûts estimés des opérations nécessaires à la remise en état du site. L'opportunité de prévoir cette clause dans la concession d'utilisation du domaine public maritime est laissée à l'appréciation du préfet. Ce dernier peut mettre en œuvre ces garanties, « *notamment en cas de défaut d'exécution par le titulaire des opérations de remise en état, de restauration ou de réhabilitation du site, ou en cas de disparition juridique du titulaire* »[1091]. L'autorité administrative peut s'abstenir d'inclure la clause relative à la constitution de garanties financières dans la convention d'occupation du domaine public maritime. Cette abstention serait de nature à encourager le déploiement des équipements énergétiques sur les dépendances domaniales concernées. Elle irait dans le sens de l'utilisation du régime

[1088] Ce classement apparaît dans la rubrique 2980 de la nomenclature des ICPE telle qu'elle résulte du décret n° 2011-984 du 23 août 2011 modifiant la nomenclature des installations classées (JORF n° 0196, 25 août 2011, p. 14368).
[1089] Décret n° 2012-633 du 3 mai 2012 relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n° 0106, 5 mai 2012, p. 7966.
[1090] VIDALENS V., « *La réhabilitation des sites pollués : une contrainte omniprésente dans la vie de l'entreprise* », Revue Lamy Droit des Affaires, 2011, n°66, p. 58.
[1091] CGPPP, article R. 2124-8.

d'occupation domaniale comme un vecteur de développement de certaines filières énergétiques.

2. L'utilisation souhaitable du régime d'occupation domaniale comme instrument de promotion des filières énergétiques

767- L'efficacité de la politique énergétique dépend autant de sa cohérence interne que de son articulation avec les autres branches. Cette articulation est parfois insuffisante, notamment en matière de développement des filières de production d'énergie renouvelable. En effet, la volonté politique de promouvoir ce type d'énergie peine à se traduire concrètement en raison des nombreuses contraintes pesant sur les porteurs de projets dans ce domaine. La lourdeur des charges financières liées au régime d'occupation du domaine des personnes publiques peut constituer une entrave au développement de projets énergétiques innovants, notamment ceux portés par les start-up. Dans ce contexte, il serait opportun de les alléger pour les porteurs de projets dans les filières énergétiques dont le développement est considéré comme écologiquement vertueux et économiquement viable.

768- Le patrimoine public immobilier peut servir de véritable vecteur de développement de certaines filières énergétiques. Les investissements privés dans le domaine de la production énergétique renouvelable peuvent, par exemple, être encouragés par le biais d'exonération de la redevance d'occupation du domaine public. Cette mesure a d'ailleurs été prise pour promouvoir l'utilisation des véhicules électriques. En effet, la loi du 4 août 2014[1092] a pour objet de faciliter le déploiement d'infrastructures de recharge de véhicules électriques sur l'espace public. Dans cette perspective, elle apporte une dérogation à la soumission de principe à l'obligation d'acquittement de la redevance d'occupation domaniale. Désormais, « *l'État ou tout opérateur… peut créer, entretenir et exploiter sur le domaine public de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements un réseau d'infrastructures nécessaires à la recharge de véhicules électriques et de véhicules hybrides rechargeables sans être tenu au paiement d'une redevance, lorsque cette opération s'inscrit dans un projet de dimension nationale* »[1093].

[1092] Loi n° 2014-877 du 4 août 2014 facilitant le déploiement d'un réseau d'infrastructures de recharge de véhicules électriques sur l'espace public, JORF n° 0180 du 6 août 2014 p. 13010.
[1093] *Idem*.

769- Cette mesure va dans le sens de l'adaptation du régime de l'occupation du domaine public pour le développement des projets énergétiques innovants. Il est à déplorer que l'exonération établie par cette loi se limite aux seules installations de recharge électrique. Le même schéma pourrait être étendu aux installations de production d'énergie renouvelable pour en faciliter le déploiement. Cela contribuerait à la promotion de ce type d'énergie dans l'optique d'accroître la part du renouvelable dans le mix énergétique français.

770- Toutefois, l'adoption de cette mesure par voie législative semble délicate en ce qui concerne le domaine des collectivités territoriales. Le principe constitutionnel de leur libre administration implique que les autorités locales déterminent librement les conditions auxquelles elles subordonnent l'occupation de leur domaine[1094]. A ce titre, il est difficilement concevable que le législateur leur impose un système d'exonération de la redevance domaniale, en l'absence de compensation financière. Dans ce cadre, le système envisagé pourrait concerner exclusivement le domaine de l'État, d'autant plus que c'est cette personne publique qui, au niveau européen, a pris les engagements de développement de la production d'énergie renouvelable. Ainsi, « *il serait* [par exemple] *tout à fait envisageable d'exonérer les ouvrages de production d'énergie de source marine du versement de la redevance d'occupation domaniale, afin de les soulager de cette contrainte financière supplémentaire* »[1095].

771- Cette démarche concrétiserait l'orientation du régime de l'occupation domaniale vers l'intégration et le service des nouveaux enjeux des services énergétiques. Il ne s'agirait pas du seul domaine impacté par ces derniers ; le droit de la commande publique a également largement évolué pour mieux les intégrer.

[1094] Pour une étude de la portée de ce principe en matière domaniale, voir : DISPERATI T., « Les limites de la décentralisation de la gestion des biens publics », Droit Administratif n° 6, juin 2016, étude n° 11.
[1095] DARSON A., « Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France », Université de Bordeaux, thèse, 2015, p. 290

CHAPITRE VI : L'INTEGRATION DE L'ENJEU DE PERFORMANCE ENERGETIQUE PAR LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

770- A l'instar des règles d'occupation du domaine des personnes publiques, le droit de la commande publique se trouve influencé par les considérations relatives à la problématique énergétique. Ce droit qui s'est longtemps illustré par la rigidité de ses règles s'est vu contraint d'atténuer la portée jusque-là accordée à ses principes traditionnels. Aujourd'hui contenus dans le code de la commande publique, ces derniers ont longtemps fait obstacle à la mise en œuvre de schémas contractuels souples et économiquement intéressants pour les collectivités publiques. Il en va notamment ainsi de l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à l'allotissement de leurs marchés publics[1096]. Destiné à susciter la plus large concurrence et l'accès des PME à la commande publique, ce principe n'en demeure pas moins une entrave à la dévolution d'une mission globale au titulaire du marché. Or, dans le domaine des services énergétiques des raisons techniques ou économiques, liées en particulier à la nature des prestations, peuvent rendre inopportune la scission du marché public en lots séparés. C'est pour cette raison que le droit de la commande publique a admis quelques aménagements à la règle de l'allotissement, notamment dans le domaine des services énergétiques, secteur propice au développement des contrats globaux.

771- A l'analyse, l'évolution du droit de la commande publique est fondamentalement liée aux objectifs que les lois « Grenelle »[1097] ont fixés en matière énergétique. Initiant le mouvement, l'article 5 de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009[1098] dispose : *« le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement ».* C'est dans ce cadre que ce droit s'est progressivement perfectionné pour mieux intégrer l'enjeu de

[1096] Cette obligation a été posée par l'article 10 du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (JORF n° 179 du 4 août 2006, p. 11627). Elle a été reprise par l'article L. 2113-10 du code de la commande publique (Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018).

[1097] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (JORF n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031) et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (JORF n° 0160 du 13 juillet 2010, p. 12905).

[1098] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, préc.

performance énergétique par la création d'instruments contractuels dédiés **(Section I)**. Toutefois, la mise en œuvre de ces nouveaux outils de partenariat pose des difficultés pratiques qui en limitent l'efficacité **(Section II)**.

Section I : La création d'un instrument contractuel adapté à la performance énergétique : le marché de partenariat

772- Élément incontournable dans la phraséologie juridique moderne, la performance n'en demeure pas moins une notion d'appréhension délicate pour le juriste. Il en est ainsi en raison du fait que ce concept trouve son champ d'application originel en dehors de la sphère juridique. L'ayant principalement empruntée aux sciences économiques et au domaine technologique, le droit s'est peu à peu approprié la notion de performance dans un mouvement conceptuel dont les fondements ne peuvent pas être exclusivement juridiques. Cela pose la question de la juridicité de la performance et il est intéressant de voir comment le droit de la commande publique a pu l'intégrer comme nouveau paradigme en matière énergétique.

773- Toujours est-il que la performance, ou l'efficacité énergétique, constitue actuellement un enjeu majeur des services énergétiques que ce soit au stade de la production ou à celui de la maîtrise de la consommation. Le droit de la commande publique n'est pas insensible à ce nouvel impératif[1099]. Les réformes successives de cette branche du droit ont abouti à la naissance et à la consolidation du marché de partenariat qui s'affirme comme le véhicule juridique privilégié en matière de performance énergétique **(Paragraphe II)**. La rationalisation de ses conditions de recours va dans le sens de la sécurisation des montages juridiques en ce domaine et encourage les collectivités publiques à en faire un usage raisonnable et efficace **(Paragraphe I)**.

[1099] Voir : GRANJON R. et LE CHATELIER G., « La commande publique peut-elle être un moyen de favoriser la transition énergétique ? », AJCT, 2016, p. 10 ; WILINSKY F., « De l'intégration du développement durable dans les contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2011, étude 11.

Paragraphe I : La rationalisation des conditions de recours au marché de partenariat

774- L'intégration de la notion de performance dans le droit de la commande publique s'est traduite par la création de montages contractuels globaux à objet performanciel. Dans le domaine des services énergétiques, elle a suscité l'engouement des décideurs publics pour le contrat de partenariat créé par l'ordonnance du 17 juin 2004[1100]. Toutefois, l'usage qui a été fait de cet outil juridique a parfois mené à des dérives[1101] liées en particulier à l'imprécision des critères de recours **(A)**. Les difficultés rencontrées dans la pratique ont amené les pouvoirs publics à fondre le régime juridique du contrat de partenariat dans le cadre du nouveau marché de partenariat dont les conditions de recours ont été clarifiées **(B)**.

A- Les difficultés soulevées par les conditions initiales de recours au contrat de partenariat

775- Dans sa décision du 24 juillet 2008, le juge constitutionnel a confirmé le caractère subsidiaire du contrat de partenariat en estimant que la généralisation de telles dérogations « *au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers public* »[1102]. Dès lors, les contrats de partenariat demeurent des instruments dérogatoires qui ne peuvent être utilisés que dans les hypothèses expressément prévues par le législateur. Or, les conditions de recours initialement fixées étaient entourées d'un certain flou, source de contentieux. Dans ce contexte, « *les attitudes du juge* [administratif] *ont été assez contrastées face au contrat de partenariat (…) : il est lié par des textes qui comportent une incohérence qu'il faudrait lever dans la prochaine réforme »*[1103]. Le critère de l'urgence était susceptible

[1100] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p.10994.
[1101] En ce sens : Sénat, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement », Rapport d'information n° 733 fait au nom de la Commission des lois, présenté par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, juillet 2014.
[1102] Conseil constitutionnel, décision n° 2008-567 DC, « Loi relative aux contrats de partenariat », 24 juillet 2008.
[1103] DELELIS P., in : « Débat : Les partenariats public-privé : quel cadre juridique pour quelles perspectives économiques ? », table ronde animée par BRACONNIER S., RDP, 2015, n° 3, p. 582.

d'interprétations divergentes **(2)** tout autant que la condition de complexité qui paraissait ambiguë **(1)**.

1. L'ambiguïté du critère de la complexité du projet

776- Le critère de la complexité du projet trouvait son fondement dans l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004[1104]. Aux termes de cette disposition, les contrats de partenariat ne pouvaient être conclus que s'il s'avère que, « *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». A l'analyse, la subordination de l'utilisation du contrat de partenariat à la complexité du projet constituait un facteur de fragilisation de ce type de montage contractuel : la complexité n'étant pas une notion juridiquement définie, son appréciation revêt nécessairement un caractère relatif et contingent. D'ailleurs, la formulation de cette disposition pouvait susciter des interrogations sur le contenu de ce critère et les éléments à prendre en compte pour en apprécier la réalité : s'agit-il de la complexité technique du projet ou de l'incapacité de la personne publique à définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins ?

777- La réponse à cette question n'est pas évidente et le rapprochement entre les dispositions européennes et nationales révèle un certain paradoxe. Aux termes de la directive du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 : « *les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques* »[1105]. Sous cet angle, la complexité technique du projet constitue le seul critère valable ; l'incapacité du pouvoir adjudicateur à définir le montage juridique et financier n'en est qu'un indicateur ou la conséquence.

778- Cette approche ne semble pas partagée par les autorités nationales dont la position transparaissait dans la rédaction de l'article 36 de l'ancien code des marchés publics[1106]. Cet

[1104] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, préc.
[1105] Considérant 31 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, JOUE L 134/114, 30 avril 2004.
[1106] Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF n° 179 du 4 août 2006, p. 11627.

article disposait que le projet doit être considéré comme complexe si la personne publique contractante n'est objectivement pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou se trouve dans l'incapacité d'en établir le montage juridique et financier. La complexité du projet est donc subordonnée à l'incapacité du pouvoir adjudicateur.

779- Cette même lecture a pu être faite de la disposition précitée de l'ordonnance du 17 juin 2004 et amène une partie de la doctrine à considérer que le critère du recours au contrat de partenariat réside dans l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de définir à l'avance et de manière précise ses besoins et les moyens juridiques et financiers pour les satisfaire. Comme le relève le rapporteur public Gilles PELISSIER, dans ses conclusions sur l'arrêt « Commune de Biarritz » du 30 juillet 2014, « (…) *la condition à laquelle est subordonné le recours au contrat de partenariat n'est pas la complexité technique du projet, mais l'impossibilité de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens d'y faire face* »[1107]. Dès lors, même si les éléments intrinsèques du projet en révèlent la complexité technique, ils ne suffisent pas à justifier le recours au contrat de partenariat. Cette approche prend l'effet pour la cause et, à ce titre, elle ne nous paraît pas satisfaisante.

780- Il convient, en tout état de cause, que le pouvoir adjudicateur apporte la preuve de son incapacité à définir seul et à l'avance les moyens de répondre à ses besoins. La notion d'impossibilité objective implique alors une obligation de diligence pesant sur la personne publique contractante. Concrètement, cela signifie que « *si par des moyens raisonnables il peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, la complexité n'est pas établie* »[1108]. C'est en se fondant sur ce critère que la Cour administrative d'appel de Lyon a déclaré illégale la conclusion d'un contrat de partenariat portant sur la réalisation d'une piscine municipale et d'un réseau de chaleur. Le juge a en effet considéré que les contraintes inhérentes à un tel projet « *sont insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir*

[1107] PELISSIER G., conclusions sous : Conseil d'État, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, JurisData n° 2014-018663.
[1108] Le BOUEDEC P., « Contrat de partenariat et critère de complexité du projet », Contrats Publics n° 125, octobre 2012.

pour la piscine municipale et, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en terme de fonctionnalité ou de performance »[1109].

781- Dans son contrôle, le juge administratif vérifie l'ensemble des éléments permettant de déterminer si le pouvoir adjudicateur est en mesure de définir les éléments nécessaires à la satisfaction de ses besoins. Les moyens humains et les données à la disposition de la collectivité publique contractante sont déterminants pour mesurer la capacité de la personne publique. Les études menées, y compris en dehors de la procédure litigieuse, mais dont les résultats ont été portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur doivent être prises en compte[1110]. C'est ce qui ressort de la décision « *Commune de Biarritz* » dans laquelle le juge administratif considère que « *pour apprécier la capacité objective de la personne publique… il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct ; qu'en revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat* »[1111].

782- Cependant, cette approche ne nous paraît pas plus satisfaisante que la première. D'une part, elle semble contredire le caractère relatif de la complexité. Celle-ci est censée s'apprécier au regard des ressources propres de la collectivité publique, en dehors des compétences extérieures qu'elle peut éventuellement s'adjoindre[1112]. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour administrative de Bordeaux le 15 septembre 2015 concernant le contrat de partenariat pour la réalisation d'un bâtiment à énergie positive d'une surface de 18500 m^2 devant abriter la cité municipale[1113]. Dans cette affaire, la juridiction d'appel a considéré que la ville de Bordeaux était dans l'impossibilité, « *eu égard à ses moyens propres* », de définir avec précision le contenu des prestations permettant d'atteindre et de maintenir dans le long terme un bilan énergétique positif. Dans ce cadre, les études menées par les tiers ne doivent pas être contributives pour apprécier la capacité du pouvoir

[1109] Cour administrative d'appel de Lyon, 2 janvier 2014, *Commune de Commentry c/ Conseil régional de l'Ordre des architectes de d'Auvergne*, req. n° 12LY02827.
[1110] Le BOUEDEC P., « Contrat de partenariat et critère de complexité du projet », préc.
[1111] Conseil d'État, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, JurisData n° 2014-018663.
[1112] En ce sens : Ministère de l'économie, de l'industrie et des finances, circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, (NOR : EFIT1206010C).
[1113] CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, *Commune de Bordeaux*, n° 15BX01208.

adjudicateur à déterminer les spécifications techniques et juridiques du contrat. S'il en était autrement, cela risquerait de conduire au rejet quasi-systématique du recours à ce type de contrat sur le fondement de la complexité.

783- D'autre part, cette approche présente l'inconvénient de rendre particulièrement contingente l'appréciation de la complexité comme condition de recours au contrat de partenariat. Elle accorde la primauté aux moyens dont disposent les collectivités publiques contractantes au détriment des caractéristiques intrinsèques du projet. Or, ces dernières paraissent plus objectives que les capacités du pouvoir adjudicateur qui peuvent, au demeurant, dépendre de circonstances étrangères à la nature et au contenu du projet. « *Il devient difficile, dans ces conditions, de savoir précisément où doit s'arrêter le curseur de la complexité puisque, finalement, l'appréhension de la complexité du « projet » se révèle nécessairement très subjective* »[1114].

784- C'est d'ailleurs cette grande part de subjectivité qui explique le caractère tatillon de la jurisprudence administrative sur ce point. Il est, en effet, difficile de déceler une ligne jurisprudentielle cohérente, sur le fondement d'un principe définitif dans l'appréciation de la condition de complexité[1115]. Les solutions retenues dans les différentes affaires demeurent très disparates. Effectuant un contrôle entier de la qualification juridique des faits, le juge administratif a privilégié tantôt la complexité technique du projet prenant en compte son ampleur et les conditions de sa réalisation[1116], tantôt les moyens dont dispose la collectivité publique[1117] ; sans oublier les cas où il se fonde sur le premier élément pour justifier le second[1118].

785- En tout état de cause, cela aboutissait à un contrôle casuistique peu favorable à la sécurisation des montages contractuels. L'affaire du projet de « Biarritz Océan » illustre bien

[1114] BRACONNIER S., « Partenariat public-privé : Introuvables conditions de recours aux contrats de partenariat », note sous : Conseil d'État, 15 octobre 2014, *Association « La Justice dans la cité* », req. n° 380918, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, décembre 2014, p. 1285.
[1115] Voir : DELELIS P., « Partenariats public-privé : 10 ans de jurisprudence : Rideau éd., 2014, p. 20 ; TENAILLEAU F. et WEILL S., « Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence », JCP A, 2014, p. 2267 ; JACQUEMOIRE P., « De la complexité d'apprécier le critère de complexité justifiant le recours à un contrat de partenariat », AJCT 2014, p. 615.
[1116] En ce sens : Tribunal administratif de Montpellier, 26 février 2010, *Mme Dellinschneider*, req. n° 0803471 ; Cour administrative d'appel de Lyon, 2 janvier 2014, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, req. n° 12LY02827, JurisData n° 2014-002285.
[1117] Conseil d'État, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, JurisData n° 2014-018663.
[1118] CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, *Commune de Bordeaux*, n° 15BX01208.

cette insécurité juridique : alors que la MAPPP avait rendu un avis favorable à la conclusion du contrat de partenariat en se fondant sur la complexité du projet, la Cour administrative d'appel de Bordeaux[1119] et le Conseil d'État[1120] ont remis en cause l'appréciation de l'organisme expert et invalidé le contrat. Cette incertitude n'est pas de nature à rassurer les porteurs de projets. En définitive, « *le problème du critère de complexité, mais c'est pareil pour le critère d'urgence, c'est sa subjectivité* »[1121].

2. La subjectivité du critère de l'urgence

786- Rappelant le caractère dérogatoire du contrat de partenariat par rapport au droit commun de la commande publique, le Conseil constitutionnel avait très tôt circonscrit le recours à ce type de montage contractuel. Dans sa décision du 26 juin 2003, le juge constitutionnel a exhorté le législateur à réserver le recours au contrat de partenariat « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, (…)* »[1122].

787- Prenant en compte cette réserve, l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 avait consacré l'urgence comme la seconde condition de recours au contrat de partenariat, parallèlement à la complexité du projet. Malgré son apparente simplicité, ce critère a pu soulever des interrogations, source de contentieux. Comme le rappelle le Rapporteur public Didier CASAS dans ses conclusions sur l'arrêt « *Sueur* », « *une collectivité qui se lance dans la construction d'un ouvrage ou dans la mise en place d'un service a toujours le sentiment, souvent à raison, que son achèvement ou son lancement sont d'une particulière urgence* »[1123]. Dès lors un effort d'interprétation s'impose pour déterminer de manière plus précise le contenu et les caractéristiques de l'urgence.

[1119] CAA de Bordeaux, 26 juillet 2012, *Saint-cricq*, req. n° 10BX02109.
[1120] Conseil d'État, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007, préc.
[1121] LEURET CH., (Directeur des finances et de la gestion à la Mairie de Bordeaux jusqu'en 2016), in : BONIN H. et DELZANGLES H. (sous la direction de), *Partenariats public-privé : enjeux et défis*, Féret, 2016, p. 105 ; voir également CHAMMING'S G., Le droit français de la commande publique à l'épreuve du contrat de partenariat, Université de Bordeaux, thèse, 2011.
[1122] Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (considérant n° 18), JORF n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11205.
[1123] CASAS D., conclusions sur : Conseil d'État, 29 octobre 2004, Sueur, req. n° 269814, Rec. CE 2004, p. 393.

788- S'il y a consensus sur le fait que l'urgence est la qualité de ce qui ne peut être différé, les conditions pour que cette qualité soit reconnue demeurent incertaines. Aux prises avec la notion d'urgence, le juge administratif semble adapter son interprétation en fonction du domaine concerné et l'objet du recours dont il est saisi. Dans le cadre des procédures d'urgence, la situation du requérant et les effets de la décision administrative s'avèrent déterminants pour apprécier la condition d'urgence. En effet, le Conseil d'État estime que, dans le cadre des référés, la condition d'urgence doit être « *appréciée in concreto pour chaque espèce, au regard des effets de la décision administrative, soit qu'elle préjudicie gravement à la situation du requérant ou à un intérêt public, soit qu'elle soit de nature à emporter des conséquences qui risquent d'être difficiles à faire disparaître* »[1124]. Plus précisément, la Haute juridiction administrative considère que la condition d'urgence est remplie lorsque la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre[1125].

789- Certes, la notion d'urgence dont il est question en matière de recours au contrat de partenariat diffère de « l'urgence procédurale » impliquant l'intervention rapide du juge dans le cadre des référés. Néanmoins, un raisonnement similaire peut être, *mutatis mutandis*, appliqué en ce domaine. C'est sous cet angle qu'il convient d'appréhender la réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision précitée du 26 juin 2003[1126] et confirmée par la jurisprudence du Conseil d'État. Suivant les conclusions du Rapporteur public, le juge administratif a précisé que l'urgence propre à justifier le recours au contrat de partenariat est celle qui « *résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* »[1127].

790- S'inspirant de cette jurisprudence, l'article 2 de la loi du 29 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat[1128] a posé le principe selon lequel la condition d'urgence est remplie lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les

[1124] Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, RFDA 2000, p. 946.
[1125] Voir : Conseil d'État, 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, req. n° 228815.
[1126] Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11205.
[1127] Conseil d'État, 29 octobre 2004, Sueur, req. n° 269814, Rec. CE 2004, p. 393.
[1128] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n° 0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.

causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible. La mention de la « particulière gravité » n'a certes pas été reprise par le législateur, mais le juge constitutionnel n'a pas jugé nécessaire de censurer cette omission. Dans un souci de conciliation, il a considéré que les expressions « retard particulièrement grave » et « retard préjudiciable à l'intérêt général » étaient équivalentes[1129].

791- Cependant, cette précision ne semble pas apaiser les critiques formulées à l'encontre de ce critère d'éligibilité au contrat de partenariat. D'une part, à travers la formulation retenue, le législateur a ouvert la voie à une interprétation trop large de la notion d'urgence. Le fait que le retard préjudiciable trouve son origine dans la carence de la collectivité publique qui l'invoque à l'appui de sa décision de recourir au contrat de partenariat n'a aucune incidence sur sa légalité. Dans ce cadre, aucune obligation de diligence ne semble s'imposer à la personne publique qui pourrait se prévaloir de sa propre turpitude pour justifier l'utilisation de l'instrument dérogatoire qu'est le contrat de partenariat. La carence d'une commune à assurer la maintenance régulière et la mise à niveau de son réseau d'éclairage public pourrait par exemple engendrer une situation d'urgence justifiant la conclusion d'un contrat de partenariat sans que le juge ne puisse sanctionner son inaction.

792- D'autre part, il est surprenant que l'urgence puisse être considérée comme une condition suffisante de recours à une catégorie déterminée de contrat public. En effet, dans l'hypothèse où la personne publique constate la nécessité de rattraper un retard préjudiciable, elle devrait être amenée à se poser une seconde question : quel est l'instrument juridique le plus à même de lui permettre de faire face à la situation d'urgence ? Le contrat de partenariat serait ainsi mis en concurrence avec d'autres formules contractuelles et le choix d'y recourir résulterait d'une analyse comparative. Il est évident que, dans cette configuration, l'urgence ne peut être valablement considérée comme un critère suffisant d'éligibilité au contrat de partenariat. Le recours à cette formule contractuelle devrait être fondé « *sur ce qui fait l'intérêt de ce contrat et non pas sur des circonstances extérieures, comme l'urgence, qui peut d'ailleurs être le résultat de la propre inertie de la collectivité* »[1130]. Toutes ces considérations

[1129] Conseil, constitutionnel, décision n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, JORF du 29 juillet 2008, p. 12151 ; voir : LABAYLE-PABET P. et GARDERES N., « Précision de la notion d'urgence comme condition de recours au contrat de partenariat », Contrats et Marchés publics n° 3, mars 2009, commentaire n° 80.

[1130] DELALOY G., in : « Débat : Les partenariats public-privé : quel cadre juridique pour quelles perspectives économiques ? », table ronde animée par BRACONNIER S., RDP, 2015, n° 3, p. 590.

ont amené les pouvoirs publics à simplifier les hypothèses de recours au marché de partenariat à travers le choix de critères plus objectifs et moins ambiguës.

B- L'actuelle simplification des hypothèses de recours au marché de partenariat

793- Les critères de recours à l'ancien contrat de partenariat ne se distinguaient pas par leur clarté et les acteurs de la commande publique, comme le juge administratif, ont eu du mal à les apprécier. Cela était de nature à fragiliser la sécurité juridique des opérations menées dans le cadre de ce type de montage contractuel. Un effort de simplification s'est dès lors avéré nécessaire. La réforme portée par l'ordonnance du 23 juillet 2015[1131] a pourvu à ce besoin de rationalisation des hypothèses de recours au marché de partenariat à travers la mise en place de conditions de fond plus objectives **(1)** et le renforcement des obligations procédurales préalables **(2)**.

1. La mise en place de conditions de fond plus objectives

794- Comme l'instrument qui l'a précédé, le marché de partenariat présente un caractère dérogatoire à ce que le conseil constitutionnel a désigné comme le droit commun de la commande publique. A ce titre, le législateur délégué a précisé les cas dans lesquels les collectivités publiques peuvent y recourir. C'est ainsi que la conclusion d'un marché de partenariat est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives. La première est relative à la valeur du marché à conclure. Il ressort de l'article L. 2211-5 du code de la commande publique[1132] que « *les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru* ».

795- Il apparaît ainsi que ce montage contractuel a vocation à servir de véhicule juridique pour la réalisation des projets de grande envergure. Ce choix semble tout à fait logique dans la

[1131] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.
[1132] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018.

mesure où c'est dans le cadre de tels projets que le paiement différé présente un réel intérêt pour les pouvoirs adjudicateurs. En outre, « *les PPP étant compliqués, ils requièrent un haut niveau de technicité et donc génèrent des coûts fixes qui ne se rentabilisent aisément que sur des grands projets* »[1133]. L'intérêt de la formule est donc moindre pour les projets de petite taille. Ces considérations avaient amené la Cour des comptes à préconiser, dans son rapport public annuel de 2015, que ce type de montage contractuel soit réservé aux opérations « *nécessitant un montant d'investissement significatif* »[1134]. Allant dans le même sens, le Sénat recommandait de limiter l'utilisation de cet instrument aux seules « *opérations dont le coût excède un montant minimal* »[1135].

796- Le seuil minimal que doit atteindre la valeur du marché n'est pas uniforme ; il varie en fonction de l'objet principal du contrat. En ce qui concerne les services énergétiques, l'article R. 2211-1 du code de la commande publique[1136] fixe le seuil à 2 millions d'euros hors taxe lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs. Ce seuil est de 5 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du contrat porte sur des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie. Enfin, il est fixé à 10 millions d'euros lorsque l'objet principal du marché porte sur des prestations ou ouvrages autres que ceux pour lesquels les seuils susévoqués ne sont pas applicables. Dès lors, en fonction de l'objet principal du contrat, la conclusion d'un marché de partenariat est exclue pour la réalisation de projets de moindre importance, c'est-à-dire ceux dont la valeur n'atteint pas le seuil. Cela va dans le sens de la protection des petites et moyennes entreprises (PME) en limitant le champ d'application matériel de ce type de contrat[1137].

1133 SORBETS P., « Débat : Les partenariats public-privé : quel cadre juridique pour quelles perspectives économiques », table ronde animée par BRACONNIER S., RDP, 2015, n° 3, p. 578.
1134 Cour des comptes, Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser, Rapport public annuel, février 2015, p. 176.
1135 Rapport d'information n° 733 des sénateurs J.-P. SUEUR et H. PORTELLI, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur les partenariats publics-privés, 16 juillet 2014, p. 38.
1136 Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018.
1137 Voir : Commission de l'Union européenne, *Document de travail de la commission européenne, Code européen des bonnes pratiques favorisant l'accès des PME aux marchés publics,* SEC. (2008)2193, 25 juin 2008 *;* BOURQUIN M*., Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME,* Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique, n° 82 t. 1 (2015-2016), 14 oct. 2015 ; ECKERT G., « Le périmètre des marchés de partenariat », Contrats et Marchés publics n° 10, octobre 2015, dossier n° 11.

797- En comparaison avec l'urgence et la complexité, le seuil d'éligibilité au marché de partenariat est un critère plus objectif dont l'appréciation ne requiert pas un important travail d'interprétation : il suffit d'identifier l'objet principal des prestations et d'estimer la valeur prévisionnelle du contrat. Pour éviter toute ambigüité, l'article R. 2211-2 du code de la commande publique précise les différents éléments à prendre en compte pour déterminer la valeur du marché. Il s'agit principalement de la rémunération du titulaire versée par l'acheteur, complétée, le cas échéant, par les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine et les éventuels concours publics.

798- La seconde condition d'éligibilité au marché de partenariat est relative au bilan favorable de cet instrument par rapport aux autres modes de réalisation de projet. Ce second critère résulte du code de la commande publique dont l'article L. 2211-6 dispose : « la *procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que (…) le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* ».

799- Cette condition n'est pas totalement nouvelle. Elle avait été instituée comme une troisième voie d'accès au contrat de partenariat par la loi du 28 juillet 2008[1138]. Elle implique que les collectivités publiques ne peuvent recourir au marché de partenariat que dans l'hypothèse où elles apportent la preuve de la supériorité de cet instrument par rapport aux autres modalités de réalisation du projet. Cet encadrement du choix du mode de gestion est assez nouveau et rompt avec la liberté traditionnellement reconnue aux personnes publiques pour effectuer un arbitrage entre différentes options[1139].

800- La consécration de la condition relative au bilan plus favorable implique que la personne publique procède à une analyse comparative de l'ensemble des instruments juridiques s'offrant à elles pour la réalisation de son projet. Le périmètre de cette analyse comparative semble plus large que celui qui avait été déterminé par la loi du 28 juillet 2008. L'exigence de cette dernière se limitait, pour le projet concerné, à la preuve de la supériorité

[1138] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n° 0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.
[1139] En ce sens : Conseil d'État, 18 mars 1988, *Loupias*, req. n° 57893 ; Conseil d'État, 10 janvier 1990, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau,* Dr. adm. 1992, nº 81 ; Cour administrative d'appel de Marseille, 17 mai 2005, *Société Méditerranéenne plaisance*, AJDA 2005, p. 1801.

du contrat de partenariat par rapport à « *d'autres contrats de la commande publique* »[1140]. Dans ce cadre, l'analyse comparative se résumait à la confrontation entre, d'une part, le contrat de partenariat et, d'autre part, la formule de maîtrise d'ouvrage publique en prenant en compte les avantages et inconvénients inhérents à chaque option.

801- En revanche, avec la formulation retenue par les rédacteurs de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le périmètre de l'analyse comparative dépasse le strict cadre de la commande publique. Désormais, le bilan du marché de partenariat doit être plus avantageux que celui de la totalité « *des autres modes de réalisation du projet* »[1141]. Cela suppose que la formule du marché de partenariat soit confrontée non seulement aux autres montages contractuels offerts par le droit de la commande publique, mais également à d'autres schémas comme par exemple la gestion en régie. Il s'agit en définitive, d'organiser une compétition entre les différents modes de réalisation du projet aboutissant au choix motivé de l'option retenue[1142].

802- Le législateur délégué précise que le paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Il ne suffit pas à justifier le choix du marché de partenariat et l'analyse comparative doit, en outre, se référer à d'autres éléments pour établir le bilan favorable. Ces éléments sont relatifs notamment à la complexité du projet, les capacités de l'acheteur à conduire celui-ci, les objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, les exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. Il est intéressant de noter la réapparition de la notion de complexité du projet comme un élément de justification du choix de recourir au marché de partenariat. Cependant, elle n'est plus une voie d'accès autonome, comme ce fût le cas sous le régime de l'ordonnance du 17 juin 2004. Désormais, la complexité est uniquement prise en compte pour démontrer que, pour la réalisation d'un projet déterminé, le marché de partenariat constitue une solution alternative plus avantageuse que les autres options susceptibles d'être retenues par l'acheteur public.

803- Dans cette démonstration, les difficultés observées dans la réalisation de projets comparables peuvent être utilement invoquées pour établir la supériorité du marché de partenariat par rapport aux autres instruments à la disposition du pouvoir adjudicateur.

[1140] Article 2 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, préc.
[1141] Article 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 2015 relative aux marchés publics, préc.
[1142] En ce sens : Institut de la Gestion Déléguée (IGD), « Régie, marché, contrat de partenariat, délégation : quelle compétition pour l'amélioration du service public ? Comparabilité, transparence, réversibilité, IGD, 2005 », disponible sur le site de l'IGD : http://fondation-igd.org/files/pdf/IGD_DF_competition.pdf.

Lesdites difficultés ou insuffisances doivent avoir été « observées » par l'acheteur public, y compris pour des projets dont il n'avait pas la responsabilité. Dès lors, les retours d'expériences sur des projets comparables réalisés par d'autres pouvoirs adjudicateurs peuvent constituer une base de données pertinente pour l'analyse comparative. Tous ces éléments doivent être établis par le biais d'une évaluation préalable qui constitue une formalité substantielle dans le déroulement de la procédure de conclusion des marchés de partenariat.

2. Le renforcement des obligations procédurales préalables.

804- En plus des conditions de fond sus évoquées, la conclusion d'un marché de partenariat est subordonnée à la réalisation d'une instruction poussée du projet destinée à en démontrer le bien-fondé. Les rédacteurs de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ont entendu renforcer cette phase d'instruction du projet en instituant une étude de soutenabilité budgétaire dont les résultats viennent compléter ceux de l'évaluation préalable.

805- L'article 74 de l'ordonnance relative aux marchés publics[1143] disposait, en son alinéa 1er, que « *la décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* ». Reprise à l'article L. 2212-1 du code de la commande publique, cette évaluation préalable est comparable à celle qu'avait instituée l'ordonnance du 23 juillet 2015, dans sa rédaction initiale, pour les marchés publics dont la valeur atteint le seuil des 100 millions d'euros hors taxe[1144]. En revanche, en ce qui concerne les marchés de partenariat, l'évaluation préalable n'est pas subordonnée à un seuil ; elle doit être réalisée quel que soit le montant d'investissement.

806- La finalité de cette évaluation préalable est d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. A cet effet, elle procède à la comparaison des différents modes envisageables de réalisation du projet en vue de déterminer le montage contractuel le plus pertinent. Cette approche s'inspire directement de la technique du « Public sector

[1143] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.
[1144] Article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée et article 24 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marché publics, JORF n° 0074 du 25 mars 2016, texte n° 28.

comparator » britannique développée par la « Treasury Taskforce » à partir de 1999[1145]. Elle s'inscrit dans une dynamique d'optimisation des ressources publiques et d'efficacité de la commande publique par l'identification de l'instrument juridique le plus approprié pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur tout en assurant la bonne gestion des deniers publics. C'est cette finalité qui est recherchée par les pouvoirs publics français et transparaissait dans le guide du ministère de l'économie et des finances. Ledit guide précisait que l'évaluation préalable s'inspire « *du modèle britannique du Public sector comparator s'imposant aux Private Finance Initiative (PFI), lesquels ne doivent être engagés que s'ils contribuent à réduire le coût actualisé du projet ou à créer plus de valeur ou à permettre de meilleures performances* »[1146].

807- Le contenu du rapport d'évaluation préalable est précisé par l'article R. 2212-4 du code de la commande publique. Outre une présentation générale du projet et de l'acheteur, l'évaluation doit comporter une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet. Concrètement il s'agit d'estimer, pour chaque solution envisageable, le coût complet en fonction du périmètre du contrat, de sa durée, du schéma de répartition des risques et de la valorisation financière de ces derniers. L'analyse comparative peut également se référer à la rentabilité différée des différents modes de réalisation en se référant à des éléments extra-financiers. Il en va notamment ainsi de l'impact socio-économique du projet et des considérations de développement durable.

808- Tous ces éléments amènent l'acheteur public à opérer un véritable exercice d'anticipation et de programmation en vue de la motivation de son choix. Le législateur délégué a voulu faire de cette évaluation préalable un élément substantiel de la procédure de conclusion des marchés de partenariat. Son absence est de nature à entacher d'illégalité la conclusion du contrat. De la même manière l'incomplétude du rapport d'évaluation ou son caractère purement artificiel et lacunaire peut être sanctionné par le juge administratif.

[1145] Sur cette notion : Treasury Taskforce private finance, « How to construct a public sector comparator », technical note n° 5, 29 octobre 1999 ; Institut de la Gestion Déléguée (IGD), « Evaluation des contrats globaux de partenariat- Principes, méthodes et comparaisons, a Gazette des Communes, cahier détaché n° 2, 14/1736, 5 avril 2004.
[1146] MAPPP, « Guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable », 18 avril 2011.

809- Réalisée avant le lancement de la procédure de passation, l'évaluation préalable doit être soumise, pour avis, à la Mission d'appui au financement des infrastructures (MAFI), organisme expert créé par le décret du 27 avril 2016[1147]. La création de ce service à compétence nationale participe de la volonté de renforcement des obligations procédurales en matière de conclusion de marchés de partenariat. En effet, si la saisine de la MAPPP était obligatoire pour les projets de contrat de partenariat de l'État et de ses établissements publics, elle restait une simple faculté pour les collectivités territoriales. Cela faisait que, sur les 149 contrats de partenariat signés par les collectivités territoriales jusqu'en août 2014, un tiers seulement a été soumis à la MAPPP pour avis[1148]. Désormais, « *pour les projets de marchés de partenariat de l'État et de ses établissements publics, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que de tout autre acheteur autorisé (...) la mission d'appui [MAFI] est obligatoirement saisie, pour avis, de l'évaluation du mode de réalisation du projet (...)* »[1149]. A ce titre, l'organisme expert évalue la structuration juridique et financière du projet ainsi que le modèle de répartition des principaux risques.

810- Concomitamment à cette évaluation préalable, le recours au marché de partenariat donne lieu à une étude de soutenabilité budgétaire dont l'objet principal est d'évaluer les conséquences du contrat sur la situation financière de l'acheteur public. Cette innovation fait suite aux dérives relevées par la Cour des comptes dans son rapport annuel de 2015[1150] relatif aux conséquences des contrats de partenariat sur le niveau d'endettement des collectivités territoriales. La haute juridiction financière avait en effet formulé la recommandation tendant à la mise en place d'une étude de soutenabilité budgétaire obligatoire avant le lancement des marchés de partenariat.

811- Précisant son contenu, l'article R. 2212-9 du code de la commande publique dispose que ladite étude prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat, ce qui inclut « *le coût global en moyenne annuelle ; l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ; l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ; une*

[1147] Décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la Mission d'appui au financement des infrastructures, JORF n° 0101 du 29 avril 2016, texte n° 18.
[1148] En ce sens : Cour des comptes, rapport annuel 2015.
[1149] Décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la Mission d'appui au financement des infrastructures, préc., article 4, § I.
[1150] Cour des comptes, rapport annuel 2015, préc.

analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat ». Tous ses éléments tendent éviter le recours abusif au marché de partenariat et à ne retenir cette formule que pour les projets où elle présente un avantage déterminant par rapport aux autres modes de réalisation du projet.

Paragraphe II : L'intérêt du marché de partenariat en matière de performance énergétique

812- Né avec l'ordonnance du 17 juin 2004, le contrat de partenariat avait été présenté comme « *une troisième voie permettant d'extirper la commande publique de l'alternative étriquée entre les marchés publics et les délégations de service public* »[1151]. Profitant de la conjoncture économique et du délitement des capacités financières des collectivités publiques, ce type de montage contractuel s'est imposé comme un instrument crédible de gestion de certains services énergétiques. Au niveau local, 7% des 166 contrats de partenariat conclus entre 2005 et 2017 concernent le domaine de l'énergie et 39% sont relatifs à l'équipement urbain avec une majorité de contrats portant sur l'éclairage public. Sur le plan national, le secteur des services énergétiques occupe 18% des contrats de partenariat conclus durant la même période[1152]. Selon le rapport final du Centre Scientifique et Technique du Bâtiment, en France, 32% des contrats de partenariat signés ou à l'étude sont centrés sur l'énergie[1153].

813- Au-delà de l'enthousiasme des décideurs publics pour cette « *nouvelle boîte à outils* »[1154], le succès du marché de partenariat public-privé est dû au fait qu'il apparaît comme « *une technique juridique adaptée aux réalités économiques* »[1155]et à l'enjeu de performance énergétique. Il se distingue des instruments traditionnels de la commande publique par l'étendue du périmètre de la mission confiée au partenaire privé de l'administration **(A)** et par son objet performanciel **(B)**.

[1151] BRACONNIER S., « L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande - publique », JCP G, 2004, n° 48, p. 2134.
[1152]Source : Site web de la MAPPP. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/TdB/contrats.pdf .
[1153] BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », rapport final à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, septembre 2010.
[1154] LAGUMIXA S. et DERUY L., « L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique », BJCP, 2004, p. 349.
[1155] BLOCH K., « Le contrat de partenariat : de l'aboutissement aux prémices », CJFI, 2004, n° 28, p. 1.

A- Le caractère global de la mission confiée au partenaire privé

814- Malgré leur intégration dans le code de la commande publique, les marchés de partenariat dérogent aux règles classiques de cette branche. Le recours à ce type de montage contractuel permet à l'acheteur public de confier à son partenaire privé une mission globale. Celle-ci se décompose en deux catégories de prestations : d'une part, un « noyau dur » constitué de prestations principales obligatoirement assurées par le titulaire du marché **(1)** ; et d'autre part, des prestations complémentaires susceptibles de lui être confiées **(2)**.

1. Le resserrement de l'étendue des missions impérativement confiées au titulaire

815- L'utilisation privilégiée du marché de partenariat en matière de performance énergétique s'explique par la marge d'appréciation laissée à la personne publique pour déterminer le périmètre de prestations qu'elle entend externaliser. Dès 2004, l'ordonnance sur les contrats de partenariat[1156] avait ouvert la possibilité de confier une mission globale au partenaire privé. Dans le cadre juridique actuel, le noyau dur de la mission globale confiée au partenaire privé a évolué dans le sens d'un resserrement.

816- Dans tous les cas où l'acheteur public décidait de recourir au contrat de partenariat, l'ordonnance du 17 juin 2004 posait l'obligation d'externaliser « *la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* »[1157]. La marge d'appréciation de la personne publique était donc assez réduite : le contenu de la mission globale était prédéterminé par les textes et l'acheteur ne pouvait moduler l'étendue de l'externalisation que de manière marginale. Le juge administratif avait d'ailleurs précisé qu'en décidant de conclure un contrat de partenariat, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir les missions obligatoires dans le cadre d'une tranche conditionnelle[1158].

[1156] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p.10994.

[1157] Article 1er de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, préc.

[1158] Tribunal administratif de Basse Terre, 11 décembre 2014, Société URBASER ENVIRONNEMENT SAS, req. n° 1401158, AJCT, 2015, p. 163.

817- Sur ce point, l'ordonnance du 23 juillet 2015 a présenté un intérêt particulier pour les collectivités publiques. Le paragraphe I de son article 67 « *allège le « noyau dur » des missions qui, dans le cadre d'un marché de partenariat, doivent impérativement être confiées au titulaire du contrat* »[1159]. Désormais l'obligation d'externalisation ne concerne que deux catégories de prestations : d'une part, le financement total ou partiel des investissements et, d'autre part, les opérations de construction, de réhabilitation ou de destruction « *d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* ».

818- Cette réduction du « noyau dur » de la mission globale va dans le sens de l'accroissement de la liberté contractuelle des partenaires en présence. Les collectivités publiques disposent désormais d'une marge d'appréciation plus large dans la détermination du contenu des prestations qu'elles souhaitent confier à leur partenaire ou, à l'inverse, gérer par leurs propres services. Ainsi, une personne publique peut-elle, par exemple, décider d'externaliser le financement des investissements et les travaux de rénovation thermique de son patrimoine immobilier tout en assurant elle-même l'exploitation et la maintenance des équipements de chauffage. Une telle dissociation ne pouvait pas être réalisée dans le cadre des contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004. Pour l'acheteur public, le cadre juridique actuel est donc moins radical que par le passé : à l'exigence initiale d'externalisation quasi-totale se substitue la possibilité d'une mission au périmètre « taillé à la carte ».

819- S'il offre une plus grande liberté contractuelle, le resserrement ainsi opéré n'en demeure pas moins négateur de la philosophie globale qui avait présidé à la naissance du contrat de partenariat. En effet, comme les autres contrats globaux, l'intérêt de ce type de montage résidait principalement dans la large étendue de la mission confiée au partenaire privé. Le cumul de la conception avec la construction, l'exploitation ou la maintenance des ouvrages et équipements était censé inciter les partenaires à raisonner en termes de coûts globaux et permettre de mieux garantir la performance en confiant le maximum de prestations à un interlocuteur unique[1160]. En admettant que ces différentes opérations puissent ne pas être intégrées dans le noyau dur de la mission globale du partenaire privé, le législateur délégué

[1159] BRACONNIER S., « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », AJDA, 2015, p. 1795.
[1160] En ce sens : CHAMING'S G., « Du contrat au marché de partenariat : Chronique d'un sauvetage précaire du soldat PPP », Cahiers de droit de l'entreprise n°6, novembre 2016, dossier 51.

semble vouloir limiter l'intérêt du marché de partenariat à son volet financier. « *Pourront donc voir le jour des contrats de partenariat « secs », comportant juste des missions de construction sans entretien ou maintenance, ce qui leur enlèvera un intérêt certain tant en termes de globalité que de garantie de gestion patrimoniale dans le temps…* »[1161].

820- Toujours est-il que le financement des investissements doit nécessairement figurer dans la mission globale confiée au titulaire du marché de partenariat. Concrètement, le partenaire privé assure le préfinancement des investissements à réaliser dans le cadre du marché de partenariat et sa rémunération est constituée principalement par le loyer qui lui est versé par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Le financement privé des investissements est une caractéristique majeure du marché de partenariat qui le distingue des marchés publics de droit commun. Concernant ces derniers, l'article L. 2191-5 du code de la commande publique dispose que « *tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements* ». Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur se trouve dans l'obligation de procéder au paiement du prix dès la réception des travaux ou le constat du « service fait »[1162]. Pour assurer un plein effet à cette prohibition, il est précisé qu'en cas de marché public global, la rémunération au titre des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut pas contribuer au paiement de la construction.

821- A l'inverse, les marchés de partenariat dérogent à cette disposition, comme le prévoit expressément l'article L. 2200-1 du code de la commande publique. Ils permettent à l'administration contractante d'étaler sur une longue période le paiement des investissements réalisés et des prestations assurées par le partenaire privé. Pour les collectivités publiques, ce montage contractuel rend possible une optimisation financière par le recours au paiement différé permettant de lisser le coût de l'investissement sur une longue période[1163]. Les pouvoirs adjudicateurs se trouvent ainsi en mesure de « *mobiliser les ressources financières*

[1161] PEYRICAL J-M., Encyclopédie des collectivités territoriales, Chapitre 1 (folio n° 3007), « La notion de marché public », mars 2017.
[1162] Rapport d'information n° 733 des sénateurs J-P. SUEUR et H. PORTELLI, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur les partenariats publics-privés, 16 juillet 2014.
[1163] Voir : DIDRICHE O., « La création d'une nouvelle formule contractuelle : le marché de partenariat », AJCT, 2015, p. 633.

nécessaires à la réalisation d'équipements tout en évitant un trop vif alourdissement de leur endettement »[1164].

822- Ce volet financier est souvent un élément déterminant dans le choix des collectivités publiques de conclure des marchés de partenariat en matière énergétique. C'est notamment le cas de la ville de Tours qui, dès 2007, a conclu un contrat de performance énergétique sous la forme d'un marché de partenariat portant sur la rénovation et l'exploitation de 160 chaufferies pour un montant total de 28,6 millions d'euros[1165]. Pour cette collectivité territoriale, la réalisation dudit projet a été possible grâce à l'étalement du paiement sur la période de 12 ans que dure le contrat. Elle a donc pu se doter d'équipements et bénéficier de prestations ayant abouti à la réduction de sa consommation énergétique sans pour autant recourir à l'emprunt. Il est clair que, dans le contexte actuel, un tel projet serait difficilement réalisable dans le cadre d'un marché public classique, la ville n'étant pas en mesure de le financer par un paiement unique.

823- La même motivation financière vaut pour les marchés de partenariat conclus dans le domaine de l'éclairage public et de la signalisation tricolore. « *En moyenne, l'éclairage public représente à lui seul près de la moitié de la consommation électrique des municipalités. Or, il s'agit d'une activité pour laquelle l'optimisation énergétique est réalisable par des solutions technologiques relativement simples et éprouvées, comme la télégestion, mais dont le coût d'investissement initial se révèle prohibitif pour un déploiement rapide à l'échelle d'une collectivité entière par les modes de réalisation habituels, en raison des contraintes budgétaires* »[1166]. Dans ce cadre, la solution de financement offerte par le marché de partenariat présente le plus grand intérêt pour les collectivités publiques. Il n'est donc pas étonnant que le financement fasse partie des missions obligatoirement confiées au titulaire du marché de partenariat.

[1164] BOITEAU C., « Les techniques contractuelles : les partenariats public-privé », Revue française des finances publiques, n° 109, janvier 2010, p. 91.

[1165] Pour des détails sur ce contrat, voir : BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », rapport final à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, septembre 2010.

[1166] GARCIN L., « Le Contrat de Partenariat facilite-t-il l'intégration d'objectifs de développement durable dans la gestion de services en réseaux ? Une illustration par le cas de l'éclairage public », Flux n° 74, 2008/4, p. 52.

2. L'extension de l'étendue des missions facultatives du partenaire privé

824- A la différence du « noyau dur » de la mission globale objet du marché de partenariat, les prestations facultatives peuvent ne pas être confiées au titulaire du contrat. Leur externalisation relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur qui se détermine en fonction de la nature du projet, des objectifs de performance et des capacités techniques des acteurs. L'extension de l'étendue de ces missions facultatives apparaît à travers l'examen comparatif du cadre juridique de l'actuel marché de partenariat par rapport au régime des anciens contrats de partenariat. Elle se matérialise doublement : d'une part, certaines prestations qui jadis devaient impérativement figurer dans la mission globale revêtent désormais un caractère facultatif ; d'autre part, l'ordonnance du 23 juillet 2015[1167] a ouvert la possibilité d'intégrer la gestion du service public dans la mission confiée au titulaire du marché de partenariat.

825- Concernant les anciens contrats de partenariat, l'article 1er de l'ordonnance du 17 juin 2004[1168] disposait qu'en plus du financement, le cocontractant de l'administration devait impérativement prendre en charge *« la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public* ». Avec l'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015, ces différentes prestations sont devenues des missions facultatives susceptibles d'être confiées au titulaire du marché de partenariat.

826- Le premier élément de ce « *socle optionnel* »[1169] concerne la mission de conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels. En effet, le marché de partenariat permet de déroger à la règle posée par l'article 7 de la loi MOP[1170], et reprise à l'article L. 2431-1 du code de la commande publique, interdisant l'association de l'entrepreneur à la phase de conception des travaux. A ce titre, le titulaire du marché de partenariat peut prendre en charge la conception des ouvrages. Même si elle est facultative, cette prestation est généralement

[1167] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.
[1168] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p.10994.
[1169] CHAMING'S G., « Du contrat au marché de partenariat : Chronique d'un sauvetage précaire du soldat PPP », Cahiers de droit de l'entreprise n°6, novembre 2016, dossier 51.
[1170] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF du 13 juillet 1985, p. 7914.

incluse dans la mission globale confiée au partenaire privé de l'administration[1171]. Dans le cadre des contrats de performance énergétique, cette intégration est d'autant plus nécessaire que le partenaire privé s'engage sur le niveau d'efficacité énergétique qui est généralement tributaire de la configuration physique de l'ouvrage. Il est dès lors souhaitable que l'opérateur en charge de la réalisation des objectifs de performance énergétique intervienne dans la phase de conception des ouvrages[1172]. Cette association permet et favorise la prise en compte des contraintes d'exploitation dès l'origine[1173].

827- Plus fondamentalement, l'extension du périmètre des missions facultatives susceptibles d'être confiées au titulaire du marché de partenariat se matérialise par l'inclusion de la gestion du service public dans le champ de la mission globale. Celle-ci peut également avoir pour objet « *la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »[1174]. Il s'agit d'un élargissement de la liberté contractuelle des personnes publiques puisque, dans l'état antérieur du droit, cette prestation ne pouvait pas être confiée au partenaire privé par le biais d'un contrat de partenariat.

828- L'article 1er de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoyait que la mission globale du titulaire pouvait comprendre « *des prestations de service concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». La rédaction de cet article faisait apparaître que seule la personne publique était en charge de la gestion du service public et que le contrat de partenariat ne pouvait avoir pour objet ni pour effet de confier au titulaire l'exécution d'une mission de service public. En réponse à une question

---

1171 En ce sens : BRENET F., « Conditions d'éligibilité du contrat de partenariat : la complexité du projet devant le juge administratif », Droit Administratif n° 6, juin 2010, commentaire n° 94 ; CHAMING'S G., « Du contrat au marché de partenariat : Chronique d'un sauvetage précaire du soldat PPP », préc.

1172 A titre d'illustration, le 26 avril 2007, le Centre Hospitalier de Roanne a décidé de signer un contrat de partenariat portant sur la restructuration et l'extension de son pôle énergie. Ledit contrat confiait au titulaire privé une mission globale ayant pour objet conception, la réalisation, la maintenance, l'exploitation et le financement de son pôle énergie. (Pour les détails sur cette opération, voir : BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », rapport final à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, septembre 2010). Dans le même sens, l'article 14 du contrat de performance énergétique conclu par la Région Centre, en 2010, stipule que l'acheteur public confie au titulaire « la responsabilité globale des études et travaux nécessaires à la construction et réhabilitation des Biens et/ou des Ouvrages aux dates convenues (…) dans le respect des normes et règlements applicables en France et aux règles de l'art, conformément aux stipulations du Contrat ».

1173 En ce sens : CHAMMING'S G. et SCIALOM M., « Le régime juridique du marché de partenariat : nouveau paradigme ou simple inflexion de style ? », Contrats et Marchés publics, n° 5, mai 2016, dossier 15.

1174 Article L. 1112-1 du code de la commande publique.

parlementaire[1175], le ministre de l'Économie a confirmé cette interprétation en estimant que « *l'objet du contrat ne porte pas sur l'exercice d'une mission de service public en tant que telle : ces dispositions ne font référence qu'à la réalisation et à la gestion d'ouvrages ou d'équipements ; lorsqu'elles évoquent l'exercice d'une mission de service public, c'est pour préciser que la personne publique en est chargée* »[1176]. Dès lors, dans le cadre du contrat de partenariat, toute clause ayant pour objet de confier au titulaire la gestion d'un service public encourait l'annulation pour objet illicite de l'obligation[1177].

829- Cependant, l'exclusion de la gestion du service public de la mission globale du contrat de partenariat pouvait paraître très artificielle dans la pratique. Dans certains cas, la construction et l'exploitation des ouvrages ou équipements sont matériellement indissociables de la gestion du service public. Il en va notamment ainsi dans le domaine des services énergétiques où l'exploitation des infrastructures se confond avec la gestion du service public. Les contrats de partenariat conclus dans le secteur de l'éclairage public sont très révélateurs de cette imbrication entre les deux fonctions. Dans ce domaine, « *la solution consiste en un contrat unique dans lequel le groupement retenu réalise les travaux de reprise complète des installations d'éclairage puis les exploite sur une durée longue (en y incluant maintenance et gestion et fourniture de l'énergie électrique)* »[1178]. Il est difficile, dans cette configuration, de distinguer ce qui relève de la gestion du service public et de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'équipement[1179]. Cette ambigüité avait d'ailleurs été relevée par une grande partie de la doctrine appelant à une reconnaissance de la possibilité pour le titulaire du contrat de partenariat d'exploiter un service public[1180].

830- Mettant fin à ce paradoxe, les rédacteurs du code de la commande publique ont explicitement inclus la gestion du service public dans la catégorie des prestations susceptibles

[1175] Question écrite n° 22017 de M. Bernard Piras, JO du Sénat, 9 mars 2006, p. 694.
[1176] Réponse du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie à la question écrite n° 22017 de M. Bernard PIRAS, JO du Sénat, 18 mai 2006, p. 1385.
[1177] En ce sens : Conseil d'État, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, req. n° 259809 ; Conseil d'Etat, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures,* req. n°279045 ; DELELIS Ph., « Contrat de partenariat et exploitation du service public », AJDA, 2010, p. 2244.
[1178] MAPPP, avis n° 2007-22 concernant le projet d'éclairage public de la ville de Camiers.
[1179] En ce sens, voir : WASS-NOCQUET R., « Le service public dans les partenariats public-privé », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 14, mars 2009, p.2079.
[1180] En ce sens : ORIOU J-S. et PERRITAZ M., « Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat », AJCT, 2012, p. 90 ; REYNAUD T., « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », BJCP, juin 2010, pp. 166-168 ; LICHERE F., « Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du partenariat public privé », AJDA, 2008, p. 123 ; WASS-NOCQUET R., « Le service public dans les partenariats public-privé », préc.

d'être confiées au partenaire privé. Désormais, la collectivité publique dispose d'un instrument contractuel supplémentaire pour la gestion des services énergétiques. Ce nouvel outil peut sembler concurrencer d'autres modes de gestion des services énergétiques, tels que la concession. Toutefois, le mode de rémunération du titulaire est de nature à conférer à ces deux méthodes d'externalisation des champs d'application distincte. La concession s'avère adaptée aux services publics donnant lieu à la perception de redevances sur les usagers. La gestion des réseaux de distribution d'énergie en est un exemple. A l'inverse, le marché de partenariat intégrant la gestion d'un service public se prête mieux à la gestion des services publics pour lesquels la rémunération du titulaire est assurée par le paiement d'un prix acquitté par la collectivité publique elle-même, comme c'est le cas de l'éclairage public. S'il a été jusque-là utilisé principalement dans ce domaine, il n'y a plus d'obstacle juridique à ce qu'il le soit davantage dans d'autres filières. L'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics constitue un terrain propice à son développement en raison de l'objet performanciel d'un tel montage contractuel.

B- L'objet performanciel du marché de partenariat

831- L'objet performanciel du marché de partenariat fait de ce type de montage contractuel un instrument potentiellement adapté aux nouveaux enjeux du secteur de l'énergie et plus particulièrement aux services de performance énergétique. Il porte sur un engagement du titulaire sur un niveau de performance contractuellement défini **(1)** et donnant lieu à des mécanismes de garantie **(2)**.

1. L'engagement du titulaire sur un niveau de performance énergétique

832- La formule du marché de partenariat consacre un véritable changement de posture de la part des collectivités publiques dans leurs rapports avec leurs partenaires privés. En effet, la commande publique a longtemps été conçue sur le fondement d'une simple obligation de moyen à la charge du cocontractant de l'administration se limitant à la disponibilité du bien ou service objet du contrat. Le marché de partenariat, quant à lui, opère une révolution culturelle dans la manière d'appréhender l'achat public puisqu'il fait naître une obligation de

résultat pesant sur le titulaire. Cela se traduit par l'existence d'un engagement contractuel du partenaire privé sur la réalisation d'un objectif préalablement défini.

833- Dans le cadre d'un contrat de performance énergétique, l'engagement du titulaire porte sur l'efficacité énergétique d'un bâtiment ou d'un ensemble de bâtiments. Le droit de l'Union européenne le définit comme « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur (normalement une SSE) d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini* »[1181]. C'est en cela qu'apparaît le caractère performanciel de l'objet du marché de partenariat de performance énergétique. L'engagement du titulaire porte sur la diminution de la consommation énergétique du bien public et non sur la réalisation de travaux, la fourniture de biens ou la prestation de services[1182].

834- Dans ce cadre, la responsabilité du partenaire privé ne s'épuise pas avec la réalisation des investissements ; elle se mesure à l'aune du respect des objectifs de performance énergétique fixés par le contrat. La notion d'efficacité énergétique sur laquelle porte l'engagement du partenaire privé a un contenu variable selon le périmètre de la mission confiée au partenaire privé. Le groupe de travail du Plan Bâtiment Grenelle la définit comme un « *ratio, ou autre relation quantitative entre une performance, un service, un bien ou une énergie produite et un apport en énergie* »[1183].

835- L'efficacité énergétique renvoie principalement à la réduction de la consommation d'énergie d'installations ou de locaux d'utilisateurs. Le partenaire privé garantit un niveau d'économie d'énergie en volume sur toute la durée du contrat. Les investissements réalisés concourent à la réalisation de cet objectif à travers l'optimisation des modes de consommation énergétique du site concerné. Des travaux de rénovation thermique sur l'enveloppe des bâtiments peuvent être nécessaires, ou simplement la modernisation des installations de

[1181] Article 3 de la directive n° 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne n° L. 114/64, 27 avril 2006.
[1182] En ce sens : ORTEGA O., Les contrats de performance énergétique, rapport à Madame Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011, p. 20.
[1183] Plan Bâtiment Grenelle, rapport du groupe de travail sur la « Garantie de performance énergétique », 5 avril 2012, p. 45.

ventilation et de chauffage[1184]. La performance correspond, dans ce cas, à l'économie totale d'énergie réalisée par rapport à une situation de référence. C'est dans ce cadre que s'inscrit le contrat de performance énergétique signé par la région Centre en 2010 : l'engagement du titulaire porte sur une baisse de 41,7% des consommations d'énergie finale et une réduction de 49% des émissions de gaz à effet de serre[1185].

836- L'engagement contractuel peut également s'étendre aux systèmes de production d'énergie afin de mieux les adapter aux modes de consommation. A titre d'illustration, le contrat de performance énergétique conclu par le centre hospitalier de Roanne en avril 2007 portait à la fois sur la maintenance des systèmes de chauffage et sur l'exploitation des équipements de cogénération. Au même titre que la régulation de la consommation énergétique, ce second élément constitue un volet important du montage contractuel. Dans le cadre de ce contrat, l'engagement du titulaire porte tant sur la réduction de la consommation que sur le niveau et la disponibilité des capacités de production à partir des installations de cogénération. La société de service énergétique s'est engagée à atteindre un seuil de production minimale d'électricité et de chauffage avec les installations de cogénération. Ce second élément est d'autant plus décisif dans les relations entre les partenaires que l'excédent de production est revendu à EDF. Dès lors, une baisse du niveau de production due au manquement du titulaire serait constitutive d'une réelle perte d'exploitation pour le centre hospitalier[1186].

837- Un exemple similaire est fourni par le contrat de performance énergétique conclu en décembre 2009 par la région Alsace et portant sur les équipements, les systèmes énergétiques et l'enveloppe des bâtiments de 14 lycées. Les travaux d'efficacité énergétique comportent deux aspects distincts. Le premier volet concerne la réduction de la consommation énergétique par le biais d'investissements sur l'isolation thermique des bâtiments et l'amélioration de la régulation du système de chauffage. Quant au second élément, il porte sur

[1184] Le premier contrat de performance énergétique signé en France sous la forme de contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 a été celui de la ville de Tours en juillet 2007. Les investissements réalisés portent exclusivement sur les équipements et les systèmes énergétiques. A l'inverse, celui conclu par la Région Alsace porte sur les systèmes énergétiques mais également sur la structure des bâtiments. Voir BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », préc.
[1185] Voir : ADEME, « Observatoire des premiers contrats de performance énergétique à grande échelle avec garantie de résultat : retours d'expérience des CPE des régions Alsace et Centre, synthèse des enseignements et recommandations », rapport d'étude, novembre 2015.
[1186] BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », rapport final à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, septembre 2010.

l'installation d'un système de production énergétique comprenant 6 nouvelles chaufferies bois, une pompe à chaleur et des panneaux photovoltaïques sur une surface de 5000 mètres carrés[1187]. Là également l'engagement contractuel porte sur l'ensemble des éléments de l'efficacité énergétique. Il est rendu effectif par la mise en place de mécanismes de garantie.

2. La mise en place de mécanismes financiers de garantie de la performance énergétique

838- Elle est la traduction financière de l'engagement contractuel du titulaire du marché de performance énergétique. Cette garantie constitue un élément central du contrat et constitue un mécanisme destiné à rendre effectif l'engagement souscrit par la société d'efficacité énergétique. Elle consiste pour le partenaire privé à indemniser son cocontractant de l'intégralité du préjudice né de l'absence de réalisation des objectifs de performance préalablement fixés par le contrat. C'est en cela que le marché de partenariat de performance énergétique repose sur une véritable obligation de résultat pesant sur le titulaire. Ce dernier souscrit une garantie dont la mise en œuvre est automatique dès qu'il y a un « *écart entre la performance contractuellement fixée et la performance effectivement constatée* »[1188].

839- Il s'agit donc d'une garantie de résultat énergétique portant sur l'efficacité réelle et mesurable en cours d'exploitation. A ce titre, elle se distingue du système de la garantie de performance énergétique intrinsèque (GPEI) qui avait été initialement envisagé[1189]. Dans ce schéma, le titulaire du contrat de performance énergétique s'engage sur un niveau maximal de consommations énergétiques « *conventionnelles* ». La détermination de ces dernières s'effectue pendant la phase d'étude et de conception, en référence à des modèles théoriques prenant en compte les paramètres techniques permettant d'estimer et de prévoir la consommation des sites objet du contrat. Les différentes mesures nécessaires à la mise en œuvre de ce type de garantie sont faites avant la réception de l'ouvrage, ce qui ne permet pas de prendre en compte les effets de la dégradation des matériaux dans le temps, ni les conséquences d'un défaut de maintenance ou d'entretien.

[1187] Idem.

[1188] ORTEGA O., Les contrats de performance énergétique, rapport à Madame Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011, p. 25.

[1189] Voir : Plan Bâtiment Grenelle, rapport du groupe de travail sur la « Garantie de performance énergétique », 5 avril 2012.

840- Pour ces différentes raisons, les pouvoirs publics ont fait le choix de la garantie de résultats énergétiques dont la mise en œuvre est fondée sur le niveau de performance effectivement réalisé et matériellement constaté. Cette garantie revêt un caractère intégral dans la mesure où il couvre la totalité du préjudice que subit le bénéficiaire du fait de la sous-performance imputable au prestataire de services énergétiques. Dans l'hypothèse où l'engagement du titulaire porte sur un niveau maximal de consommation énergétique, la garantie a vocation à couvrir l'écart entre la consommation réelle et celle qui a été contractuellement fixée. Ainsi, si les consommations réelles sont supérieures aux consommations maximales garanties, le prestataire de services énergétiques prend en charge la compensation financière au bénéfice de son cocontractant. Le quantum de cette compensation équivaut au produit de l'écart constaté et du prix unitaire moyen du kWh fixé au contrat. La formule est la suivante :

$G= (E_n – E_{c)} \text{ x } P_c$

Dans cette équation, (G) équivaut au montant en euros de la garantie due par la société de services d'efficacité énergétique ; (En) représente la quantité d'énergie effectivement consommée sur la période de référence (en kWh) ; (Ec) équivaut à la quantité d'énergie contractuellement prévue sur la période de référence (en kWh) et (Pc) renvoie au prix unitaire moyen du kWh fixé au contrat[1190].

841- Dans le cadre des contrats performanciels, la mise en œuvre de la garantie donne lieu à l'acquittement d'une pénalité par le partenaire privé. C'est dans cette logique que, dans l'exemple du contrat conclu par le centre hospitalier de Roanne, le prestataire a dû verser la somme de 80 000 euros au titre de la pénalité pour absence d'atteinte du seuil de production de 2,4 Méga Watt de chaleur thermique auquel il s'était engagé. Le marché de partenariat peut également prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation. Ainsi, la pénalité dont le titulaire est redevable est directement déduite du montant de la redevance annuelle versée par l'acheteur public.

842- En sens inverse, dans l'hypothèse où la performance réalisée est supérieure à celle garantie, le partenaire privé peut prétendre à un *bonus* dont le montant s'ajoute à sa

[1190] Voir : ORTEGA O., Les contrats de performance énergétique, rapport à Madame Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011, p. 27.

rémunération de base. Concrètement, lorsque la réalisation des travaux d'efficacité énergétique aboutit à un niveau d'économie supérieur à celui sur lequel s'était engagé le prestataire, l'excédent donne lieu à un *bonus* partagé entre les cocontractants selon les modalités déterminées par le contrat. Ce dernier peut en effet contenir des clauses d'intéressement du titulaire l'incitant à améliorer l'efficacité énergétique au-delà du niveau contractuellement fixé. De telles clauses présentent un grand intérêt pour les partenaires : elles sont très incitatives pour le prestataire de services énergétiques pour la réalisation d'une surperformance synonyme d'une augmentation de rémunération. Du côté de l'acheteur public, la réalisation de la surperformance équivaut à un surplus d'efficacité énergétique, et donc à la valorisation de son patrimoine immobilier, sans se traduire par une charge budgétaire supplémentaire.

843- L'importance des conséquences financières de l'écart entre la performance garantie et celle constatée renseigne sur le caractère central des outils et méthodes de mesure de la performance. Il est primordial de déterminer avec la plus grande précision la situation de référence en prenant en compte l'ensemble des paramètres pouvant influencer l'efficacité énergétique des ouvrages. En amont, la connaissance des niveaux de consommation antérieure ainsi que les usages habituels des bâtiments constituent des informations intéressantes pour déterminer la situation de référence et le niveau d'engagement de la société d'efficacité énergétique. En aval, le suivi régulier des niveaux de consommation réelle et, le cas échéant, des capacités de production énergétique permet une mesure exacte de la performance réalisée et la possibilité de réaliser des opérations d'ajustement ou de rectification. L'élaboration de bilans de mesures trimestrielles, comme dans le cas du contrat de performance « pôle énergie » de Roanne, constitue une méthode intéressante pour les deux partenaires. Mais toujours est-il que l'efficacité du marché de partenariat est largement subordonnée à la pertinence du choix de la formule et à l'adéquate structuration des rapports contractuels. Or, sur ces différents éléments, l'expertise publique s'avère parfois insuffisante.

Section II : Les difficultés dans la mise en œuvre des marchés de partenariat de performance énergétique

844- La modernisation du droit de la commande publique constitue pour les acheteurs publics une réelle opportunité de mieux satisfaire leurs besoins en travaux, fournitures et services en tous domaines. Néanmoins, les nouveaux instruments mis à leur disposition ne constituent pas pour autant la panacée. Si la formule du marché de partenariat peut s'avérer particulièrement adaptée aux enjeux des services énergétiques, son utilisation tous azimuts serait dangereuse tant pour les collectivités publiques que pour les administrés. Les difficultés relevées, ou susceptibles d'apparaître, dans la réalisation des projets énergétiques menés en marché de partenariat sont largement liées à deux éléments : d'une part les insuffisances dans la décision de recourir à cette formule contractuelle **(Paragraphe I)** ; d'autre part, les difficultés à établir des relations contractuelles équilibrées par la répartition optimale des risques entre partenaires **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : Les insuffisances dans le choix du marché de partenariat

845- Outil dérogatoire au droit commun de la commande publique, le marché de partenariat ne doit être utilisé que dans l'hypothèse où est établie sa supériorité par rapport à d'autres modes de réalisation du projet. Toutefois, ces caractéristiques, notamment sur le plan financier, ont pu amener certains décideurs publics à détourner cet instrument de son objet premier **(A)**. Cette situation s'explique par le fait que les pouvoirs adjudicateurs ont généralement eu un *a priori* favorable à l'égard du marché de partenariat. Dans ce contexte, la part de subjectivité dans l'élaboration de l'analyse comparative est de nature à favoriser le recours à ce type de montage contractuel plutôt qu'à une autre formule **(B)**.

A- La tentation au détournement du marché de partenariat

846- La diversification des instruments de la commande publique répond à l'objectif d'optimisation de l'achat public afin de mieux répondre aux besoins des collectivités publiques. Dès lors, le recours à un montage contractuel ne se justifie que dans la mesure où il s'avère le mieux adapté à la satisfaction des besoins exprimés par la personne publique contractante. Cependant, dans certains cas, il semblerait que la meilleure satisfaction des

besoins de la collectivité publique ne soit pas le seul déterminant dans le choix de conclure un marché de partenariat. Usant du préfinancement privé des investissements, les acheteurs publics ont pu utiliser ce type de montage contractuel comme un outil de déconsolidation comptable dans une logique de dissimulation de la dette publique **(1)**. Par ailleurs, dans une démarche opportuniste et au mépris de leurs capacités financières, les collectivités territoriales peuvent être tentées d'utiliser la formule du marché de partenariat comme un levier de développement économique local **(2)**.

1. L'utilisation du marché de partenariat comme moyen de déconsolidation comptable

847- Comme dans les autres secteurs, la décision de conclure un marché de partenariat dans le domaine des services énergétiques doit être exclusivement motivée par la supériorité de cet instrument juridique par rapport aux autres modes de réalisation d'un projet déterminé. A ce titre, le portage de la charge de préfinancement par le partenaire privé ne saurait, en principe, être le point clé de l'arbitrage en faveur du recours au marché de partenariat. Concernant le PFI, le Trésor britannique a très tôt précisé que *« le PFI ne vise pas à emprunter de l'argent au secteur privé (...) [*Il*] s'agit de créer une structure dans laquelle l'amélioration du rapport qualité-prix est réalisée grâce à l'innovation du secteur privé et à ses compétences de gestion offrant une amélioration significative de la performance et des économies d'efficience* »[1191].

848- Toutefois, à l'analyse, il apparait que l'externalisation de la dette constitue un élément déterminant dans la décision de recourir aux marchés de partenariat[1192]. En effet, comme le relèvent certains observateurs, l'augmentation du nombre de ce type de contrat à travers le monde est à attribuer moins à leurs qualités intrinsèques qu'à la volonté des pouvoirs publics de se soustraire des contraintes budgétaires[1193]. Cela se réalise par la technique de déconsolidation comptable consistant à sortir de leur bilan certains actifs ou passifs dans le

[1191] "T*he PFI is not about borrowing money from the private sector… [It] is all about creating a structure in which improved value-for-money is achieved through private sector innovation and management skills delivering significant performance improvement and efficiency savings"* . (Treasury Task Force, « How to account for PFI transactions », Technical Note n°1, 1999).

[1192] En ce sens : DUPAS N., GAUBERT A., MARTY F. et VOISIN A., « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », Revue Lamy Collectivités Territoriales, 2012, p. 75.

[1193] Voir notamment : MASKIN E. et TIROLE J., « Public-Private Partnerships and Government Spending Limits », International Journal of Industrial Organization, 26 (2), mars 2008, pp. 412-420 ; Cour des comptes, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », rapport public annuel 2015.

but de minimiser artificiellement le niveau d'endettement de la collectivité publique. En définitive, il s'agit d'une opération « *d'amélioration faciale* »[1194] de la situation financière de la personne publique.

849- Les décideurs publics français n'échappent pas à cette tendance et ont largement recouru au modèle du marché de partenariat dans la perspective de déconsolidation comptable. Cette logique transparaissait déjà dans les débats parlementaires lors des discussions sur le projet de loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat[1195]. Concernant les contrats de l'État, la Commission des finances du Sénat soulignait ainsi : « *si, comme le souhaite le gouvernement, 15 % des investissements publics étaient réalisés en PPP, et que la totalité n'était pas prise en compte dans la dette maastrichtienne, on parviendrait à 10 milliards d'euros annuels, soit 0,6 point du PIB annuel supplémentaire n'apparaissant pas dans la dette publique* »[1196]. L'absence de comptabilisation des engagements pris dans le cadre des marchés de partenariat dans les comptes publics revêt donc un important enjeu en termes budgétaires et de qualité de signature des collectivités contractantes.

850- Le cadre juridique initialement posé au niveau européen favorisait indirectement le recours à la formule du partenariat public-privé dans la mesure où il était peu contraignant en matière de comptabilisation des engagements pris dans le cadre de telles opérations. Il ressort de la décision de l'office de statistique de l'Union européenne en date du 11 février 2004[1197] que la « *la décision de comptabilisation, dans les comptes publics ou non, de l'actif et de la dette inhérente se fonde sur l'appréciation du transfert de risques et avantages inhérents et non sur la notion de contrôle de l'actif »*[1198]. En d'autres termes, l'opération est consolidée dans les comptes du partenaire qui en supporte la majorité des risques. A ce titre, les investissements réalisés dans le cadre du marché de partenariat ne sont pas comptabilisés dans la dette publique si le cocontractant privé supporte d'une part le risque de construction et

[1194] Sénat, Avis n° 243 présenté par M. Charles GUENE au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat, session ordinaire 2007-2008.
[1195] Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n° 0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.
[1196] GUENE C., Avis présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat, session ordinaire 2007-2008, p. 36.
[1197] Eurostat, décision n 18/2004 du 1 février 2004.
[1198] LEBRUN J-L. (sous la direction de), *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP : Lisibilité et comparabilité,* Institut de la gestion déléguée (IGD), juin 2011, p. 31.

d'autre part le risque de disponibilité et/ou le risque de demande[1199]. Dans ce cas, ils ne sont pas retracés dans le bilan de la collectivité publique contractante.

851- Profitant de ce cadre comptable favorable à la déconsolidation[1200], les acheteurs publics se sont largement tournés vers la formule des marchés de partenariat dans une optique d'optimisation budgétaire sans réelle interrogation sur sa valeur ajoutée dans le long terme. Qu'elle soit clairement assumée ou dissimulée, cette logique se traduit doublement. D'une part, elle amène les acheteurs publics à favoriser le recours au marché de partenariat au détriment des autres outils de la commande publique. A ce titre, l'analyse comparative effectuée dans le cadre de l'évaluation préalable ne sert souvent qu'à la légitimation formelle d'un choix déjà fait en faveur du marché de partenariat[1201].

852- D'autre part, la volonté de déconsolidation comptable se matérialise au niveau de la répartition des risques entre cocontractants. Elle amène la collectivité publique à transférer, au moins théoriquement, le maximum de risques à la charge du partenaire privé. Or, cette méthode est de nature à renchérir le coût des opérations et donc la charge financière finalement supportée par l'acheteur public. Comme le relevait l'avis de la Commission des finances du Sénat, « *ce n'est pas un cas d'école (…) où la déconsolidation a été recherchée par un partage des risques ad hoc, la tentation pour les gestionnaires du hors bilan peut conduire à un transfert de risques excessif au partenaire privé, avec pour effet une augmentation des coûts et un rétrécissement des conditions de mise en concurrence* »[1202].

853- Dans le but de mettre fin à ces dérives, les arrêtés du 16 décembre 2010 relatifs à l'instruction budgétaire et comptable applicable aux collectivités décentralisées[1203] ont mis en

---

1199 « *Le risque de construction correspond aux dépassements de délai et de coûts, au non-respect des normes spécifiées ou à l'incapacité du partenaire à réaliser l'équipement. Le risque de disponibilité correspond à l'incapacité du partenaire à fournir le volume d'équipement, le niveau ou la qualité du service prévus par le contrat. Le risque de demande est assumé par le partenaire public dès lors que ses paiements sont déconnectés du niveau effectif de la demande des utilisateurs finaux* » (BOITEAU C., « Les techniques contractuelles : les partenariats public-privé », Revue française de finances publiques (RFFP), n° 109, janvier 2010, p. 91).

1200 Il s'agit des règles de l'European System of Accounts 1995 (ESA 95) et de leur guide d'application établis par l'Agence Européenne des Statistiques (Eurosat).

1201 En ce sens : Cour des comptes, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », rapport public annuel 2015.

1202 GUENE C., Avis présenté au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat, session ordinaire 2007-2008, p. 37.

1203 Il s'agit de l'instruction M14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif **(**JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22566), M 52

place un cadre comptable plus contraignant[1204]. Ce dispositif entré en vigueur au 1er janvier 2011 impose aux collectivités auxquelles il s'applique d'inscrire en dette l'investissement réalisé en PPP. Dès lors, l'actif faisant l'objet du marché de partenariat, ainsi que la dette correspondante au passif, qui auparavant n'apparaissaient qu'en hors-bilan, doivent désormais être retracés dans le bilan de la collectivité contractante[1205]. La même obligation pèse sur l'État au patrimoine duquel doivent être inscrits les biens dont il contrôle le droit et les conditions d'utilisation et dont la valeur peut être déterminée avec une fiabilité suffisante[1206]. Si ces conditions sont remplies, alors il convient « *d'inscrire la valeur de l'infrastructure à l'actif du bilan de l'État et la somme restant à verser par l'État au titre du financement du bien au passif comme une dette financière* »[1207].

854- L'objectif de ce nouveau cadre juridique est d'assurer la fiabilité et la sincérité des informations comptables afin que celles-ci reflètent fidèlement la situation financière des collectivités publiques. Le marché de partenariat ne devrait plus, en théorie, servir d'instrument de déconsolidation comptable[1208], ce qui devrait amener les acheteurs publics à en faire un usage plus raisonné. Il est donc légitime de penser que « *la question du caractère déconsolidant des investissements menés en PPP, vraisemblablement porteuse de risques et d'incitations à mener des PPP pour de mauvaises raisons, n'est plus d'actualité depuis l'arrêté du 16 décembre 2010, en tout cas pour les collectivités locales* »[1209].

855- Toutefois, la pratique se révèle plus compliquée, les collectivités contractantes n'hésitant pas à utiliser des stratagèmes pour contourner les contraintes budgétaires. Il en va ainsi en particulier lorsqu'une personne publique crée une société de projet, structure *ad hoc*

---

pour les départements et leurs établissements publics administratifs (JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22572) et M 71 pour les régions (JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22569).

[1204] Voir : DUPAS N., GAUBERT A., MARTY F. et VOISIN A., « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », Revue Lamy Collectivités Territoriales, 2012, p. 75.

[1205] Pour les détails du schéma d'écriture retenu, voir : MAPPP, « Point sur les problématiques de comptabilisation des CP – Rappel des dernières évolutions intervenues depuis fin 2010 », MAPPP/11-08, 2011, 6 p.

[1206] Voir : Normes 6 et 18 du recueil des normes comptables de l'État, disponible à l'adresse : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cnocp/RNCE/versions/RNCE_version_de_novembre_2016.pdf .

[1207] MARTY F., « Le diable est-il dans l'annexe ? Les risques budgétaires des PPP saisis par le traitement des passifs éventuels », Revue française de finances publiques, n° 1, mai 2017, p. 211.

[1208] En ce sens : DELZANGLES H. et CHAMMING'S G., « Le contrat de partenariat en France : sujet de controverses et objet de paradoxes », in : DELZANGLES H. et BONNIN H. (sous la direction de), *Partenariats public-privé, enjeux et défis*, pp. 205-231.

[1209] CAMPAGNAC E. et DEFFONTAINES G., « Une analyse socio-économique et critique des PPP », in : Partenariats public-privé et performance des services, Revue d'économie industrielle, n° 140, décembre 2012, p. 73.

destinée à porter le contrat. Grâce à cette technique dite de « cantonnement », « *l'actif et le passif de la société de projet sont dissociés de la personne publique et des promoteurs* »[1210]. En effet, la personnalité juridique de la structure de portage implique que soient retracées sur son compte propre la dette résultant des engagements pris au titre du marché de partenariat[1211]. Cela permet à l'acheteur public d'opérer une déconsolidation au moins partielle, sous réserve de la comptabilisation des garanties qu'il pourrait être amené à accorder[1212].

856- En définitive, si les nouvelles règles de traitement comptable des PPP réduisent les possibilités de déconsolidation, les collectivités publiques disposent toujours de mécanismes destinés à en réduire la portée. Dès lors, demeure toujours présente la tentation d'utiliser la formule du marché de partenariat essentiellement pour se soustraire des contraintes budgétaires. A cette première dérive s'ajoute la tendance des décideurs publics à détourner cet outil de son objet premier pour en faire un instrument de relance économique.

2. L'utilisation abusive du marché de partenariat comme levier de relance économique

857- Comme pour les autres instruments de la commande publique, la fonction première du marché de partenariat est de satisfaire les besoins des acheteurs publics afin qu'ils puissent assurer le fonctionnement de leurs services et assumer l'ensemble des missions dont ils ont la charge[1213]. S'il n'est pas indéniable que cet outil peut avoir un impact direct sur l'économie, cet effet ne doit être qu'accessoire et ne saurait être déterminant dans le choix de recourir à cette formule contractuelle. En effet, il convient de garder à l'esprit qu'en matière de commande publique « *le but essentiel est d'acquérir des biens, de faire réaliser des prestations ou des travaux, la préoccupation économique n'apparaissant qu'en ordre secondaire* »[1214].

[1210] Banque européenne d'investissement, « Étude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéens. Volume I, Une approche régionale », mai 2011, p. 59. (disponible sur le site web : http://www.eib.org/attachments/country/femip_study_on_ppp_vol1_fr.pdf).
[1211] En ce sens : Cour des comptes, « Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser », rapport public annuel 2015, p. 174.
[1212] Voir : MARTY F., « Le diable est-il dans l'annexe ? Les risques budgétaires des PPP saisis par le traitement des passifs éventuels », préc.
[1213] En ce sens : LESTIENNE M, et MARLIER P., « Les commandes publiques, instruments de la politique économique ? », Courrier hebdomadaire du CRISP, vol. 876-877, n° 11, 1980, pp. 1-44.
[1214] Idem., p. 8.

858- Cependant, l'existence d'un contexte économique délétère amène parfois les décideurs publics à opérer une inversion de la hiérarchie entre les deux fonctions précitées. Dans cette configuration, le marché de partenariat est utilisé en priorité comme un levier de relance économique, destiné à favoriser le développement des entreprises et le maintien de l'emploi[1215]. Il s'agit d'une instrumentalisation de la formule contractuelle à des fins essentiellement économiques. La contractualisation par le biais du marché de partenariat est alors appelée à prendre le relai des instruments classiques de relance économique tels que les subventions et les aides directes aux entreprises, susceptibles d'être contraires au droit de l'Union européenne[1216].

859- Cette tendance n'est pas totalement nouvelle et n'est pas spécifique aux marchés de partenariat. Elle s'inspire de la théorie keynésienne[1217] qui fait de l'investissement public un instrument incontournable de relance en période de crise économique. L'instrumentalisation économique de l'outil contractuel s'affichait clairement dans le rapport du Commissariat Général du Plan qui fait des marchés de partenariat les « *fers de lance au service d'un État stratège pour accélérer le retour de l'économie française sur un sentier de croissance rapide* »[1218]. Selon les auteurs de ce rapport de juillet 2005, « *le lancement de PPP stratégiques sur une échelle suffisante, de l'ordre de 10 milliards d'euros par an après une montée en puissance de trois ou quatre ans, pourrait, selon les élasticités macro-économiques habituelles, apporter de 0,2 % à 0,4 % de croissance annuelle en plus, soit des créations d'emplois annuelles nettes supérieures à 50 000* »[1219].

860- C'est dans cette perspective que s'étaient inscrits les rédacteurs des textes législatifs et réglementaires adoptés à la suite de la faillite de la banque d'investissement multinationale

[1215] En ce sens : PEYRICAL J-M., « Les marchés publics, instrument politique ?», Les échos, 29 avril 2015.
[1216] Sur cette notion, voir : Communication 2016/C 262/01 du 19 mai 2016 de la Commission de l'Union européenne relative à la notion « d'aide d'Etat » visée à l'article 107 du TFUE, JOUE, 19 juillet 2016, pp. 1-50 ; DEMUNCK C, « Aides des collectivités et droit de l'Union européenne : le régime communautaire des aides d'Etat », AJCT, 2014, p. 474 ; VERRIER O., « Droit des aides d'Etat et droit de la commande publique : une compatibilité discutée », AJCT, 2017, p. 248 ; MAUREL T., « Action économique des collectivités : les aides économiques », AJCT, 2017, p. 240.
[1217] Cette approche a été théorisée et défendue par l'économiste britannique John Maynard KEYNES, dans son œuvre majeure intitulée *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, parue en 1936.
[1218] BAUMSTARK L., HUGE A., MERCADIER C. et MAUBERT C., Commissariat Général du Plan, *Partenariats public-privé et actions locales*, La Documentation française, 2005, p. 76.
[1219] *Idem*.

Lehmann Brothers de septembre 2008. L'intitulé de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (LAPCIPP)[1220] indique l'orientation du cadre juridique vers la relance économique. Cette loi a largement promu l'utilisation des contrats de partenariat comme levier d'accélération de l'investissement public et privé. Elle a notamment amélioré la trésorerie des titulaires de tels contrats d'une part en élargissant les possibilités de cession de créances[1221] et, d'autre part, en permettant le partage du financement entre les deux partenaires[1222].

861- Cette finalité économique n'est pas étrangère à la décision des acheteurs publics de conclure des marchés de partenariat dans le domaine des services énergétiques[1223]. En effet, cette décision est parfois moins dictée par une réelle nécessité publique que par la volonté des pouvoirs publics de suppléer la carence de la demande formulée sur le marché. Il s'agit alors, dans une approche très keynésienne, d'offrir aux entrepreneurs implantés sur un territoire un marché suffisamment dynamique pour développer leurs activités et mettre en valeur les innovations techniques qu'ils ont mises au point. Pour le partenaire privé, cette stratégie est synonyme d'une source stable de revenus durant toute la phase d'exécution du contrat, ce qui lui permet de lisser sa trésorerie et de maintenir son activité. L'obligation faite aux grands groupes industriels titulaires de marchés de partenariat de confier une partie des prestations aux PME accentue la tendance des décideurs publics à l'instrumentalisation économique de ce type de contrat, surtout au niveau local.

862- Le cas des contrats de partenariat conclus dans le domaine de l'éclairage public constitue une parfaite illustration de cette tendance. Dans beaucoup de cas, les observateurs relèvent que le recours à ce type de montage contractuel ne se justifie ni par la nécessité publique de mettre à niveau le système d'éclairage public, non encore obsolète, ni par la complexité du projet. Au demeurant, le niveau de performance énergétique enregistré après la réalisation des travaux et installations ne justifient pas l'endettement de la collectivité contractante[1224]. Ces exemples renseignent sur l'instrumentalisation de la formule du marché

[1220] Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF n° 0041 du 18 février 2009, p. 2841.
[1221] LAPCIPP, art. 12.
[1222] LAPCIPP, art. 14 ; HEINZ M., « La commande publique, outil d'interventionnisme public », RFDA, juillet-août 2010, pp. 760-763.
[1223] Voir : RAPP L., « Contrats publics et politiques économiques, la porte étroite : relance et encouragements sectoriels », RFDA, 2014, p. 623.
[1224] Cette remarque ressort des entretiens réalisés avec des acteurs publics et privés intervenant en matière d'éclairage public. Peuvent notamment être cités Monsieur Christophe LEURET, Directeur

de partenariat, davantage orientée vers la relance économique que la satisfaction d'un besoin public.

863- Si elle peut se justifier par le contexte économique, cette stratégie nous semble néanmoins dangereuse. Sur le plan juridique, elle aboutit à un détournement du marché de partenariat de sa fonction première : la relance économique prenant le dessus sur la satisfaction des besoins des acheteurs publics, ce qui devait rester un simple effet induit devient le but recherché en priorité. Un changement de paradigme s'opère donc et amène l'acheteur public à ne pas retenir l'instrument le plus apte à satisfaire ses besoins dans le meilleur rapport qualité/prix, mais celui susceptible d'assurer le dynamisme du marché. Dès lors, il convient « *d'instaurer des limites à l'instrumentalisation de la commande publique pour faire avancer des sujets d'ordre économique et social* »[1225]. Du point de vue économique, elle risque d'aboutir à la réalisation d'un marché captif pour les partenaires privés, devenus dépendants de la commande publique pour se maintenir. Il n'est pas sûr que ce soit la meilleure stratégie pour un dynamisme économique durable.

864- Quel que soit le motif avancé par la collectivité publique pour recourir au marché de partenariat, son choix comporte toujours une part de subjectivité susceptible de fausser les résultats de l'analyse comparative des modes de réalisation du projet.

B- Le caractère artificiel de l'évaluation préalable

865- Plus qu'une simple formalité, l'évaluation préalable constitue une étape déterminante dans le processus décisionnel aboutissant à la conclusion du marché de partenariat. Aujourd'hui conçue comme un outil d'aide à la décision, elle a pour objet de présenter la meilleure solution pour satisfaire les besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur. C'est à ce titre que l'analyse comparative des modes de réalisation du projet à laquelle procède l'acheteur public doit démontrer la valeur ajoutée du marché de partenariat par rapport aux autres hypothèses envisagées. Toutefois, procéder à l'analyse comparative de solutions non encore mises en œuvre peut présenter un caractère artificiel en raison de l'incomplétude des

---

général des finances à la mairie de Bordeaux (interview du 8 avril 2015) et Monsieur Christophe LEPIE, Responsable agence GHM-ECLATEC Aquitaine (interview du 27 mars 2015).

[1225] PEYRICAL J-M., « Les marchés publics, instrument politique ?», Les échos, 29 avril 2015.

données disponibles et l'impossibilité d'anticiper tous les éléments **(1)**. Dans ce contexte, même le recours à l'expertise externe présente un intérêt limité **(2)**.

1. Le caractère artificiel de l'analyse préalable

866- L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet a principalement vocation à guider la décision du pouvoir adjudicateur dans le choix de l'instrument le plus adapté pour répondre à ses besoins. Elle consiste à étudier l'ensemble des solutions institutionnelles et contractuelles envisageables en comparant leurs avantages et leurs inconvénients respectifs. À terme, l'analyse comparative doit permettre d'identifier le schéma contractuel ou institutionnel le plus avantageux pour la collectivité publique en fonction des caractéristiques, de la nature et de l'ampleur du projet. Dans cette configuration, le choix du marché de partenariat n'est valable que dans l'hypothèse où il présente un bilan plus favorable que les modes alternatifs, en termes de coût global et de performance attendue.

867- S'il est vrai que cet outil d'aide à la décision présente un réel intérêt pour les collectivités publiques, sa mise en œuvre demeure délicate et son objectivité peut prêter à caution. La difficulté de l'exercice vient du caractère prospectif de l'analyse. Comme cela ressort de la pratique, « *justifier le recours à une forme contractuelle au motif de son efficacité supérieure avant qu'elle ne soit effectivement mise en œuvre est en effet une entreprise complexe, susceptible d'ouvrir la voie à de nombreux contentieux* »[1226]. La fiabilité de l'évaluation préalable peut être compromise par l'absence ou l'insuffisance des données disponibles au moment où elle est réalisée. Cela se traduit par des écarts significatifs entre le chiffrage retenu *ex ante* et les offres des soumissionnaires.

868- Lesdits écarts s'expliquent doublement. Le premier facteur réside dans la propension des pouvoirs adjudicateurs à retenir des hypothèses optimistes, généralement favorables au montage en marché de partenariat. Concrètement, « *la connaissance du budget disponible va inciter la personne publique et ses assistants à maîtrise d'ouvrage à rester dans l'enveloppe disponible, en prenant des hypothèses optimistes* »[1227]. Cette tendance symptomatique de la pratique administrative amène parfois les pouvoirs adjudicateurs à passer sous silence des

[1226] MENARD C. et OUDOT J-M., « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », RFAP, 2009, n° 2, p. 353.
[1227] MARTY F. et VOISIN A., « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », Lamy des collectivités territoriales, n° 9, décembre 2008.

éléments susceptibles d'avoir des incidences sur les résultats de l'analyse comparative des modes de réalisation du projet. Dans le cadre des marchés de partenariat incluant des objectifs de performance énergétique, cela peut par exemple se traduire par la sous-estimation des coûts de fourniture d'énergie ou la comptabilisation de recettes annexes dont la réalisation n'est pas certaine.

869- C'est ainsi que l'Inspection générale des finances a pu constater d'importants écarts entre les estimations de l'évaluation préalable et le contenu des contrats dans son rapport d'évaluation des partenariat public-privé. Sur un échantillon significatif, l'organe de contrôle remarque que : *« dans le contrat de partenariat signé, les coûts apparaissent significativement supérieurs aux montants prévus dans l'évaluation préalable (+49 % en moyenne par rapport aux estimations de l'évaluation préalable)* »[1228]. Le contrat de partenariat signé en 2010 pour la rénovation du Parc zoologique de Paris illustre cette tendance à la sous-estimation des coûts des projets dans la phase de l'évaluation préalable : pour un budget disponible de 100 millions d'euros, le montant à financer a été estimé à 175 millions d'euros alors qu'au final les offres remises par les candidats tournaient autour de 250 millions d'euros[1229]. Comme le souligne l'Inspection générale des finances, ces écarts ne sont pas uniquement dus à l'augmentation moyenne des coûts de la construction entre la date de l'évaluation préalable et la date de signature du contrat[1230] : une manière subtile de dénoncer le manque de rigueur dans l'exercice de l'évaluation *ex ante*.

870- Ces « *biais d'optimisme* »[1231], qui peuvent également porter sur les conditions de financement, peuvent déboucher sur le bouleversement de l'équilibre économique du contrat contraignant les parties à redéfinir le périmètre du marché de partenariat. Cela se traduit parfois par des différences significatives entre le programme fonctionnel, qui exprime les ambitions initiales du pouvoir adjudicateur, et le programme des travaux reflétant l'offre finale du lauréat[1232]. Cette situation peut aboutir à des difficultés d'interprétation et être une source de contentieux. Elle est symptomatique du caractère insuffisant de la méthode mise en œuvre dans le cadre de l'évaluation préalable. La Cour des comptes a d'ailleurs relevé un

[1228] Inspection générale des finances, Évaluation des partenariats public-privé, décembre 2012, p. 20.
[1229] Voir : VOISIN A., « L'évaluation économique préalable : méthodes et perspectives », Gestion et finances publiques, n° 7, juillet 2009, pp. 588-590.
[1230] Inspection générale des finances, Évaluation des partenariats public-privé, décembre 2012, p. 20
[1231] MARTY F. et VOISIN A., « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », préc.
[1232] En ce sens : BRACONNIER S. et DELELIS Ph., « Partenariat public-privé : Guide des mauvaises pratiques », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2010, p. 10.

certain nombre d'exemples dans lesquels l'analyse comparative des modes de réalisation du projet s'est avérée très insuffisante[1233]. La haute juridiction financière remarque ainsi, qu'en ce qui concerne le contrat de partenariat signé en 2011 par la commune de Bougival dans le domaine de l'éclairage public, l'analyse comparative a conclu à la supériorité de ce montage contractuel sans pour autant procéder à une étude d'impact des différents schémas en termes de performance et de développement durable ou même à l'évaluation des coûts de financement[1234].

871- Certes, ces observations ont été émises à propos de contrats conclus avant l'adoption du nouveau cadre juridique des marchés de partenariat, mais ces dérives sont toujours d'actualité et demeurent susceptibles d'être reproduites. Elles traduisent la propension des acheteurs publics à considérer comme acquise la supériorité du marché de partenariat par rapport aux solutions contractuelles alternatives. La possibilité du paiement différé qu'ouvre ce type de montage contractuel est sans doute trop séduisante pour être contrebalancée par les attraits des modes traditionnels de réalisation du projet.

872- Le second élément explicatif est inhérent à l'écoulement du temps entre l'évaluation préalable et la phase de réalisation des investissements. Même dans les cas où la bonne foi des pouvoirs adjudicateurs n'est pas remise en question, l'évaluation préalable demeure un exercice délicat dont la portée peut être faussée par les évolutions susceptibles d'intervenir ultérieurement. Ces fluctuations peuvent avoir lieu avant même la conclusion du marché de partenariat et peuvent s'accentuer dans la phase d'exécution. Une durée de 1 à 3 ans s'écoule généralement entre l'évaluation préalable et le lancement de la procédure de mise en concurrence pour l'attribution du marché. Dans ce laps de temps, les acteurs ne sont pas à l'abris d'une évolution des grandeurs économiques, ce qui est de nature à remettre en cause l'économie générale de l'évaluation réalisée[1235].

873- Il en va ainsi en raison de la difficulté à anticiper le coût global du projet en fonction des montages contractuels envisagés. Sa détermination est faite sur la base d'une estimation fondée sur les éléments disponibles au moment de l'évaluation préalable. Or, ces données ne sont pas constantes et peuvent connaître des fluctuations en fonction de la conjoncture

[1233] Cour des comptes, rapport annuel 2015.
[1234] Cour des comptes, rapport annuel 2015, p. 159.
[1235] En ce sens : MARTY F. et VOISIN A., « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », Lamy des collectivités territoriales, n° 9, décembre 2008.

économique. L'évolution des prix des biens constitue un facteur d'écart entre la phase de préparation et celle d'exécution du projet en marché de partenariat. Cet élément est d'autant plus déterminant dans le cadre des contrats de performance énergétique que les prix des biens énergétiques connaissent généralement une hausse plus importante que les autres biens de consommation[1236].

874- Pour anticiper ces évolutions, un bureau d'études économiques spécialisé dans le secteur de l'énergie a établi un scénario de référence d'évolution des prix de l'énergie sur la période 2010-2025 en se fondant sur les coûts de production et de distribution de chaque type de fluide[1237]. Ces études prospectives peuvent être utilement mises à contribution pour le calcul de la valeur actuelle nette du projet. Elles doivent néanmoins être utilisées avec précaution ; il s'agit d'un modèle théorique qui ne prend pas en compte l'ensemble des évènements susceptibles d'influer sur le coût global du projet. Le scénario de référence n'intègre ni le risque de crise énergétique ni « *le phénomène de rareté et les nouvelles préoccupations environnementales* »[1238].

875- La crédibilité de l'évaluation préalable dépend donc de sa capacité à refléter de la manière la plus exacte la réalité des modes de réalisation du projet en tenant compte de l'évolution du marché. C'est dans cette optique que l'article R. 2212-2 du code de la commande publique exige que l'évaluation préalable soit actualisée « *à tout moment de la procédure de passation en cas de circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement son économie générale* ». Le texte ne précise ni la nature des circonstances nouvelles ni l'ampleur de leurs conséquences pour que l'économie générale de l'évaluation préalable soit considérée comme substantiellement modifiée[1239]. Il paraît néanmoins évident qu'un changement de réglementation environnementale ou une évolution significative des prix des biens avant la signature du contrat constitue un motif d'actualisation des résultats de l'évaluation préalable.

[1236] A titre d'illustration, pour l'année 2007, la hausse générale des prix s'est établie à 2,4% alors que pour la même période les biens énergétiques ont connu un taux d'inflation de 10% (Source INSEE).
[1237] Scénario de référence établie par ENERDATA, bureau d'études économiques.
[1238] BOURGRAIN F., « L'énergie dans les contrats de partenariat », rapport final à la Direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, septembre 2010, p. 43.
[1239] En ce sens : CHAMMING'S G., « Du contrat au marché de partenariat : chronique d'un sauvetage précaire du soldat PPP », Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, novembre 2016, dossier 51.

876- Cette nouvelle obligation va dans le sens du renforcement de l'évaluation préalable comme outil d'aide à la décision. Toutefois, elle ne sera efficace que si elle est menée avec l'objectivité et la rigueur qui s'imposent. L'intervention des organismes experts devrait contribuer à asseoir cette objectivité.

2. L'apport limité de l'organisme expert

877- La création d'un organisme expert s'est faite de manière concomitante avec la naissance du contrat de partenariat. L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 disposait ainsi : « *l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret* »[1240]. La création dudit organisme a été rendue effective par un décret en date du 19 octobre 2004[1241] donnant naissance à la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP). Cette structure assurait des fonctions de conseil et d'évaluation auprès des contractants publics. A ce titre, elle rendait un avis sur l'évaluation préalable faite par ces derniers et sur le principe du recours au contrat de partenariat. Sa mission était également de promouvoir et de valoriser le recours à ce type de montage contractuel auprès des personnes publiques potentiellement intéressées.

878- Cette mission suscitait des interrogations sur la crédibilité de l'organisme expert. En effet, il était légitime de se poser la question de savoir comment elle pouvait garantir l'objectivité des avis qu'elle rend sur les projets de contrats de partenariat, instrument dont elle devait promouvoir le recours. Le caractère paradoxal de cette mission a été souligné par différents rapports. L'inspection générale des finances soulignait en 2012 que « *le triple rôle confié à la Mappp est problématique.* [...] *Cette configuration met* de facto *la Mappp en situation de potentiel conflit d'intérêts »*[1242]*. Le même constat a été fait par les rapporteurs du Sénat en 2014*[1243] *ainsi que la Cour des comptes un an plus tard*[1244]*. Cette dernière considérait en particulier que la mission de promotion des partenariats public-privé avait*

[1240] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994.
[1241] Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la MAPPP, JORF n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821.
[1242] *Rapport de l'inspection générale des finances, Mission d'évaluation des partenariats public-privé, n° 2012-3-027-02, décembre 2012.*
[1243] Sénat, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement*, Rapport d'information n° 733 fait au nom de la Commission des lois, présenté par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, juillet 2014.
[1244] Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, rapport public annuel 2015.

pris le pas sur les fonctions d'évaluation et de conseil de l'organisme expert. Selon la Haute juridiction financière, cette tendance se reflète dans le sens des avis rendus par la MAPPP depuis sa création. Sur l'ensemble des projets dont elle a été saisie pour la période de 2005 à 2015, elle n'a rendu que cinq avis défavorables[1245].

879- Ces critiques étaient l'expression du besoin de réformer le dispositif de contrôle des évaluations préalables. C'est dans cette perspective que le décret du 27 avril 2016[1246] a créé la mission d'appui au financement des infrastructures (MAFI). Le nouvel organisme expert reprend les fonctions d'évaluation et de conseil antérieurement confiées à son prédécesseur. Mais, contrairement à ce dernier, la mission d'appui est obligatoirement saisie, pour avis, de l'évaluation du mode de réalisation du projet, qu'elle émane de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics[1247]. Sa saisine qui était une simple faculté laissée à la discrétion des décideurs locaux devient désormais une obligation. Il s'agit certes d'une contrainte supplémentaire pour les collectivités territoriales, mais elle offre l'opportunité de mieux légitimer le recours au marché de partenariat à travers l'expertise de la MAFI en matière de structuration des projets d'investissement.

880- Cependant, la crédibilité de la mission d'appui dépend moins de son mode de saisine que de l'étendue de ses missions. Les critiques évoquées plus haut se cristallisaient autour de la confusion aux mains d'un même organisme de la fonction d'évaluation avec la mission de promotion des partenariats public-privé. Or, à l'analyse, le changement de structure n'a pas induit la rupture que les observateurs appelaient de leurs vœux[1248]. Si la promotion du recours au marché de partenariat n'apparaît pas expressément dans la liste des fonctions dévolues à la MAFI, la formulation de l'article 2 du décret du 27 avril 2016 peut susciter des doutes sur l'abandon de cette mission. Aux termes de cette disposition, l'organisme expert est chargé « *de favoriser le financement des projets d'investissement voulus par les personnes publiques* ». Dans un contexte marqué par la prégnance des contraintes pesant sur les finances

---

[1245] *Idem.*, p. 153.

[1246] Décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures, JORF n° 0101 du 29 avril 2016, texte n° 18.

[1247] Article 4 du décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures, préc.

[1248] La cour des comptes recommandait à l'État de *« retirer à la MAPPP sa mission de promotion des contrats de partenariat et renforcer sa fonction d'expertise indépendante en faveur des collectivités locales* ». (Rapport annuel 2015, recommandation n° 7, p. 177). Le rapport sénatorial de juillet 2014 abondait dans le même sens (Sénat, *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement*, Rapport d'information n° 733 fait au nom de la Commission des lois, présenté par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI).

publiques, il est clair que la formule du partenariat public-privé offre des possibilités de financement trop intéressantes pour ne pas être privilégiée par la MAFI. Dans ce cadre, l'intervention de cette dernière porte plus sur l'amélioration de la structuration juridique et financière du montage en marché de partenariat retenu que sur l'analyse comparative des solutions alternatives.

881- Par ailleurs, même si l'organisme expert est obligatoirement saisi des évaluations préalables, les avis qu'il rend ne sont pas contraignants. Ils ne lient pas les acheteurs publics qui peuvent décider de poursuivre la procédure de conclusion d'un marché de partenariat même dans le cas où l'avis est défavorable. Cette situation relativise la pertinence de l'intervention de la mission d'appui. Malgré son expertise, elle ne peut pas imposer la solution qu'elle juge la plus adaptée pour répondre aux besoins exprimés par les acheteurs publics. L'apport de l'organisme expert réside essentiellement dans l'exercice de sa fonction d'expertise qui permet d'améliorer la structuration juridique et financière du montage contractuel.

Paragraphe II : Les insuffisances dans la structuration des relations entre partenaires

882- A l'instar des autres contrats publics d'affaire, la réussite d'un marché de partenariat est essentiellement tributaire de l'adéquate structuration des relations contractuelles entre le donneur d'ordre public et son partenaire privé. L'identification et la répartition des risques comportent un enjeu capital. Elles conditionnent l'équilibre général des relations partenariales et doivent, à ce titre, susciter la plus grande attention dans la phase de négociation et d'élaboration des documents contractuels.

883- Toutefois, l'analyse de certains contrats à objet performanciel conclus dans le domaine des services énergétiques révèle certaines insuffisances dans l'organisation des relations entre cocontractants public et privé, remettant ainsi en cause la réalisation des objectifs dans des conditions économiques satisfaisantes. Ces insuffisances s'observent dès la phase de négociation du contrat à travers le déséquilibre entre les acteurs du dialogue compétitif **(A)** et amènent parfois les partenaires à retenir un système inadapté de partage des risques **(B)**.

A- Les insuffisances dans la phase de négociation du marché de partenariat

884- La conclusion d'un marché de partenariat dans le domaine des services énergétiques comporte une double contrainte : la complexité de l'instrument juridique et la technicité de l'objet énergétique. La phase de préparation et de négociation constitue donc une étape centrale à laquelle est subordonnée la réussite du projet. Elle requiert de la part des acteurs une expertise éprouvée tant en montage juridique et financier qu'en matière de solutions énergétiques. Si cela ne pose pas de difficulté particulière aux grandes sociétés énergéticiennes habituées à les mettre en œuvre, elle peut être un obstacle difficilement surmontable pour les collectivités publiques, notamment au niveau local. Celles-ci se trouvent généralement, de fait, dans une situation de faiblesse vis-à-vis de leurs interlocuteurs privés dans le déroulement du dialogue compétitif **(1)**. Ce déséquilibre est accentué par l'effet de la concurrence limitée dans le segment des services d'efficacité énergétique, ce qui limite le choix qui s'offre au décideur public **(2)**.

1. Le déséquilibre induit par l'asymétrie d'informations entre les interlocuteurs

885- Étape clé de la passation du marché de partenariat, la négociation conditionne le choix du titulaire et la structuration des relations entre les partenaires. Son importance prend une dimension particulière dans le cadre de contrats complexes impliquant la mise en œuvre de solutions innovantes, comme c'est le cas des marchés de partenariat de performance énergétique. En plus des compétences juridiques et financières, elle requiert de la part des interlocuteurs une bonne connaissance du tissu économique et industriel du secteur concerné. Or, il s'avère que de telles compétences font souvent défaut aux collectivités publiques donneuses d'ordres. Il en découle une asymétrie d'information entre les acteurs de la négociation, aboutissant *in fine* à la conclusion d'un contrat déséquilibré, peu favorable à la partie publique. Les pouvoirs adjudicateurs ont tardivement commencé à développer en interne une expertise en achat public, et en négociation des contrats complexes en particulier. En effet, les collectivités publiques ont tendance à confier cette tâche à des agents ayant reçu une formation exclusivement juridique. Leur priorité est donc d'assurer la sécurisation

juridique des montages contractuels ; les questions relatives aux enjeux économiques et techniques des projets arrivant en seconde position.

886- Certains pouvoirs adjudicateurs se sont certes dotés d'agents spécialisés en achats publics, mais leur apport en termes d'expertise est très relatif par rapport au secteur privé. Selon une étude réalisée en 2011 par l'Union des Groupements d'Achat Public (UGAP), 61% des acheteurs publics ont intégré le service achats après une mobilité interne, sans expérience préalable en la matière, et que seulement 39% ont reçu une formation au métier d'acheteur[1249]. D'ailleurs, le métier d'acheteur n'a été officiellement reconnu et référencé dans le Répertoire interministériel des métiers qu'à partir de 2010[1250]. La même étude indique que « *plus des deux tiers des acheteurs reconnaissent ne pas avoir une bonne connaissance du tissu économique et industriel et près de la moitié d'entre eux affirme ne faire aucune veille économique et technologique* »[1251].

887- Si ces carences ne causent pas de préjudices majeurs à la collectivité publique dans le cadre de « marchés standards », elles peuvent avoir des incidences décisives dans l'équilibre général des contrats complexes. Dans ce dernier cadre, le dialogue compétitif est censé mettre en présence des équipes hautement qualifiées pour identifier et discuter de solutions complexes. Cette importance de la phase de négociation est d'autant plus accentuée que, en ce qui concerne les marchés de partenariat de performance énergétique, le contrat engage les parties sur une longue période et implique la réalisation d'investissements lourds.

888- Les effets de ce manque d'expertise interne se manifestent dans le déroulement des négociations à travers la posture des services de la collectivité publique vis-à-vis de leurs interlocuteurs. Deux tendances sont notées dans le cadre du dialogue compétitif. La première consiste pour le pouvoir adjudicateur à adopter une attitude passive dans le déroulement des négociations, se limitant à enregistrer les différentes solutions techniques proposées par les candidats sans avoir la capacité de les discuter pour mieux les adapter à ses besoins. Dans cette configuration, le dialogue compétitif porte davantage sur les conditions financières du

[1249] Enquête réalisée par l'UGAP et le magazine *Décision Achats* au cours du deuxième trimestre de l'année 2011, à laquelle 370 responsables d'achat ont répondu.
[1250] En ce sens : SAUSSIER S. et TIROLE J. *in* « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 22, no. 3, 2015, pp. 1-12.
[1251] Les résultats de l'étude précitée ont été repris et cités par SAUSSIER S. et TIROLE J. *in* « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 22, no. 3, 2015, pp. 1-12.

contrat, les questions techniques étant traitées de manière marginale. La seconde tendance est totalement à l'opposé de la première et réside dans l'inclination de certaines personnes publiques à organiser le dialogue compétitif comme un appel d'offres. Cela se traduit concrètement par la « *diffusion d'un contrat « fermé » que les candidats ne pourront guère modifier qu'à la marge et souvent sur des points de détail* »[1252]. Il en résulte un processus décisionnel assez rigide très peu compatible avec la philosophie du partenariat public-privé.

889- C'est pour éviter ces écueils que les collectivités publiques font recours aux prestations des cabinets extérieurs spécialisés en assistance à maîtrise d'ouvrage. Pour le pouvoir adjudicateur, cette démarche vise à profiter de l'expertise qu'il n'a pas su développer en interne. Elle génère un coût financier censé être compensé par la réduction de l'asymétrie d'informations entre les interlocuteurs. Si cette pratique est légitime, les conditions dans lesquelles elle est mise en œuvre en limite parfois la pertinence. Il en va notamment ainsi dans les cas où l'assistant à maîtrise d'ouvrage choisi entretient des liens, officiels ou officieux, avec un des candidats potentiels à l'attribution du marché de partenariat. Des exemples de conflit d'intérêts ont pu être relevés par la Cour des comptes dans son rapport public annuel de 2015. La Haute juridiction financière dénonce ainsi le contrat de partenariat signé par la commune de Thouaré-sur-Loire avec une entreprise juridiquement liée avec le cabinet choisi comme assistant à maîtrise d'ouvrage. De la même manière la Cour des comptes a pu relever que la procédure de passation du contrat de partenariat conclu par la ville d'Autun en matière d'éclairage public a été viciée par la situation de l'assistant à maîtrise d'ouvrage qui a porté à la connaissance du candidat choisi des informations tirées de l'évaluation préalable qu'elle a élaborée[1253].

890- Ces exemples renseignent sur les risques juridiques liées au recours à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage externe. A cette problématique s'ajoute celle relative à la réalité de l'apport du recours aux conseils extérieurs dans le cadre de la négociation. Les pouvoirs adjudicateurs bénéficient encore aujourd'hui d'une connaissance insuffisante du marché des prestations de conseil[1254]. Cela les amène souvent à choisir l'assistant à maîtrise d'ouvrage sur le seul critère du prix des prestations. Or, comme le remarquent certains observateurs, les

[1252] BRACONNIER S. et DELELIS P., « Partenariats public-privé : guide des mauvaises pratiques », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2010, p. 10.
[1253] Cour des compte, rapport public annuel de 2015, p. 165.
[1254] En ce sens : Cour des comptes, Le recours par l'État aux conseils extérieurs, rapport communiqué à la Commission des finances du Sénat, mars 2015.

cabinets de conseil ont « *comme préoccupation d'ajuster leur volume de travail à leur rémunération dans le cadre d'une recherche très pragmatique, voire inconsciente, de l'équilibre walraso-paretien* »[1255]. Dans ce cadre, il n'est pas garanti que le dialogue compétitif soit l'objet de toute l'attention qu'il est censé requérir. Concrètement, cette situation se traduit par le déséquilibre des négociations, en particulier lorsque les candidats au marché de partenariat constituent de grands groupes industriels intervenant sur un marché concentré comme celui des services d'efficacité énergétique.

2. L'accentuation du déséquilibre par la tendance oligopolistique du marché des services d'efficacité énergétique

891- Dans les relations marchandes, l'équilibre des forces entre les différents acteurs est tributaire de l'adéquation et de la quantité de l'offre avec l'état de la demande. De manière schématique, plus le marché est ouvert à la concurrence, plus les clients disposent de liberté dans le déroulement des négociations[1256]. Le marché des services d'efficacité énergétique n'échappe pas à cette règle. Le nombre limité de prestataires susceptibles d'exécuter intégralement un marché global de performance énergétique accentue la situation de faiblesse dans laquelle se trouvent les pouvoirs adjudicateurs dans la phase de négociation du contrat. S'il en est ainsi c'est parce que le caractère limité de l'offre par rapport à la demande crée une forme de dépendance et de capture des pouvoirs adjudicateurs à l'égard des opérateurs économiques, situation peu favorable à l'équilibre des relations partenariales.

892- Si sur le plan juridique le domaine des services énergétiques s'est longtemps ouvert à la concurrence, il n'en demeure pas moins dominé par l'influence d'un groupe restreint d'acteurs économiques auxquels est attribuée la majorité des contrats publics. Cette situation n'est pas anodine ; elle s'explique par le fait que ces opérateurs sont souvent des filiales des grands groupes industriels qui ont été les piliers du système énergétique français depuis la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz[1257]. Ce statut leur confère une influence non négligeable liée à leur expertise en la matière et aux capacités techniques qu'ils ont su

[1255] BRACONNIER S. et DELELIS P., « Partenariats public-privé : guide des mauvaises pratiques », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2010, p. 10.
[1256] Voir : DUBUISSON-QUELLIER S., « Le prestataire, le client et le consommateur : sociologie d'une relation marchande », Revue française de sociologie, 1999, volume 40, n° 4, pp. 671-688.
[1257] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

développer tout au long de leur parcours. A cela s'ajoute leur capacité de financement, élément central dans un marché de partenariat de performance énergétique qui requiert de lourds investissements.

893- La conjonction de ces différents facteurs place le marché des services d'efficacité énergétique dans une tendance oligopolistique qui se manifeste à travers la présence quasi-systématique des mêmes candidats à l'attribution des contrats de performance énergétique. Ce constat a été fait par le Vice-Président du Conseil national des architectes qui relève que « *seuls 3 ou 4 opérateurs, toujours les mêmes* » répondent à la commande publique ayant pour objet des services de performance énergétique[1258]. Ainsi, seules quatre entreprises ont-elles participé au dialogue compétitif entamé après l'avis d'appel public à la concurrence lancé par la région Alsace en décembre 2008[1259]. « *Le même quatuor était présent lors du dialogue compétitif de la région Centre* »[1260]. Cette forte concentration du marché des services de performance énergétique apparaît à travers les chiffres publiés par la Fédération des services Energie et Environnement (FEDENE) qui regroupe 500 acteurs intervenant dans ce domaine. Selon cette structure, 80% du chiffre d'affaires des entreprises membres est réalisé par les filiales COFELY (du groupe ENGIE) et Dalkia (du groupe EDF)[1261].

894- La configuration du marché des services de performance énergétique contraint les pouvoirs adjudicateurs à n'entamer les négociations qu'avec un nombre limité d'opérateurs, qui plus est, très liés aux groupes industriels intervenant principalement dans la production énergétique. Il en résulte un paradoxe qui ne garantit pas à la collectivité donneuse d'ordres le bénéfice de l'ensemble des solutions que pourrait offrir un marché moins concentré et plus concurrentiel.

[1258] Il s'agit de monsieur Denis DESSUS, interrogé et cité par ZAMARRENCO C., in : Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?, mémoire de séminaire Services publics et sphère privée : les nouveaux partenariats, Institut d'étude politique de Lyon, septembre 2011, 68 p. Dans le même sens : DUMEZ H. et JEUNEMAÎTRE A., « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du management public », Politiques et management public, 2003, n° 4, p. 11.

[1259] Il s'agit d'EDF, COFELY (filiale du groupe ENGIE), Vinci et EIFFAGE.

[1260] ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?*, préc., p. 50.

[1261] En ce sens : DROUET D., *L'émergence des contrats de performance énergétique sur le marché français : quelles conditions pour une contribution accrue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et à l'efficience énergétique des bâtiments ?* Recherche Développement International (RDI) et Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA), rapport final, janvier 2009, 130 p.

895- Au-delà des risques d'entente entre les opérateurs, l'analyse des offres révèle que les sociétés d'efficacité énergétique sont « *naturellement enclines à favoriser la seule source d'énergie produite par leur maison mère au détriment des autres approvisionnements énergétiques* »[1262]. A titre d'illustration, les offres soumises par la société DALKIA en matière d'efficacité énergétique intègrent systématiquement l'installation de chaudières à bois. Cela s'explique par le fait que l'entreprise possède l'une des plus grandes centrales biomasse d'Europe et plusieurs zones forestières sur le territoire français. Elle a d'ailleurs mis en service la plus grande centrale biomasse de France en 2009[1263]. L'opérateur s'inscrit donc dans une dynamique de promotion des solutions pour lesquelles il dispose des ressources matérielles et techniques déjà disponibles. Dans ce cadre, rien ne le contraint à investir dans le développement de techniques, certes plus innovantes, mais plus éloignées de son « cœur de métier ».

896- Reproduite par les autres opérateurs, cette approche limite la palette de choix dont dispose le pouvoir adjudicateur. Le dialogue compétitif devient alors une simple procédure d'enregistrement des offres qui ne pourront être modifiées qu'à la marge, faute d'alternatives crédibles. La personne publique se retrouve ainsi dans une situation de capture ; son choix reste enserré dans un cadre restreint d'offres. Ce déséquilibre constaté dans la phase de négociation se poursuit à travers la structuration des relations contractuelles par le partage des risques.

B- Les insuffisances du système de répartition des risques

897- La logique de partage des risques entre la personne publique et les opérateurs privés est intrinsèquement liée au montage en partenariat public-privé. L'efficacité de la relation partenariale suppose que soit opérée une répartition optimale des risques entre les cocontractants. Cela implique que chaque risque lié au projet soit transféré à la partie la plus à même de l'assumer. Toutefois, cette cohérence théorique ne se vérifie pas toujours dans les faits. L'analyse de certains marchés de partenariat permet de relever le caractère très artificiel du partage des risques **(1)** et l'efficacité limitée des mécanismes de garantie **(2)**.

[1262] ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?*, préc., p. 50.
[1263] En ce sens : ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?*, préc.

1. Le caractère artificiel du partage des risques entre partenaires

898- La cohérence et l'équilibre d'un partenariat public-privé supposent que la répartition des risques se fasse en fonction de la capacité de chaque acteur à les maîtriser. Il convient dès lors de procéder en amont à l'identification précise et à la qualification des principaux risques liés au projet afin de déterminer l'acteur le plus à même de les assumer. Les marchés de partenariat de performance énergétique mettent en lien trois acteurs majeurs : la collectivité publique donneuse d'ordre, l'entreprise réalisatrice et l'organisme de financement. « *Ceci devrait conduire naturellement à une allocation de risques tripolaires, chaque acteur assumant les risques qui sont de son ressort* » [1264] : à la personne publique les risques dits souverains liés notamment aux recours contentieux contre le projet, aux bailleurs de fonds les risques financiers et à l'entreprise titulaire les risques attachés aux coûts et délais.

899- Toutefois, cette logique tripolaire n'est pas respectée en raison de la tendance des collectivités donneuses d'ordres à concevoir le marché de partenariat prioritairement comme un instrument de transfert des risques[1265]. Cela les amène à allouer au partenaire privé la quasi-totalité des risques, y compris ceux sur lesquels il n'a aucune maîtrise. Illustrant cette tendance, le contrat de performance énergétique signé par la région Alsace en décembre 2009 transfère au titulaire le risque lié à la réduction de la consommation d'énergie, mais également le risque de rendement économique lié à la vente de l'électricité produite par les panneaux photovoltaïques qu'il installe. Dans cette configuration, la collectivité publique bénéficie d'une recette annuelle dont le montant est garanti par le partenaire privé « *en contrepartie de la possibilité qui lui est offerte au titre des contrats d'obligation d'achat, de vendre de l'électricité photovoltaïque avec les panneaux solaires installés dans le cadre du contrat* »[1266].

900- Le transfert de ce risque à la société énergéticienne s'avère problématique. En effet, si le partenaire privé peut légitimement s'engager sur la disponibilité des moyens de production électrique, le rendement économique de la vente échappe à sa maîtrise. Il est tributaire des orientations de la programmation pluriannuelle des investissements qui conditionnent le maintien et la stabilité de l'obligation d'achat. D'ailleurs, au moment de la conclusion du

[1264] En ce sens : KIVIATOWSKI J-M., Débat, Revue de droit public, n° 3, mai 2015, p. 569.
[1265] En ce sens : BRACONNIER S. et DELELIS P., « Partenariat public-privé : Guide des mauvaises pratiques », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2010, p. 10.
[1266] Article 41 du contrat de performance énergétique signé par la région Alsace en décembre et relatif à 14 lycées pour une durée de 20 ans (voir ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?*, préc., p. 60).

contrat, les producteurs autonomes ne disposaient d'aucune garantie juridique sur la pérennité du système. L'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[1267] disposait que « *l'obligation de conclure un contrat d'achat prévu au présent article peut être partiellement ou totalement suspendue par décret, pour une durée qui ne peut excéder dix ans, si cette obligation ne répond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements* ». Les pouvoirs publics ont usé de cette faculté à travers l'édiction d'un décret daté du 9 décembre 2010[1268] qui a suspendu l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

901- L'application de cette mesure de suspension a eu impact direct sur l'équilibre du contrat de performance énergétique et sa viabilité économique. La société énergéticienne, qui espérait tirer de la vente de l'électricité produite une partie non négligeable de ses revenus, a subi de plein fouet le manque à gagner. Son Directeur commercial a d'ailleurs admis que le fait d'avoir accepté ce risque non maîtrisé a été une erreur à ne pas reproduire[1269]. Il est alors à prévoir que, dans les prochains marchés de partenariat de performance énergétique, le risque lié à la rentabilité économique de la vente d'énergie soit assumé par les pouvoirs adjudicateurs, faute de partenaire privé qui en accepte le transfert ou alors en échange d'une assurance financière susceptible de déséquilibrer davantage le marché.

902- Une répartition plus cohérente consisterait à faire peser sur l'opérateur énergéticien le risque de disponibilité lié à la quantité et à la permanence de la production énergétique. La personne publique aurait à sa charge le risque souverain inhérent à l'instabilité du cadre réglementaire de l'obligation d'achat. Dans ce schéma, elle assumerait seule les conséquences financières résultant de décisions de suspension ou de révision des tarifs d'achat de la production autonome d'énergie.

[1267] Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143.

[1268] Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, JORF n° 0286 du 10 décembre 2010, p. 21598.

[1269] Il s'agit des propos de M. DUPUY, directeur commercial de COFELY : *« la recette photovoltaïque n'est pas quelque chose à refaire. On saurait le faire s'il n'y avait pas des changements de tarifs tous les trois mois, sans préavis de la part de l'État. On est tributaire de l'État. L'État ne se pose pas la question des projets* » (voir : ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités ?,* préc., p. 60).

903- A l'opposé de cette première tendance, une seconde s'avère moins favorable à la collectivité publique donneuse d'ordres. Elle consiste à faire peser sur celle-ci la quasi-totalité des risques. Même si le tableau de répartition fait apparaître un partage des risques entre les partenaires, les clauses du contrat maintiennent à la charge de la personne publique les risques majeurs et ceux ayant une forte probabilité de réalisation. C'est le cas par exemple du contrat de partenariat signé en 2008 par la ville d'Autun qui stipule que les frais de remplacement du matériel d'éclairage public sont supportés par la collectivité publique dans l'hypothèse où l'auteur de la dégradation n'est pas identifié. Or, il s'avère que ce cas de figure est le plus fréquent et donc le risque demeure largement assumé par le pouvoir adjudicateur[1270].

904- De la même manière le contrat de performance énergétique liant la ville d'Honfleur à l'entreprise CRAM depuis 2011 prévoit que c'est la collectivité publique qui supporte le risque de l'usager gaspilleur[1271]. En d'autres termes, la personne publique ne peut appliquer aucune pénalité si la sous-performance énergétique résulte du comportement des usagers des locaux objet du contrat. Si ce système de répartition paraît simple, son application s'avère délicate en raison de la difficulté de la mesure du facteur humain. Il est en effet malaisé de déterminer avec exactitude ce qui est imputable au comportement des usagers ou à la défaillance du prestataire.

905- Par ailleurs, même dans les cas où le marché de partenariat organise un partage plus équilibré entre les partenaires, le problème de l'effectivité du transfert du risque à l'opérateur privé demeure entier. Comme le soulignent Hervé DUMEZ et Alain JEUNEMAÎTRE, « *le transfert du risque vers le secteur privé, le mieux à même de le gérer est un leurre* »[1272]. Les marchés de partenariat sont conclus dans domaines à fort enjeu et dont le bon fonctionnement est primordial pour la satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit généralement d'ouvrages collectifs nécessaires à l'exercice d'une mission de service public. C'est, par exemple, des installations de production énergétique et de chauffage au sein des établissements publics hospitaliers. Dans ce cadre, la personne publique se voit contrainte de suppléer les

[1270] En ce sens : Cour des comptes, Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser, rapport public 2015, p. 168.
[1271] Voir : ZAMARRENCO C., *Le contrat de performance énergétique : un nouveau type de contrat performant pour les collectivités?*, préc.
[1272] DUMEZ H. et JEUNEMAÎTRE A., « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du management public », Politiques et management public, 2003, n° 4, p. 11.

défaillances de l'opérateur énergéticien pour éviter que leurs conséquences n'entrainent un dysfonctionnement du service public médical. Il en va de même dans d'autres domaines, comme l'éclairage public. En définitive, « *le risque est tel que, dans tous les cas de figure, il se trouve du côté du public* »[1273].

906- A cette question liée à l'endossement du risque, s'ajoute celle relative à l'efficacité du mécanisme de garantie des performances. En effet, la rédaction de certaines clauses dans le marché de partenariat a pour effet de relativiser l'effectivité de la sanction des sous-performances.

2. L'efficacité relative des mécanismes de sanction des sous-performances

907- L'article L. 2213-8 du code de la commande publique dispose que la rémunération du titulaire du marché de partenariat « *est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat* ». A ce titre, le marché doit déterminer les motifs et les modalités de variation de la rémunération du titulaire. Dans le cadre des contrats de performance énergétique, lesdits motifs tiennent aux résultats de l'exploitation. L'absence de réalisation des objectifs de performance énergétique donne lieu à l'application de pénalités qui viennent en diminution de la rémunération due au titulaire. L'efficacité du système suppose que lesdites pénalités soient assez significatives pour revêtir un caractère incitatif. Il convient néanmoins de veiller à ce qu'elles soient en rapport avec l'objet de la performance garantie et qu'elles ne soient pas excessives au regard des capacités financières du partenaire privé. Il y a donc un point d'équilibre à trouver et l'observation de certains contrats de performance énergétique ne permet pas d'affirmer que les pouvoirs adjudicateurs y parviennent toujours.

908- En réalité, les collectivités publiques donneuses d'ordres se montrent parfois très peu exigeantes en cas d'écart entre la quantité d'énergie effectivement consommée et celle contractuellement garantie. Les modes de calcul des pénalités applicables s'avèrent peu contraignants pour le partenaire privé. Un exemple en est fourni par le contrat de performance énergétique liant la Région Alsace à l'entreprise COFELY depuis 2009. Il met certes en place

[1273] *Idem*.

un mécanisme de sanction des sous-performances, mais le contrat prévoit une clause de plafonnement des pénalités applicables. Ainsi, quelle que soit l'ampleur de l'écart constaté, le pouvoir adjudicateur ne peut-il infliger au titulaire des pénalités supérieures à cinq millions d'euros (5 000 000€) sur toute la durée du contrat. Annuellement, le plafond prévu est de sept cents milles euros (700 000€)[1274].

909- Cette clause de plafonnement contredit l'esprit des marchés de partenariat, lesquels opèrent une liaison étroite entre la rémunération du partenaire privé et l'atteinte des objectifs de performance. Dans ce cadre, le niveau des pénalités applicables devrait être systématiquement aligné sur l'écart constaté entre la consommation réelle et celle contractuellement garantie. Toute clause ayant pour objet ou pour effet de distendre ce lien devrait être considérée comme illégale.

910- En plus du système de plafonnement évoqué, le contrat prévoit un mode de calcul peu favorable à la collectivité publique. Le montant des pénalités est déterminé sur la base de la surconsommation en volume multipliée par le prix du kilowattheure. Toutefois, ce prix est non révisable et il est indexé sur son niveau de 2007[1275]. En d'autres termes, les pénalités sanctionnant une sous-performance ne sont pas déterminées en fonction des conditions du marché dans la mesure où elles sont insensibles aux évolutions du prix des énergies. Dans cette configuration, si le montant des pénalités n'atteint pas celui de la facture de fourniture d'énergie en cas de hausse du prix du kilowattheure, il appartiendra au pouvoir adjudicateur de financer la partie non couverte. Ce mode de calcul présente l'inconvénient de faire peser sur la collectivité publique une partie d'un risque qui devrait être intégralement assumé par le partenaire privé.

[1274] Voir : Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, rapport annuel 2015, p. 168.
[1275] *Idem.*

Conclusion du titre I :

911- La transversalité des enjeux inhérents aux services énergétiques fait de ce secteur économique un terrain propice à la liaison de relations partenariales entre les collectivités publiques et les opérateurs privés. La transition énergétique voulue par les pouvoirs publics nationaux et européens implique l'orientation vers de nouveaux systèmes de production plus respectueux de l'environnement et des modes de consommation moins énergivores.

912- C'est dans cette perspective que s'inscrit la politique de promotion des énergies renouvelables dont le développement suppose une collaboration effective entre les acteurs publics et privés. A cette fin, la mise en valeur du potentiel énergétique des propriétés immobilières suscite un grand intérêt à la fois pour les collectivités publiques propriétaires et pour les opérateurs privés énergéticiens. Elle est néanmoins subordonnée à la réalisation d'investissements pour le développement des activités énergétiques sur le domaine des personnes publiques. Or, la rigueur des règles et principes constitutifs du régime juridique des biens publics se pliaient mal aux nécessités de souplesse caractéristique de la vie des affaires. Elle a ainsi longtemps fait obstacle à la liaison de relations partenariales économiquement viables entre les collectivités publiques et les acteurs privés dans la perspective de valorisation économique du domaine. En particulier, l'interprétation stricte qui était faite du principe d'inaliénabilité du domaine public en était une illustration éloquente.

913- L'assouplissement du cadre juridique s'est donc imposé comme une nécessité. Aussi, le droit de la domanialité publique s'est-il progressivement adapté pour infléchir les règles d'occupation privative des propriétés publiques immobilières, en particulier dans les cas où l'activité visée a pour objet la production énergétique renouvelable. L'ingénierie juridique des acteurs y a développé des montages contractuels dont l'intérêt est d'avoir permis la réception légale de techniques privées de financement jusque-là exclues par les principes classiques de cette matière. Il en va notamment ainsi de la technique du bail emphytéotique administratif et des autorisations constitutives de droits réels. L'intérêt de ces montages réside essentiellement dans la possibilité qu'ils offrent au partenaire privé d'accéder plus facilement aux crédits pour le financement des investissements à réaliser en lui permettant de constituer des garanties sur les équipements installés sur les dépendances domaniales qu'il occupe. Il peut s'agir en particulier de l'hypothèque ou du crédit-bail, techniques jusque-là exclues du champ des biens publics.

914- Cette évolution s'explique par la volonté des pouvoirs publics de favoriser l'implantation d'activités énergétiques, lesquelles représentent une opportunité de valorisation économique des propriétés publiques immobilières tout en s'inscrivant dans une perspective conforme avec la politique énergétique décidée. Il convient néanmoins de relever que si cet assouplissement du régime de la domanialité publique constitue une avancée notoire ouvrant de nouvelles opportunités de partenariat public-privé, certains freins juridiques à l'investissement privé en matière énergétique subsistent. Ces contraintes résident notamment dans la place accordée aux activités énergétiques dans la hiérarchie des intérêts à préserver. S'il est vrai qu'aujourd'hui les instruments de planification et d'aménagement spatial fixent des objectifs ambitieux en termes de développement de la production d'énergie renouvelable, il demeure néanmoins que les règles d'occupation du patrimoine immobilier n'accordent pas la priorité à cette activité. Concrètement, celle-ci doit se contenter des superficies qui ne sont pas réservées à d'autres activités économiques et celles qui ne sont pas insusceptibles de les accueillir pour des raisons liées à la préservation du paysage et du patrimoine culturel et naturel. Les conflits d'usage et l'important volume d'affaires contentieuses suscitées par l'implantation de centrales photovoltaïques en zone naturelle illustrent bien cette opposition entre les intérêts en présence.

915- La domanialité publique n'est pas le seul domaine influencé par les services énergétiques. La volonté de promouvoir l'efficacité énergétique des bâtiments et ouvrages publics a amené les pouvoirs publics à réformer le droit de la commande publique pour mieux intégrer le nouveau paradigme de la performance énergétique. Cela se traduit par la création de nouveaux contrats globaux à objet performanciel tels que le marché de partenariat. Très utilisé en matière énergétique, en particulier dans le domaine de l'éclairage public, cet instrument se heurte néanmoins à certains obstacles liés en particulier au déséquilibre des relations contractuelles. Les insuffisances relevées dans la mise en œuvre de cet outil juridique renseignent sur la perfectibilité des montages contractuels de partenariat public-privé.

TITRE II : FAIRE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE UN LEVIER D'ACCELERATION DE LA TRANSITION ENERGETIQUE

916- L'intérêt des mécanismes de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques réside dans leur présumée capacité à permettre une gestion efficace de ce secteur. De la combinaison entre les capacités techniques et financières du secteur privé avec les pouvoirs d'orientation et de contrôle des collectivités publiques est censée résulter une organisation politiquement vertueuse et économiquement viable. C'est à ce titre que le législateur français a fait de la concession de service public, avec un cocontractant imposé, le mode de gestion de principe des réseaux énergétiques. Cependant, force est de constater que, si ce modèle a été pertinent au moment de la nationalisation des industries énergétiques en 1946, l'évolution du secteur l'a rendu quelque peu anachronique. L'entrée de nouveaux opérateurs ainsi que les revendications des collectivités concédantes ne manquent pas de susciter des interrogations sur la situation de quasi-monopole qui caractérise l'activité de gestion des réseaux de distribution. De la même manière, les imprécisions relevées dans la répartition des attributions entre autorités organisatrices et concessionnaires renseignent sur la nécessité de procéder à la rationalisation des relations partenariales pour une gestion plus efficace et plus apaisée des réseaux de distribution d'énergie **(Chapitre I)**.

917- Par ailleurs, la prise en charge de l'enjeu de la transition énergétique implique la nécessité d'adaptation de notre système de production et de consommation énergétique. Concrètement, les outils de partenariat public-privé peuvent constituer un fort levier de promotion et de développement de la production énergétique renouvelable. Cela suppose toutefois d'adapter la règlementation sectorielle et transversale afin de mettre en place un cadre juridique assez attractif pour encourager l'investissement privé dans ce domaine. La réduction des contraintes pesant sur les porteurs de projets et l'optimisation des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables sont dès lors un prérequis pour la réalisation des engagements pris au niveau européen en matière d'évolution du mix énergétique. La même démarche devrait être adoptée dans le domaine de la maîtrise de la consommation énergétique qui peine à trouver un cadre contractuel clair. La prise en compte de tous ces enjeux renseigne sur la nécessité d'une action conjointe de tous les acteurs concernés par le biais de mécanismes de partenariat public-privé qui peuvent servir de leviers de restructuration du secteur de l'énergie **(Chapitre II)**.

CHAPITRE VII : LA RATIONALISATION SOUHAITABLE DES RELATIONS PARTENARIALES DANS LA GESTION DES RESEAUX D'ENERGIE

918- Exemple classique de partenariat public-privé, la concession constitue le mode traditionnel de gestion des services énergétiques et a largement contribué à leur développement. Mode de gestion de principe du service public de la distribution d'énergie, cette formule contractuelle a néanmoins du mal à s'adapter aux spécificités de ce secteur. En effet, celles-ci ont été exacerbées au point de nier aux collectivités organisatrices de la distribution d'énergie une grande partie des attributs traditionnellement reconnus aux autorités concédantes. Il en a résulté un profond déséquilibre des relations partenariales entre ces dernières et leur concessionnaire dans la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. Il apparaît dès lors nécessaire d'adopter les mesures susceptibles de rééquilibrer les relations contractuelles entre les autorités organisatrices et les gestionnaires des réseaux de distribution d'énergie. Ce rééquilibrage passe inéluctablement par la réhabilitation des collectivités territoriales dans leur rôle d'autorités concédantes en leur donnant les moyens juridiques leur permettant d'assumer pleinement leur statut **(Section I)**.

919- Par ailleurs, dans la mesure où le strict cadre de la concession de distribution ne le permet pas, les collectivités publiques doivent avoir la possibilité de prendre une part plus active dans l'équilibrage des réseaux d'acheminement d'énergie. Cela requiert d'adopter une démarche plus intégrative incluant toutes les parties prenantes, du producteur aux consommateurs en passant par les gestionnaires de réseaux. Dans cette configuration, la collectivité publique est appelée à jouer un rôle d'intermédiaire et de facilitateur en charge de coordonner les différents acteurs afin de créer de nouvelles synergies dans la gestion de l'équilibrage des réseaux. C'est dans cette perspective qu'il convient de placer le service de flexibilité locale servant de nouveau cadre de partenariat à côté de la concession **(Section II)**.

Section I : Le nécessaire équilibrage des relations entre les collectivités concédantes et les gestionnaires des réseaux de distribution d'énergie

920- Le régime classique de la concession assure généralement un équilibre entre l'autorité concédante et son concessionnaire. Ce dernier bénéficie d'une liberté d'action qui se concilie avec le droit de regard et d'intervention de la collectivité publique concédante. En matière de distribution d'énergie, cette prérogative demeure juridiquement reconnue à l'autorité organisatrice ; mais concrètement, son effectivité s'avère assez relative. A la faiblesse structurelle des autorités concédantes, inhérente à leur dispersion face à l'opérateur unique, qui plus est filiale d'un grand groupe industriel, s'ajoute l'ambiguïté de leurs prérogatives sur le réseau concédé.

921- Il résulte de cette conjonction de facteurs juridico-institutionnels un déséquilibre profond qui ne contribue pas à apaiser les relations partenariales nouées dans le domaine de la gestion des réseaux de distribution publique d'énergie. Dans un contexte marqué par les revendications traduisant les exigences croissantes des collectivités concédantes, le rééquilibrage de ces relations contractuelles se présente comme une nécessité. C'est dans cette optique qu'il convient de clarifier l'étendue des prérogatives de l'autorité organisatrice sur le service concédé **(Paragraphe I)** tout en renforçant les moyens d'action dont elle dispose à l'égard de son concessionnaire **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : La nécessité d'accroître les pouvoirs de direction de l'autorité concédante sur le service public de la distribution d'énergie

922- La perspective de transition énergétique impliquant le développement de la production d'énergies renouvelables, intermittentes par définition, ne saurait se concevoir sans l'adaptation des réseaux d'acheminement. Les investissements sur les réseaux de distribution d'électricité et de gaz comportent donc un enjeu important en raison de leur impact décisif sur la qualité de l'énergie.

923- Malgré la délégation de la gestion du réseau, la qualité du service public de la distribution relève de la responsabilité des collectivités territoriales en leur double qualité d'autorité concédante et de propriétaire du réseau concédé. Dans cette configuration, il paraît

convenable de leur assurer une certaine maîtrise de la politique d'investissement sur les réseaux de distribution d'énergie **(A)** tout en précisant l'étendue de leurs prérogatives **(B)**.

A- Assurer aux autorités organisatrices la maîtrise de l'orientation des investissements sur les réseaux de distribution

924- Infrastructures incontournables de la chaîne de valeur énergétique, les réseaux d'acheminement jouent un rôle essentiel dans la qualité des services fournis aux consommateurs finals. La qualité de la desserte dépend très largement du niveau des investissements réalisés sur les réseaux de distribution d'électricité et de gaz **(1)**. Dès lors, les autorités organisatrices doivent être en mesure d'influencer de manière effective les décisions de leur concessionnaire sur la trajectoire des investissements sur les réseaux **(2)**.

1. La corrélation entre le niveau des investissements sur le réseau et la qualité de la desserte d'énergie

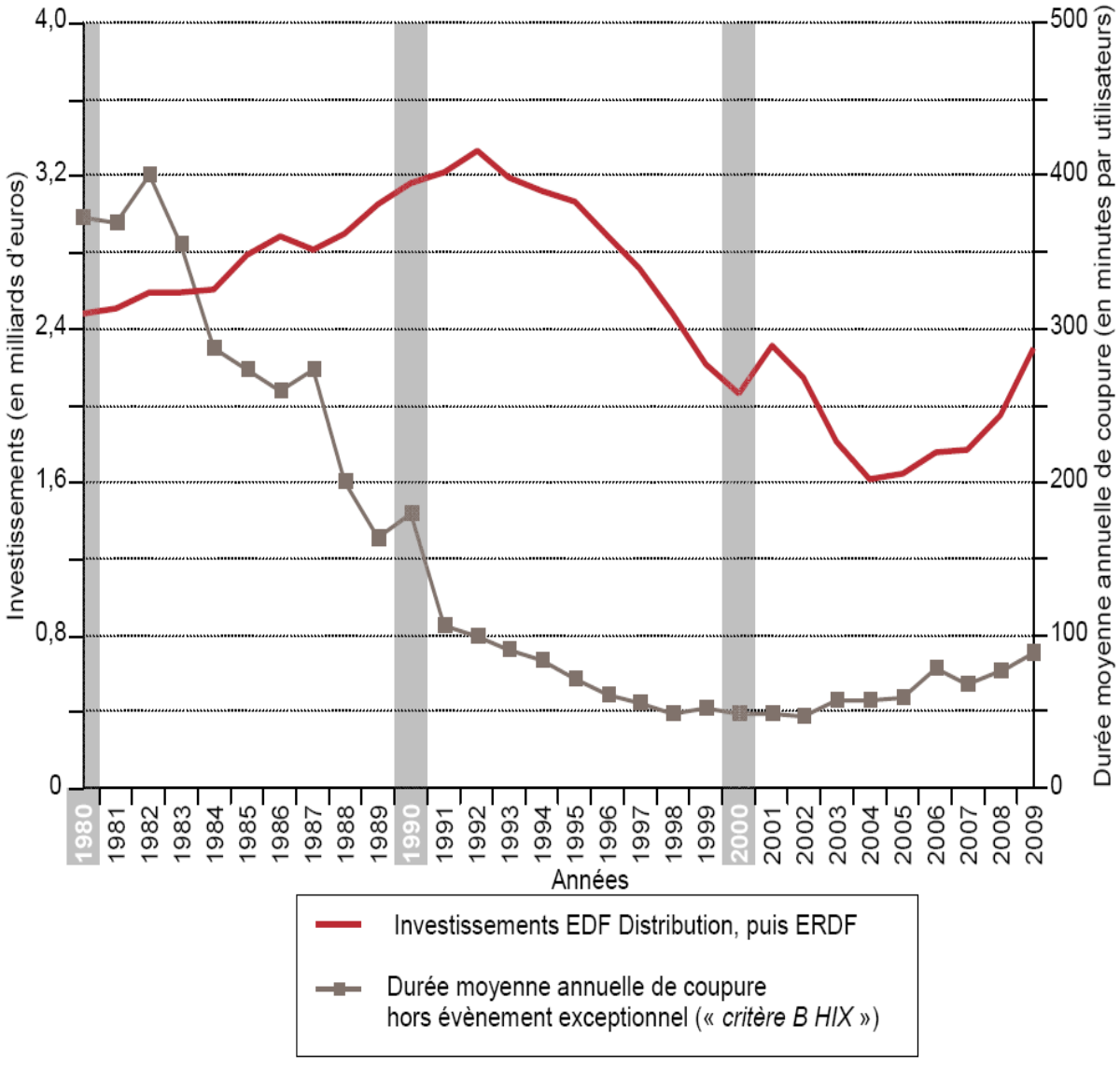
925- La qualité de la desserte d'énergie est étroitement liée au niveau des investissements réalisés sur les réseaux de distribution. Ils en conditionnent le niveau de performance de sorte que la courbe des investissements et celle de la continuité d'alimentation évoluent de manière parallèle. A titre d'illustration, dans les années 1970, le groupe EDF avait fait le choix de concentrer la majorité de ses investissements dans le segment de la production électronucléaire, au détriment de la mise à niveau du réseau d'acheminement. Ce choix s'expliquait par la volonté des décideurs publics de doter le pays d'un parc électronucléaire solide afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement. Il a néanmoins engendré l'obsolescence du système de distribution énergétique face à l'augmentation des applications de l'électricité. Il en a résulté une qualité très insuffisante de la desserte d'électricité, visible à travers l'augmentation du nombre et des temps de coupure.

926- Il a fallu un effort financier considérable consenti par EDF sur le réseau de distribution d'électricité dans la décennie 1980-1990 pour rétablir une qualité satisfaisante de la desserte. Les importants investissements réalisés dans la rénovation et le renforcement des réseaux se

sont traduit de manière concrète par la diminution du temps moyen annuel de coupure qui a été divisé par huit en 20 ans[1276].

927- Cette tendance s'est inversée dans la décennie suivante : le niveau des investissements a connu une nette baisse entrainant par la même occasion la dégradation de la qualité du service public de l'électricité, comme le reflète le graphique ci-dessous :

EVOLUTION DU MONTANT DES INVESTISSEMENTS D'ERDF ET DU CRITERE B HIX



Source : Enedis, cité par le rapport parlementaire présenté par Jean PRORIOL, 5 avril 2011.

[1276] Voir : LAPEYRE M. (sous la direction de), *Les nouvelles régulations électriques 1 : monopole et concurrence*, Lavoisier, 2012.

928- Ce graphique est assez illustratif de la corrélation entre le niveau des investissements et la qualité du service rendu à travers le réseau de distribution d'électricité. De 1992 à 2004, les investissements du gestionnaire de réseau ont été diminués de moitié, passant de 3,2 milliards d'euros à 1,6 milliards d'euros[1277]. La conséquence a été quasi immédiate : sur la même période, « *le temps moyen annuel de coupure a augmenté de moitié* »[1278]. Il est intéressant de noter que sur la même période la dégradation de la qualité de la desserte a eu une ampleur moindre en ce qui concerne les réseaux gérés par les entreprises locales de distribution. Cela est principalement dû au fait que ces dernières ont fait le choix de maintenir à niveau constant le volume de leurs investissements pour la rénovation et le renforcement de leurs réseaux.

929- Ces exemples démontrent à quel point « *la politique d'investissement est déterminante pour assurer le maintien et concourir à l'amélioration de la continuité et, donc, de la qualité de la distribution d'électricité* »[1279]. Or, comme le relève la Commission de Régulation de l'Énergie[1280], les gestionnaires des réseaux de distribution et les autorités concédantes ont des aspirations divergentes quant à la qualité. Dans ce contexte, la politique d'investissement sur le réseau concédé ne doit pas être déterminée de manière unilatérale par le concessionnaire[1281]. Les collectivités territoriales, en leur qualité d'autorités organisatrices du service public de la distribution d'énergie, doivent bénéficier de moyens leur permettant d'exercer une influence effective sur la trajectoire des investissements à réaliser sur leurs réseaux.

[1277] En ce sens : Assemblée nationale, rapport d'information n° 3307 déposé par la Commission des affaires économiques sur l*a sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité*, présenté par Jean PRORIOL, 5 avril 2011 ; Etude technique sur la fragilité de réseaux publics de distribution face aux événements climatiques majeurs, étude réalisée pour le compte de la FNCCR, 10 septembre 2009.

[1278] LAPEYRE M. (sous la direction de), *Les nouvelles régulations électriques 1 : monopole et concurrence,* préc., p. 123.

[1279] Commission de régulation de l'énergie, Rapport sur la qualité de l'électricité : Diagnostic et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité, octobre 2010, p. 107.

[1280] *Idem*.

[1281] Il faut néanmoins relever que la concertation commence à se réaliser en ce qui concerne l'intégration des énergies renouvelables dans les réseaux à travers les schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables (S3RENR) élaborés par le gestionnaire du réseau de transport en accord avec les GRD et après avis des autorités organisatrices de la distribution d'électricité conformément à l'article L. 321-7 du code de l'énergie. Ces schémas définissent les ouvrages à créer ou à renforcer pour mettre à disposition de la production à partir de sources d'énergies renouvelables d'une capacité globale de raccordement.

2. L'accentuation du rôle des collectivités concédantes dans la détermination de la trajectoire des investissements sur les réseaux de distribution

930- Comme l'a rappelé le Rapporteur général JOSSE dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie des chemins de fer PLM,* « *le concessionnaire gère, l'administration contrôle* »[1282]. Cette phrase résume à la fois l'étendue et les limites du pouvoir dont dispose l'autorité concédante sur son concessionnaire. En effet, si la personne publique dispose d'un droit de regard sur la mission de service public dont elle a délégué l'exercice, elle ne saurait s'immiscer dans la gestion de son concessionnaire. Concrètement, ce dernier dispose d'une grande liberté de choix sur des éléments qui ont pourtant un effet déterminant sur la qualité du service public concerné.

931- Cette liberté du concessionnaire prend un relief particulier dans le cadre de la gestion des réseaux de distribution d'énergie, notamment en matière de détermination des investissements à réaliser. Sur ce point, les collectivités concédantes jouent un rôle très limité et ne parviennent pas à influencer les décisions du concessionnaire sur la trajectoire des investissements. Cet état de fait n'est guère satisfaisant et ne permet pas aux autorités organisatrices de la distribution d'assumer pleinement leur statut. Or, elles demeurent responsables de l'organisation du service public et sont garantes de son bon fonctionnement auprès des consommateurs finals. Comme le soulignait une vieille circulaire du ministre de l'intérieur sur la gestion des services publics locaux en date du 7 août 1987[1283], « *bien qu'ayant délégué à une entreprise privée la gestion d'un service public, la collectivité ne peut pas se désintéresser du fonctionnement de celui-ci. Elle demeure en effet garante de sa bonne exécution à l'égard des usagers* ».

932- Par ailleurs, les autorités organisatrices de la distribution sont censées exercer une forme de régulation au niveau local consistant à assurer la conciliation entre plusieurs impératifs d'intérêt général, *a priori* contradictoires. A ce titre, elles devraient être associées de manière effective au choix des investissements sur leurs réseaux de distribution, d'autant plus que les

[1282] RDP, 1931, p. 142.
[1283] Ministère de l'intérieur, circulaire relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux : Champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JORF du 20 décembre 1987, p. 14863.

coûts d'acheminement représentent une part non négligeable de la facture énergétique des consommateurs finals[1284]. Ces différentes considérations renseignent sur la nécessité d'accentuer le rôle des collectivités concédantes dans la détermination de la politique d'investissement sur les réseaux. Elles devraient disposer de moyens leur permettant d'imposer aux gestionnaires de réseaux de distribution la réalisation de certains investissements, en particulier ceux ayant pour objet le renforcement et la sécurisation des réseaux concédés.

933- Les investissements réalisés sur les réseaux de distribution d'énergie par le concessionnaire se répartissent en deux grandes catégories : les investissements imposés et ceux dits délibérés. Les premiers concernent principalement la couverture des coûts de branchement et d'extension de réseau rendus nécessaires par le raccordement des usagers, d'une part, et les déplacements des ouvrages pour des raisons liées à la voirie, d'autre part[1285]. Pour ces investissements, la liberté de choix du gestionnaire est très limitée : le droit d'accès aux réseaux de distribution reconnu aux usagers et consacré aux articles L. 111-91 et suivants du code de l'énergie impose au gestionnaire de réaliser les investissements nécessaires pour en garantir l'effectivité[1286]. Le concessionnaire doit donc réaliser « *un ensemble de travaux sur le réseau public de distribution […] nécessaire et suffisant pour satisfaire l'évacuation ou l'alimentation en énergie électrique des installations du demandeur à la puissance de raccordement demandée »*[1287]. Dans cette configuration, la trajectoire de ces investissements obligatoires est tributaire du volume de demandes de raccordement et des éventuels besoins d'extension qui en résultent[1288].

[1284] Les coûts d'acheminement regroupent l'ensemble coûts liés à la gestion et à l'exploitation des réseaux publics à travers lesquels l'énergie est acheminée du site de production jusqu'aux sites de consommation. Ils comportent une partie liée au réseau de transport et une partie relative aux réseaux de distribution. En 2017, les coûts d'acheminement représentaient 28,5% de la facture énergétique du consommateur final alors que les coûts de production étaient à hauteur de 35,4%. Concrètement, la distribution représente les 2/3 des coûts d'acheminement.

[1285] Voir : Assemblée nationale, rapport d'information n° 3307 déposé par la Commission des affaires économiques sur l*a sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité*, présenté par Jean PRORIOL, 5 avril 2011, p. 28.

[1286] L'article L. 111-92 dispose : « *Les gestionnaires des réseaux publics de distribution concluent, avec toute entreprise qui le souhaite, vendant de l'électricité à des clients ayant exercé leur droit de choisir leur fournisseur, un contrat ou […] un protocole relatif à l'accès aux réseaux pour l'exécution des contrats de fourniture conclus par cette entreprise avec des consommateurs finals ayant exercé leur droit de choisir leur fournisseur* ».

[1287] Arrêté du 28 août 2007 fixant les principes de calcul de la contribution mentionnée aux articles 4 et 18 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 200 du 30 août 2007, p. 14314.

[1288] En ce sens : LEHMANN M., L'accès aux réseaux de distribution publique d'électricité en France métropolitaine, Thèse, Université de Strasbourg, décembre 2013.

934- Quant aux investissements dits « délibérés », ils présentent un caractère facultatif au regard des obligations du concessionnaire. Ils ont néanmoins un impact très direct sur la qualité de la desserte d'énergie. Ils sont notamment destinés à financer les actions de sécurisation, de renforcement et de renouvellement ainsi que les opérations favorisant la réactivité face aux incidents. C'est sur cette catégorie d'investissements que les gestionnaires des réseaux de distribution disposent d'une marge de manœuvre tant sur leur niveau que sur leur finalité. A titre d'illustration, la politique d'investissement d'ERDF (devenu Enedis) au début des années 2000 avait abouti à la décroissance des investissements délibérés, alors que sur la même période le niveau des investissements imposés a été stable. De 1995 à 2005, les investissements « qualité » ont été divisés par un facteur 3[1289].

935- Or, ces investissements jouent un rôle tellement déterminant sur la qualité du service public de la distribution que leur nécessité ou leur opportunité ne devrait pas être laissée à la seule appréciation des concessionnaires. Les autorités concédantes devraient pouvoir intervenir dans l'arbitrage des investissements sur leurs réseaux de distribution. Certes, les conférences départementales initiées par l'article 21 de la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité[1290] constituent une avancée en matière de coordination et de suivi des investissements des concessionnaires et des autorités concédantes[1291]. Cependant, cette instance ne permet pas l'exercice d'une régulation au niveau local. Les conférences départementales ne servent pas de cadre d'arbitrage permettant aux collectivités concédantes d'orienter, voire d'imposer, la réalisation de certains investissements. Elles ont plutôt été conçues comme outil d'information destiné à communiquer sur les politiques d'investissement définies par les parties prenantes.

[1289] En ce sens : Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR), Etude technique sur la fragilité des réseaux publics de distribution d'électricité face aux événements climatiques majeurs, 10 septembre 2010.

[1290] Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 dispose : « Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz transmet à chacune des autorités concédantes précitées un compte rendu de la politique d'investissement et de développement des réseaux […] Sur la base de ce compte rendu, les autorités organisatrices établissent un bilan détaillé de la mise en œuvre du programme prévisionnel de tous les investissements envisagés sur le réseau de distribution. Ce programme prévisionnel, qui précise notamment le montant et la localisation des travaux, est élaboré à l'occasion d'une conférence départementale réunie sous l'égide du préfet et transmis à chacune des autorités concédantes » (JORF n°0284 du 8 décembre 2010, p. 21467).

[1291] En ce qui concerne l'électricité, la tenue de ces conférences départementales a contribué à un meilleur pilotage des investissements en concentrant les efforts d'amélioration des gestionnaires des réseaux et des autorités concédantes sur les zones qui connaissent un écart récurrent à la norme. En 2013, 12 départements étaient concernés, en 2014, cinq et en 2015, un seul, les Alpes-de-Haute-Provence (Voir : Cour des comptes, Les aides pour l'électrification rurale : un instrument de péréquation efficace qui doit s'adapter à de nouveaux besoins, rapport public annuel, tome I, pp. 77-102).

936- La situation n'est pas fondamentalement différente en ce qui concerne le Comité du système de distribution publique d'électricité créé par la loi de transition énergétique[1292]. Si elle peut servir de lien entre la coordination locale des investissements et celle qui s'opère à l'échelle nationale, cette instance n'en demeure pas moins réduite à une mission purement consultative. Il ressort du décret du 26 janvier 2016[1293] que ledit Comité est saisi des programmes prévisionnels d'investissements établis par les conférences départementales et qu'il formule des avis adressés aux gestionnaires des réseaux de distribution et aux collectivités concédantes. Toutefois, ces avis n'ont qu'une portée juridique limitée dans la mesure où ils ne lient pas leurs destinataires. En d'autres termes, les acteurs de la distribution publique d'énergie peuvent décider de ne pas s'y conformer. Dans cette hypothèse, la seule obligation pesant sur le gestionnaire de réseau ou l'AODE est de porter ses observations à la connaissance du Comité dans un délai de 2 mois à compter de l'émission de l'avis[1294].

937- Ce cadre institutionnel ne permet pas d'opérer un réel arbitrage en matière de choix d'investissements. Si les parties prenantes ont des aspirations divergentes quant au niveau et à la finalité des investissements à réaliser, les collectivités concédantes n'ont pas les moyens d'imposer leur propre appréciation à leur concessionnaire. Elles n'ont que la possibilité d'appliquer les pénalités prévues par les clauses de la concession et seulement dans le cas où les investissements réalisés par le gestionnaire ne permettent pas d'atteindre les exigences de qualité fixées de manière contractuelle ou réglementaire. Or, il s'avère que ces exigences de qualité, formulées notamment en termes de continuité de l'alimentation en électricité, sont généralement jugées peu contraignantes[1295].

938- Il convient dès lors de permettre aux autorités organisatrices de la distribution d'énergie de jouer un rôle plus significatif dans la détermination de la trajectoire des investissements sur les réseaux. A cette fin, deux solutions pourraient être envisagées : la première consisterait à donner aux collectivités concédantes la possibilité de rendre obligatoires, dans leur contrat de concession, des investissements qui sont jusque-là considérés comme facultatifs et qui ont un

[1292] Article 153 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n° 0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[1293] Décret n° 2016-43 du 26 janvier 2016 relatif au Comité du système de distribution publique d'électricité JORF n°0023 du 28 janvier 2016.
[1294] Code de l'Énergie, art. R. 111-19-11.
[1295] En ce sens, rapport sur la qualité de l'électricité. Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité, octobre 2010.

impact direct sur la continuité de l'alimentation en énergie. Il s'agirait concrètement de fixer dans les clauses du contrat de concession les niveaux des investissements nécessaires à la sécurisation et au renforcement des réseaux de distribution et leur évolution à moyen/long terme. Dans ce cadre contractuellement défini, si les investissements réalisés par le gestionnaire du réseau de distribution n'atteignent pas le niveau sur lequel il s'est engagé, la collectivité concédante pourra lui appliquer des pénalités dont le montant serait proportionnel à l'écart constaté. La rigueur de ce mécanisme devra toutefois être tempérée par l'admission de dérogations lorsque des raisons objectives suffisantes mettent le concessionnaire dans l'impossibilité d'honorer son engagement.

939- La seconde voie qui pourrait être envisagée présente un caractère institutionnel. Elle consiste à accorder aux collectivités concédantes une place plus importante au sein des instances de coordination et de suivi des investissements sur les réseaux en les dotant d'un droit de véto. Dans cette configuration, les conférences départementales et le Comité du système de distribution publique d'électricité serviraient de cadre d'arbitrage avec la faculté laissée aux collectivités concédantes de s'opposer aux programmes d'investissement de leurs concessionnaires qu'elles jugeraient inaptes à assurer la qualité de la desserte d'énergie. Une alternative à cette voie pourrait résider dans la soumission des programmes d'investissement des gestionnaires des réseaux de distribution à la validation du régulateur national.

940- Quelle que soit l'hypothèse retenue, la détermination de la trajectoire des investissements ne serait plus laissée à la seule appréciation des gestionnaires des réseaux de distribution. Cette solution contribuerait à redéfinir l'étendue des prérogatives de l'autorité organisatrice de la distribution sur la gestion du service concédé.

B- Redéfinir l'étendue des prérogatives de l'autorité concédante sur les composantes du réseau concédé

941- A l'exception des distributeurs non nationalisés, les relations qu'entretiennent les collectivités concédantes avec les gestionnaires des réseaux de distribution sont peu sereines. Elles sont globalement faites de divergences qui nuisent à l'efficacité du système de gestion du service de distribution publique d'énergie. Au-delà des investissements, des tensions se cristallisent autour de la question du statut des ouvrages affectés au service public concédé. Il

convient dès lors de préciser l'étendue des prérogatives de chacun des cocontractants, ce qui suppose de mettre fin à l'ambigüité liée au partage de la maîtrise d'ouvrage **(1)** et de préciser le régime des biens de la concession **(2)**.

1. L'abandon préférable du partage de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur les réseaux de distribution

942- Dans le droit commun des concessions de service public, la construction et l'installation des équipements et ouvrages nécessaires à l'exploitation du service concédé incombent entièrement à concessionnaire. A ce titre, il endosse le rôle de maître d'ouvrage pour l'ensemble des travaux y afférents. Cette charge de l'exploitant est d'ailleurs l'une des caractéristiques fondamentales qui distinguent la concession d'une modalité de gestion voisine, l'affermage[1296]. Dans l'état actuel du droit, les concessions de distribution d'électricité et de gaz présentent un caractère dérogatoire dans la mesure où la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau concédé fait l'objet d'une répartition entre les collectivités concédantes et leur concessionnaire.

943- Il ressort de l'article 36 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz[1297], codifié aux articles L. 2224-31 du CGCT et L. 322-6 du code de l'énergie, que les autorités organisatrices du réseau public de distribution ont la faculté de faire exécuter en tout ou en partie à leur charge, les travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution. Toutefois, ces différents textes ne précisent pas la clé de répartition de la maîtrise d'ouvrage des travaux. Ils laissent aux cocontractants le soin de déterminer les modalités de ce partage à travers le cahier des charges de la concession.

[1296] L'affermage est « *un contrat par lequel une personne publique (autorité affermante) confie l'exploitation d'un service public, pour une durée déterminée (généralement moins longue que celle d'une concession, du fait de l'absence de capitaux à amortir), à un fermier librement choisi (…). L'Administration finance les frais de premier établissement (le fermier n'avançant que le fond de roulement), et met éventuellement à la disposition de son partenaire les ouvrages nécessaires à l'exécution du service. Le gestionnaire exploite l'activité à ses risques et périls, perçoit directement des redevances sur les usagers, mais doit acquitter un fermage, d'un montant prédéterminé par le contrat, à la personne publique (son bénéfice étant donc égal à la différence entre ces deux sommes)'il appartient au fermier d'entretenir les ouvrages qui ont été mis à sa disposition, les travaux de renforcement et d'extension sont à la charge de la collectivité affermante*» (LE MESTRE R., *Droit du service public*, Gualino Editeur, Paris, 2003).

[1297] Loi n° 46-628, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

944- Si cette configuration présente l'avantage de préserver la liberté contractuelle des parties prenantes, elle n'en demeure pas moins source de litiges naissant des revendications soulevées de part et d'autre. En effet, dans le vaste champ de possibilités ouvert par ces dispositions, des litiges récurrents opposent l'autorité concédante à son concessionnaire pour déterminer laquelle des deux parties dispose de la maîtrise d'ouvrage pour la réalisation d'une opération. Sur ce point, l'analyse de la jurisprudence permet de faire la typologie des motifs de contestation opposant les parties : soit le contrat reste muet pour certaines catégories de travaux[1298], soit les clauses de répartition font l'objet d'interprétations divergentes[1299].

945- Plus fondamentalement, le partage de la maîtrise d'ouvrage entre les collectivités concédantes et les gestionnaires des réseaux n'est pas satisfaisant et ne contribue pas à l'efficacité du système de distribution d'énergie. A l'origine, l'article 36 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 a maintenu ce partage afin de ne pas dessaisir complétement les collectivités territoriales, lesquelles devaient contribuer à la création et l'exploitation de leurs réseaux de distribution. Dans ce contexte, les investissements réalisés directement par les collectivités concédantes étaient censés venir en complément de ceux du gestionnaire de réseau[1300]. Avec l'évolution, les autorités organisatrices ont eu tendance à vouloir se substituer à leur concessionnaire dont les investissements ont été jugés trop faibles pour assurer la qualité du service public de la distribution. C'est ainsi qu'elles ont largement concentré leurs actions sur le renforcement et l'enfouissement des réseaux en basse tension (BT) au motif que cette portion a été délaissée par le concessionnaire.

946- Cependant, ce système de partage de la maîtrise d'ouvrage présente deux inconvénients majeurs. Il s'agit d'une part de la difficulté à opérer une coordination efficace entre les actions réalisées par les parties prenantes sur les réseaux. La coordination suppose qu'en amont les collectivités concédantes et leur concessionnaire puissent procéder à la planification commune

[1298] Voir notamment : CAA de Lyon, 8 janvier 2013, Le Syndicat Intercommunal d'Énergies d'Équipement et d'Environnement de la Nièvre (SIEEEN), n° 11LY02198 (à propos d'un recours visant à déterminer le titulaire de la maîtrise d'ouvrage des travaux de raccordement au réseau des producteurs d'énergie en l'absence de toute stipulation expresse du contrat).

[1299] Voir notamment : CAA de Nantes, 5 décembre 2014, Société ERDF, n° 13NT01455 ; Cabinet BODA, « Litige sur la répartition de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau public de distribution d'électricité », http://www.boda-avocat.com/index.php/actualites/item/34-litige-sur-la-repartition-de-la-maitrise-d-ouvrage-des-travaux-sur-le-reseau-public-de-distribution-d-electricite

[1300] C'est dans cette optique qu'a été créé en 1936 le Fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE) « pour compenser la faiblesse des investissements des opérateurs privés sur les réseaux de distribution d'électricité dans les zones rurales » (Cour des comptes, Les aides pour l'électrification rurale : un instrument de péréquation efficace, qui doit s'adapter à de nouveaux enjeux, rapport public annuel 2018, p. 77.

de l'ensemble des travaux à réaliser sur les réseaux concédés. Pour cela il faudrait que les parties prenantes communiquent de manière transparente et s'échangent des informations complètes sur l'état du réseau et les investissements à réaliser. Or, dans leur large majorité, les autorités organisatrices déplorent le caractère partiel des informations qui leur sont communiquées par leur délégataire à travers les comptes rendus annuels d'activités et les conférences départementales.

947- D'autre part, la répartition de la maîtrise d'ouvrage engendre inéluctablement une dilution de la responsabilité du service public de la distribution entre les autorités organisatrices et les gestionnaires de réseaux. Un même segment du réseau de distribution peut ainsi faire l'objet d'interventions successives de la collectivité concédante et du concessionnaire. En ce qui concerne les réseaux en basse tension, par exemple, « *si l'autorité concédante tend à conserver la maîtrise d'ouvrage des travaux de renforcement et de sécurisation, via les programmes du FACÉ, le concessionnaire demeure responsable du renouvellement* »[1301]. Dans cette configuration, les parties prenantes peuvent se renvoyer la responsabilité des travaux, chacune invoquant les défaillances de son cocontractant pour justifier la dégradation de la qualité du réseau. C'est ainsi qu'Enedis reproche aux collectivités concédantes regroupées au sein de la FNCCR de concentrer l'essentiel des travaux dont elles assurent la maîtrise d'ouvrage sur les réseaux en basse tension alors que les réseaux en moyenne tension sont à l'origine d'une part très significative de la durée de coupure[1302]. Selon le concessionnaire, les interventions des collectivités concédantes, notamment en matière d'enfouissement, sont principalement motivées par la volonté d'amélioration esthétique. Leur impact sur la qualité des réseaux est marginal[1303].

948- Dans ce contexte, il est souhaitable d'abandonner le système actuel de partage de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur les réseaux de distribution d'énergie. En effet, comme le relève la Commission de régulation de l'énergie, « *si toute adaptation du cadre contractuel s'avérait impuissante à faire émerger les champs de responsabilité des différentes parties*

1301 Commission de régulation de l'énergie, Rapport sur la qualité de l'électricité. Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité, préc., p. 176.
1302 Idem. ; Ce constat est partagé par la Cour des comptes qui considère : « *L'absence de pilote unique et la multiplicité des maîtrises d'ouvrage dans les zones relevant du régime d'électrification rurale nuisent à la cohérence des actions menées, et peuvent conduire à privilégier des travaux moins prioritaires pour la sécurisation du réseau* » (Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, Rapport public annuel, 2013, p. 129).
1303 En ce sens : DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Université de Pau et des pays de l'Adour, thèse, novembre 2016, p. 123.

prenantes dans un cadre financier incitatif pour tous, il serait souhaitable de mettre fin au partage actuel de la maîtrise d'ouvrage et d'en attribuer l'ensemble au gestionnaire, seul à disposer des moyens humains et matériels nécessaires »[1304].

949- Cette solution peut paraître radicale, mais elle présenterait l'avantage de simplifier le cadre juridique des concessions de distribution d'énergie en les rapprochant du droit commun des délégations de service public. Dans ce schéma, l'autorité concédante limiterait son intervention à l'exercice de ses pouvoirs de direction et de contrôle en veillant à ce que les critères de qualité préalablement définis soient respectés par son concessionnaire.

950- L'abandon de la dualité de la maîtrise d'ouvrage devrait néanmoins s'accompagner d'un mécanisme de sécurisation des investissements. A ce titre, il pourrait être envisagé de mettre en place un système de fléchage d'une part fixe des investissements du concessionnaire destinés à la réalisation des travaux antérieurement exécutés sous maîtrise d'ouvrage publique. Ainsi, le concessionnaire aurait-il intégralement la charge de la maîtrise d'ouvrage pour la réalisation de l'ensemble des travaux sur le réseau concédé avec un engagement soit sur le niveau des investissements soit sur un niveau de qualité contractuellement défini. L'unification de la maîtrise d'ouvrage aux mains du gestionnaire serait alors gage de cohérence du réseau de distribution d'énergie. Pour la Cour des comptes, *« cette solution aurait le mérite d'éviter les interventions redondantes sur le réseau et de pouvoir définir des priorités nationales* »[1305]. Un besoin similaire de mise en cohérence s'exprime en ce qui concerne le régime juridique des biens affectés au service public concédé.

2. La nécessaire clarification du régime de propriété des biens affectés au service de distribution publique d'énergie

951- La question de la répartition des biens inclus dans le périmètre de la concession entre le patrimoine du concédant et celui de son concessionnaire n'est pas nouvelle, mais elle demeure actuelle. Il en va particulièrement ainsi à propos des biens affectés au service de distribution publique d'énergie. En effet, si la propriété des collectivités concédantes sur les réseaux de

[1304] Commission de régulation de l'énergie, Rapport sur la qualité de l'électricité. Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité, préc.
[1305] Cour des comptes, Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, rapport public annuel 2013, p. 136.

distribution d'électricité et de gaz bénéficie d'une consécration législative, elle n'en demeure pas moins fragilisée par les récentes évolutions jurisprudentielles. Les contours en deviennent flous, ce qui ne contribue pas à simplifier la comptabilisation des créances réciproques des co-contractants.

952- Le régime de propriété des biens d'une délégation de service public repose sur la distinction classique entre les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres[1306]. Les premiers sont la propriété du concédant pendant toute la durée de la délégation et doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat. Le délégataire ne dispose que d'un droit de jouissance exclusif sur ces biens pendant toute la période que dure la délégation[1307]. Les biens de reprise, quant à eux, « *sont, pendant la durée de la concession, propriété du concessionnaire, mais peuvent être repris par le concédant en fin de contrat. Les biens propres, enfin, sont définitivement la propriété du concessionnaire* »[1308].

953- En ce qui concerne les biens affectés au service de distribution publique d'énergie, le législateur leur a dès l'origine conféré le statut de biens de retour, appartenant *ab initio* aux collectivités concédantes. Ainsi, l'article 36 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation[1309] prévoyait-il que les ouvrages nécessaires à ce service public appartiennent aux autorités organisatrices de la distribution et doivent leur faire retour gratuitement en fin de concession. Cette propriété publique sur les réseaux de distribution a été rappelée de manière plus explicite par la loi du 9 août 2004[1310] pour l'électricité et celle du 7 décembre 2006[1311] pour le gaz. Désormais, ce sont les articles L. 322-4[1312] et L. 432-4[1313] du code de l'énergie qui servent de

---

1306 En ce sens : Conseil d'État, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* Rec. CE 1889, p. 783.

1307 Sur cette notion, voir notamment : SESTIER J-F., « Retour sur la question des biens de retour », BJCP, 2006, p. 327 ; ECKERT G., « Le Conseil d'État clarifie le régime des biens de retour », Contrats et Marchés publics n° 2, 2 février 2013, commentaire n° 41 ; EVEILLARD G., « Nouveau retour sur les biens de retour », Droit Administratif n° 2, mars 2013, commentaire n° 20 ; LLORENS F., « la théorie des biens de retour après l'arrêt « Commune de Douai », Contrats et Marchés publics n° 7, juillet 2013, étude 7.

1308 EVEILLARD G., « Nouveau retour sur les biens de retour », précité.

1309 Loi n° 46-628, JORF du 9 avril 1946, p. 2951.

1310 Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004 p. 14256.

1311 Loi n° 2006-1537 relative au secteur de l'énergie, JORF n° 284 du 8 décembre 2006, p. 18531.

1312 « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 324-1, les ouvrages des réseaux publics de distribution, y compris ceux qui, ayant appartenu à Electricité de France, ont fait l'objet d'un transfert au 1er janvier 2005, appartiennent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements (…)* ».

1313 Cet article dispose : « *Les réseaux publics de distribution de gaz appartiennent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements (…)* ».

fondement légal à la propriété des collectivités concédantes sur les réseaux de distribution d'énergie.

954- Le juge administratif a longtemps consolidé cette propriété publique sur les biens de la concession en interprétant de manière assez extensive les dispositions législatives précitées. C'est ainsi que dans son arrêt « *Société du gaz franco-belge* » du 10 janvier 1938[1314], la juridiction administrative a jugé que nonobstant les stipulations contractuelles et l'acquisition des biens par le concessionnaire, la collectivité publique délégante est propriétaire des biens immeubles affectés au service délégué et nécessaires à sa continuité. Dans un avis rendu le 19 avril 2005, la même juridiction a considéré que « *l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention* »[1315]. Le conseil d'État a d'ailleurs réaffirmé ce principe plus récemment, dans sa décision « Commune de Douai »[1316] en considérant comme équivalentes les notions de « biens nécessaires » et « biens indispensables » au service public concédé[1317].

955- Cette première ligne jurisprudentielle était donc assez favorable aux collectivités concédantes dans la mesure où la Haute juridiction administrative considérait globalement « *que sont des biens de retour tous ceux qui deviennent nécessaires au fonctionnement du service en cours d'exécution du contrat. Ce faisant, il adoptait une approche pragmatique du caractère nécessaire du bien, celui-ci n'étant pas déterminé abstraitement à partir des stipulations contractuelles, mais concrètement en fonction de l'exécution du contrat* »[1318].

956- Cependant, s'éloignant de sa traditionnelle ligne jurisprudentielle, le juge administratif a maintenant tendance à remettre en cause la propriété des collectivités concédantes sur les biens de la concession de distribution d'énergie. Par sa dernière décision « Commune de Douai » rendue le 11 mai 2016, il a jugé « *qu'il découle des spécificités [*du service de distribution publique d'électricité*] que les biens affectés en vertu de ces dispositions concurremment à*

[1314] Conseil d'Etat, 10 janvier 1938, *Société du gaz franco-belge,* n°29737, Lebon p. 1.
[1315] Conseil d'État, section Travaux publics, 19 avril 2005, avis n°371234.
[1316] Conseil d'État, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788.
[1317] Dans ses conclusion, M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public, a relevé : « *dans le contexte particulier des concessions de service public, nécessaire ou indispensable nous paraissent des notions équivalentes, et donc interchangeables* » (DACOSTA B., conclusions sous Conseil d'Etat, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788.
[1318] PACHEN-LEFEVRE M-H. et BODA J-S., « DSP, les biens de retour et l'intérêt du service public », La Gazette, avril 2015, p. 42.

plusieurs concessions de service public de distribution d'électricité et, le cas échéant, également à des concessions de distribution de gaz par la société ERDF en sa qualité de gestionnaire du réseau de distribution d'électricité, demeurent la propriété de cette dernière, à laquelle il revient d'assurer la cohérence du réseau de ses concessions et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation du réseau public de distribution »[1319]. Ainsi, les biens mutualisés entre différentes concessions de distribution d'énergie doivent-ils être considérés comme appartenant au concessionnaire.

957- Cette solution présente certes l'intérêt d'éviter d'aboutir à un imbroglio inextricable susceptible de résulter d'une « *sorte de propriété partagée* [des biens multi-affectées] *entre les différentes collectivités concédantes* »[1320]. Mais elle n'en demeure pas moins réductrice des prérogatives des autorités organisatrices en admettant, par dérogation au droit commun des concessions, que des biens nécessaires au service public concédé puissent échapper à leur propriété. Plus fondamentalement, la solution retenue par le Conseil d'État semble valider la possibilité pour le concessionnaire actuel de dresser des obstacles supplémentaires à l'entrée de potentiels concurrents sur le marché de la distribution d'énergie. Dans la mesure où il lui est « *loisible d'affecter un bien simultanément à l'exploitation de plusieurs concessions* »[1321], il suffirait au concessionnaire de faire entrer dans son propre patrimoine le maximum de biens indispensables à la continuité du service en faisant usage de son pouvoir de multi-affectation pour pérenniser sa situation de monopole. Ce faisant, il mettrait l'autorité concédante dans une situation de « capture », la contraignant ainsi à continuer à lui confier la gestion de son réseau, même dans un contexte d'ouverture à la concurrence[1322].

958- Il apparaît donc qu'au-delà de fragiliser les droits des collectivités concédantes, cette nouvelle position jurisprudentielle pourrait avoir pour effet d'accentuer la dépendance des autorités organisatrices de la distribution à l'égard de leur concessionnaire prédésigné.

[1319] Conseil d'État, 11 mai 2016, Commune de Douai, n° 375533.
[1320] ECKERT G., « Régime des biens dans les concessions de distribution d'électricité », Contrats et Marchés publics, n°7, juillet 2016, commentaire n° 183.
[1321] Conseil d'Etat, 11 mai 2016, Commune de Douai, préc., considérant n° 3.
[1322] En ce sens : DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Université de Pau et des Pays de l'Adour, thèse, 2016.

Paragraphe II : Le renforcement souhaitable de la liberté contractuelle des autorités organisatrices de la distribution d'énergie

959- Le rééquilibrage des relations partenariales en matière de distribution d'énergie suppose de soustraire les collectivités concédantes de la situation de capture dans laquelle elles se trouvent à l'égard de l'opérateur historique. Cela passe nécessairement par la reconnaissance effective de la liberté contractuelle des autorités organisatrices de la distribution, lesquelles doivent pouvoir l'exercer à travers le choix de leur concessionnaire **(A)**, mais également en cours de concession **(B)**.

A- Consacrer la liberté de la collectivité concédante dans le choix du gestionnaire du réseau

960- L'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie ne peut qu'être progressive, en fonction de l'évolution de la configuration de chaque segment. En ce qui concerne la distribution d'énergie, sa spécificité a jusque-là justifié l'existence du droit d'exclusivité au profit des gestionnaires de réseaux désignés par le législateur. Néanmoins, il nous semble aujourd'hui souhaitable de reconnaitre la liberté des collectivités concédantes dans le choix de leur gestionnaire de réseau. En effet, l'ouverture à la concurrence n'est pas incompatible avec les impératifs du service public de la distribution d'énergie. Contrairement aux arguments parfois avancés, ni la cohérence des réseaux **(1)** ni le principe de péréquation ne s'opposent à la mise en concurrence des concessions de distribution d'énergie **(2)**.

1. Une mise en concurrence compatible avec la cohérence du réseau

961- L'existence du droit exclusif au profit des concessionnaires imposés des autorités organisatrices de la distribution d'énergie a longtemps été présentée comme un schéma indiscutable et, en tout été de cause, intangible. D'ailleurs, dans les affaires contentieuses où sa pertinence a pu être contestée, les juridictions nationales se sont limitées à valider, sans les analyser au fond, les justifications avancées depuis la nationalisation du secteur.

962- C'est ainsi que saisie de la question en 2006, le Conseil constitutionnel a considéré que l'existence du monopole « *trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du*

réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France[1323] *et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution* »[1324]. Les mêmes arguments ont été repris dix ans plus tard par le Conseil d'État pour attribuer au concessionnaire la propriété des biens affectés à plusieurs concessions de distribution d'électricité[1325].

963- Cependant, il est permis de considérer que si ces justifications ont pu être pertinentes dans le contexte particulier post-seconde-guerre-mondiale, les évolutions ultérieures du secteur semblent les avoir rendues inopérantes. Il en va ainsi du motif tiré de la nécessité d'assurer la cohérence des réseaux de distribution d'électricité et de gaz. Dans la configuration actuelle, la cohérence du système de distribution publique d'énergie est présentée comme subordonnée à l'existence d'un gestionnaire unique de réseau sur 95% du territoire national. Or, comme le soulignent beaucoup d'observateurs, ce monopole de l'opérateur historique et des DNN n'est ni une condition nécessaire ni une garantie suffisante de la cohérence des réseaux de distribution d'énergie[1326].

964- D'une part, la cohérence du système de distribution publique d'énergie dépend moins de la situation de monopole que de l'existence et de l'harmonisation des règles juridiques et techniques s'imposant aux acteurs. Quel que soit le nombre de gestionnaires présents sur le territoire, la cohérence de l'ensemble du système repose sur des mécanismes techniques permettant l'interconnexion entre les différents réseaux concernés. Cette interconnexion a d'ailleurs pu se faire, en ce qui concerne le transport d'énergie, dès le milieu des années 1930 entre les réseaux exploités à cette époque par les principales sociétés de transport[1327]. Elle s'est également opérée, sur la même période, entre les réseaux exploités par les 6 principaux distributeurs[1328]. Au demeurant, la présence actuelle de distributeurs non nationalisés à côté des opérateurs historiques de dimension nationale n'a pas suscité de difficultés particulières pour assurer la cohérence du système avec l'interconnexion de leurs réseaux respectifs. Celle-ci est rendue possible par l'existence de règles techniques déterminées au niveau national et qui sont

[1323] Cela est également valable pour Enedis en ce qui concerne la distribution d'électricité.
[1324] Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, considérant n° 31, JORF du 8 décembre 2006, p. 18544.
[1325] Conseil d'État, 11 mai 2016, Commune de Douai, n° 375533.
[1326] En ce sens : ROUSSEAU D., « Etude relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie » ; DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, thèse précitée.
[1327] Voir : LACOSTE J., « Interconnexion des réseaux d'énergie électrique en France. Raisons et enjeux de l'interconnexion en France 1919-1941 », FLUX Cahiers scientifiques internationaux Réseaux et Territoires, n° 4, février 1986, pp. 105-141.
[1328] *Idem*.

communes à tous les gestionnaires des réseaux de distribution[1329]. Cela permet d'assurer le déploiement du réseau de distribution sur l'ensemble du territoire de manière uniforme.

965- Par ailleurs, même dans l'hypothèse où il serait admis que « *les caractéristiques techniques de l'activité justifient sa gestion par un monopole, il existe potentiellement plusieurs entreprises susceptibles d'exercer cette activité* »[1330]. Dans ce contexte, devrait donc s'organiser une « *concurrence pour le marché* »[1331] comme l'ont fait plusieurs États pour la gestion d'infrastructures considérées comme des facilités essentielles[1332].

966- D'autre part, la présence d'un gestionnaire unique en situation monopolistique n'est pas une garantie suffisante de la cohérence de l'ensemble du réseau de distribution. Comme tout opérateur économique, le distributeur est naturellement enclin à accentuer ses investissements sur les zones économiquement les plus rentables, au détriment de celles d'une moindre densité démographique, en particulier les zones rurales. Dans ce jeu à somme nulle, seule la mise en place de mécanismes correcteurs est de nature à assurer la prise en charge de l'impératif de cohérence du réseau, lequel demeure en tout état de cause une externalité pour l'opérateur économique.

967- Il apparaît donc que le motif tiré de la nécessité d'assurer la cohérence des réseaux de distribution d'énergie n'est pas déterminant pour justifier le monopole des gestionnaires de réseaux. Ne l'est pas davantage la justification fondée sur l'impératif d'opérer la péréquation tarifaire sur l'ensemble du territoire national.

[1329] En ce sens : PACHEN-LEFEVRE M-H. et FONTAINE C., « L'ouverture à la concurrence des concessions d'énergie », préc.

[1330] MOUGEOT M. et NAEGELEN F., « La concurrence pour le marché », Revue d'économie politique, 2005, vol. 115, p. 739.

[1331] Théorisée principalement par le britannique Sir Edwin CHADWICK (1800-1890), la notion de concurrence pour le marché repose sur l'idée que, dans les secteurs où la position de monopole naturel demeure techniquement et économiquement la seule viable, l'attribution de ce monopole doit être précédée d'une mise en concurrence afin de déterminer lequel des acteurs économiques est le plus apte à assurer le service concerné.

[1332] A titre d'illustration, l'Angleterre mis en place la concurrence pour le marché dans le cadre de la gestion des activités de transport ferroviaire depuis le Railways Act de 1994. De la même manière, en Suède la gestion des services de transport urbain est mise en concurrence depuis 1988.

2. Une mise en concurrence compatible avec la péréquation tarifaire

968- Dans le système économique, la péréquation tarifaire renvoie à l'opération qui *« consiste à appliquer un tarif commun à une catégorie d'usagers et ce, indépendamment des coûts de revient propres au territoire sur lequel ils se trouvent »*[1333]. Elle suppose d'opérer une dissociation entre les tarifs appliqués par les opérateurs et les coûts réels de production du bien mis sur le marché. Dans le domaine de la distribution électrique et gazière, la péréquation implique l'application d'un prix unique sur l'ensemble du territoire national. Concrètement cela signifie qu'établis sur différentes zones, les usagers des réseaux acquittent la même redevance en contrepartie du service de distribution qui leur est fourni, et ce indépendamment des surcoûts induits par le profil énergétique de leur lieu d'établissement.

969- La péréquation traduit donc l'idée de solidarité entre les territoires et plus particulièrement entre les zones rurales et celles plus urbaines. Son origine historique est d'ailleurs à rechercher dans le militantisme des élus des communes rurales. Ces derniers, bénéficiant d'un large socle de représentation au sein de la FNCCR, ont contribué à promouvoir l'électrification de leurs territoires dans des conditions comparables à celles des zones urbaines[1334].

970- Contrairement à ce qu'a considéré le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée[1335], « *la péréquation tarifaire n'est pas la conséquence d'un monopole, quel que soit le secteur considéré, mais d'éléments « correcteurs » du marché qui permettent une régulation des prix sur un territoire donné* »[1336]. En ce qui concerne l'activité de distribution d'électricité et de gaz, cette correction réside dans deux éléments complémentaires. Le premier est la détermination d'un tarif unique applicable sur l'ensemble du territoire et s'imposant à tous les gestionnaires de réseaux de distribution. Il s'agit du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) fixé au niveau national dans les conditions précisées à l'article L. 341-3 du code de l'énergie. Le second élément de la péréquation consiste en la répartition des charges

[1333] POUPEAU F-M., « La fabrique d'une solidarité nationale. État et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », Revue française de science politique, octobre 2007, vol. 57, p. 599.
[1334] EN ce sens : POUPEAU F-M., « La fabrique d'une solidarité nationale. Etat et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », préc.
[1335] Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, considérant n° 31, JORF du 8 décembre 2006, p. 18544.
[1336] ROUSSEAU D., « Etude relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie », préc.

résultant de l'activité de distribution d'énergie entre les gestionnaires des réseaux présents sur le territoire[1337]. C'est la vocation du Fonds de péréquation de l'énergie destiné à compenser « *tout ou partie des coûts supportés par ces gestionnaires et qui, en raison des particularités des réseaux qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par le TURPE* »[1338].

971- Tous ces mécanismes de correction du marché permettent d'assurer la péréquation tarifaire, laquelle ne dépend pas de l'existence d'un monopole. Ils pourraient valablement s'appliquer dans un cadre concurrentiel mettant en présence plusieurs opérateurs. Il n'y a donc pas d'obstacle technique majeur à la mise en concurrence des concessions de distribution d'électricité et de gaz. Au demeurant, dans l'hypothèse où il serait admis que la péréquation tarifaire ne pourrait se réaliser que dans le cadre du monopole, les principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique imposeraient de mettre en concurrence les acteurs économiques pour l'octroi de ce droit exclusif. Cette solution semble plus respectueuse du droit de l'Union européenne en matière d'exercice d'activités marchandes, quel que soit le mode de gestion choisi.

B- Consacrer la liberté des autorités organisatrices dans le choix du mode de gestion

972- Contrairement à leur situation habituelle où elles choisissent plus ou moins librement le mode de gestion des services publics relevant de leur compétence, les autorités organisatrices de la distribution d'énergie bénéficient d'une marge de manœuvre très réduite en ce qui concerne la distribution d'énergie. En leur conférant la qualité d'autorités concédante tout en leur imposant leur concessionnaire, la loi de nationalisation du 8 avril 1946 les a confinées dans une posture passive qui accentue le déséquilibre des relations qu'elles entretiennent avec leur délégataire. Dès lors, l'ouverture de ce service public à d'autres modes de gestion pourrait permettre de mettre fin à cette situation de « capture ». Cette solution présenterait l'avantage de redonner aux actuelles collectivités concédantes les moyens de jouer de manière plus effective leur rôle d'autorités organisatrices, et ce à un double titre : en amont, par leur arbitrage entre

[1337] Code de l'énergie, article L. 121-29 ; décret n° 2017-847 du 9 mai 2017 relatif à la péréquation des charges de distribution d'électricité, JORF n° 0109 du 10 mai 2017.
[1338] Commission de régulation de l'énergie (CRE), Délibération portant décision sur les niveaux de dotation au titre du fonds de péréquation de l'électricité pour GEREDIS Deux-Sèvres au titre des années 2016 et 2017.

différents modes de gestion de leur service de distribution (**1**) et, en aval, par l'usage de la réversibilité en guise de sanction à l'égard du partenaire défaillant (**2**).

1. L'organisation d'une compétition entre les modes de gestion de la distribution d'énergie

973- Responsable du service public relevant de son domaine de compétence, la collectivité publique dispose, en principe, d'une grande liberté dans la détermination de son mode de gestion. A l'exclusion des services publics régaliens dont l'exercice ne peut être externalisé[1339], la personne publique choisit librement le mode de gestion qu'elle juge le plus opportun. Toutefois, ce choix échappe à la libre détermination des autorités organisatrices en ce qui concerne la distribution publique d'énergie. Celle-ci ne peut être assurée qu'à travers deux montages : la concession dans la majorité des cas et la régie.

974- Pour les autorités organisatrices qui ont choisi de concéder l'exploitation de leur réseau de distribution d'électricité et de gaz à l'opérateur historique[1340], ce choix est irréversible. Cela signifie que 95% des autorités organisatrices de la distribution d'énergie n'ont pas la maîtrise du mode de gestion de ce service public. Elles se retrouvent enfermées dans un schéma prédéfini face à un délégataire auquel elles sont définitivement liées. Quant aux collectivités qui exploitent directement leur réseau d'énergie et celles qui en ont confié la gestion à un distributeur non nationalisé, leur situation n'est pas fondamentalement différente. En effet, si elles décident de sortir du schéma dans lequel elles se trouvent actuellement, elles ne pourront le faire qu'en faveur de la concession du réseau de distribution à ENGIE pour le gaz et Enedis pour l'électricité. La palette de choix n'est guère des plus larges.

975- Ce verrouillage n'est ni juridiquement cohérent ni économiquement satisfaisant. Outre le fait qu'il vide de leur substance les principes de libre administration des collectivités territoriales et de liberté contractuelle des acteurs, il prive la distribution d'énergie des bienfaits inhérents aux autres schémas envisageables. Or, même si elle est le schéma historique dans ce secteur, il n'a pas été démontré que la concession de service public soit intrinsèquement plus pertinente que les autres modes de gestion pour assurer l'exploitation des réseaux de

[1339] Il en va notamment ainsi du service public de la police qui ne peut être délégué (Conseil d'Etat, 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary ; CE, 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt, n° 170606).
[1340] Il s'agit d'Enedis pour l'électricité et d'ENGIE pour le gaz.

distribution d'énergie. A titre comparatif, la qualité des réseaux concédés n'est pas supérieure à celle des réseaux gérés en régie, quel que soit le critère pris en compte[1341].

976- A l'heure où la performance doit être recherchée, y compris dans les services publics, il nous paraît judicieux d'ouvrir les réseaux de distribution à d'autres modes de gestion. Il devrait donc s'organiser une forme de compétition entre différents montages envisageables afin de choisir le schéma le plus pertinent en prenant en compte, la qualité du service, les coûts induits, la rentabilité économique et les autres externalités socio-politiques.

977- La mise en place de cette compétition, suppose que l'autorité organisatrice dispose des éléments pertinents pour procéder, en amont, à l'analyse comparative des différents modes de gestion. Cette opération serait comparable à la méthode du « Public sector comparator » développée au Royaume-Uni dès 1999 et dont le législateur français s'est inspiré à travers l'instauration de l'obligation d'évaluation préalable à la passation des marchés de partenariat[1342]. Pour l'autorité organisatrice, cette solution impliquerait deux choses : d'une part, elle aurait la possibilité d'exercer effectivement sa liberté contractuelle en choisissant le mode gestion qu'elle juge le plus pertinent ; d'autre part, elle aurait à sa charge l'obligation de motiver son choix[1343].

978- Par ailleurs, l'admission de la réversibilité du choix est un moyen d'amener les collectivités propriétaires des réseaux de mieux s'impliquer dans leur gestion. La perspective de pouvoir passer d'un schéma à un autre devrait susciter une plus grande attention aux résultats et amener les décideurs à procéder à des évaluations périodiques rigoureuses en cours d'exploitation « *pour leur permettre d'effectuer un choix éclairé et leur être d'un réel apport* »[1344]. Elle aurait également un impact sur la durée des concessions de distribution d'électricité et de gaz. Le caractère excessif de la durée des actuelles concessions s'explique en partie par le fait que les collectivités concédantes sont contraintes de renouveler le même

[1341] En ce sens, Commission de régulation de l'énergie (CRE), « Rapport sur la qualité de l'électricité : Diagnostics et propositions sur la continuité de l'alimentation en électricité », octobre 2010 ; Assemblée Nationale, rapport d'information n° 3307 sur « la sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité », présenté par Jan PRORIOL, avril 2011.
[1342] En ce sens : Institut de la Gestion Déléguée (IGD), « Evaluation des contrats globaux de partenariat. Principes, méthode, comparaisons », La Gazette, Etudes et documents, Cahier détaché n° 2 - 14/1736, avril 2004.
[1343] Voir : BABUSIAUX Ch. (sous la direction de), « Quelle compétition des modes de gestion pour l'amélioration du service public », IGD, 2005.
[1344] *Idem*, p. 47.

schéma, qui plus est avec le même cocontractant et avec des marges de négociation très réduites. Dans cette configuration, elles ne trouvent pas un intérêt particulier à fixer une courte durée à ces contrats. Avec l'ouverture du service de distribution à d'autres modes de gestion, les collectivités concédantes seraient plus enclines à limiter la durée des concessions dans la perspective de pouvoir changer de montage contractuel ou institutionnel en fin contrat. Elles peuvent également faire usage de leur faculté de changement du mode de gestion en guise de sanction à l'égard de leur concessionnaire défaillant.

2. L'utilisation de la réversibilité du choix du mode de gestion comme mécanisme de sanction du concessionnaire défaillant

979- L'équilibrage des relations entre les gestionnaires des réseaux de distribution d'énergie et les autorités organisatrices suppose de confier à ces dernières de véritables pouvoirs de sanction en cas de défaillance de leur cocontractant. Il s'avère aujourd'hui que les sanctions applicables, principalement sous forme pécuniaire, ne sont pas assez contraignantes et n'incitent pas les concessionnaires à améliorer la qualité du service public de la distribution d'énergie. En l'absence de toute « *contestabilité* »[1345], les deux distributeurs historiques ne sont pas soumis à une pression assez forte pour les inciter à atteindre les objectifs que leur fixent les autorités organisatrices en matière de qualité et de continuité de la desserte en énergie.

980- Pour pallier cette insuffisance, les collectivités concédantes devraient avoir la faculté de changer de mode de gestion de leurs réseaux en cas de défaillances graves et/ou répétées de leur concessionnaire. Cela signifie concrètement, que l'autorité organisatrice aurait la possibilité de reprendre en régie la gestion de son réseau ou de la confier à une entreprise locale de distribution sur laquelle elle exerce une influence déterminante. Cette solution serait d'ailleurs la contrepartie de la faculté reconnue aux collectivités territoriales dotées d'un distributeur non nationalisé de lui substituer Enedis ou ENGIE. Elle présente l'avantage de respecter l'égalité de traitement entre ces derniers et les entreprises locales de distribution tout

[1345] Francisation du terme anglais « contestability », la notion de contestabilité a été théorisée par les économistes William BAUMOL, John C. PANZAR et Robert WILLIG dans leur ouvrage intitulé *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure*, San Diego, Saunders College Publishing Hartcourt Brace, 1982. Elle renvoie à un marché sur lequel une concurrence potentielle garantit une qualité de service acceptable et des prix concurrentiels. Un marché contestable suppose donc la possibilité de la remise en cause de la situation de l'opérateur dominant par l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Voir également : BONIN H., « Les services collectifs : contestabilité, acceptabilité, mutabilité », in : BONIN H. et DELZANGLES H. (sous la direction de), Partenariat public-privé : Enjeux et défis, Féret, 2016.

en donnant « *à l'autorité organisatrice un moyen – ultime et majeur – de pression et d'arbitrage en cas de blocage définitif de la dynamique concessive* »[1346].

981- Cette option n'implique pas la remise en cause de la concession comme mode de gestion de principe. Elle postule simplement qu'en cas de défaillance du concessionnaire, l'autorité concédante ne serait plus dans l'obligation de renouveler le contrat. « *La possibilité de recourir à un opérateur public local prendrait un caractère subsidiaire : elle sanctionnerait l'échec de l'opérateur sortant* »[1347]. Dès lors, il est important d'en encadrer le recours par les collectivités concédantes. Cela suppose d'une part, l'intégration dans le contrat de concession d'objectifs clairs et de critères précis pour en vérifier la réalisation et d'autre part la mise en place d'une évaluation rigoureuse en cours et en fin de contrat.

982- Pour la collectivité concédante, la mise en œuvre de cette faculté doit être précédée d'une étude approfondie pour en anticiper les conséquences et envisager laquelle des alternatives est la plus pertinente. Il lui faut notamment prendre en compte le fait que si la régie lui permet d'avoir un total contrôle sur l'activité, elle comporte également des contraintes liées en particulier à la charge des investissements et au statut juridique du personnel repris de son ancien concessionnaire. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la faculté de substitution d'opérateur serait admise, l'autorité organisatrice serait en face d'une pluralité de montages contractuels ou institutionnels envisageables. La société d'économie mixte locale pourrait être une alternative viable tout autant que la régie simple ou celle dite assistée[1348]. Ces options ont fait leur preuve dans d'autres services publics en réseaux tels que le secteur de l'eau[1349].

983- Cela accentue la nécessité de procéder à une étude approfondie préalablement à la mise en œuvre de la réversibilité du mode de gestion comme levier de sanction à l'égard du gestionnaire défaillant. La méthodologie utilisée en matière d'évaluation préalable dans la

[1346] FNCCR, *Quelle mode de gestion pour les services publics locaux de l'électricité ?*, Livre blanc, p. 92.
[1347] FNCCR, *Quelle mode de gestion pour les services publics locaux de l'électricité ?* Livre blanc, préc., p. 9.
[1348] La régie assistée est le schéma dans lequel la personne publique endosse la responsabilité d'un service public tout en ayant recours à un prestataire extérieur pour en assurer une partie sur le fondement d'un marché public de travaux, fournitures ou services.
[1349] Voir : BORDONNEAU M-A., CANNEVA G., ORANGE G. et GAMBIER D., « Le changement de mode de gestion des services d'eau », in : *Les enjeux de la gestion locale de l'eau*, Annuaire des collectivités, 2010, 30, pp. 131-147.

procédure de passation des marchés de partenariat pourrait également y être un outil pertinent d'aide à la décision. Cela permettrait aux autorités organisatrices de la distribution d'énergie de pleinement se réapproprier la compétence énergétique en leur donnant la possibilité de coordonner efficacement leurs interventions sur la chaîne énergétique, de la production à la consommation en passant par le maillon clé de la distribution[1350].

Section II : Des PPP créatrices de nouvelles synergies dans la gestion de l'équilibre des réseaux

984- La transition énergétique suppose l'évolution d'un système fortement centralisé vers une configuration reposant davantage sur l'implication des acteurs locaux. Le développement de la production des énergies renouvelables, intermittentes par définition, soulève la question de leur intégration dans les réseaux d'acheminement. La gestion des flux et de l'équilibre de ces derniers ne saurait se faire sans une gestion intégrée rendant nécessaires la création de synergies nouvelles entre toutes les parties prenantes. L'équilibrage des flux a longtemps été placé sous la responsabilité des concessionnaires du transport et de la distribution d'énergie, à l'exclusion des autorités concédantes (**Paragraphe I**). Le principe de cette délégation s'est maintenu ; néanmoins, ses implications sont désormais atténuées. En effet, les autorités organisatrices de la distribution prennent une part plus active dans la gestion des réseaux à travers notamment leur faculté de proposer un service de flexibilité locale (**Paragraphe II**).

Paragraphe 1 : Des personnes publiques initialement exclues de la gestion de l'équilibre des réseaux

985- Si elle demeure soustraite à l'ouverture à la concurrence, la gestion des réseaux d'acheminement d'énergie n'est pas pour autant insensible aux fluctuations affectant les autres segments du secteur de l'énergie. L'émergence d'acteurs intermédiaires dans la chaîne de valeur énergétique dont l'action a une incidence sur l'équilibre des flux (**B)** ne

[1350] En ce sens : REGNIER Y., « Habiliter la décentralisation énergétique par une montée en capacité des territoires », in, CLER, 100% Energies renouvelables : les derniers obstacles, consultable sur le site : https://cler.org/wp-content/uploads/2017/01/CLER_INFOS_107.pdf

remet pas en cause le fait que les délégataires des services publics du transport et de la distribution d'énergie demeurent les garants traditionnels de l'équilibre des réseaux d'acheminement (**A**).

A- Les gestionnaires, garants de l'équilibre physique des réseaux

986- La mission des gestionnaires des réseaux d'acheminement d'énergie est largement définie par le législateur qui en fait les seuls garants de l'équilibre des flux (**1**) tout en leur confiant les prérogatives nécessaires à l'exercice de cette fonction (**2**).

1. Un rôle d'équilibrage législativement consacré

987- Que ce soit pour l'électricité ou pour le gaz, le gestionnaire du réseau d'acheminement assure l'équilibre des flux en tenant compte des contraintes techniques pesant sur celui-ci. En ce qui concerne l'électricité cette mission du gestionnaire de réseaux lui est confiée par les articles L. 321-10 du code de l'énergie pour le transport et L. 322-9 pour la distribution. Quant au secteur gazier, ce sont les articles L. 431-3 et L. 432-11 du même code qui attribuent cette fonction d'équilibrage aux gestionnaires de réseaux.

988- Concrètement, cette mission consiste à prévenir et à résorber les déséquilibres entre la production énergétique transitant sur les réseaux et la consommation. Pour le secteur électrique, les déséquilibres en question peuvent notamment se présenter sous forme de congestions. Ce terme désigne la situation de saturation du réseau, qui de fait se trouve dans l'incapacité ponctuelle ou définitive d'acheminer les quantités injectées pour satisfaire la demande[1351]. Il s'agit d'un dysfonctionnement du réseau électrique dû à l'atteinte des capacités maximales de transit des flux pouvant entrainer l'échauffement et la rupture des lignes. En effet, « *une ligne est dimensionnée pour une température maximale et en cas de congestions (…) il ne se forme pas une file d'attente mais c'est la rupture de la ligne. Le coût de la défaillance est alors exorbitant car d'autres lignes peuvent s'effondrer en cascade* »[1352].

[1351] En ce sens : MANZO V., Traitement des congestions dans les réseaux de transport et dans un environnement dérégulé, Institut Nationale Polytechnique de Grenoble (INPG), thèse, 2004.
[1352] PERCEBOIS J., « Ouverture à la concurrence et régulation des industries de réseaux : le cas du gaz et de l'électricité. Quelques enseignements au vu de l'expérience européenne », Économie publique/Public economics [En ligne], mis en ligne le 03 janvier 2006, consulté le 06/01/2019.

989- Pour prévenir la survenance de ces dysfonctionnements, le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité joue le rôle de coordonnateur et de pilote du dispositif d'équilibrage du système. A ce titre, il est chargé de centraliser et de mettre en œuvre quotidiennement les programmes d'appel et les programmes d'approvisionnement respectivement établis par les producteurs et les organismes en charge de la fourniture[1353]. Ce dispositif de programmation permet « *d'apprécier, à diverses échéances, la conformité des échanges commerciaux avec les contraintes physiques du système en confrontant, dès la veille pour le lendemain, les quantités que les acteurs de marché prévoient d'injecter sur le réseau aux prévisions de consommation réalisées à l'échelle nationale et locale* »[1354].

990- Une fonction similaire est dévolue aux gestionnaires des réseaux publics de distribution tenus de prendre les mesures qui leur incombent pour que la tension délivrée par les réseaux soit globalement maintenue à l'intérieur d'une plage de variation et pour que la continuité de cette tension soit globalement assurée. Il leur appartient donc d'éviter les chutes de tension sur les réseaux qu'ils exploitent notamment en compensant les pertes en ligne[1355].

991- Ces actions préventives ont pour finalité d'éviter la survenance de dysfonctionnements. Cependant, il peut arriver que des déséquilibres surviennent, en particulier lorsqu'il y a un écart entre les quantités prévisionnelles d'injection et de soutirage et celles effectivement réalisées. Garants de l'équilibre du système, les gestionnaires de réseaux sont alors appelés à prendre toutes les mesures nécessaires pour remédier à ce déséquilibre en faisant usage des instruments d'ajustement mis à leur disposition.

2. Des instruments d'ajustement dédiés : les réserves d'équilibrage

992- Garants de l'équilibre des réseaux, les gestionnaires doivent prévenir et pallier les dysfonctionnements pouvant affecter la continuité du service public de la desserte d'énergie. Pour y pourvoir, le législateur les a dotés d'outils spécifiquement dédiés au rééquilibrage des

[1353] Les programmes d'appel portent sur les quantités d'électricité que les producteurs prévoient de livrer au cours de la journée suivante. Les programmes d'approvisionnement portent sur les quantités d'électricité qu'il est prévu de livrer aux fournisseurs et qu'ils prévoient de livrer au cours de la journée suivante (code de l'énergie, article L. 321-9).

[1354] RTE, « Feuille de route de l'équilibrage du système électrique français », Livre vert, juin 2016, p. 22.

[1355] Les pertes en ligne constituent un phénomène physique lié à la déperdition d'énergie qui s'opère dès qu'un courant circule dans le matériau conducteur des liaisons. Une partie de l'électricité acheminée se dissipe sous forme de chaleur, c'est ce qu'on appelle l'effet Joule.

flux. Ainsi, en ce qui concerne le secteur de l'électricité, le gestionnaire du réseau de transport dispose-t-il de trois types de réserves qu'il peut mettre en œuvre pour résorber les déséquilibres entre la production et la consommation. Il s'agit des réserves primaire, secondaire et tertiaire.

993- Encore appelées « Services système fréquence », les réserves primaires et secondaires sont activées de manière automatique par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité afin de ramener la fréquence du réseau à sa valeur de référence, soit 50 Hz. Au niveau européen, les réserves primaires sont dimensionnées pour pouvoir compenser la perte simultanée des deux plus gros réacteurs nucléaires présents sur la plaque continentale, représentant 3000 MW. La France y contribue à hauteur de 570 MW. Quant à la réserve secondaire, elle est dimensionnée entre 500 et 1180 MW. Activées dans un bref délai à compter de la constatation du déséquilibre sur le réseau de transport[1356], ces réserves primaire et secondaires sont approvisionnées par les capacités mises à disposition de la RTE par les producteurs obligés. Sont concernés par cette obligation tous les producteurs « *dont les installations disposent d'une capacité constructive de réglage de la fréquence ou de la tension* »[1357].

994- En complément des services système, le gestionnaire du réseau de transport dispose du mécanisme d'ajustement, également appelé réserve tertiaire. Contrairement aux premières qui sont activées de manière automatique, les réserves tertiaires sont activées manuellement en sollicitant les producteurs et consommateurs raccordés au réseau pour qu'ils mettent en œuvre des offres d'ajustement de leur production ou de leur consommation à la hausse ou à la baisse. A cet effet, « *la totalité de la puissance non utilisée techniquement disponible sur chacune des installations de production raccordées au réseau public de transport est mise à disposition du gestionnaire de ce réseau par les producteurs dans leurs offres sur le mécanisme d'ajustement* »[1358]. Constituant un élément central du modèle français d'ajustement, cette obligation permet au gestionnaire de réseau de disposer des moyens

[1356] La réserve primaire intervient entre 15 et 30 secondes à compter du déséquilibre. La réserve secondaire est quant à elle activée en 400 secondes. (Source : CRE, https://www.cre.fr/Electricite/Reseaux-d-electricite/Services-systeme-et-mecanisme-d-ajustement).
[1357] Code de l'énergie, article L. 321-11.
[1358] Code de l'énergie, article L. 321-13.

nécessaires à l'exercice de sa mission d'équilibrage et de sûreté du système électrique[1359]. Pour être opérationnel, ce dispositif exige que le gestionnaire de réseau dispose en temps réel d'une information fine sur l'ensemble des capacités disponibles. « *A cet effet, toute installation de production raccordée au réseau public de transport ou au réseau public de distribution et toute capacité d'effacement de consommation doit faire l'objet, par son exploitant, d'une demande de certification de capacité auprès du gestionnaire du réseau public de transport* »[1360].

995- Cette partie de la réserve tertiaire se fonde sur un système d'offres libres émises par les acteurs concernés sur sollicitation du gestionnaire de réseau à la suite d'un déséquilibre constaté. Elle n'est donc pas dimensionnée à l'avance. A l'inverse, l'autre composante de la réserve tertiaire repose sur une contractualisation des relations entre le gestionnaire du réseau de transport et les producteurs. Cette contractualisation s'organise sur la base d'un appel d'offres préalable à l'occasion duquel chaque acteur d'ajustement candidat propose la puissance qu'il peut mettre à disposition, le temps de réponse associé ainsi que les conditions financières de sa rémunération. Ce mécanisme permet au gestionnaire, en amont du temps réel, de disposer de réserves suffisantes pour assurer l'équilibre du réseau qu'il exploite[1361]. Les modalités de constitution de ces réserves montrent que si le gestionnaire de réseau assume le rôle de responsable de son équilibre physique, son action n'est rendue possible que par la collaboration des autres acteurs du marché.

B- L'intervention d'acteurs intermédiaires dans l'équilibrage des réseaux

996- L'exercice de la mission d'équilibrage des réseaux d'acheminement d'énergie amène le gestionnaire à entretenir des relations contractuelles avec d'autres acteurs du secteur. Ces relations permettent de créer une synergie entre l'ensemble des acteurs pour une optimisation des flux transitant par les réseaux. C'est dans ce cadre que s'inscrivent l'intervention des responsables d'équilibre (**1**) et celle des opérateurs d'effacement (**2**).

[1359] En ce sens : RTE, Feuille de route de l'équilibrage du système électrique français, Livre vert, juin 2017, p. 26.
[1360] Code de l'énergie, article L 321-16, alinéa 2.
[1361] L'ensemble de la réserve tertiaire contractualisée est dimensionné à hauteur de 1500 MW dont 1000 MW constituent la réserve dite rapide dont le temps de réaction est de 13 minutes. Les 500 MW constituent la réserve complémentaire activable en 30 minute (Source : Observatoire de l'Industrie Electrique, La gestion de l'équilibre du système électrique, fiche pédagogique, avril 2017).

1. Les responsables de périmètre d'équilibre

997- La France a fait le choix d'un système électrique reposant sur la responsabilisation des acteurs du marché. C'est ainsi que l'article L. 321-15 du code de l'énergie dispose que « *Chaque producteur d'électricité raccordé aux réseaux publics de transport ou de distribution et chaque consommateur d'électricité (…), est responsable des écarts entre* les *injections et les soutirages d'électricité auxquels il procède* ». Le législateur leur laisse la possibilité de conclure directement un contrat avec le gestionnaire du réseau de transport pour déterminer les modalités de l'imputation financière des écarts dont ils sont responsables ou alors d'en laisser la charge à un responsable d'équilibre.

998- Les responsables d'équilibre sont des opérateurs économiques qui ont pris l'engagement contractuel auprès du gestionnaire du réseau de transport de financer le coût des écarts entre les volumes d'électricité injectés et ceux soutirés. En matière d'équilibrage des flux, leur rôle ne se confond pas avec celui du gestionnaire des réseaux. Ce dernier veille en temps réel à l'équilibre physique du réseau en recourant, le cas échéant, aux mécanismes d'ajustement pour compenser les écarts entre la production et la consommation. Quant au responsable de périmètre d'équilibre, il ne pilote pas l'équilibre physique du réseau. Son intervention revêt un caractère purement financier consistant à verser au gestionnaire de réseau, à titre de compensation, le prix des écarts négatifs constatés sur son périmètre entre les injections et les soutirages[1362]. A l'inverse, en cas d'écart positif, c'est-à-dire lorsque le volume des injections est supérieur à celui des soutirages, le responsable d'équilibre perçoit une rémunération.

999- La logique de compensation sur laquelle repose le dispositif de responsable d'équilibre et qui ressort de l'article L. 321-14 du code de l'énergie[1363] justifie que le prix du règlement des écarts soit directement lié à celui des offres d'ajustement sollicités par le gestionnaire du réseau de transport pour maintenir l'équilibre du système électrique. La fonction de responsable de périmètre d'équilibre revêt donc un caractère principalement financier et cela explique que son exercice ne soit pas réservé aux seuls opérateurs énergéticiens. D'autres

[1362] Voir : Institut Energie Développement, Etude sur l'équilibre entre l'offre et la demande sur le réseau d'électricité, juillet 2017, disponible sur le site de l'institut : https ://www.public.institut-energie-developpement.com.

[1363] Aux termes de l'article L. 321-14 du code de l'énergie, le gestionnaire peut, « *compte tenu des écarts constatés par rapport aux programmes [d'appel et d'approvisionnement] et des coûts liés aux ajustements, demander ou attribuer une compensation financière aux utilisateurs concernés* ».

acteurs économiques peuvent valablement avoir le statut de responsable d'équilibre dès lors qu'ils concluent un accord de participation avec le gestionnaire du réseau de transport d'électricité[1364]. Pour l'opérateur économique concerné, la conclusion de l'accord de participation vaut acceptation des règles de comptage et de valorisation des écarts fixées par le gestionnaire du réseau de transport et approuvées par la Commission de régulation de l'énergie[1365].

1000- Une fois l'accord de participation conclu, le responsable d'équilibre dispose d'un périmètre d'équilibre composé de l'ensemble des sites d'injection et de soutirage constituant son portefeuille d'activité. La maîtrise de celui-ci revêt un enjeu majeur pour la réduction des risques financiers endossés par le responsable d'équilibre. C'est donc en toute logique que ce dernier est amené à jouer le rôle d'agrégateur d'énergie, en particulier lorsque son périmètre d'équilibre comporte des sites d'injection à partir de source renouvelable. A ce titre, il agit comme un acteur intermédiaire entre les producteurs et le marché de l'énergie en assurant l'écoulement optimal des volumes énergétiques produits et ainsi réduire les écarts. Son action s'exerce dans le cadre du marché de capacité tout comme celle des opérateurs d'effacement qui concourent à la flexibilité du secteur de l'énergie.

2. Les opérateurs d'effacement

1001- L'action sur les capacités de production ne constitue pas le seul levier disponible pour la gestion de l'équilibre des réseaux d'acheminement d'énergie. En plus des réserves d'équilibrage sus-évoquées, la flexibilité des réseaux publics d'électricité est en partie assurée par la mise en œuvre d'opérations d'effacement de consommation. Celles-ci se définissent « *comme l'action visant à baisser temporairement, sur sollicitation ponctuelle envoyée à un ou plusieurs consommateurs finals par un opérateur d'effacement ou un fournisseur d'électricité, le niveau de soutirage effectif d'électricité sur les réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité d'un ou de plusieurs sites de consommation, par rapport à un*

[1364] Au 31 décembre 2017, le nombre de responsables d'équilibre disposant d'un contrat valide avec RTE s'élevait à 194 (Source : RTE, Bilan électrique 2017, https://bilan-electrique-2017.rte-france.com/flexibilite/51-activite-des-responsables-dequilibre/).

[1365] Voir : RTE, Règles relatives à la Programmation, au Mécanisme d'Ajustement et au Recouvrement des charges d'ajustement ; CRE, Délibération n° 2018-159 du 12 juillet 2018 portant approbation des règles relatives à la programmation, au mécanisme d'ajustement et au dispositif de responsable d'équilibre.

programme prévisionnel de consommation ou à une consommation estimée »[1366]. Sans nécessairement l'exclure, elles ne se confondent pas pour autant avec une action d'économie d'énergie dont l'objet est la réduction pérenne de la demande d'énergie[1367]. L'effacement ne vise que la réduction temporaire de l'appel de puissance sur le réseau électrique[1368].

1002- L'instauration d'un cadre juridique de l'effacement de consommation en France a fait émerger de nouveaux acteurs économiques dont l'activité consiste en la valorisation financière des capacités d'effacement de consommation électrique. Les appels d'offres organisés par le gestionnaire du réseau de transport pour la constitution des réserves d'équilibrage, les mécanismes d'ajustement ainsi que le marché de gros de l'électricité offrent à ces opérateurs d'effacement les principaux débouchés de leur activité. En ce qui concerne les mécanismes d'ajustement, la mise en œuvre des offres d'effacement se fait dans des conditions similaires à celles qui régissent les offres des producteurs d'électricité. L'opérateur d'effacement propose dans son offre d'ajustement les conditions financières et techniques d'activation de ses capacités d'effacement et s'engage sur leur disponibilité. En contrepartie, il perçoit une rémunération de la part du gestionnaire de réseau à chaque fois que son offre est appelée pour corriger un déséquilibre du système électrique[1369].

1003- A côté des mécanismes d'ajustement, les capacités d'effacement peuvent être valorisées par les opérateurs dans le cadre des appels d'offres organisés par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité. Prévue à l'article L. 271-4 du code de l'énergie, cette procédure peut être mise en œuvre lorsque les capacités d'effacement ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie ou lorsque leur développement est insuffisant au vu des besoins mis en évidence dans le bilan prévisionnel pluriannuel. C'est dans ce cadre qu'au titre de l'année 2018, la RTE a lancé une procédure d'appel d'offres pour une capacité d'effacement cumulée de 2200 MW. Peuvent y participer les opérateurs dont les capacités d'effacement sont supérieures ou égales à 1 MW et composées exclusivement de

[1366] Code de l'énergie, article L. 271-1.
[1367] L'effacement de consommation peut déboucher sur une économie d'énergie. C'est le cas lorsque la part de consommation effacée n'est ni couverte par de l'autoproduction ni compensée par l'effet rebond, c'est-à-dire l'augmentation de la consommation qui suit généralement la période d'effacement.
[1368] En ce sens : ADEME, L'effacement de consommation électrique en France. Evaluation du potentiel d'effacement par modulation de process dans l'industrie et le tertiaire en France métropolitaine, rapport final, septembre 2017, Cet ouvrage est disponible en ligne sur : www.ademe.fr/effacement-consommation-electriquefrance.
[1369] *Idem*.

sites de soutirage raccordés aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité[1370].

1004- En soumettant une offre, l'opérateur s'engage notamment à mettre à disposition sa capacité d'effacement pendant une période de disponibilité minimale définie dans le cahier des charges[1371]. En contrepartie, il perçoit du gestionnaire du réseau de transport une prime rémunérant les effacements de consommation. Ce cadre de valorisation permet aux opérateurs d'effacement de participer aux mécanismes d'ajustement qui étaient jusque-là réservés aux producteurs. D'ailleurs, sur la constitution des réserves rapides et complémentaires, la place croissante occupée par les offres des opérateurs d'effacement a fait baisser la part de marché des actifs de production de l'opérateur historique (EDF) qui passe à moins de 20% en 2016 contre 100% en 2011[1372].

1005- Les mécanismes d'équilibrage sus-évoqués reposent intégralement sur les acteurs du marché de l'énergie. Les personnes publiques, pourtant responsables du service public en dernier ressort, n'y interviennent que très à la marge. Directement aux prises avec les réalités du terrain, leur concours peut pourtant être déterminant pour la mise en place d'un système énergétique plus flexible et plus adapté à l'intégration de la production renouvelable dans les réseaux d'acheminement. C'est dans cette perspective que s'inscrit le dispositif du service de flexibilité qui implique davantage les autorités concédantes dans l'équilibrage des réseaux.

Paragraphe II : Des collectivités publiques désormais associées à l'optimisation de la gestion des flux : le service de flexibilité locale

1006- La place croissante accordée à la production d'énergie renouvelable dans le mix énergétique soulève la question de l'adaptation des réseaux d'acheminement à la nouvelle configuration du secteur. L'intermittence de cette production exige la mise en place d'un

[1370] Article 1.4.1.1 du cahier des charges de l'appel d'offres portant sur le développement de capacités d'effacement de consommation d'électricité pour 2018, disponible sur le site de RTE : https://clients.rte-france.com/htm/fr/offre/telecharge/20180419_Cahier_des_charges_appel_offres_effacement_2018.pdf .

[1371] Pour l'appel d'offres lancé au titre de l'année 2018, les périodes de disponibilité minimale correspondaient soit à 60 jours ouvrés au titre d'un Contrat de Réserves Rapide et Complémentaire, soit à 20 jours parmi les Jours signalés par RTE sur le Mécanisme d'Ajustement ou sur les marchés de l'énergie (Cahier des charges de l'appel d'offres, article 2.3).

[1372] Source : Autorité de la concurrence, Avis n° 16-A-22 du 22 novembre 2016 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité.

système plus flexible de gestion des flux transitant par les réseaux. Les acteurs institutionnels sont désormais associés à cette démarche. C'est dans cette logique que s'inscrit le service de flexibilité local dont le déploiement, à titre expérimental, nécessite l'action conjointe du gestionnaire de réseau et des collectivités publiques en association avec les producteurs et consommateurs **(A)**. Ce dispositif qui ouvre de nouvelles perspectives de partenariat entre acteurs publics et privés permet aux autorités organisatrices de la distribution d'énergie de prendre une part plus active dans la coordination des actions énergétiques sur leurs territoires **(B)**.

A- Un service de flexibilité à l'initiative partagée

1007- L'expérimentation du service de flexibilité locale par l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[1373] offre l'occasion d'un renouvellement des relations partenariales entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les collectivités publiques. Elle permet à ces dernières d'être davantage impliquées dans l'exploitation des gisements de flexibilité localement disponibles par la possibilité de proposer la mise en place de ce service **(1)**. Le gestionnaire de réseau n'est pas pour autant dessaisi ; son pouvoir de décision demeure préservé **(2)**.

1. Un service déployé sur proposition des collectivités publiques

1008- A titre expérimental, pour une durée de 4 ans renouvelable une fois, l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte a ouvert aux acteurs institutionnels locaux la possibilité de proposer la réalisation d'un service de flexibilité locale sur des portions du réseau de distribution d'électricité. Ce service a pour objet d'optimiser la gestion des flux d'électricité entre un ensemble de producteurs et un ensemble de consommateurs raccordés au réseau public de distribution d'électricité afin de moduler la puissance injectée et la puissance soutirée localement sur des ouvrages du réseau public de distribution d'électricité et d'éviter au gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité des investissements ou des coûts de gestion tout en assurant un bénéfice positif pour le système électrique[1374].

[1373] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[1374] Notice du décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité, JORF n° 0125 du 31 mai 2016.

1009- La proposition de mettre en place ce dispositif peut être faite par les collectivités territoriales et leurs groupements ayant la qualité d'autorités organisatrices de la distribution d'électricité et les établissements publics de coopération intercommunale en tant que coordinateurs de la transition énergétique au sens de l'article L. 2224-34 du CGCT[1375]. La personne publique auteure de la proposition endosse le rôle de porteur de projet. A ce titre, elle est en charge de communiquer au gestionnaire du réseau de distribution les éléments essentiels du service dont elle propose la mise en place. Ces informations sont destinées à permettre au concessionnaire du réseau d'apprécier la valeur de la flexibilité proposée. Elles comportent notamment la liste des sites de production et de consommation connectés au réseau et associés à l'expérimentation ainsi que la caractérisation de la capacité flexible. La présentation transmise au gestionnaire de réseau précise également la période sur laquelle le porteur de projet s'engage à mettre à disposition le service proposé ainsi que le nombre limite d'activations susceptibles d'être réalisées[1376].

1010- Il apparaît que ce dispositif place les collectivités publiques initiatrices dans le rôle d'intermédiaire entre le distributeur d'électricité et les autres acteurs du marché, placés en amont et en aval du réseau de distribution. Pour que leur action dans le cadre de ce dispositif soit pleinement contributive, les porteurs de projet doivent avoir à leur disposition les informations techniques et financières pertinentes sur la concession de distribution. Cela suppose que les comptes rendus annuels produits par les gestionnaires de réseaux soient les plus détaillés possibles pour servir de base de concertation en vue de l'optimisation des investissements sur le réseau. A défaut, les collectivités territoriales et leurs groupements auront du mal à s'impliquer dans la gestion des flux d'électricité et à s'approprier ce nouveau dispositif. Il est d'ailleurs symptomatique que, depuis sa mise en place en 2015, la première expérimentation d'un service de flexibilité locale n'a pu être validée qu'en novembre 2018 par la [1377]. Cette frilosité des acteurs institutionnels locaux s'explique également par le fait

[1375] Aux termes de cette disposition, « les établissements publics de coopération intercommunale et la métropole de Lyon, lorsqu'ils ont adopté le plan climat-air-énergie territorial mentionné à l'article L. 229-26 du code de l'environnement, sont les coordinateurs de la transition énergétique ».

[1376] Voir : Enedis, Notice d'information relative à l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, disponible sur : https://www.enedis.fr/sites/default/files/Enedis-NOI-TEC_83E.PDF .

[1377] CRE, Délibération du 21 novembre 2018 portant approbation d'une convention de service de flexibilité local proposée par Enedis sur le réseau public de distribution

que leurs prérogatives se limitent à la phase de proposition, le pouvoir de décision revenant au gestionnaire de réseau, sous le contrôle du régulateur.

2. Un déploiement subordonné à l'accord du gestionnaire du réseau de distribution

1011- Si le service de flexibilité locale est laissé à l'initiative des collectivités territoriales et de leurs groupements, son déploiement rend nécessaire l'intervention des gestionnaires de réseaux. En effet, la proposition formulée par la personne publique doit être validée par le concessionnaire qui se prononce au regard de la valeur du service. Celle-ci sera jugée comme positive si le dispositif de flexibilité proposé est apte à remplir les objectifs fixés par l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique et son décret d'application[1378].

1012- Pour l'appréciation de la valeur du service de flexibilité dont la mise en place est proposée, le gestionnaire de réseau procède à une étude « *afin de déterminer l'impact potentiel du service sur les coûts d'investissement ou de gestion du réseau public de distribution d'électricité* »[1379]. Pour aboutir à l'émission d'un avis positif, l'étude réalisée doit établir deux éléments principaux : l'utilité du service et sa valeur positive.

1013- L'utilité du service proposé se vérifie lorsque sa mise en place permet de résoudre une contrainte avérée pesant sur l'exploitation du réseau. Le périmètre de flexibilité proposé, c'est-à-dire l'ensemble de sites d'injection et/ou de soutirage impliqués dans le dispositif, doit alors concerner une portion de réseau en proie à des problèmes relatifs par exemple à la tenue de la tension sur les lignes. A défaut, le service de flexibilité ne présenterait pas d'utilité pour le système de distribution et dans ce cas la proposition de la personne publique serait rejetée par le gestionnaire de réseaux. Ce sont par exemple les contraintes techniques qui ont été prises en compte par l'opérateur Enedis dans l'étude de la valeur du service proposé par une Communauté de communes en association avec un industriel raccordé à un poste source

d'électricité, https://www.cre.fr/Documents/Deliberations/Approbation/Approbation-d-un-contrat-de-flexibilite-locale-sur-le-reseau-de-distribution .

[1378] Décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité, préc.

[1379] Article 3 du décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité, préc.

soumis à des chutes de tension en période de forte consommation[1380]. L'effacement intégral de la consommation de l'industriel pourvoyeur de flexibilité par l'utilisation ponctuelle de groupes électrogènes d'une puissance de 3 MW permettrait de résorber la contrainte pesant sur la portion de réseau concerné[1381]. Dans ce cadre, le service de flexibilité proposé par la collectivité publique est réputé avoir de l'utilité pour le système électrique.

1014- Une fois la question de l'utilité du service de flexibilité résolue, l'étude doit aborder le second pallier du raisonnement relatif à l'estimation de sa valeur positive. Celle-ci se vérifie en particulier lorsque le dispositif proposé permet au gestionnaire d'éviter ou de reporter un investissement qu'il serait amené à réaliser pour traiter la contrainte décelée. Concrètement, cela consiste à procéder à une comparaison entre, d'une part, la situation de référence établie par le concessionnaire selon ses règles d'étude habituelles et, d'autre part, celle qui résulterait de la mise en œuvre des mesures proposées par la personne publique[1382]. Le différentiel entre les deux scénarios modélisés renseigne sur la valeur du service de flexibilité et permet au gestionnaire de réseaux de motiver son avis. C'est cette démarche comparative qu'Enedis a mis en œuvre lors de l'étude de la proposition de service de flexibilité locale sus évoquée. Selon cette étude, le service proposé peut permettre de reporter 860 000 euros d'investissement, nécessaires au renforcement du poste source auquel est raccordé le consommateur industriel pourvoyeur de flexibilité, tout en gardant le même niveau de qualité de la desserte. Il permet ainsi de réduire les coûts d'exploitation du réseau de distribution en initiant une gestion plus intégrée des réseaux d'énergie.

B- Un service de flexibilité vecteur d'une gestion intégrée des réseaux d'énergie

1015- Dans la mesure où elle permet l'implication des collectivités territoriales et de leurs groupements dans la gestion de l'équilibre des réseaux de distribution, le service de flexibilité locale ouvre de nouvelles perspectives de renouvellement des relations partenariales qu'elles entretiennent avec leur concessionnaire. Elle permet de dépasser le cadre étriqué de la

[1380] Enedis, rapport d'études relatif au Service de Flexibilité proposé par une communauté de commune, réalisé le 01/05/2018 et transmis à la CRE le 10 octobre 2018.
[1381] CRE, Délibération du 21 novembre 2018 portant approbation d'une convention de service de flexibilité local proposée par Enedis sur le réseau public de distribution d'électricité, préc.
[1382] En ce sens : Enedis, Notice d'information relative à l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, préc.

concession de distribution (**1**) pour adopter une vision globale de la politique énergétique au niveau des territoires, ce qui annonce peut-être l'émergence d'une régulation locale (**2**).

1. Un dispositif débordant le cadre restrictif de la concession de distribution

1016- L'optimisation de l'aménagement énergétique impose de jouer sur la complémentarité des ressources énergétiques disponibles au niveau de chaque territoire. Pour les pouvoirs publics, cela suppose d'adopter une approche décloisonnée de la politique énergétique, en particulier en ce qui concerne la gestion des réseaux d'acheminement. Dans cette perspective, le service de flexibilité locale peut être un dispositif intéressant dans la mesure où elle permet l'association d'acteurs non directement partie prenante dans les concessions de distribution d'énergie, mais qui n'en demeurent pas moins impactés par ses résultats. Par ailleurs, ce dispositif peut être un outil intéressant de pilotage des réseaux d'énergies, quelle qu'en soit la source, pour éviter les doublons et les concurrences entre les énergies disponibles.

1017- Concernant le champ d'application organique, le service de flexibilité locale offre un cadre de coopération plus large que la formule concessive de la distribution d'énergie. Celle-ci constitue un instrument de partenariat bilatéral entre les autorités concédantes et leur concessionnaire, excluant ainsi la participation d'autres acteurs. A l'inverse, le service de flexibilité locale relève d'une démarche plus inclusive permettant d'impliquer dans la gestion de l'équilibre des réseaux de distribution l'ensemble des acteurs dont le comportement est susceptible d'avoir un impact sur la qualité de la desserte d'énergie. C'est dans ce cadre que les consommateurs sont appelés à avoir un rôle plus actif à travers la possibilité de s'associer avec les organismes porteurs de projet pour être pourvoyeurs de flexibilité. Ce lien de coopération se noue en amont de la formulation de la proposition de mise en place du service de flexibilité par la personne publique. Il se concrétise par l'engagement d'un consommateur ou groupe de consommateurs à adopter, ponctuellement et sur demande, un comportement spécifique tel que la réduction des soutirages. De la même manière, les producteurs peuvent s'associer au porteur de projet avec par exemple un engagement de procéder à l'écrêtement de leur production ou à la conversion d'un excédent de production électrique en gaz naturel.

1018- Il apparaît donc que, même s'il est centré sur l'équilibre du réseau de distribution, le service de flexibilité local est susceptible de faire coopérer tous les acteurs intervenant sur l'ensemble de la chaîne de valeur énergétique. Pour les collectivités publiques et les pourvoyeurs de flexibilité auxquels elles s'associent, le dispositif est d'autant plus attractif qu'il est source de rémunération. Celle-ci est versée par le gestionnaire de réseau au porteur de projet et son montant est fixé à hauteur des coûts d'investissement ou de gestion de ses réseaux qui lui sont effectivement évités grâce au recours à la flexibilité[1383]. Dans la mesure où il n'est pas prévu que la rémunération tienne compte des coûts de mise en œuvre de la flexibilité par le porteur de projet, « *le dispositif est susceptible d'introduire une rémunération excédant une rémunération raisonnable au regard des charges effectivement engagées par le groupement* »[1384]. Si ce mode de calcul peut s'avérer particulièrement favorable au porteur de projet, il ne paraît pas en revanche financièrement incitatif pour le gestionnaire du réseau de distribution puisqu'en définitive il ne retire pas de bénéfice particulier de l'économie issue de l'évitement des coûts d'investissement ou de gestion. Il pourrait être judicieux d'organiser un partage de la rémunération entre le porteur de projet et le gestionnaire de réseau en tenant compte à la fois des coûts évités pour le second et de ceux de mise en œuvre du service pour le premier.

1019- Par ailleurs, le service de flexibilité locale permet de dépasser le strict cadre des concessions de distribution d'énergie en faisant coopérer plusieurs collectivités publiques au sein de la personne morale ayant la qualité de porteur de projet. Le périmètre de flexibilité ne correspondant pas nécessairement au périmètre géographique d'une concession, les autorités publiques concernées trouvent dans ce dispositif le cadre de coordination nécessaire à la cohésion des réseaux et à l'optimisation des investissements. A ce titre, le service de flexibilité locale peut être perçu comme un prolongement des conférences départementales initiées par la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité[1385].

[1383] Article 199 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, préc. ; article 3 du décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité, préc.
[1384] CRE, Délibération du 17 mars 2016 portant avis sur le projet de décret relatif au service de flexibilité locale.
[1385] Article 21 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010, JORF n°0284 du 8 décembre 2010, p. 21467.

1020- Concernant son champ d'application matériel, l'expérimentation du service de flexibilité locale peut servir d'outil de coordination des réseaux en se fondant sur la complémentarité des énergies disponibles à l'échelle des territoires. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'article 199 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, aux termes duquel les expérimentations du service de flexibilité locale peuvent « *porter sur l'optimisation globale des réseaux électriques et de gaz naturel par le biais d'injection de gaz issu d'électricité* »[1386]. Cette optimisation constitue un élément important de la transition énergétique et permet aux collectivités d'avoir une vision d'ensemble de la politique énergétique menée sur leur territoire. C'est dans ce cadre que le service de flexibilité locale pourrait être vecteur de l'émergence d'une réelle régulation énergétique locale.

2. Un dispositif annonciateur d'une régulation énergétique locale ?

1021- Dans un État unitaire comme la France, l'unité de la République a souvent été présentée comme intimement liée et subordonnée au centralisme. Ce jacobinisme se manifeste à travers l'harmonisation des politiques publiques mises en œuvre de manière uniforme sur l'ensemble du territoire national. Le domaine des services énergétiques n'a pas échappé à cette règle qui y est particulièrement accentuée par la notion de péréquation présentée comme la condition de l'égalité des territoires[1387]. Dans ce contexte, même si les autorités locales ont reçu quelques attributions en matière énergétique, celles-ci ne sont pas suffisamment conséquentes pour faire émerger une régulation locale tenant compte des spécificités de leurs territoires.

1022- Or, « *dans le domaine de l'énergie, comme dans bien d'autres secteurs (...), la réussite ne viendra pas d'une unification technocratique et conceptuelle mais d'une harmonisation pragmatique qui colle au réel* »[1388]. Ce constat est d'ailleurs partagé par le Parlement européen qui relève « *que la disparité géographique rend impossible de mettre en œuvre une politique énergétique identique pour tous dans l'ensemble des régions* »[1389]. Dès lors, l'institution européenne invite l'ensemble des régions à élaborer et mettre en œuvre des

[1386] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, préc.
[1387] Voir : ESTEBE Ph., *L'égalité des territoires. Une passion Française*, Paris, PUF, 2015.
[1388] De LADOUCETTE Ph., Décryptages, n° 22, janvier 2011.
[1389] Parlement européen, résolution du 14 mars 2013 portant « Feuille de route pour l'énergie à l'horizon 2050 », observation finale n° 103.

stratégies énergétiques adaptées à leur situation et leur économie « *pour une spécialisation intelligente* »[1390]. Les rédacteurs de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[1391] semblent avoir compris l'intérêt de cette démarche. A travers le service de flexibilité locale, ils ont entendu faire des autorités locales les acteurs de l'optimisation globale du système énergétique sur leur territoire. Intervenant sur toute la chaîne de valeur énergétique, soit directement soit par le biais de leur délégataire, les collectivités territoriales pourraient trouver dans ce dispositif un outil pertinent de mise en œuvre de la politique d'aménagement énergétique de leur territoire.

1023- A leur niveau, les autorités locales se trouvent placées dans le rôle de coordinateur des énergies. Elles sont par conséquent censées assurer la cohérence de l'ensemble de la chaîne de valeur tout en conciliant les impératifs, à la fois économiques, environnementaux et sociaux, que suscitent ce secteur. Elles exercent ainsi une fonction régulatrice que l'accroissement de leurs compétences énergétiques concourt à consolider. L'émergence de boucles énergétiques locales reposant sur l'appariement entre production décentralisée et consommation locale amène inéluctablement les autorités locales à davantage s'impliquer dans l'exercice de cette fonction de régulation. C'est dans ce cadre que, articulé avec les instruments de planification locale dont il peut être une déclinaison, le service de flexibilité locale contribue à la conciliation des impératifs susvisés[1392].

1024- Sous cet angle, l'action des collectivités territoriales apparaît comme le prolongement de celle du régulateur sectoriel national. Ce dernier veille au bon fonctionnement du marché de l'énergie conformément aux orientations fixées dans la politique énergétique. Les autorités locales, quant à elles, les intègrent dans la politique d'aménagement de leurs territoires à travers une démarche plus globale prenant en compte les spécificités locales. Concrètement, les collectivités territoriales exercent une forme de régulation « *ex ante* » à travers leurs actions quotidiennes de coordination des énergies, laissant au régulateur national le soin de la

[1390] Idem.
[1391] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, préc.
[1392] Voir : CHANARD C., De SEDE-MARCEAU M-H et ROBERT M., « Politique énergétique et facteur 4 : instruments et outils de régulation à disposition des collectivités », *Développement durable et territoires* [En ligne], Vol. 2, n° 1 | Mars 2011, mis en ligne le 23 février 2011, consulté le 26 mars 2019. URL : http://journals.openedition.org/developpementdurable/8776 ; DOI : 10.4000/developpementdurable.8776

régulation « *ex post* »[1393], en totale indépendance par rapport au marché et à l'égard du pouvoir politique[1394]. Leurs rapports se posent donc moins en termes de hiérarchie que de complémentarité[1395].

[1393] En ce sens : CALANDRI L., « Les rapports entre les collectivités territoriales et les régulateurs nationaux et européens de l'énergie », in : *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, Annuaire des collectivités territoriales*, 2013, 33, pp. 95-107.

[1394] Voir : ECKERT G., « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », Revue Française d'Administration Publique, 2012/3, n° 143, pp. 629-643 ; DELZANGLES H., « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de service public : éléments de droit comparé et européen », Droit et société, 2016/2, n° 93.

[1395] En ce sens : CRE, « Energies et territoires : une régulation, des régulations ? », Actes du colloque organisé le 11 octobre 2012.

CHAPITRE VIII : L'UTILISATION ENVISAGEABLE DU PPP DANS UNE PERSPECTIVE DE RESTRUCTURATION DU SYSTEME ENERGETIQUE

1025- L'intitulé même de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[1396] reflète un changement de paradigme dans la mesure où les questions énergétiques ne sont plus traitées de manière isolées. Elles sont désormais appréhendées dans une perspective plus globale de développement durable. Au-delà d'un simple changement de comportement de la part des acteurs, le processus de transition énergétique devrait traduire une volonté de restructurer le secteur sur un modèle fondamentalement différent de sa configuration actuelle. La construction du système sur un modèle centralisée suivant laquelle toute la politique énergétique est décidée au niveau des autorités centrales se concilie mal avec un des piliers de la transition énergétique, l'appropriation de la thématique énergétique par les acteurs locaux. Il apparaît donc nécessaire d'envisager l'évolution du système vers une configuration permettant une gestion plus inclusive et plus décentralisée des services énergétiques. Dans cette optique, les partenariats public-privé peuvent utilement être utilisés comme cadre de promotion des initiatives locales (**Section I**).

1026- Cette promotion ne saurait toutefois se concevoir sans lever les freins juridico-institutionnels qui ont jusque-là freiné le développement des projets énergétiques sur le territoire. La lourdeur des procédures et des charges pesant sur les porteurs de projets ainsi que les limitations juridiques sont autant de contraintes expliquant aujourd'hui les retards enregistrés par rapport aux trajectoires dessinées dans les différents instruments de programmation. Il convient aujourd'hui d'alléger ces différentes contraintes afin de libérer l'investissement dans les projets énergétiques à forte valeur ajoutée que ce soit en matière de production d'énergie renouvelable ou du point de vue de la maîtrise de la demande (**Section II**).

[1396] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, JORF n°0189 du 18 août 2015 p. 14263.

Section I : Des PPP vecteur potentiel d'une décentralisation énergétique

1027- Résultat d'une longue évolution, le système énergétique français a connu de profondes mutations qui n'ont pas manqué d'avoir un impact sur la nature des relations qu'entretiennent les acteurs du secteur. Sa configuration actuelle traduit une dynamique centralisatrice qui a accompagné tout son processus de construction et qui a finalement abouti à une forme d'accaparement des responsabilités énergétiques par l'Etat. En conséquence, les acteurs locaux se sont vus dessaisis de leur pouvoir de décision et relégués à une place secondaire dans la définition des orientations de la politique énergétique.

1028- Le schéma hyper centralisé sur lequel s'est construit le système énergétique français **(Paraphe I)** montre aujourd'hui ses limites et s'intègre mal à la perspective de transition énergétique fondée sur une meilleure implication des territoires. Il apparaît dès lors nécessaire d'enclencher et d'accompagner la dynamique de relocalisation des responsabilités énergétiques de sorte à promouvoir la production renouvelable et les actions de maîtrise de la consommation au niveau des territoires. A cet effet, les mécanismes de partenariat public-privé peuvent être d'un grand apport **(Paragraphe II)**.

Paragraphe I : Le constat de l'hyper centralisation du modèle énergétique

1029- La centralisation renvoie au schéma dans lequel l'ensemble des responsabilités, ou les plus importantes d'entre elles, sont détenues et exercées par les autorités nationales. Dans cette configuration, l'échelon local devient un simple terrain d'application des décisions prises par les autorités centrales. La marge de manœuvre et le pouvoir d'initiative des acteurs locaux s'en trouvent réduits à leur plus simple expression. Au gré des mutations qui en ont ponctué l'évolution, le système énergétique français s'est retrouvé dans la situation ci-dessus décrite **(A)** qui s'avère aujourd'hui anachronique car contraire aux nécessités d'une réelle transition énergétique **(B)**.

A- Une centralisation consubstantielle au processus de construction du système énergétique

1030- L'histoire du système énergétique français se confond avec celle des dynamiques centralisatrices qui ont progressivement abouti à sa « *préemption par l'Etat* »[1397]. Si dès leur origine les services énergétiques ont pu bénéficier d'un bon ancrage au niveau local **(1)**, les impératifs d'indépendance énergétique, de sécurité d'approvisionnement et de solidarité leur ont très vite imprimé une dimension nationale justifiant l'intervention quasi-exclusive de l'Etat **(2)**.

1. Des services énergétiques initialement ancrés au niveau local

1031- Contrairement à ce que pourrait laisser croire sa configuration actuelle, le système énergétique français n'a pas toujours suscité l'intérêt et l'intervention des autorités centrales. Une rétrospective permet de voir que leur déploiement a à l'origine été placé sous la responsabilité et le contrôle des communes, censées accompagner et encadrer l'initiative des opérateurs énergéticiens installés sur leur territoire.

1032- En ce qui concerne l'électricité, son déploiement s'est initialement fait de manière diffuse autour de centrales de petite taille reliées aux zones de consommation par des micro-réseaux de quelques centaines de mètres de longueur. Le mode de développement de cette énergie s'expliquait par son usage essentiellement industriel à ses débuts. Il est en effet l'œuvre « *des entrepreneurs locaux [qui] désirant par exemple alimenter en électricité leurs usines créent des micro-réseaux avec au centre des générateurs d'électricité, d'où le nom de centrale que ces générateurs portent toujours aujourd'hui* »[1398]. A ce stade, la nécessité de procéder à l'interconnexion des différents ilots électriques ne s'est pas imposée ; le déploiement de l'électricité a alors continué à s'opérer sous ce modèle diffus.

[1397] BOUTAUD B., Un modèle énergétique en transition ? Centralisme et décentralisation dans la régulation du système électrique français, Université Paris-Est, thèse, octobre 2016, p. 73.
[1398] Idem, p. 51.

1033- En l'absence de techniques permettant l'acheminement de l'énergie produite sur de longues distances[1399], les centrales électriques devaient être installées au plus près des lieux de consommation, au cœur des villes. Cela engendre inéluctablement des nuisances pour les populations riveraines. A Dijon par exemple, « *l'installation en centre-ville n'a pas tardé à être traquée comme une bête fauve par tous les voisins qui se plaignaient du bruit, des trépidations, de la fumée* »[1400]. Les tensions entre les propriétaires des centrales et les populations riveraines ont nécessité l'intervention des pouvoirs publics, celles des communes en particulier. Celles-ci y trouvent l'occasion de faire pleinement usage de leur clause générale de compétence nouvellement conférée par la loi de 1884 relative à l'organisation municipale[1401]. Ce contexte s'est avéré particulièrement propice à l'interventionnisme local tandis que l'État continuait d'être en retrait par rapport au secteur énergétique. En effet, « *il laisse aux communes disposant des leviers d'action et de la connaissance du territoire le soin de gérer et de contrôler le développement de l'électricité (…)* »[1402].

1034- Les autorités municipales se présentent alors comme les véritables architectes du système électrique en même temps que se diversifient les usages de l'électricité. Elles délivrent les permissions de voirie nécessaires à l'implantation des réseaux d'acheminement de l'énergie produite. C'est en particulier sous ce régime, pour le moins précaire, que furent installés les premiers équipements de distribution d'électricité en raison de l'existence de concessions au profit des compagnies gazières qui, dans la majorité des cas, bénéficiaient d'un droit d'exclusivité[1403]. Le rôle des communes s'est davantage affirmé avec la loi du 15 juin 1906[1404] qui, en même temps qu'elle place la distribution de

[1399] Alexandre FERNANDEZ rappelle par exemple qu'à ses débuts, « *l'installation basse tension à courant continu ne permettait pas de distribuer l'énergie au-delà de 500 mètres* » (FERNANDEZ A., « Les lumières de la ville. L'administration municipale à l'épreuve de l'électrification », Vingtième siècle. Revue d'histoire, 62, avril-juin 1999, p. 108.

[1400] BARBIER P., « Cent ans d'électricité à Dijon et en Côte-d'Or », Bulletin d'histoire de l'électricité, 10, 1987, pp. 69-86

[1401] L'article 61 de cette loi dispose : « *Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », (JORF du 6 avril 1884, p. 1557) ; MORGAND L., La loi municipale : commentaire de la loi du 5 avril* 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux, vol 2, Paris, Berger-Levrault, 1884, 646 p.

[1402] BOUTAUD B., Un modèle énergétique en transition ? Centralisme et décentralisation dans la régulation du système énergétique, préc., p. 51.

[1403] Voir notamment : POLACK R., Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie pour l'établissement des lignes de transport d'énergie électrique, Thèse, Paris, 1918 ; FERNANDEZ A., « Les lumières de la ville. L'administration municipale à l'épreuve de l'électrification », préc., p. 109 ; TESTE P., Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique, Paris, Dalloz, 1940.

[1404] Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 17 juin 1906, p. 4105.

d'électricité sous le régime de la concession, confère aux collectivités territoriales la qualité d'autorité organisatrice[1405]. Si beaucoup de communes ont souhaité déléguer à des sociétés privées l'activité de distribution, d'autres, comme la ville de Bordeaux[1406], ont montré « *leur intérêt de produire et/ou de distribuer l'électricité par leurs propres moyens sur la base d'une exploitation en régie dans un contexte d'essor du socialisme municipal* »[1407].

1035- L'ancrage local des services énergétiques n'a commencé à se fragiliser qu'à partir de la première guerre mondiale. Sous prétexte d'assurer l'indépendance énergétique du pays, l'État a entamé une forme d'accaparement de la responsabilité énergétique au détriment des collectivités territoriales peu à peu reléguées à un rang secondaire.

2. Un système énergétique progressivement accaparé par l'Etat

1036- La place centrale des collectivités territoriales s'est affirmée et a pu se consolider tant que le système énergétique se présentait sous la forme d'un archipel composé d'ilots indépendants les uns des autres et dont la bonne marche pouvait être pilotée localement[1408]. Cependant, l'interconnexion rendue possible par les avancées techniques crée progressivement une sorte d'interdépendance entre les différentes zones. Il en résulte un système complexe dont la gestion de l'équilibre dépasse les limites de l'échelon local. L'idée d'un pilotage national s'est alors de plus en plus imposée et, avec elle, l'affirmation du rôle de l'Etat.

1037- La Première Guerre mondiale a mis en lumière la fragilité du système énergétique français et surtout sa forte dépendance vis-à-vis de l'extérieur. L'occupation allemande de la partie septentrionale de la France, prive le pays d'une grande partie de ses gisements de productible. Elle se trouve réduite à dépendre des livraisons de charbon en provenance de ses alliés, en particulier britanniques, dont la régularité n'est pas assurée en temps de guerre. Il a fallu donc que l'Etat mette en place une véritable stratégie de développement de

[1405] Voir : BELTRAN A., « Les pouvoirs publics face à une innovation. Développement de l'électricité et adaptation du cadre juridique (1880-1920) », Histoire, économie et société, 1987, 6-2, pp. 157-180.
[1406] FERNANDEZ A., Electricité et politique locale à Bordeaux, Thèse, Université Bordeaux III, 1994, 820 p.
[1407] BOUTAUD B., Un modèle énergétique en transition ? Centralisme et décentralisation dans la régulation du système énergétique, préc., p. 52
[1408] *Idem*.

capacités de production énergétique. Concrètement, cela s'est traduit par le soutien à l'initiative privée, principalement par la prise de participation directe dans des sociétés de production, en particulier dans la filière hydro-électrique pour laquelle le territoire dispose d'un fort potentiel.

1038- Cette politique interventionniste menée par l'Etat pour augmenter les capacités de production énergétique s'est soldée par un accroissement considérable de la puissance hydroélectrique totale aménagée. De 1914 à 1918, celle-ci est passée de 479 MW à 930 000 MW, soit une hausse de 94% en 4 ans[1409]. La prise en main du secteur par l'Etat s'est consolidée à l'issue du conflit et s'est poursuivie pendant l'Entre-deux-guerres dans une perspective d'indépendance énergétique. C'est dans cette dynamique que s'est inscrite la loi du 16 octobre 1919[1410] qui a fait de l'État l'unique autorité concédante en matière d'exploitation des barrages hydroélectriques. C'est également dans cette même lancée que fût créée la Compagnie Nationale du Rhône en 1933 qui « *montre bien que l'Etat entend désormais se doter de moyens nouveaux, destinés à influencer plus fortement que par le passé le comportement des acteurs économiques* »[1411].

1039- Parallèlement à l'accroissement des capacités de production, l'intervention étatique a porté sur le segment de l'acheminement avec la volonté d'optimiser le maillage énergétique du territoire. La loi du 19 juillet 1922[1412] venue modifier celle du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie participait de cette volonté. Elle disposait que « […] *l'Etat, s'il n'en prend lui-même l'initiative, pourra obliger les producteurs, et au besoin les distributeurs d'énergie, les départements, communes et services publics d'une même région, intéressés sous une forme quelconque à un transport d'énergie électrique, à constituer sous sa direction et, le cas échéant, avec son concours financier, un organe collectif spécial, en vue de construire et d'exploiter un réseau de lignes de transport à haute tension destinées notamment à joindre les usines productrices entre elles et aux sous-stations de*

[1409] En ce sens : BLANCHARD R., Les forces hydro-électriques pendant la guerre, Publications de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, Presses Universitaires Françaises, Paris, 1925 ; CAVAILLES H., « Les forces hydroélectriques en France pendant la guerre [Note critique], Annales de géographie,191, 1925, pp. 446-449.
[1410] Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, JORF du 18 octobre 1919, p. 11523.
[1411] POUPEAU F-M., « Un siècle d'intervention publique dans le secteur de l'électricité en France. Gérer et comprendre », Annales des Mines, 2004, p. 4.
[1412] Loi du 19 juillet 1922 portant adjonction d'un article 3 bis et modification de l'article 18 de la loi 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, JORF du 21 juillet 1922, p. 7622.

transformation d'où partent les lignes de distribution ». En contrepartie, ces organismes collectifs bénéficient d'un droit d'exclusivité dans leur zone d'action[1413]. Le même texte prévoyait la possibilité pour l'État de se substituer aux producteurs ou distributeurs récalcitrants soit par rachat de leurs installations soit par expropriation. Profitant des progrès techniques en matière d'interconnexion et de transport de l'énergie électrique sur de longues distances, l'État s'est ainsi affirmé comme le seul pilote du secteur.

1040- Cette tendance centralisatrice ne s'est pas démentie au cours de la seconde Guerre[1414] mondiale et s'est accentuée à l'issue de ce conflit. « *L'après-guerre est en effet le théâtre d'une lente montée en puissance de l'Etat, ce dernier finissant par prendre sous sa coupe l'administration d'une activité jugée essentielle* »[1415]. L'ampleur du chantier de la reconstruction a fini par conforter l'État dans sa position de seul acteur doté de la capacité décisionnelle et financière nécessaire, y compris par recours à l'emprunt[1416]. En effet, « *pour la production, le transport et la distribution, l'approvisionnement en énergie nécessite un capital considérable ainsi qu'une prévision et des investissements à long terme. Normalement, de telles conditions ne peuvent être remplies que par une très grande entreprise en situation de monopole. L'État central est donc tenté de se charger directement et seul des tâches de cette envergure, pour pouvoir approvisionner d'une manière uniforme un territoire qu'il veut homogène »*[1417].

1041- Dans ce contexte, la décision de nationaliser le secteur de l'électricité et du gaz[1418] est apparue comme l'ultime moyen pour l'Etat d'imposer sa tutelle sur l'ensemble du système énergétique[1419]. Avec la création des deux établissements publics nationaux, EDF et GDF, l'Etat se dote d'un nouvel instrument pour exercer ses nouvelles responsabilités,

---

[1413] Sur le mécanisme de regroupement régional, voir : NERE J., « La concentration des entreprises : un cas particulier : L'industrie hydro-électrique des Alpes », In : Mélanges d'histoire sociale, n°6, 1944, pp. 56-70.

[1414] En ce sens PAULE P., « De l'électricité en France durant la seconde guerre mondiale », mémoire de maîtrise d'Histoire, Université de Paris IV Sorbonne, juin 1991.

[1415] POUPEAU F-M., « Un néo-libéralisme centralisateur – Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », Politiques et Management, n° 18-2, 2000, p. 4.

[1416] En ce sens : BOSSUAT G., « L'aide américaine à la France après la seconde guerre mondiale », Vingtième siècle. Revue d'histoire, n° 9, 1986, pp. 17-36.

[1417] BRÜCHER W., « Énergie et centralisme en France ; l'exemple de l'électricité nucléaire », In : Regards Allemands sur la France, Revue géographique de l'Est, tome 34, n° 1, 1994, p. 46.

[1418] Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 146, p. 2951.

[1419] Voir : BARJOT D. et MORSEL H., « La nationalisation de l'électricité : nécessité technique ou logique politique », In : BADEL L. (sous la direction de), La nationalisation de l'électricité : nécessité technique ou logique politique, PUF, Paris, 1996.

« *celles d'un entrepreneur, d'un investisseur, d'un coordinateur* »[1420]. Les plaçant directement sous sa tutelle technique et financière, il fait de ces deux structures, intervenant sur l'ensemble de la chaîne de valeur, le fer de lance de sa politique énergétique[1421]. Se traduisant par une forme de dessaisissement des acteurs locaux, l'activation de ses leviers de centralisation du point de vue organisationnel et territorial[1422] s'est faite au détriment de la décentralisation énergétique qu'il convient aujourd'hui d'encourager.

B- Un modèle centralisé devenu anachronique

1042- Si la préemption du système par l'Etat à l'issue des deux grandes guerres a permis d'assurer une certaine indépendance énergétique par le développement des capacités de production et le maillage de l'ensemble du territoire, elle ne se justifie plus dans le contexte actuel. Avec la transformation du statut juridique des opérateurs historiques, EDF et GDF, et l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs économiques, l'Etat perd un des leviers par lesquels il assurait son emprise sur le secteur (**1**). A cela s'ajoute l'affirmation progressive des collectivités territoriales comme échelon de définition de la politique énergétique (**2**).

1. L'effritement de l'influence de l'État sur le secteur de l'énergie

1043- Avec la nationalisation des industries électriques et gazières au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'Etat a entendu endosser le statut d'architecte unique du système énergétique français. C'est dans cette optique que s'est inscrite la création d'EDF et de GDF, établissements publics industriels et commerciaux à caractère national. Avec ces deux instruments, l'État disposait de l'ensemble des leviers de la politique énergétique qu'il définit et met en œuvre à travers les entreprises placées sous sa tutelle technique et financière.

1044- Rétrospectivement, cette organisation centralisée correspondait au contexte initial et à la structuration historique du secteur énergétique. Comme le relève le rapport de l'Office

[1420] BELTRAN A., « La question de l'énergie en Europe occidentale », Histoire, économie et société, n° 18-2, 1999, p. 372.
[1421] En ce sens : CHENOT B., Les entreprises nationalisées, Paris, PUF, 1983.
[1422] Voir BOUTAUD B., Un modèle énergétique en transition ? Centralisme et décentralisation dans la régulation du système électrique français, préc., p. 88.

parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *« la propension française à la centralisation a plutôt constitué historiquement un atout pour le pays dans le cadre de l'utilisation des énergies fossiles, dans la mesure où les effets d'échelle peuvent permettre, pour ces produits d'un type particulier, des baisses de coûts unitaires très significatives »*[1423].

1045- Toutefois, cette configuration a bien évolué depuis la loi de nationalisation, en particulier sous l'influence du droit de l'Union européenne. Le premier élément de cette évolution concerne le statut juridique des opérateurs historiques. La loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières[1424] et son décret d'application du 17 novembre 2004[1425] ont fait passer l'entreprise publique EDF du statut d'établissement public à celui de société anonyme. La même transformation a concerné l'entreprise GDF[1426].

1046- Ce changement de régime juridique n'a pas manqué d'influencer le positionnement de l'État dans la gouvernance des deux entreprises publiques. Passant du statut de propriétaire à celui d'actionnaire[1427], il doit désormais composer avec d'autres partenaires et agir dans la limite de ce que lui permettent les statuts de la société. Cette évolution est d'autant plus visible dans la gouvernance de l'entreprise ENGIE, ex GDF, que l'Etat y est passé au rang d'actionnaire minoritaire[1428]. Dans tous les cas, les relations entre l'Etat et les opérateurs historiques du secteur énergétique doivent désormais s'appréhender sous un autre prisme : elles passent de la logique de tutelle à celle de « *direction partenariale* »[1429]. Il s'ensuit que la puissance publique perd une partie de son influence sur ses leviers de mise en œuvre de la politique énergétique.

[1423] Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, rapport sur « la transition énergétique à l'aune de l'innovation et de la décentralisation », septembre 2013, p. 41.
[1424] Loi n° 2004-803, JORF n° 185 du 11 août 2004, p. 14256.
[1425] Décret n° 2004-1224 portant statuts de la société anonyme Electricité de France, JORF n° 269 du 19 novembre 2004, p. 19505.
[1426] Décret n° 2004-1223 du 19 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France, JORF n° 269 du 19 novembre 2004, p. 19500.
[1427] Voir : LOMBARD M., « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *Revue française d'administration publique*, 2007/4 (n° 124), p. 573-584.
[1428] Voir : DELION A. et DURUPTY M., « Chronique du secteur public économique », *Revue française d'administration publique*, 2017/3 (N° 163), pp. 685-696.
[1429] En ce sens : DELION A., « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *Revue française d'administration publique*, 2007/4 (n° 124), pp. 537-572.

1047- Le second facteur de la diversification des acteurs du secteur énergétique réside dans l'ouverture à la concurrence des segments de la production et de la fourniture. Cette libéralisation a permis l'entrée sur le marché de nouveaux producteurs énergéticiens et de fournisseurs alternatifs tels que les entreprises Direct Energie, ENI, Total Spring ou encore E.On, troisième producteur électrique en France et 6ème sur le marché mondial. Le mouvement de restructuration du secteur est accentué par la tendance à la filialisation des opérateurs historiques qui, par cette technique s'octroient une plus grande liberté d'action dans la perspective de diversification de leurs activités[1430].

1048- L'entrée de ces nouveaux opérateurs sur le marché de l'énergie ainsi que la distanciation à l'égard des opérateurs historiques contraint l'Etat à revoir son positionnement vis-à-vis du secteur. N'étant plus le seul intervenant sur les segments libéralisés, la seule alternative restant à l'Etat pour promouvoir telle ou telle autre filière demeure l'incitation financière et règlementaire. C'est toute la philosophie qui sous-tend les mécanismes publics de soutien aux énergies renouvelables à travers l'obligation d'achat et le complément de rémunération.

1049- Cette perte d'influence des autorités étatiques sur le secteur énergétique sous l'effet de la diversification des acteurs présents sur le marché est néanmoins à relativiser. L'ouverture à la concurrence ne concerne pas les activités de réseaux d'acheminement, lesquelles demeurent globalement gérées par les opérateurs historiques dont la gouvernance reste sous influence étatique soit par la détention majoritaire du capital, soit par la détention d'actions spécifiques[1431]. Dans ce contexte, il est difficile pour les collectivités territoriales de s'affirmer comme de réels acteurs de la politique énergétique même si de plus en plus d'acteurs locaux revendiquent ce statut.

2. Les aspirations en faveur d'une réelle décentralisation énergétique

1050- Elles s'inscrivent dans une dynamique globale en faveur du développement durable et reflètent la prise de conscience de la part des acteurs locaux des enjeux inhérents aux

[1430] Sur ce sujet, voir : RODRIGUES S., « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques : à propos de la diversification d'Electricité de France – Gaz de France », RFDA, 1994, p. 1146.
[1431] Sur la notion d'actions spécifiques ou « Golden share », voir *supra*, § 431-432.

questions énergétiques. Deux tendances fortes marquent le secteur de l'énergie durant cette dernière décennie : il s'agit d'une part de la plus grande implication des collectivités territoriales dans la mise en œuvre de la politique énergétique et d'autre part du développement des initiatives citoyennes dans ce domaine.

1051- L'intérêt des collectivités territoriales pour le domaine des services énergétiques est ancien. C'est en particulier sous leur supervision que se sont implantées les premières installations de production électrique et la distribution d'énergie a toujours constitué une affaire locale spontanément prise en charge par les communes[1432]. La nationalisation de l'électricité et du gaz par la loi du 8 avril 1946 en a certes réduit les prérogatives, mais les entités décentralisées ont gardé cette aspiration à s'affirmer comme un échelon de définition et de mise en œuvre d'une politique énergétique au niveau local. Les réformes législatives successives les y ont aidées par la réduction progressive des freins à l'interventionnisme local dans ce domaine.

1052- En plus de leur statut d'autorités organisatrices de la distribution, les collectivités territoriales s'affirment désormais comme les acteurs de la politique de protection des ressources énergétiques[1433]. Ce nouveau rôle des entités décentralisées se décline doublement : d'une part, à travers la promotion des systèmes de production énergétique plus respectueux de l'environnement sur leur territoire et d'autre part, par les actions de maîtrise de la demande.

1053- Concernant le premier volet, l'article 119 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015[1434] a confirmé et élargi les possibilités déjà ouvertes par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[1435]. Codifiée à l'article L. 2224-32 du CGCT, cette disposition donne aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale la faculté d'aménager, d'exploiter, de faire aménager et de faire exploiter « *toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets*

[1432] En ce sens : HERSANT E., Les collectivités territoriales et le secteur énergétique, Thèse, Université d'Orléans, 2010.
[1433] Idem, p. 251.
[1434] Loi n° 2015-992, JORF n° n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.
[1435] Loi n° 2000-108, JORF n° n°35 du 11 février 2000, p. 2143

ménagers ou assimilés (...) ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur (...) lorsque ces nouvelles installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques ».

1054- Par rapport à l'état antérieur du droit, résultant de la loi du 10 février 2000 précitée, la nouveauté réside dans l'absence de plafond de puissance exploitable par les personnes publiques concernées. Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements bénéficient désormais d'une habilitation législative générale les fondant à exploiter toute nouvelle installation de production d'énergie renouvelable, quelle qu'en soit la puissance. Ils peuvent prendre en charge cette activité soit directement en régie, soit par l'intermédiaire d'un tiers. Par ce moyen, les entités décentralisées peuvent avoir une action plus directe sur la réalisation des objectifs d'augmentation de la part du renouvelable dans le mix énergétique au niveau de leur territoire.

1055- Le second volet de la politique de protection des ressources énergétiques concerne les actions de maîtrise de la demande. Les collectivités territoriales assument « *un devoir d'exemplarité vis-à-vis des habitants* » et doivent « *faire figure de modèle et inciter les fonctionnaires et les usagers, par effet d'entraînement, à s'engager également dans la voie des économies d'énergie* »[1436]. Elles ont pris conscience du potentiel d'économie d'énergie réalisable sur leur patrimoine et s'engagent dans cette voie[1437]. Leurs actions ont été encouragées par le dispositif du certificat d'économie d'énergie mis en place par la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique du 13 juillet 2005[1438] et par les réformes successives de la commande publique. C'est dans ce second cadre que s'inscrivent les contrats de performance énergétique mis en œuvre par les collectivités territoriales sur leur patrimoine en vue de la réduction de leur demande d'énergie.

1056- L'intervention de ces acteurs institutionnels trouve un relai et accompagne les initiatives locales mises en place par le secteur privé ou associatif en fonction des atouts

[1436] Sénat, rapport d'information n° 436 sur « Energies locales et développement local : l'intelligence territoriale en action », présenté par MM. Claude BELOT et Jean-Marc JUILHARD, p. 35.
[1437] Si le patrimoine immobilier des collectivités territoriales est responsable de 10% de la consommation énergétique en France selon le rapport BELOT-JUILHARD précité (Sénat, rapport d'information n° 436, p. 34), la Mission interministérielle de l'effet de serre (MIES) estimait entre 10 et 20% le potentiel d'économie d'énergie réalisable dans le patrimoine à des conditions économiquement favorables (MIES, Mémento des décideurs, Paris, MIES, 2003, p. 58).
[1438] Loi n° 2005-781, JORF n° 163 du 14 juillet 2005, p. 11570.

énergétiques de leur territoire d'implantation et des possibilités qu'ouvrent la législation. Dans ce contexte, le jacobinisme qui caractérise le système énergétique français s'avère contre-productif. En définissant une stratégie uniformément applicable, il ne paraît pas prendre en compte les spécificités et les besoins des territoires, lesquels ne peuvent être valablement appréhendés qu'au niveau local. Il paraît donc plus judicieux de permettre aux collectivités territoriales de disposer d'une réelle capacité décisionnelle les habilitant à mettre en place et d'exécuter une réelle politique énergétique à l'échelle locale.

Paragraphe 2 : Les partenariats public-privé, vecteurs potentiels de ré-ancrage local des projets énergétiques

1057- L'objectif de transition énergétique implique un changement de paradigme dans le modèle de gouvernance, jusque-là très jacobin, du système énergétique. Plus fondamentalement, « *l'appropriation citoyenne et locale des projets collectifs de production et de consommation d'énergie renouvelable est un facteur essentiel pour la réussite de la transition énergétique* »[1439]. Dans cette optique, les mécanismes de partenariat public-privé offrent un cadre propice à l'implication des citoyens dans la mise en œuvre des projets énergétiques locaux (**A**). L'initiative privée dans ce domaine bénéficie ainsi d'un accompagnement de la part des collectivités publiques qui l'encouragent et l'accompagnent (**B**).

A- L'implication citoyenne dans les projets énergétiques participatifs

1058- En plus de supposer le changement dans les habitudes de production et de consommation, la transition énergétique repose sur la prise de conscience de l'ensemble des acteurs sur les enjeux actuels du secteur. Les citoyens ne restent pas en retrait de ce mouvement et trouvent dans les projets participatifs un cadre adapté pour s'impliquer à l'échelle de leurs territoires. L'étendue de leur participation s'est élargie **(1)** en même temps que se sont diversifiées les structures de portage de ce type de projet **(2)**.

[1439] Ministère de la Transition écologique et solidaire, réponse ministérielle du 28 août 2018 à la question parlementaire écrite n° 5328 soumise le 13 février 2018.

1. L'étendue de l'implication citoyenne dans les projets énergétiques participatifs

1059- L'implication des citoyens dans l'implantation des projets énergétiques sur leur territoire constitue un important facteur d'acceptabilité sociale de ces derniers. Elle permet en effet de réduire les oppositions aux installations de production énergétique, qui sont généralement plus virulentes lorsque celles-ci sont entièrement détenues par les grands groupes industriels. C'est dans cette perspective et dans une dynamique d'accélération de transition énergétique que le Conseil économique, social et environnemental (CESE) préconise de « *renforcer les leviers favorisant la participation citoyenne afin d'atteindre un objectif de 15 % des projets d'EnR détenus par les citoyens et des collectivités d'ici à 2030* »[1440].

1060- C'est toute la philosophie des projets dits participatifs, c'est-à-dire ceux pour lesquels « *des particuliers ont pu s'investir de manière très large : dans son financement, son montage et/ou dans sa gouvernance en cours de fonctionnement* » qu'ils aient été initiés par des citoyens, des développeurs professionnels et/ou des collectivités[1441]. Cette démarche n'est pas totalement inédite. Elle s'inspire des exemples de voisins européens comme l'Allemagne et le Danemark[1442]. Outre-Rhin, les initiatives citoyennes en matière de production d'énergie renouvelable représentent un élément important dans le système. Les sociétés coopératives regroupant les investisseurs locaux aux côtés des citoyens y rencontrent un très grand succès. En quatre ans, leur nombre a été multiplié par 10 passant de 75 en 2008 à 754 en 2012[1443]. Profitant des possibilités ouvertes par la loi allemande sur les énergies renouvelables (EEG) de 2000, les projets citoyens, toutes formes confondues, sont à l'origine de 51% de la production électrique renouvelable contre seulement 7 % pour les grands groupes industriels (RWE, EnBW, Vattenfall, E.ON)[1444].

[1440] CESE, Comment accélérer la transition énergétique ? Avis sur la mise en œuvre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, rapport présenté par M. Guillaume DUVAL et Mme. Madeleine CHARRU au nom de la Section de l'environnement, séance du 28 février 2018, p. 87.

[1441] ADEME, Quelle intégration territoriale des énergies renouvelables participatives ? Etat des lieux et analyse des projets français, février 2016, p. 19.

[1442] Pour un aperçu des exemples étrangers, voir notamment : BOHNERTH J-Ch., Energy cooperatives in Denmark, Germany and Sweden – a transaction cost approach, Uppsala Universitet, 2015, http://bit.ly/1PVxZCq .

[1443] En ce sens : POÏZE N. et RÜDINGER A., Projets citoyens pour la production d'énergie renouvelable : une comparaison France/Allemagne, Working paper, n°1/14, janvier 2014, p.7, http://www.iddri.org/ .

[1444] Idem.

1061- Même en dehors des cas où il s'accompagne d'un actionnariat public, ce volontarisme des citoyens intéressés ouvre de nouvelles possibilités de partenariat entre les particuliers et les collectivités sur le territoire desquelles s'implantent de tels projets. A titre d'illustration, en 2008 le projet FWR porté par une société coopérative de 280 membres, principalement des habitants de la région du Rhône en Allemagne, a permis l'installation de panneaux photovoltaïques sur les toits des bâtiments municipaux d'une capacité de production annuelle de 235 000 kWh[1445].

1062- Cette forme de projets participatifs a été importée en France et commence à essaimer après des débuts très timides. La réappropriation de la question énergétique par les citoyens y passe principalement par la voie de l'investissement participatif. Ainsi, l'article 111 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte[1446] dispose-t-elle que les sociétés par actions et les sociétés coopératives « *constituées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable peuvent, lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital, en proposer une part aux personnes physiques, notamment aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation du projet, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire desquels il se situe. Elles peuvent également proposer à ces mêmes personnes de participer au financement du projet de production d'énergie renouvelable* ».

1063- L'investissement participatif dans les projets de production d'énergie renouvelable peut alors revêtir deux formes distinctes : d'une part, la participation au capital permettant à l'investisseur d'être actionnaire de la société de portage du projet et, d'autre part, le financement direct de l'opération à travers le don ou le prêt avec ou sans intérêt. Les deux formes ne se confondent pas et n'engendrent pas le même degré d'implication de la part des investisseurs. Comme le précise la Commission de régulation de l'énergie, « *On entend par « capital » la somme des fonds propres et quasi fonds-propres [qui] regroupent notamment les comptes courants d'associés, les obligations convertibles et les obligations à*

[1445] Voir : WIEG A., VEßHOFF J., BOENIGK N., DANNEMANN B. et THIEM C, Energy cooperatives: citizens, communities and local economy in good company, 2011, p.3, http://communityenergyengland.org/.
[1446] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, JORF n°0189 du 18 août 2015, p. 14263.

bons de souscription d'actions »[1447]. Quant au financement du projet par le biais du prêt participatif, il ne donne pas accès au capital, mais le prêteur a droit au remboursement du montant investi, avec ou sans intérêt.

1064- Ce type d'investissement fait naître une synergie entre les acteurs locaux, collectivités territoriales, citoyens et opérateurs énergéticiens. Un exemple de cette dynamique partenariale est fourni par l'installation du parc éolien de la Sablière en Picardie. Porté par l'énergéticien EnergieTeam, ce projet a été ouvert successivement au financement des habitants des communes d'implantation, du département, puis de la région et enfin à l'ensemble du territoire national par le biais de la plateforme de crowfunding ENERFIP. A terme, ce projet a permis l'installation de neuf aérogénérateurs pour une production annuelle moyenne de 76 300 MWh. Des montages de ce type ne sont pas duplicables partout et le législateur en a tenu compte en diversifiant les formes de structure de portage des projets participatifs.

2. La diversité des structures juridiques de portage des projets participatifs

1065- Les projets participatifs dans le domaine des services énergétiques peuvent être réalisés par le biais de différentes structures destinées à les porter. La société coopérative offre un premier véhicule juridique susceptible d'être utilisé. Il s'agit d'une « *société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires* »[1448]. Par rapport aux sociétés de droit commun, elle présente l'avantage de la souplesse, en particulier du point de la variabilité de son capital social[1449]. Cette règle implique que, si le capital social d'une société coopérative ne peut être inférieur au seuil légal, soit 18 500 €[1450], il peut néanmoins augmenter ou diminuer sans formalités particulières en fonction des mouvements d'apports ou d'associés. Conçue pour faciliter les

[1447] Commission de régulation de l'énergie, réponse à la question Q126 publiée le 16 janvier 2017 dans le cadre de l'appel d'offres « Centrales solaires au sol » et réponse à la question Q91 publiée le 24 janvier 2017 dans le cadre de l'appel d'offres « autoconsommation ».
[1448] Article 1er de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, JORF n°0214 du 11 septembre 1947, p. 9088.
[1449] Article 19 quinquies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, préc.
[1450] Article 27 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, préc.

entrées et sorties d'associés, cette variabilité du capital s'avère très adaptée aux projets participatifs.

1066- « *Parmi les différentes formes de sociétés coopératives, la société coopérative d'intérêt collectif (« SCIC »), qui a pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale, semble la plus à même de porter un projet de production d'énergie renouvelable auquel le plus grand nombre de personnes pourrait participer* »[1451]. Conformément à l'article 19 *quinquies* de la loi du 10 septembre 1947, la société coopérative d'intérêt collectif peut être constituée sous la forme d'une société anonyme (SA), d'une société par actions simplifiées (SAS) ou d'une société à responsabilité limitée (SARL). Ces différentes formes n'offrent pas les mêmes degrés de souplesse. Alors qu'elles requièrent toutes la présence d'au moins trois catégories d'associés, celles constituées sous forme de SARL sont les seules assujetties à un nombre maximum, soit 100 associés. Il en découle que les porteurs de projets énergétiques qui envisagent l'ouverture au plus grand nombre de citoyens devront privilégier les montages en SA ou SAS. C'est d'ailleurs cette dernière forme qui est la plus représentée dans les projets participatifs[1452].

1067- Pour les collectivités publiques, les sociétés coopératives offrent un cadre intéressant de partenariat public-privé, notamment à travers la mixité du capital social. Depuis l'adoption de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire[1453] « *les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital de chacune des sociétés coopératives d'intérêt collectif* ». Cette participation publique dans le capital de la société coopérative permet à cette structure de servir de cadre de coordination des actions menées en matière énergétique par les différents acteurs présents sur le territoire de la collectivité. La pérennité de l'activité de la société coopérative est par ailleurs assurée par l'obligation faite à ce type de société de constituer sur les excédents d'exploitation une réserve

[1451] LARISSE A. et ROUVEYRAN Th., « Le financement participatif des projets de production d'énergie renouvelable », Contrats publics, n° 160, décembre 2015.
[1452] En ce sens : POÏZE N. et RÜDINGER A., Projets citoyens pour la production d'énergie renouvelable : une comparaison France/Allemagne, préc.
[1453] Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n° n°0176 du 1er août 2014, p. 12666.

impartageable qui est réinvestie dans l'activité[1454]. Cette règle peut néanmoins s'avérer réductrice de l'attractivité économique de ce type de structure pour les éventuels investisseurs. Cela rend d'autant plus déterminant le soutien que peuvent offrir les organismes publics.

B- Le soutien public aux projets énergétiques participatifs

1068- Conscients de l'impact positif des projets participatifs sur l'appropriation de la question énergétique par l'ensemble des acteurs, les pouvoirs publics encouragent leur vulgarisation afin d'en promouvoir l'essaimage. Ce soutien public se traduit au niveau national par la bonification de ce genre de projet dans le cadre des appels d'offres lancés par la Commission de régulation de l'énergie (**2**). Les collectivités territoriales ne sont pas en reste et accompagnent les projets énergétiques participatifs à travers l'activation de leviers divers (**1**).

1. L'accompagnement des projets énergétiques participatifs au niveau local

1069- Qu'ils soient initiés par des organismes publics ou par des acteurs du secteur privé, les projets énergétiques participatifs suscitent un certain engouement de la part des collectivités qui entendent en accompagner le développement sur leur territoire. Ce soutien public est d'autant plus significatif que de tels projets s'inscrivent en droite ligne avec les politiques de développement local à travers la valorisation des ressources disponibles. Concrètement, l'intervention des collectivités territoriales aux côtés des acteurs privés dans le cadre des projets énergétiques participatifs se décline doublement.

1070- La première hypothèse correspond au cas où les collectivités territoriales interviennent directement dans le développement du projet, que ce soit par la participation au capital de la société de portage ou par le financement. En effet, elles peuvent faire usage de la faculté qui leur est ouverte par l'article 111 de la loi sur la transition énergétique pour la croissance

[1454] Articles 16 et 19 *nonies* de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, préc.

verte[1455] en participant au capital des sociétés par actions et des sociétés coopératives constituées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable. Il n'est donc plus nécessaire pour les collectivités territoriales d'investir indirectement via une société d'économie mixte dans un projet d'énergie renouvelable porté par une société tierce. Elles peuvent également contribuer au financement des projets énergétiques participatifs, sans nécessairement endosser le statut d'actionnaire, en apportant une partie des fonds nécessaires sous forme de prêt. La première modalité d'intervention est actuellement la plus utilisée dans la mesure où les investisseurs publics préfèrent acquérir le droit d'avoir une part active dans le processus décisionnel de la structure de portage du projet participatif.

1071- Les collectivités territoriales peuvent être les initiateurs de projets de production énergétique renouvelable ouverts à la participation des acteurs privés. Dans ce cadre, leur présence peut avoir un effet d'entrainement susceptible d'inciter les particuliers à prendre part au projet. Un décret en date du 15 décembre 2015 est venu préciser les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales initiatrices de projets peuvent recourir aux plateformes de financement participatif[1456]. De plus en plus de collectivités décentralisées ont commencé à emprunter cette voie à la double recherche d'une plus grande acceptabilité sociale des projets et de financements alternatifs. Selon l'étude menée pour le compte de l'ADEME, 22% des projets participatifs en matière de production d'énergie renouvelable lancés en 2015 ont été initiés par les collectivités territoriales ou leurs satellites[1457].

1072- Indépendamment de ces modes d'intervention directe, l'accompagnement de projets énergétiques participatifs par les collectivités territoriales peuvent revêtir des formes plus indirectes. Il s'agit notamment des cas où la collectivité territoriale veut jouer le rôle de tiers de confiance pour faciliter à la structure de portage du projet l'accès au financement bancaire. Elle peut ainsi consentir une garantie d'emprunt au bénéfice des sociétés intervenant sur son territoire en matière de production d'énergie renouvelable. Il s'agit d'un engagement par lequel la collectivité publique accorde sa caution à un organisme dont elle veut faciliter les opérations dans un but d'intérêt public local. Se faisant, le garant s'engage à se substituer au débiteur dans

[1455] Cette disposition est codifiée à l'article L. 314-28 du code de l'énergie.
[1456] Décret n° 2015-1670 portant dispositions relatives aux mandats confiés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics en application des articles L. 1611-7 et L. 1611-7-1 du code général des collectivités territoriales, JORF n°0291 du 16 décembre 2015, p. 23132.
[1457] Etude menée par le Groupement Médiation et Environnement pour le compte de l'ADEME, Quelle intégration territoriale des énergies renouvelables participatives ? Etat des lieux et analyse des projets français, février 2016, p. 6.

l'exécution de son obligation en cas de défaillance de ce dernier. La garantie ainsi consentie constitue une aide indirecte au projet dans la mesure où elle « *n'emporte aucun transfert financier immédiat qui s'imputerait directement dans les comptes de la personne aidée* »[1458].

1073- Cette aide indirecte peut être d'une grande utilité pour les porteurs de projets de production d'énergie renouvelable, qui se heurtent souvent à la difficulté d'accès aux crédits bancaires. Cependant, il ne faudrait pas que les collectivités territoriales concernées s'adonnent à des abus dans l'attribution des garanties d'emprunts, lesquelles doivent être strictement consenties dans les conditions et les limites fixées par l'article L. 2252-1 du code général des collectivités territoriales. Ces limites s'imposent aux activités de production d'énergie renouvelable au même titre que les autres activités économiques. Dans le cadre de leur promotion, il pourrait être envisagé d'instituer une dérogation en faveur des projets participatifs ayant pour objet la production énergétique renouvelable ou la maîtrise de la consommation. Cela permettrait aux collectivités décentralisées de consentir, sans limitation quantitative, des garanties d'emprunt au profit des porteurs de projets installés sur leur territoire dès lors que les projets identifiés sont compatibles avec la trajectoire de développement de la filière définie par les autorités locales. La dérogation instituée serait comparable à celles dont bénéficient actuellement les opérations de construction de logements sociaux[1459].

1074- Parallèlement à l'échelon local, le soutien des pouvoirs publics aux projets participatifs en matière de production d'énergie renouvelable s'organise au niveau national dans le cadre des appels d'offres lancés par la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

2. La valorisation de l'investissement participatif dans le cadre des appels d'offres lancés par la CRE

1075- Conformément aux recommandations formulées par le Conseil économique, social et environnemental (CESE)[1460], les pouvoirs publics nationaux encouragent l'émergence et

[1458] WAUQUIER, J-P., « La Convention de garantie d'emprunt : un outil économique performant mais non sans danger ». La Revue du Trésor, mai 2004, p. 270.
[1459] Voir article L. 2252-2 du CGCT.
[1460] CESE, Comment accélérer la transition énergétique ? Avis sur la mise en œuvre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, rapport présenté par M. Guillaume DUVAL et

l'essaimage des projets énergétiques participatifs. Au niveau national, cet encouragement se traduit par l'instauration d'un mécanisme de bonification en leur faveur dans le cadre des procédures d'appel d'offres lancées par la CRE. Il consiste à l'octroi d'un bonus tarifaire aux projets lauréats qui comprennent et respectent un engagement à l'investissement participatif.

1076- Les conditions d'octroi de cette prime à la participation et son montant sont précisés dans les cahiers des charges des appels d'offres lancés par la CRE. Ainsi, le cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre publié le 05 mai 2017 prévoit-il une « *majoration du prix de référence pour l'investissement et le financement participatifs* »[1461]. La majoration prévue est de l'ordre de 2€/MWh lorsque la part de capital ou du financement de projet en investissement participatif est de 20%. Elle monte à 3€/MWh lorsque l'investissement participatif atteint 40% du capital ou du financement de projet.

1077- Cette bonification tarifaire est destinée à inciter les porteurs de projets à davantage rechercher les opportunités qu'offrent l'investissement participatif et à mieux impliquer les citoyens dans le développement des énergies renouvelables. Pour les initiateurs de ces projets, le mécanisme présente un double avantage sur les plans financier et de l'acceptabilité sociale des projets d'implantation des unités de production. Pour en bénéficier, le candidat s'engage à être, à l'achèvement du projet, soit une société par actions, soit une société coopérative. Dans les deux cas, il faut qu'au moins 20% du capital soit détenu, distinctement ou conjointement, par au moins vingt personnes physiques ou une ou plusieurs collectivités territoriales ou par un ou plusieurs groupements de collectivités. En l'absence d'investissement participatif donnant accès au capital, le porteur de projet doit s'engager à ce qu'au moins 20% du financement du projet soit apporté, distinctement ou conjointement par au moins vingt personnes physiques ou par une ou plusieurs collectivités territoriales ou par un ou plusieurs groupements de collectivités.

Mme. Madeleine CHARRU au nom de la Section de l'environnement, séance du 28 février 2018, p. 87.

[1461] CRE, Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, point 7.2.2 (p. 24), accessible sur le site de l'autorité de régulation : www.cre.fr/Documents .

1078- Il est à noter qu'une fois désigné, le lauréat de l'appel d'offre est lié par le niveau d'investissement participatif sur lequel il s'est engagé au moment de la remise de son offre. Si cet engagement n'est pas respecté en phase de réalisation du projet, la rémunération du lauréat est diminuée dans les mêmes proportions que la bonification initialement prévue dans les conditions fixées par le cahier des charges. Cette mesure vise à promouvoir le financement participatif dans les projets de production d'énergie renouvelable. Elle suscite la liaison de nouvelles formes de relations partenariales entre les parties prenantes dans la dynamique d'accélération de la transition énergétique.

Section II : Lever les freins juridico-institutionnels aux projets compatibles avec la dynamique de transition énergétique

1106- La dynamique de transition énergétique implique la mise en œuvre d'une forme d'intelligence énergétique renvoyant à « *l'ensemble des actions ayant vocation à instaurer un système énergétique respectueux de l'environnement et économiquement viable. Assurer un équilibre optimal du système en produisant mieux et en consommant moins : tel est l'objet de l'intelligence énergétique* »[1462]. Dans cette perspective, les relations partenariales entre les collectivités publiques et les acteurs du secteur privé peuvent utilement contribuer à la réalisation des projets d'intelligence énergétique par la promotion de la production d'énergie renouvelable et des actions de maîtrise de l'énergie. Cela suppose néanmoins la réunion de deux conditions : d'une part, la réduction des contraintes qui ont jusque-là freiné l'investissement privé dans les filières renouvelables **(paragraphe I)** et d'autre part, la rationalisation des instruments juridiques et financiers dédiés à la maîtrise de la consommation énergétique **(paragraphe II)**.

[1462] FALL M., « Intelligence énergétique et partenariat public-privé », contribution au colloque sur « L'intelligence énergétique », Université de Limoges, journées d'études des 3 et 4 mars 2016.

Paragraphe I : Libérer l'investissement dans les filières de production énergétique renouvelable

1107- L'atteinte des objectifs fixés en termes d'augmentation de la part du renouvelable dans le mix énergétique français[1463] et européen ne peut s'envisager qu'à travers le développement de la démarche partenariale entre les organismes publics et les acteurs du secteur privé. Cela suppose d'encourager l'implantation de nouvelles installations de production renouvelable à travers la réduction des contraintes pesant sur les porteurs de projets et qui ont jusque-là freiné le dynamisme dans les différentes filières **(A)**. Par ailleurs, face aux énergies fossiles qui sont restées assez compétitives[1464], le développement de l'investissement dans les filières renouvelables nécessite le perfectionnement des outils de financement et leur diversification **(B)**.

A- L'allègement des contraintes réglementaires pesant porteurs de projets de production d'énergie renouvelable

1108- Le développement des projets de production renouvelable nécessite la mise en place d'un environnement juridique favorable qui encourage l'investissement public et privé dans ce secteur. Or, force est de constater qu'en l'état actuel du droit, le régime juridique auquel sont assujetties les installations de production d'énergie renouvelable joue un rôle non négligeable dans le retard accusé par la France dans le développement de ces filières. Des avancées ont certes été enregistrées en termes de simplification du cadre réglementaire et procédural **(1)**, mais cela reste insuffisant. Le déploiement des nouvelles installations de production d'énergie renouvelable doit être encouragé, en particulier en leur appliquant un régime juridique favorable à leur développement **(2)**.

[1463] La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF n° 0189 du 18 août 2015, p. 14263) fixe l'objectif d'augmenter la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32 % en 2030. Ces objectifs sont détaillés pour chaque filière par le décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (JORF n° 0252 du 28 octobre 2016, texte n° 3.

[1464] Les énergies fossiles sont restées compétitives en raison de la forte baisse de leur prix. A titre d'exemple, le cours du baril de pétrole a baissé de moitié entre juin 2014 et août 2017, passant de 82,7 à 43,8 euros. Il est même descendu jusqu'à 28,2 euros en janvier 2016. La même tendance à la baisse est remarquée en ce qui concerne le cours du charbon vapeur dont le prix à la tonne est passé de 53,5 euros en juin 2014 à 42,1 euros en janvier 2016. (Voir : Cour des comptes, Le soutien aux énergies renouvelables, communication à la Commission des finances du Sénat, mars 2018, p. 30).

1. Des avancées liées à la simplification du régime applicable aux installations de production d'énergie renouvelable

1109- Le retard accusé dans le déploiement de nouvelles installations de production d'énergie de source renouvelable a soulevé de nombreuses interrogations sur la pertinence du régime juridique auquel elles sont soumises. Différents rapports et études ont indexé les contraintes excessives pesant sur les porteurs de projets de production énergétique renouvelable quelle que soit la filière concernée.

1110- Dès mars 2006, le rapport du Haut fonctionnaire de développement durable sur « *les perspectives de développements de la production hydroélectrique en France* »[1465] a souligné la réduction du potentiel hydroélectrique exploitable sous l'effet des contraintes issues de la législation environnementale. De la même manière, en 2012, le livre blanc du syndicat des énergies renouvelables (SER)[1466] mettait l'accent sur l'instabilité du cadre réglementaire des installations éoliennes, l'empilement des procédures et l'augmentation des recours contentieux qui ont ralenti le déploiement de ces technologies. Quant au réseau pour la transition énergétique (CLER), il propose d'assouplir et de stabiliser le cadre réglementaire pour « *lever les freins au développement des énergies renouvelables* »[1467]. Dans sa récente communication à la Commission des finances du Sénat sur « le *soutien aux énergies renouvelables* »[1468], la Cour des comptes a réitéré les observations qu'elle avait faites sur le caractère contraignant de l'environnement juridique dans son rapport thématique de juillet 2013[1469].

1111- Prenant en compte ces observations, les pouvoirs publics français ont entamé une démarche de simplification destinée à alléger les contraintes pesant sur les porteurs de projets dans une optique de développement des énergies renouvelables. C'est ainsi qu'en ce qui concerne la filière éolienne, la loi « Brottes »[1470] a supprimé les zones de développement de

[1465] Rapport présenté au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, La Documentation française, mars 2006.
[1466] Syndicat des énergies renouvelables (SER), Livre blanc des énergies renouvelables : des choix qui fondent notre avenir, 2012, 208 p.
[1467] CLER- Réseau pour la transition énergétique, novembre 2017.
[1468] Cour des comptes, Communication à la Commission des finances du Sénat, mars 2018, p. 30.
[1469] Cour des comptes, rapport thématique sur « La politique de développement des énergies renouvelables », juillet 2013.
[1470] Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, JORF n° 0089 du 16 avril 2013, p. 6208.

l'éolien (ZDE) qu'avait introduites la loi POPE de 2005[1471]. Cette mesure vise notamment à simplifier les procédures administratives qui conditionnent le déploiement des installations de production énergétique utilisant la force mécanique du vent.

1112- Dans la même logique, l'ordonnance du 23 septembre 2015[1472] a instauré une dérogation à la règle de l'urbanisation en continuité des zones urbanisées au profit des installations éoliennes en zone littorale. Ce texte a introduit dans le code de l'urbanisme un article L. 121-12 aux termes duquel : « *les ouvrages nécessaires à la production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 121-8 lorsqu'ils sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées* ». Cette disposition est venue rectifier les effets de la jurisprudence du Conseil d'État qui avait eu une interprétation très stricte de la règle de l'urbanisation en continuité faisant ainsi obstacle au déploiement des équipements éoliens sur le territoire des communes littorales[1473].

1113- En ce qui concerne les démarches administratives préalables à l'implantation et l'exploitation de installations de production d'énergie renouvelable, les pouvoirs publics ont voulu mettre fin à l'empilement des procédures. C'est dans cette perspective que s'est inscrite l'ordonnance du 20 mars 2014 qui a mis en place, à titre expérimental, l'autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement[1474]. Cette expérimentation qui devait durer 3 ans concernait « *les projets d'installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, d'installations de méthanisation et d'installations de production d'électricité ou de biométhane à partir de biogaz soumises à l'autorisation prévue à l'article L. 512-1 du code de l'environnement sur le territoire des régions de Basse-Normandie, Bretagne, Champagne-Ardenne, Franche-Comté, Midi-Pyrénées, Nord - Pas-de-Calais et Picardie* »[1475]. Ce dispositif a été ratifié par l'article 145 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 qui en a étendu le champ d'application à l'ensemble du territoire national. L'ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation

[1471] LOI n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570.
[1472] Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre 1er du code de l'urbanisme.
[1473] Voir par exemple : Conseil d'État, 14 décembre 2012, Société Neo Plouvien, req n° 347778.
[1474] Ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, JORF n° 0068 du 21 mars 2014, p. 5623.
[1475] Article 1er de l'ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, préc.

environnementale[1476] a finalement supprimé l'autorisation unique qu'elle a remplacée par l'autorisation environnementale dont le champ d'application matérielle est plus large[1477].

1114- Cette démarche de simplification permet d'alléger les contraintes administratives pesant sur les porteurs de projets dans ces filières et qui retardaient inutilement leur mise en œuvre. Désormais, en regroupant en une seule démarche jusqu'à douze procédures jusque-là menées de manière distincte, l'autorisation environnementale unique devrait servir d'accélérateur pour le déploiement des équipements concernés.

1115- Ces simplifications constituent un signal fort adressé aux investisseurs et porteurs de projets et vont dans le sens d'encourager le développement des énergies renouvelables. Toutefois, il ne faut pas rester au milieu du gué ; l'effort de simplification doit être poursuivi pour mieux adapter le cadre juridique aux nouveaux enjeux du secteur.

2. Un effort de simplification à poursuivre

1116- S'il est vrai que la simplification notée ouvre de nouvelles possibilités d'implantation d'ouvrages de production renouvelable, elle reste insuffisante pour donner au secteur un dynamisme suffisant pour atteindre les objectifs fixés en termes d'augmentation de la part du renouvelable dans le mix énergétique. La subsistance de contraintes réglementaires pesant sur les installations de production d'énergie renouvelable continue d'être un facteur bloquant le développement de ces filières.

1117- Il en va notamment ainsi de la production d'énergie solaire qui, en plus de l'indisponibilité de la ressource foncière nécessaire à son développement, souffre des contraintes issues de la règlementation urbanistique. En effet, en ce qui concerne le déploiement du photovoltaïque au sol, les porteurs de projets se heurtent souvent à l'impossibilité d'implanter leurs installations de production du fait de leur assujettissement à

[1476] Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JORF n° 0023 du 27 janvier 2017, texte n° 18.
[1477] L'article 1er de l'ordonnance du 26 janvier 2017 (désormais codifié à l'article L. 181-2 du code de l'environnement) dresse la liste des autorisations, déclarations et enregistrements désormais « embarqués » dans l'autorisation environnementale. On notera que contrairement à l'autorisation unique, l'autorisation environnementale ne tient pas lieu de permis de construire.

la règle de l'urbanisation en continuité. Dans les communes littorales, cette règle rend impossible l'implantation de centrales solaires sur d'importantes superficies qui seraient aptes à les accueillir. Il paraît donc judicieux d'aligner la filière photovoltaïque sur l'éolienne terrestre en leur faisant bénéficier de la même dérogation à la règle de l'urbanisation en continuité. Cette dérogation aurait l'avantage d'accroitre l'assiette foncière susceptible d'accueillir les installations de production d'énergie solaire tout en permettant aux communes concernées de reconquérir et de valoriser des superficies jusque-là délaissées en raison de leur dégradation.

1118- Concernant la filière éolienne terrestre, l'allègement des démarches administratives à travers l'instauration de l'autorisation environnementale unique s'est paradoxalement accompagné de l'accroissement des contraintes pesant sur son développement et qui sont liées à l'activité militaire. Le contexte actuel marqué par des impératifs sécuritaires renforcés a eu pour conséquence d'accroître sensiblement ces contraintes, en particulier ces cinq dernières années. Ainsi, selon une étude menée par le Réseau pour le transition énergétique (CLER), les contraintes militaires liées à la préservation des zones de vols tactiques, des Secteurs d'Entrainement à Très Basse Altitude et des zones de protection des radars « *interdisent aujourd'hui 47% du territoire métropolitain à l'éolien contre 15,7% en 2013* »[1478].

1119- Interpellé par les parlementaires sur cette tendance qui menace la survie de la filière[1479], le Ministre de la Défense considère que « s*i le développement de l'énergie éolienne représente un enjeu important pour la transition énergétique et la croissance verte, il ne peut cependant être envisagé qu'en tenant compte des missions de défense nationale et de sécurité publique assurées notamment grâce aux équipements militaires de surveillance et de navigation aérienne implantés sur le territoire national* »[1480]. Il s'agit donc de concilier deux impératifs *a priori* contradictoires et dans cet arbitrage il n'est pas certain que le contexte sécuritaire actuel aille dans un sens favorable à la filière éolienne.

[1478] CLER Réseau pour la transition énergétique, « Lever les freins au développement des énergies renouvelables », novembre 2017, consultable sur le site : https://cler.org/wp-content/uploads/2017/11/Freins-au-de%CC%81v-des-EnR-version-courte-161117.pdf.

[1479] Selon la députée BARBARA POMPILI, « *en une année, la part du territoire métropolitain interdit à l'éolien par la Défense nationale (radars, servitudes et zones d'entraînement) est passée de 15,7 % à 57,5 %. D'après les acteurs, les restrictions liées à la défense nationale et à la gestion des réseaux concerneraient par exemple 60 % du territoire de la Picardie, région pourtant en pointe sur l'éolien, et pourraient entraîner le blocage d'1,5 milliard d'investissements et donc de 120 millions de taxes annuelles non versées* » (JO Assemblée Nationale du 22 juillet 2014).

[1480] Ministère de la défense, réponse à la question parlementaire n° 25211 du Sénateur M. Yves DETRAIGNE, Journal officiel du Sénat du 30/03/2018, p. 1295.

1120- Il faut néanmoins relever la réalisation, par les services du Ministère de la défense, de travaux destinés à évaluer leur juste besoin en zones d'entrainement et à le minimiser autant que possible en faveur de l'éolienne. Selon les chiffres du Ministère « *cette étude a abouti à réduire de 18% le réseau de vol à très basse altitude des avions de chasse et de 11% les secteurs d'entraînement au vol tactique des hélicoptères* »[1481]. C'est dans la même lancée qu'ils sont en train de développer le logiciel de modélisation dénommé « DEMonstrateur de Perturbations des Éoliennes sur les Radars Électromagnétiques » (DEMPERE) afin d'évaluer l'impact de l'implantation des aérogénérateurs sur la performance des radars militaires.

1121- Cet instrument pourra contribuer à la conciliation des objectifs sécuritaires et de développement des installations éoliennes à la condition de ne pas être utilisé dans une optique de confrontation entre ces deux impératifs. Il devrait permettre de mesurer l'impact réel des aérogénérateurs sur les installations militaires en vue de réduire les limitations à leur implantation à ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement des appareils de défense. Il conviendra donc de prendre en compte les données fournies par cet outil de modélisation dans un décret fixant de manière claire les règles d'implantation des éoliennes terrestres. L'édiction de ce décret s'avère aujourd'hui nécessaire à la lisibilité du système pour permettre aux acteurs de pouvoir faire des projections en fonction du potentiel de développement de la filière. La sécurité juridique du dispositif s'en trouverait renforcée de sorte à encourager l'initiative et l'investissement publics et privés dans les projets de développement de la production énergétique renouvelable.

B- La rationalisation des outils de financement des projets d'énergie renouvelable.

1122- En plus de l'assouplissement des contraintes réglementaires pesant sur elles, le développement des énergies renouvelables nécessite la mise en place d'un cadre financier assez incitatif pour encourager l'investissement public et privé. Dans ce cadre, il est opportun de rationaliser les mécanismes actuels de soutien aux énergies renouvelables afin de mieux les adapter aux besoins de chaque filière. Dans cette optique, les filières dites matures devraient

[1481] *Idem.*

faire l'objet d'un mécanisme unique de soutien **(1)**. Parallèlement, l'instauration du mécanisme du certificat vert peut utilement accompagner le développement des filières non encore matures **(2)**.

1. L'unification des mécanismes de soutien financier aux filières matures

1123- Le développement des partenariats public-privé comme levier de promotion des énergies renouvelables suppose d'accroitre la compétitivité de ces dernières face aux énergies dites conventionnelles, lesquelles bénéficient de la faiblesse de leurs coûts de production. Cet état de fait rend difficilement possible la concurrence entre ces deux types d'énergie. C'est ce qui justifie la mise en place de dispositifs publics de soutien aux filières renouvelables, à travers l'obligation d'achat et le complément de rémunération.

1124- Le dispositif de l'obligation d'achat est un instrument qui a été forgé en Allemagne où il s'est très vite imposé comme un outil incontournable de gouvernance conjointe de l'énergie et du climat[1482]. Le succès qu'il y a rencontré à la fin des années 1990 lui a valu un important rayonnement à l'échelle européenne et « *c'est donc à titre de solution disponible que cet instrument a été adopté par plusieurs États européens* »[1483].

1125- Mis en place en France par l'article 10 la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité[1484], le dispositif de l'obligation d'achat traduit une politique volontariste destinée à encourager l'investissement dans le domaine de la production d'énergie de source renouvelable. Il repose sur l'obligation mise à la charge d'EDF et des distributeurs non nationalisés de conclure avec les producteurs qui en font la demande un contrat d'achat de l'énergie renouvelable produite à un tarif déterminé, pour chaque filière, par arrêté des ministres de l'économie et de l'énergie après

[1482] En ce sens : DEBOURDEAU A., « De la « solution » au « problème ». La problématisation de l'obligation d'achat de l'énergie solaire photovoltaïque en France et en Allemagne », *Politix*, 2011/3 (n° 95), p. 103-127.
[1483] Idem.
[1484] Loi n° 2000-108 relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n° 35 du 11 février 2000, p. 2143.

avis de la Commission de régulation de l'énergie[1485]. L'idée est d'inciter les opérateurs économiques à investir dans les filières d'énergie renouvelable avec l'assurance d'écouler leur production dans des conditions optimales de rentabilité avec des tarifs fixés à un niveau supérieur aux prix du marché. Il relève de la volonté des pouvoirs publics de « *mettre les producteurs d'énergie renouvelable à l'abri des aléas de l'économie de marché* »[1486].

1126- Ce dispositif a contribué au développement de certaines filières de production énergétique telles que l'éolienne terrestre et le solaire photovoltaïque[1487]. Comme le relève la Cour des comptes, cet instrument « *a eu pour conséquence un accroissement significatif des capacités d'énergies renouvelables dans le mix énergétique : la part des EnR dans la consommation finale brute d'énergie en France a nettement progressé au cours de la dernière décennie, passant de 9,2 % en 2005 à 15,7 % en 2016* »[1488].

1127- Toutefois, le mécanisme de l'obligation d'achat présentait un certain nombre d'inconvénients. Au-delà de la question de son euro-compatibilité[1489], l'absence de réactivité des pouvoirs publics dans la détermination du niveau des tarifs d'achat aboutissait à un découplage entre ceux-ci et les coûts réels de production. La filière solaire photovoltaïque illustre bien cette tendance : les tarifs d'achat ont été fixés en 2006 à des niveaux très élevés,

[1485] Code de l'énergie, article L. 314-4.
[1486] LE-BAUT-FERRARESE B. et MICHALLET I., Traité de droit des énergies renouvelables, 2° édition, 2012, Editions le Moniteur, p. 576.
[1487] En ce qui concerne le solaire photovoltaïque, tout en justifiant la suspension de l'obligation d'achat en 2010 par l'absence d'atteinte des objectifs en matière environnementale et de création d'emploi, Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, alors ministre de l'écologie et du développement durable, admettait tout de même que sur cette filière, « *les objectifs du Grenelle de l'Environnement en matière de volume ont été respectés et dépassés* » (Communiqué publié par le service de presse du Premier ministre, Paris, 2 décembre 2010.
[1488] Cour des comptes, Le soutien aux énergies renouvelables, Communication à la Commission des finances du Sénat, mars 2018.
[1489] Il faut rappeler qu'en 2013 la Cour de justice de l'union européenne a qualifié d'aide d'État le dispositif français de l'obligation d'achat (CJUE, 19 décembre 2013, affaire n° C – 260/12, « Association Vent de Colère ! Fédération nationale »). Voir notamment : BOITEAU C., « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », AJDA, 2014, p. 926 ; THIEFFRY P., « Un *vent de colère* qui souffle du Palais-Royal à Luxembourg : le tarif d'achat de l'électricité éolienne, aide d'Etat illégale », Dalloz, 2014, p. 224 ; « Aides des collectivités et droit de l'Union européenne : l'achat d'électricité d'origine éolienne, une aide d'Etat en pleine tourmente », AJCT, 2014, p. 487.
Cette décision a d'ailleurs conduit le Conseil d'État à annuler les arrêtés tarifaires de 2008 pour la filière éolienne au motif que le dispositif de l'obligation n'avait pas été préalablement notifié à la Commission européenne en violation de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (CE, 28 mai 2014, req. n° 324852, Association Vent de Colère ! Fédération nationale). Voir : MAMOUDY O., « Coup de vent sur la jurisprudence AC ! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne », AJDA, 2014, p. 1784 ; MULLER E., « Conséquences de l'octroi illégal d'une aide et modulation des effets de son annulation », RTD Eur., 2014, p. 952 ; CHAVRIER G., « Le droit au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », AJDA, 2015, p. 1195.

bien au-delà de ce qui était nécessaire à la compétitivité de la filière et sans tenir compte de la forte baisse des coûts des équipements de production due aux progrès industriels. « *Le photovoltaïque est ainsi devenu contre son gré un pur produit financier, entraînant la fameuse « bulle spéculative »* [1490] qui a conduit à la suspension du dispositif par le décret du 9 décembre 2010[1491].

1128- A cela s'ajoute le caractère inopportun de fixer pour chaque filière un tarif unique, applicable de manière uniforme à tout le territoire, sans tenir compte des différences de coût de production inhérentes au profil énergétique de chaque région. Dans la mesure où les composantes du territoire national ne bénéficient pas du même niveau de disponibilité de la source énergétique[1492], la détermination d'un tarif unique ne contribue pas au déploiement harmonieux des installations de production sur l'ensemble du territoire. Cela se traduit par une forte concentration des moyens de production renouvelable dans les zones à forte disponibilité du productible sans tenir compte des besoins de consommation énergétique[1493]. Par ailleurs, ce dispositif pouvait engendrer des perturbations sur le réseau d'acheminement en période creuse, dès lors que les opérateurs énergéticiens ne sont pas économiquement incités à moduler leur production en fonction du niveau de la demande.

1129- Toutes ces considérations ont amené le législateur français à faire évoluer le cadre juridique de soutien aux énergies renouvelables conformément aux orientations fixées par les nouvelles lignes directrices européennes[1494]. C'est ainsi que l'article 104 de loi de transition énergétique pour la croissance verte du 18 août 2015 a introduit le mécanisme dit du complément de rémunération. Aux termes de cette disposition, « *Sous réserve de la nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, Électricité de France est tenue de conclure,*

[1490] CLER – Réseau pour la transition énergétique -, « Pour un système de soutien à l'électricité renouvelable juste et efficace. Propositions et réponses à la consultation », 26 février 2014.
[1491] Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, JORF n° 0286 du 10 décembre 2010, p. 21598.
[1492] Comme le souligne le Député Serge POIGNANT, « *Contrairement à ses voisins européens qui bénéficient d'un rayonnement solaire relativement uniforme sur l'ensemble de leur territoire – il n'y a pas de différence fondamentale entre Hambourg et Munich par exemple – la France se trouve littéralement coupée en deux entités, entre une moitié nord aux caractéristiques comparables à l'Allemagne et une moitié sud proche des conditions d'ensoleillement de Barcelone* » (Assemblée Nationale, rapport d'information n° 1846 sur l'énergie photovoltaïque, juillet 2009).
[1493] En ce sens : Assemblée Nationale, rapport d'information n° 1846 sur l'énergie photovoltaïque présenté par Monsieur Serge POIGNANT, juillet 2009.
[1494] Commission Européenne, Lignes directrices concernant les aides d'État à l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, 2014/C200/01, 9 avril 2014 : JOUE du 28 juin 2014.

lorsque les producteurs intéressés en font la demande, un contrat offrant un complément de rémunération pour les installations implantées sur le territoire métropolitain continental, dont la liste et les caractéristiques sont précisées par décret ».

1130- Le décret n° 2016-682 du 27 mai 2016[1495] est venu préciser le régime de l'obligation d'achat et du complément de rémunération, alors que celui du 28 mai 2016 dresse la liste et les caractéristiques des installations éligibles à l'un ou l'autre de ces dispositifs[1496]. Ainsi, le nouveau système du complément de rémunération ne se substitue pas complétement à celui de l'obligation d'achat ; certaines installations continuent de relever de ce dernier. Il en va en particulier ainsi des installations utilisant l'énergie solaire photovoltaïque implantées sur bâtiment et d'une puissance crête installée inférieure ou égale à 100 kilowatts et de toutes celles mentionnées à l'article D. 314-15 du code de l'énergie. En revanche, les installations éoliennes terrestres relèvent du dispositif du complément de rémunération à la condition de ne pas comporter un aérogénérateur d'une puissance nominale supérieure à 3 MW et dans la limite de six aérogénérateurs[1497].

1131- La coexistence de ces deux dispositifs peut s'avérer problématique, en particulier lorsque le critère de partage entre les deux régimes de soutien n'est pas clairement défini. Par exemple, les installations utilisant l'énergie hydraulique des lacs, des cours d'eau et des eaux captées gravitairement relèvent de l'obligation d'achat lorsque la puissance installée est strictement inférieure à 500 kilowatts[1498] et du dispositif du complément de rémunération lorsque la puissance installée est strictement inférieure à 1 mégawatt[1499]. Dans cette configuration, il n'est pas exclu qu'une même installation puisse relever de l'un ou l'autre des dispositifs de soutien, ce qui ne contribue pas à la lisibilité du système et à la sécurisation des projets.

[1495] Décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération prévus aux articles L. 314-1 et L. 314-18 du code de l'énergie et complétant les dispositions du même code relatives aux appels d'offres et à la compensation des charges de service public de l'électricité, JORF n° 0123 du 28 mai 2016, texte n° 7.
[1496] Décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie, JORF n° 0124 du 29 mai 2016, texte n° 8.
[1497] Code de l'énergie, art. D 314-23.
[1498] Code de l'énergie art. D 314-15.
[1499] Code de l'énergie, art. D.314-23.

1132- Un effort de simplification du système consisterait à unifier l'ensemble de la politique de soutien aux énergies renouvelables à travers l'instrument unique du complément de rémunération qui se substituerait intégralement au mécanisme de l'obligation d'achat. Cela présenterait l'avantage de rapprocher le soutien aux énergies renouvelables avec les mécanismes du marché conformément aux orientations européennes. Avec ce dispositif unique, les producteurs sont confrontés aux lois du marché de l'énergie tout en continuant de bénéficier d'une garantie fournie par les pouvoirs publics. Ils sont donc incités à accroître la compétitivité de leurs filières tout en recherchant des sources alternatives de financement.

2. L'instauration du dispositif du « certificat vert » pour les filières non encore matures

1133- L'utilisation des instruments de partenariat public-privé comme levier de développement des énergies renouvelables ne se conçoit que dans un cadre juridique et financier assez incitatif pour encourager l'investissement dans ces filières. Si le dispositif du complément de rémunération convient aux filières de production renouvelable les plus matures, il ne semble pas adapté aux technologies qui sont encore à l'étape expérimentale. Celles-ci ont besoin d'un accompagnement spécifique de la part de la puissance publique qui doit amener les acteurs économiques à y réaliser les investissements nécessaires, que ce soit par l'incitation financière ou par la contrainte juridique.

1134- C'est dans cette optique que s'inscrit le dispositif du certificat vert mis en œuvre dans certains pays européens comme le Royaume-Uni, l'Italie ou la Belgique[1500]. Il repose sur l'obligation qui est faite aux opérateurs intervenant sur le marché de l'énergie - les fournisseurs en particulier – de justifier d'un pourcentage minimum d'énergie de source renouvelable dans leurs ventes totales. En cas de non-respect du quota, le fournisseur défaillant s'expose à l'acquittement d'une pénalité dont le montant exprimé en €/kWh

[1500] Pour une étude plus approfondie des systèmes mis en place dans ces pays, voir notamment : « La politique climatique au Royaume-Uni », *Études économiques de l'OCDE*, 2011/3 (n° 3), p. 145-181. URL : https://www.cairn.info/revue-etudes-economiques-de-l-ocde-2011-3-page-145.htm ; COLLARD F., « Les énergies renouvelables », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2015/7 (N° 2252-2253), p. 5-72. DOI : 10.3917/cris.2252.0005. URL : https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2015-7-page-5.htm ; SANDRIN A., « Les certificats verts : vers une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables », Revue LAMY, Bulletin du droit de l'environnement industriel (BDEI) n° 6, novembre 2006, pp. 33-37.

correspond au prix de la quantité d'énergie renouvelable manquante pour atteindre le seuil imposé. Ce système ne se confond pas avec celui des garanties d'origine[1501] qui n'a « *d'autre objet que de prouver l'origine « renouvelable » de l'électricité, alors que les certificats verts sont utilisés par les opérateurs pour s'acquitter des quotas qui leur sont imposés* »[1502].

1135- Pour satisfaire cette obligation, les fournisseurs peuvent investir dans l'implantation d'unités de production d'énergie renouvelable. Ils ont également la possibilité de conclure des contrats d'achat avec les producteurs ou encore d'acquérir les certificats verts qui sont attribués à ces derniers pour une quantité prédéfinie d'électricité produite à partir de source renouvelable. « *La production d'électricité renouvelable est donc valorisée par les producteurs de deux façons complémentaires : d'une part, par la vente d'électricité sur le réseau aux conditions du marché et, d'autre part, par la vente des certificats aux opérateurs soumis à des quotas de production d'électricité renouvelable* »[1503]. Quelle que soit l'option retenue, ce dispositif a un impact direct sur la part de l'énergie renouvelable dans le mix énergétique.

1136- Un tel système pourrait être utilement mis en place en soutien aux filières de production énergétique renouvelables non encore compétitives. En effet, il peut être envisagé d'orienter ce dispositif afin d'en limiter l'application à certains types d'installations de production. Concrètement, cela consiste à mettre à la charge des fournisseurs d'énergie l'obligation de réserver, dans leur volume d'énergie vendue sur le marché, un quota d'électricité produite à partir d'installations dont les caractéristiques sont fixées par la puissance publique. Il en irait ainsi des filières les moins matures telles que l'éolienne en mer et les technologies marémotrices et houlomotrices. L'idée est d'inciter les investisseurs à réaliser de nouvelles capacités de production dans ces filières par l'instauration de quotas définis sur un horizon de long terme et déclinés en objectifs intermédiaires régulièrement croissants[1504].

[1501] Code de l'énergie, art. L. 314-14 et suivants.
[1502] SANDRIN A., « Les certificats verts : vers une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables », préc., p. 37.
[1503] MENANTEAU Ph., LAMY M-L. et FINON D., « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocative et efficience dynamique », Institut d'économie et de politique de l'énergie, cahier de recherche n° 29, juin 2002, p. 4.
[1504] En ce sens : MENANTEAU Ph., LAMY M-L. et FINON D., « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocative et efficience dynamique », préc.

1137- Par cette voie, la puissance publique encourage le développement de ces filières tout en ayant la maîtrise de l'évolution des volumes produits dans une optique de coordination avec les investissements sur les réseaux destinés à les accueillir. Pour être globale, cette démarche doit également intégrer les actions de maîtrise de la demande d'énergie.

Paragraphe 2 : Simplifier le régime juridique des outils contractuels de maîtrise de l'énergie

1138- Au même titre que le segment de la production en amont, la démarche partenariale concerne les actions de maîtrise de la consommation en aval. Elle se matérialise à travers les nombreux instruments contractuels ayant pour objet l'amélioration de la performance énergétique. Initialement présentée comme une manifestation de la liberté contractuelle des parties prenantes, cette diversité des instruments contractuels a néanmoins abouti à une « *accumulation de régimes* »[1505] préjudiciable à la cohérence d'ensemble du cadre juridique qu'il convient de rationaliser **(A)** tout en l'assouplissant **(B)**.

A- La rationalisation des instruments contractuels de performance énergétique

1139- Le droit de la commande publique fait coexister plusieurs instruments juridiques de partenariat public-privé à objet performantiel. La diversité des montages contractuels susceptibles d'être mis en œuvre pour la réalisation de prestations de performance énergétique **(1)** donne lieu à l'application d'une pluralité de régimes qui nuisent à la lisibilité du système **(2)**.

1. Une absence de cadre contractuel unique dédié à la performance énergétique

1140- Dans la poursuite des objectifs de réduction de la consommation d'énergie, les collectivités publiques doivent jouer un rôle d'exemplarité en matière de maîtrise de la demande d'énergie. Dans ce cadre, la rénovation énergétique des bâtiments publics présente un

[1505] JANNEAU E. et RICCI N., « Les marchés publics globaux », *Contrats Publics*, n°158, octobre 2015, p. 58.

enjeu important. C'est dans l'optique d'en faciliter la réalisation que s'inscrit le contrat de performance énergétique que la directive européenne du 25 octobre 2012 définit comme « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes duquel les investissements (travaux, fournitures ou services) dans cette mesure sont rémunérés en fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ou d'un autre critère de performance énergétique convenu* »[1506].

1141- L'unité matérielle de ce type d'accord pourrait laisser augurer qu'elle donnerait lieu à la mise en place d'un cadre contractuel unique. Cependant, les pouvoirs publics français n'ont pas jugé opportun de créer un nouveau véhicule juridique pour porter cet objet[1507]. Il s'ensuit que le contrat de performance énergétique peut être mis en œuvre selon diverses formes et à travers différents montages contractuels.

1142- Le contrat de performance énergétique est d'abord susceptible de prendre la forme du marché de partenariat réglementé par le livre II du code de la commande publique. Il peut également être mis en œuvre par le biais d'un marché de conception-réalisation. En effet, l'article L. 2171-2 du code de la commande publique permet au pouvoir adjudicateur de confier à un même opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux à la condition que « *des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique (...) rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

1143- A côté de ces deux premiers montages contractuels, le marché global de performance se présente comme un troisième véhicule juridique susceptible de porter le contrat de performance énergétique. Aux termes de l'article L. 2171-3 du même code, « *les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance (...)* » portant notamment sur l'efficacité énergétique. Cette dernière catégorie

1506 Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, Journal officiel de l'Union européenne du 14 novembre 2012, L 315/1.
1507 En ce sens, NICINSKI S., « Les contrats de performance énergétique », in Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, Annuaire des collectivités locales/ Année 2013/ 33 / pp. 147-154.

succède aux marchés de CREM[1508] et REM[1509] créés par l'article 73 de l'ancien code des marchés publics pour tenir compte des orientations fixées par la loi de programmation relative à la mise en œuvre du grenelle de l'environnement[1510].

1144- A la différence des marchés de partenariat, la passation des marchés globaux de performance et des marchés de conception-réalisation n'est pas subordonnée à la réalisation d'une évaluation préalable. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas à établir que la réalisation du projet sous l'une de ces deux formes présente un bilan comparatif plus favorable. Par ailleurs, ce type de marché n'est pas soumis à un seuil financier ; l'acheteur peut y recourir quel qu'en soit le montant. A ce double titre, le marché global de performance et le marché public de conception-réalisation peuvent être une alternative intéressante au marché de partenariat auquel ils peuvent se substituer dans tous les cas où les conditions de recours à ce dernier ne sont pas réunies.

1145- Toutefois, la coexistence de 3 catégories de contrats donnant lieu à l'application de règles procédurales différentes aboutit à une accumulation de régimes juridiques préjudiciable à la cohérence d'ensemble et à l'unité de la commande publique. A cela s'ajoute les incertitudes sur la possibilité d'utiliser les baux emphytéotiques administratifs dits « de valorisation » pour la réalisation de prestations de performance énergétique au bénéfice des personnes publiques. Créée par l'article 11 de la loi du 23 juillet 2010[1511], cette formule est destinée à la réparation, la restauration ou la mise en valeur de biens immobiliers de l'État et des établissements publics consulaires[1512]. Cet objet semble correspondre à celui des contrats de performance énergétique. « *Les personnes publiques qui ont la possibilité d'y recourir pourraient donc passer des "BEA de performance énergétique", dans le cadre d'une formule "aller-retour", avec*

[1508] Marché de conception, réalisation, exploitation – maintenance.
[1509] Marché de réalisation, exploitation-maintenance.
[1510] L'article 5 de la loi Grenelle I (Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, JORF n°0179 du 5 août 2009, p. 13031) dispose : « Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement.
[1511] LOI n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF n°0169 du 24 juillet 2010, p. 13650.
[1512] CLAMOUR G., « Loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services », Contrats et Marchés publics n° 10, octobre 2010, comm. 313.

convention non détachable prévoyant les prestations réalisées par l'emphytéote pour le compte de la personne publique, et leur rémunération »[1513].

1146- Si ce montage contractuel n'est pas dépourvu d'intérêt pour les personnes publiques propriétaires, notamment en termes d'externalisation de la maîtrise d'ouvrage et du financement, sa faisabilité juridique s'avère désormais délicate. En effet, il ressort du deuxième alinéa de l'article L. 2341-1 du CGPPP que le bail emphytéotique administratif « *ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur (...)* » public soumis au code de la commande publique. La volonté d'instaurer une césure nette entre la commande publique et les contrats d'occupation domaniale semble faire obstacle à ce que ces derniers puissent servir de moyen détourné pour la satisfaction des besoins d'un acheteur public, y compris pour des prestations de performance énergétique[1514].

1147- Ainsi, les collectivités publiques se trouvent en face de différents montages contractuels envisageables. S'il reflète la liberté contractuelle des acteurs, cet « *empilement normatif* »[1515] n'en demeure pas moins préjudiciable à l'intelligibilité et la cohérence du dispositif des contrats de performance énergétique.

2. Un empilement de régimes juridiques préjudiciable à l'intelligibilité du dispositif

1148- La coexistence de plusieurs montages contractuels susceptibles d'être mis en œuvre pour la réalisation de prestations de performance énergétique n'a pas contribué à simplifier le cadre juridique de ce dispositif. S'il est vrai que la multiplication des possibilités traduit une certaine ingénierie juridique et surtout une grande liberté contractuelle, elle n'en est pas moins

[1513] TENAILLEAU F., « Contrats globaux de performance énergétique » préc.
[1514] En ce sens : de BENELET A., « Réforme de la commande publique et propriété publique », https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2016/11/02/reforme-de-la-commande-publique-et-propriete-publique/; UBAUD-BERGERON M., « Bail emphytéotique administratif », JurisClasseur Administratif, fasc. 640, mai 2018 ; CHAMMING'S G. et SCIALOM, « Le régime juridique du marché de partenariat : nouveau paradigme ou simple inflexion de style ? », Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2016, dossier 15.
[1515] BRACONNIER S., « Partenariats public-privé » JurisClasseur Contrats et Marchés publics, fasc. 646, novembre 2008 (date de la dernière mise à jour décembre 2015).

source de complexité, voire de désordre[1516]. La complexité trouve sa source dans les différences de régimes juridiques applicables tant au niveau des procédures de passation qu'à celui de l'exécution.

1149- Concernant la procédure de passation, malgré l'unité d'objet, les différents types de contrats de performance énergétique ne font pas peser les mêmes obligations sur l'acheteur public. Même si ses conditions de recours ont été simplifiées, le marché de partenariat n'en est pas pour autant devenu un contrat de droit commun. D'une part, seuls les projets dont le montant atteint les seuils fixés par l'article R. 2211-1 du code de la commande publique y sont éligibles et, d'autre part, son recours est subordonné à la réalisation d'une évaluation préalable et d'une étude de soutenabilité budgétaire, toutes deux soumises à l'avis d'autorités désignées au niveau national[1517].

1150- A l'inverse, la conclusion de contrats performance énergétique sous la forme d'un marché de conception-réalisation ou d'un marché public global n'est subordonnée à aucune des conditions susvisées. Leur procédure de passation est donc moins contraignante que celle devant être mise en œuvre dans le cadre d'un marché de partenariat. Or, il semble paradoxal que, pour la réalisation d'un même projet, l'autorité contractante soit assujettie à des obligations procédurales plus ou moins contraignantes selon le véhicule juridique mis en œuvre.

1151- La différence notée dans la phase de passation se poursuit au niveau du régime d'exécution des montages contractuels de performance énergétique. Sur le plan financier, le marché de partenariat présente l'avantage de permettre le préfinancement privé des investissements. Concrètement, cela signifie que la personne publique bénéficiaire des prestations d'efficacité énergétique étale le paiement des sommes dues au titulaire sur toute la durée du contrat.

1152- Cette possibilité est toutefois exclue dans le cadre des marchés publics globaux de performance, l'article L. 2191-5 du code de la commande publique interdisant l'insertion de toute clause de paiement différé dans les marchés publics passés par l'État, les collectivités

[1516] En ce sens : LLORENS F., « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2005, étude 7.
[1517] Voir *supra*, § 804-811.

territoriales et leurs établissements publics. Cette interdiction représente un frein supplémentaire à l'utilisation des marchés globaux de performance énergétique[1518].

B- La simplification souhaitable du régime juridique des contrats de performance énergétique

1153- Pour les collectivités publiques, l'utilisation des instruments juridiques de partenariat public-privé dédiés à la performance énergétique se heurte aujourd'hui à certaines contraintes pesant sur elles. Dès lors, leur incitation à investir dans des actions de maîtrise de la consommation, en particulier à travers la rénovation énergétique de leur patrimoine immobilier, passe nécessairement par l'allègement de ces contraintes. A cet effet, la réglementation de la commande publique devrait s'employer à lever les verrous qui limitent actuellement le recours au marché de partenariat (**1**) tout en simplifiant le régime d'exécution des marchés publics globaux de performance énergétique (**2**).

1. Réduire les verrous au recours au marché de partenariat de performance énergétique

1154- La réforme du droit de la commande publique à travers l'ordonnance du 25 juillet 2015[1519] a eu le mérite de clarifier le régime des marchés de partenariat dont les conditions de recours ont été mises en cohérence[1520]. Néanmoins, cet instrument de partenariat public-privé continue de souffrir de son statut de montage contractuel « d'exception » qui l'inscrit dans un carcan peu favorable à son développement. Comme le relève Stéphane BRACONNIER, cette logique de verrouillage procède de « *l'idée, iconoclaste et archaïque, selon laquelle il y aurait, d'un côté, les « bons » contrats (marchés publics essentiellement), auxquels il pourrait être recouru librement, et de l'autre les « mauvais » (PPP, voire concessions), qui ne pourraient être utilisés qu'à certaines conditions, voire interdits* »[1521].

[1518] Voir *infra*, § 1160-1166.
[1519] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602.
[1520] Voir : GRANGE B., « La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics », AJCT, 2016, p. 238.
[1521] BRACONNIER S., « Le futur régime des partenariats public-privé : rupture et clarifications », RDP, n° 3, mai 2015, p. 595.

1155- Une première manifestation de cette tendance réside dans l'interdiction faite à certains organismes publics de recourir au marché de partenariat, y compris pour servir de support à un contrat de performance énergétique. En effet, il ressort de l'article L. 2211-1 du code de la commande publique que les marchés de partenariat peuvent être conclus par tout acheteur public, « *à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie [*par arrêté ministériel*], ainsi que des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique* ».

1156- Un arrêté du ministre de l'action et des comptes publics en date du 4 septembre 2018 est venu fixer la liste des organismes divers d'administration centrale concernés par cette interdiction[1522]. Sur cette liste figurent notamment des personnes publiques qui pourraient utilement contribuer à la dynamique de maîtrise de l'énergie, au même titre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Il en va en ainsi des universités, en particulier, en raison du potentiel d'économie d'énergie que représente leur patrimoine immobilier. Le rapport d'information du Sénat de 2010[1523] évaluait la surface hors œuvre nette de l'ensemble des établissements d'enseignement supérieur à 18 664 895 mètres carrés répartis sur 6 350 bâtiments. « *Or, ce patrimoine, considérable par sa taille, est dégradé et sous-optimisé* »[1524].

1157- L'interdiction qui leur est faite de conclure un marché de partenariat est d'autant plus paradoxale qu'elle vient contredire toute la tendance législative de cette dernière décennie marquée par la volonté des pouvoirs publics d'accroitre l'autonomie et la responsabilité des établissements publics d'enseignement supérieur dans la gestion de leur patrimoine. Il faut rappeler que l'article 32 de la loi du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités[1525] leur a ouvert la possibilité d'acquérir à titre gratuit la pleine propriété des biens mobiliers et immobiliers mis à leur disposition par l'État. Dans la même lancée, la loi n° 2010-

[1522] Arrêté du 4 septembre 2018 fixant la liste des organismes divers d'administration centrale ayant interdiction de contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois ou d'émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée, JORF n°0230 du 5 octobre 2018, texte n° 22.
[1523] Sénat, rapport d'information fait au nom de la Commission des finances, et de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la dévolution du patrimoine immobilier aux universités, présenté par MM. Philippe ADNOT et Jean-Léonce DUPONT, juin 2010, p. 11.
[1524] SEBAN D., « Pour une valorisation du patrimoine des universités », www.operationsimmobilieres.com, avril 2011.
[1525] Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, JORF n° 0185 du 11 août 2007, p. 13468.

1536 du 13 décembre 2010[1526] les autorise à conclure des contrats conférant des droits réels à leur cocontractant sur les biens mis à leur disposition par l'État « *sous réserve de l'accord préalable de l'autorité administrative compétente et de clauses permettant d'assurer la continuité du service public lorsque les biens concernés sont nécessaires à l'accomplissement de ce service* »[1527].

1158- Dans la même lancée, il semble cohérent de leur ouvrir la possibilité de procéder à la rénovation énergétique de leur patrimoine immobilier par le biais d'un marché de partenariat, lorsque ce montage contractuel présente un bilan favorable. Ce déverrouillage est d'autant plus opportun que, mis en réseau, les biens immobiliers des universités représentent un important gisement d'économie d'énergie et, accessoirement, une assiette foncière susceptible de valorisation par la production énergétique renouvelable. Il en va de même des établissements publics de santé, eux aussi assujettis à la même interdiction.

1159- Dans la même logique, il faudrait alléger les formalités administratives pesant sur les collectivités territoriales lorsqu'elles souhaitent conclure un marché de partenariat de performance énergétique. Dans l'état actuel de la réglementation, pour ces structures décentralisées, la passation de ce type de montage contractuel est subordonnée à la réalisation d'une évaluation préalable et d'une étude de soutenabilité budgétaire, lesquelles sont soumises à l'avis des services de l'État[1528]. Si cette double obligation trouve sa motivation dans la volonté de sécuriser les opérations réalisées en partenariat public-privé et de préserver les finances locales, elle n'en apparaît pas moins négatrice de la libre administration des collectivités territoriales. Elle est caractéristique de la résurgence d'une forme de tutelle symptomatique de la méfiance des pouvoirs publics à l'égard des opérations impliquant un financement privé.

[1526] Loi n° 2010-1536 du 13 décembre 2010 relative aux activités immobilières des établissements d'enseignement supérieur, aux structures interuniversitaires de coopération et aux conditions de recrutement et d'emploi du personnel enseignant et universitaire, JORF n° 0289 du 14 décembre 2010, p. 21809

[1527] Idem, article 2.

[1528] Aux termes des articles R. 2212-7 et R. 2212-10 du code de la commande publique, l'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise à l'avis de la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures (MAFI), organisme expert créé au sein du ministère de l'économie et des finances par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 (JORF n° 0101 du 29 avril 2016, texte n° 18). Quant à l'étude de soutenabilité budgétaire, elle est soumise à l'avis motivé du ministre du budget.

2. Assouplir le régime financier des marchés globaux de performance énergétique

1160- La règlementation relative aux marchés de partenariat permet le préfinancement privé des investissements. En revanche, toute clause de paiement différé demeure interdite dans le cadre des marchés globaux de performance. Si elle peut s'expliquer par la volonté de maintenir la spécificité des marché publics globaux par rapport au marché de partenariat[1529], cette interdiction nous paraît néanmoins inopportune à un double titre.

1161- D'une part, elle ne s'applique pas à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs susceptibles de conclure des marchés publics de performance énergétique. Seuls l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics respectifs y sont assujettis. Les autres catégories de pouvoir adjudicateur échappent à cette interdiction et peuvent donc prévoir dans leurs marchés globaux le préfinancement privé des investissements.

1162- D'autre part, l'admission des clauses de paiement différé dans les marchés publics globaux de performance énergétique présenterait le double avantage de permettre « *que la rémunération du cocontractant par la personne publique et notamment des investissements, puisse être lissée sur toute la durée du contrat* »[1530] et de faciliter le recouvrement des pénalités en cas de sous-performance. L'interdiction actuelle de l'insertion de telles clauses dans les marchés globaux de performance contraint les collectivités publiques à exiger de leurs cocontractants la constitution d'une garantie financière susceptible d'être mise en œuvre lorsque le niveau de performance garanti n'est pas atteint. Cette pratique engendre un renchérissement des coûts du marché et semble méconnaître l'objectif de favoriser l'accès de PME à la commande publique.

1163- Par ailleurs, l'article L. 2191-6 du code de la commande publique précise qu'en *« cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction* ». Il doit donc exister une totale étanchéité entre la rémunération au

[1529] En ce sens : DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Université de Pau et de Pays de l'Adour, Thèse, 2016.
[1530] ORTEGA O., Les contrats de performance énergétique, rapport au Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011, p. 31.

titre des différentes missions confiées au titulaire du marché global[1531]. Concrètement le paiement de la construction ou de la réhabilitation doit intervenir dès la livraison des travaux.

1164- Conséquence de l'interdiction du paiement différé, cette disposition est susceptible de poser une difficulté particulière. Il en va en particulier ainsi dans l'hypothèse où la sous-performance constatée au stade de l'exploitation-maintenance est en partie imputable à la phase des travaux de construction ou de réhabilitation déjà réceptionnés et payés. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient alors avoir quelques hésitations à appliquer l'intégralité des pénalités à la société en charge de l'exploitation, surtout si elle a candidaté à l'attribution du marché dans le cadre d'un groupement d'opérateurs économiques et n'a pas réellement pris part à la phase de construction.

1165- Ce risque est amoindri dans la formule du marché de partenariat de performance énergétique, l'étalement du paiement sur toute la durée du contrat le rendant plus propice au recouvrement des pénalités. C'est d'ailleurs pour cette raison que le rapport ORTEGA avait proposé d'insérer dans l'article 73 de l'ancien code des marchés publics un second alinéa rédigé comme suit : « *La rémunération de la part des travaux ou des fournitures au titulaire peut faire l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat lorsque les marchés mentionnés aux I et II satisfont un objectif chiffré et intégralement garanti de diminution des consommations énergétiques supérieurs à 40%* »[1532].

1166- Cette proposition n'a pas été accueillie favorablement par les pouvoirs publics ; ni l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ni l'actuel code de la commande publique n'instaurent de dérogation à l'interdiction du paiement différé en ce qui concerne les marchés publics globaux de performance. Pourtant elle ne nous paraît pas dépourvue de pertinence, notamment pour adapter le véhicule du marché public global à la spécificité des contrats de performance énergétique. A notre sens, ce seuil des 40% d'économie d'énergie pourrait même être abaissé, voire supprimé, pour ouvrir la possibilité du paiement différé à tous les contrats de performance énergétique pour lesquels les économies d'énergie réalisées après la réception des prestations ont vocation à participer au financement des investissements.

[1531] En ce sens : DIDRICHE O., « Les marchés publics globaux », AJCT, 2016, p. 435.
[1532] ORTEGA O., Les contrats de performance énergétique, Rapport à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, 2011, p. 79.

Conclusion du titre II :

1167- La prise en charge des nouveaux enjeux du domaine des services énergétiques rend encore plus prégnante la nécessité de la coopération entre les différents acteurs du secteur. La lourdeur des investissements à réaliser pour atteindre les objectifs de la transition énergétique, la technicité des questions à traiter et les impératifs socio-économiques qu'elles revêtent interdisent que les collectivités publiques s'en occupent à l'exclusion du secteur privé ou qu'à l'inverse elles veuillent s'en dessaisir complètement.

1168- La démarche partenariale entre les organismes publics et les acteurs privés se présente donc comme la seule voie susceptible de permettre la prise en charge efficace des activités énergétiques. Elle peut constituer un constituer un levier d'accélération de la dynamique de transition énergétique à travers la création de nouvelles synergies dans la gestion des réseaux mais également dans les segments ouverts à la concurrence. L'institution d'un service de flexibilité locale pour servir de cadre de pilotage de l'équilibre des réseaux de distribution d'énergie participe de cette volonté. Elle permet en effet de dépasser le cadre quelque peu restrictif de la concession afin de mettre en relation différentes parties prenantes sur toute la chaîne de valeur énergétique créant ainsi des synergies tant entre les acteurs qu'entre les filières.

1169- Cette innovation ne doit toutefois pas occulter la nécessité de la rationalisation des outils contractuels déjà existants, en particulier en ce qui concerne la concession de distribution d'énergie. Le cadre juridique de cette dernière doit être renouvelé afin de rééquilibrer les relations entre les cocontractants. La place de l'autorité concédante doit être renforcée en lui accordant les prérogatives qui sont généralement celles d'une autorité organisatrice d'un service public. Elle doit en particulier être en mesure de choisir tant le mode de gestion du service public dont elle a la charge que son délégataire, dans l'hypothèse où la concession a été retenue. L'ouverture à la concurrence des concessions de distribution d'énergie initiant une forme de contestabilité du marché serait potentiellement un vecteur d'équilibre des relations contractuelles. Cette option paraît d'autant plus envisageable qu'elle n'est pas concrètement incompatible ni avec le principe de péréquation tarifaire ni avec la cohérence des réseaux.

1170- L’action de rationalisation doit être également menée sur les autres instruments de partenariat public-privé mis en œuvre pour la prise en charge des activités périphériques aux réseaux. A ce titre, deux mesures semblent déterminantes. Il s’agit d’abord d’encourager l’initiative et l’investissement privés dans les services énergétiques à forte valeur ajoutée en allégeant les lourdes charges pesant sur les porteurs de projets et qui sont autant de freins à la mise en œuvre des projets d’implantation des activités énergétiques sur les territoires. Il faut ainsi rassurer les porteurs de projets et les investisseurs en mettant en place un cadre réglementaire clair et stable, en particulier en ce qui concerne le régime de soutien aux énergies renouvelables. La coexistence de l’obligation d’achat avec le mécanisme du complément de rémunération ne contribue pas à la lisibilité du dispositif de soutien à la production énergétique renouvelable.

1171- Plus fondamentalement, il faudrait que les dispositifs de soutien aux énergies renouvelables prennent en compte le degré de maturité des filières de production. A ce titre, si le dispositif du complément de rémunération s’adapte bien aux filières matures telles que l’éolienne et le photovoltaïque, il l’est moins par rapport aux filières qui n’ont pas encore atteint le niveau de maturité nécessaire pour être directement aux prises avec la concurrence sur le marché. Pour celles-ci, il faudrait envisager un mode de soutien plus incitatif afin d’orienter l’investissement vers ces filières. Un dispositif comparable au certificat vert mis en place en Angleterre et en Belgique pourrait être un outil pertinent pour accompagner au mieux ces filières.

1172- La transition énergétique voulue par les pouvoirs publics ne saurait se concevoir et être mise en œuvre sans l’implication des acteurs locaux. L’appropriation citoyenne de la problématique énergétique dans une démarche plus globale de développement durable en constitue une condition de réalisation. Dans ce contexte, l’implication citoyenne dans les projets d’installations de production d’énergie renouvelable doit être davantage encouragée à travers la valorisation des projets à financement participatif. Ce nouveau mode de partenariat impliquant à la fois les acteurs institutionnels, les opérateurs privés et les citoyens fait naître une nouvelle dynamique favorable à la transition énergétique et à l’acceptabilité sociale des projets.

Conclusion de la partie II :

1173- Les pouvoirs publics français ont fait le choix de faire évoluer le cadre juridique de certains instruments contractuels de partenariat public-privé afin de mieux les adapter aux nécessités de la transition énergétique. Visible depuis les « Grenelle de l'environnement »[1533], cette tendance a notamment abouti à la création des marchés globaux de performance qui sont aujourd'hui un outil privilégié de rénovation énergétique des bâtiments et ouvrages publics. La même logique conduit les collectivités publiques à utiliser leur patrimoine immobilier comme levier de promotion des projets énergétiques à forte valeur ajoutée comme les installations de production d'énergie renouvelable. A cet effet, les baux emphytéotiques administratifs, les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels ainsi que les baux de droit privé sont autant d'instruments susceptibles d'être utilisés pour la promotion de la production énergétique renouvelable.

1174- Toutefois, cette dynamique trouve ses limites dans l'absence paradoxale de priorité accordée à ce type de projets dans la politique de gestion du patrimoine public immobilier. Les nombreuses exclusions résultant notamment de la lecture combinée entre les dispositions du code de l'urbanisme et celles relatives au droit de l'environnement réduisent considérablement les superficies susceptibles d'accueillir les ouvrages de production d'énergie renouvelables. Le caractère tatillon de la jurisprudence administrative concernant l'implantation des panneaux photovoltaïques en zones agricoles et le volume contentieux relatif à l'installation des aérogénérateurs en zones littorales renseignent sur les problèmes d'acceptabilité sociale et d'admissibilité juridique de ce type d'équipement.

1175- Cela en réduit le développement et n'incite pas les acteurs privés à orienter leurs investissements sur ces filières. Dans ce contexte, de nouveaux modes de partenariat plus inclusifs impliquant les collectivités publiques, les opérateurs énergéticiens et les citoyens autour de projets énergétiques à haute valeur ajoutée à la fois pour l'économie et pour l'environnement peuvent en faciliter l'acceptation. Les projets participatifs sont, à ce titre, destinés à un bel avenir.

[1533] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (JORF n°0179 du 5 août 2009, p. 13031) et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (JORF n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905).

CONCLUSION GÉNÉRALE

1176- A l'instar de beaucoup de secteurs économiques, le domaine des services énergétiques est aujourd'hui le terrain d'action des acteurs privés mais également des personnes publiques. Ces dernières y occupent une place centrale tant au niveau national qu'à celui des collectivités décentralisées. L'élargissement du champ de compétence de celles-ci en matière énergétique a suscité l'appropriation de cette question à l'échelon local. Désormais, en plus de l'édiction de règles, qui est leur fonction traditionnelle, les organismes publics diversifient leurs modes d'intervention en endossant notamment le statut d'opérateur et d'investisseur dans les activités énergétiques.

1177- C'est dans ce cadre que s'inscrivent les relations de coopération qu'ils lient avec les acteurs du secteur privé sur les différents segments du marché de l'énergie. Malgré leur caractère protéiforme, ces relations partenariales s'expliquent toutes par une logique commune : la volonté des pouvoirs publics de bénéficier des compétences techniques et des capacités de financement du secteur privé pour atteindre les objectifs fixés dans les documents de planification. A ce titre, les partenariats public-privé sont destinés à servir de levier pour accompagner le développement des services énergétiques dans un sens favorable à la transition énergétique voulue par les pouvoirs publics.

1178- Se pose alors la question de savoir si les instruments juridiques de partenariat public-privé mis à la disposition des acteurs remplissent effectivement ce rôle. En d'autres termes, le recours à ces instruments produit-il des résultats satisfaisants ? A l'analyse, le bilan qui peut être tiré de l'utilisation des partenariats public-privé est assez mitigé. Il faut reconnaitre que les services énergétiques se sont en grande partie déployés et se sont développés grâce à l'action conjointe des opérateurs privés et des collectivités publiques. Le déploiement des réseaux publics de transport et de distribution d'énergie en fournit une illustration assez éloquente. C'est en effet sur le fondement de la délégation de service public que se sont construits la majorité de ces réseaux, permettant aujourd'hui un maillage satisfaisant du territoire. De la même manière, le cadre juridique de l'économie mixte s'est avéré un outil pertinent d'aménagement énergétique du territoire. Initialement ouverte aux collectivités territoriales, cette formule a vu ses formes se diversifier pour s'adapter aux différents besoins des parties prenantes en matière de financement et d'expertise en conduite de projets. C'est ainsi qu'à côté des traditionnelles sociétés d'économie mixte locales à détention publique

majoritaire du capital se trouvent désormais les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) au sein desquelles la participation des collectivités publiques peu se limiter à 34% du capital social. Ce schéma est aujourd'hui très utilisé pour la construction et l'exploitation des installations de production hydroélectrique[1534]. Au niveau national, l'économie mixte a également servi de cadre d'accompagnement public des initiatives privées en matière énergétique. La transformation des opérateurs historiques en sociétés anonymes, sous l'influence du droit de l'Union européenne, leur a permis de diversifier leurs activités et de conquérir de nouveaux marchés, en particulier au plan international.

1179- S'il est indéniable que ces instruments classiques de partenariat public-privé ont joué un rôle déterminant dans le déploiement des installations et services énergétiques, il n'en demeure pas moins vrai que l'utilisation qui en est faite reste perfectible. On peut notamment leur reprocher le déséquilibre qu'ils créent dans les relations entre les partenaires. Cela est particulièrement visiblement en ce qui concerne les concessions de distribution d'énergie qui limitent considérablement la liberté contractuelle des parties prenantes et mettent *de facto* l'autorité concédante dans une situation de dépendance vis-à-vis du concessionnaire. Il apparaît aujourd'hui que la formule concessive en matière d'acheminement d'énergie, avec son caractère dérogatoire par rapport au droit commun des concessions, ne s'est pas suffisamment adaptée à l'évolution de ce secteur. Globalement restée figée dans son cadre juridique issu de la loi de nationalisation de 1946, alors même que les marchés du transport et de la distribution énergétique ont progressivement intégré de nouveaux services et de nouveaux acteurs, la concession apparaît aujourd'hui comme anachronique au regard des nouveaux besoins de ces segments. La création du service de flexibilité locale pour servir de nouveau cadre de pilotage de la gestion de l'équilibre des réseaux de distribution d'énergie renseigne sur l'incapacité actuelle de la concession à prendre en charge cette problématique.

1180- Il convient dès lors de rééquilibrer les relations entre les autorités organisatrices de la distribution d'énergie avec leurs gestionnaires de réseaux. A cette fin, deux mesures nous paraissent nous paraissent indispensables. Il s'agit d'abord de donner aux autorités concédantes les prérogatives qui s'attachent habituellement à cette qualité. Il en va ainsi de la liberté de choix du mode gestion du service public dont elles ont la charge avec la possibilité

[1534] Articles L.512-18 à L.521-20 du code de l'énergie ; CRAMPES Cl., et MOREAUX M., Microéconomie de l'hydroélectricité, Institut d'économie industrielle, 2015 ; MULLER E., « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », Contrats et marchés publics, février 2010, étude n° 2.

de sortir de la concession pour un autre mode de gestion comme la régie. Cette liberté devrait être prolongée par celle de choisir leur cocontractant dans le cas où les autorités organisatrices opteraient pour la concession, conformément au droit de l'Union européenne[1535]. La seconde mesure consiste, d'une part, à rendre effectif le droit des autorités concédantes à une information complète à la maille de la concession et, d'autre part, à leur accorder les pouvoirs d'influencer de manière plus déterminante la politique d'investissement de leur concessionnaire sur le réseau concédé. Pour ce faire, il conviendrait qu'elles aient la prérogative de faire le bilan, à périodicité régulière, sur la réalisation du programme prévisionnel d'investissement préalablement soumis à leur appréciation par le concessionnaire et d'en sanctionner les écarts. En définitive, c'est tout le cadre juridique de la relation partenariale qu'il convient de renouveler, l'envergure nationale de la distribution d'énergie ne devant pas faire perdre de vue le caractère local de ce service public.

1181- Parallèlement à ces mécanismes classiques de partenariat public-privé, les pouvoirs publics ont fait le choix d'orienter d'autres instruments de partenariat vers la réalisation de l'objectif de transition énergétique. Cette démarche transparaît dans l'adaptation des règles d'occupation domaniale, d'une part, et l'intégration de l'enjeu de performance énergétique par le droit de la commande publique, d'autre part. Elle traduit la volonté de promotion des activités de production d'énergies renouvelables, en particulier sur le domaine des personnes publiques. Par ailleurs, appelées à l'exemplarité dans la maîtrise de leur consommation, les collectivités publiques s'engagent dans une dynamique de promotion de l'efficacité énergétique de leur patrimoine immobilier. A cette fin, le droit de la commande publique a réceptionné l'enjeu de performance, en particulier énergétique, afin de servir d'outil de prise en charge de ce nouvel impératif. Les contrats de performance énergétique, que ce soit sous la forme d'un marché global de performance ou d'un marché de partenariat, traduisent bien cette nouvelle orientation.

1182- Toutes ces évolutions des mécanismes de partenariat public-privé témoignent de la volonté des parties prenantes d'en faire de véritables instruments de promotion des activités énergétiques. Cependant, l'utilisation qui en est faite limite actuellement leur impact dans ce secteur. Il est vrai que le marché de partenariat de performance énergétique présente une opportunité pour la rénovation énergétique des bâtiments et ouvrages publics, mais il a parfois

[1535] En ce sens : DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Université de Pau et des Pays de l'Adour, thèse, 2016.

été détourné de ce but premier pour servir de moyen de déconsolidation budgétaire afin de masquer artificiellement le niveau d'endettement de la collectivité[1536] ou pour promouvoir le dynamisme économique. Si ce second motif n'est pas dépourvu de légitimité, il ne saurait pour autant être le déterminant principal dans le choix de recourir à la commande publique. Cette démarche a pour conséquence d'amener la collectivité publique à dimensionner son contrat de performance en se fondant sur des considérations autres que ce que requiert la stricte satisfaction de son besoin et à adopter une clé de répartition des risques peu optimale.

1183- Tous ces éléments révèlent le caractère perfectible des mécanismes de partenariat public-privé dans le domaine des services énergétiques. Il apparaît aujourd'hui nécessaire de mieux les articuler avec les objectifs de la politique énergétique afin d'en faire de véritables leviers de transition énergétique. L'adaptation et l'assouplissement de leur cadre juridique s'impose comme une nécessité, en particulier en ce qui concerne la gestion des réseaux d'acheminement d'énergie. Ces infrastructures essentielles doivent en effet s'adapter aux changements du modèle de production et de consommation et il n'est pas certain que le cadre juridique actuel de leur gestion permette la prise en compte de toutes ces évolutions.

1184- Les divergences à propos des immobilisations pour renouvellement et les oppositions rencontrées à l'occasion du déploiement des compteurs communicants « Linky » renseignent sur l'absence de sérénité qui caractérise les rapports entre les autorités concédantes et les gestionnaires des réseaux de distribution. L'apaisement de ces tensions nécessite un cadre juridique clair définissant de manière précise les droits et obligations de chacune des parties. Plus fondamentalement, c'est à la situation de dépendance de fait des autorités organisatrices de la distribution à l'égard de leur coconctractant qu'il faut remédier pour avoir des relations partenariales plus équilibrées et plus respectueuses de la liberté contractuelle des acteurs. Cela requiert une réelle volonté politique de la part des pouvoirs publics. Cette volonté semble faire défaut aujourd'hui et il ne serait pas inutile de consacrer des développements aux aspects socio-politiques de la gestion des services énergétiques.

1185- Le projet de loi relatif à l'énergie et au climat actuellement en discussion au Parlement aurait pu être l'occasion d'exprimer une volonté politique forte d'encourager l'investissement

[1536] En ce sens : GUELTON S., « La gestion des services publics locaux en partenariat public-privé : une motivation pour assainir les finances locales ? », Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation, Institut de la décentralisation, 2015.

privé et les partenariats public-privé pour accélérer la dynamique de transition énergétique dans ses différentes déclinaisons, et notamment en matière de développement des énergies renouvelables. Toutefois, sur ce volet, les attentes risquent d'être quelque peu déçues par le texte. En effet, si le celui-ci réaffirme l'engagement de l'Etat français à parvenir à la neutralité carbone à l'horizon 2050[1537], son article premier reporte à l'année 2035 la réalisation de l'objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50% alors que l'article L. 100-4 du code de l'énergie avait fixé cet horizon à 2025. L'étude d'impact du projet de loi[1538] justifie ce choix par l'inconvénient écologique que constituerait la construction de 20 centrales à cycle combiné de gaz pour compenser la perte de production consécutive à la fermeture de 24 réacteurs nucléaires pour réaliser l'objectif à l'échéance 2025.

1186- Cette option nous semble néanmoins critiquable. Envisager les centrales de gaz comme unique alternative à la réduction de la part du nucléaire dans la production électrique obère le potentiel que représentent les énergies d'origine renouvelable. En effet, le choix de maintenir l'échéance 2025 aurait potentiellement contraint les pouvoirs publics à prendre les mesures nécessaires pour accélérer le développement des énergies renouvelables et accroître leur part dans la production électrique. Cela aurait pu constituer une occasion de réduire les obstacles juridiques qui freinent encore la réalisation de projets de production d'énergie renouvelable sur la base de partenariats public-privé contractuels ou institutionnels. Mais, l'incapacité actuelle du gouvernement à adopter définitivement la révision de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) pour la période 2019-2028, alors qu'elle était prévue pour le premier trimestre de l'année 2019, ne rassure pas sur l'existence d'une trajectoire cohérente[1539].

[1537] La neutralité carbone se définit comme un équilibre entre les émissions et les absorptions liées aux activités humaines de gaz à effet de serre.
[1538] Assemblée nationale, étude d'impact du projet de loi relatif à l'énergie et au climat, avril 2019.
[1539] Voir : LORMETEAU B., « Une transition énergétique en construction », RDI 2019, p. 425.

Bibliographie

I/ OUVRAGES :

AUBY J-F, *La gestion des satellites locaux : régies, SEM, associations, délégataires de service public*, Paris, Berger-Levrault, 2000.

BENSOUSSAN A., MARTIN S. et POTTIER I., *L'électricité et le droit*, Lavoisier, 2001.

BESANÇON X., DERUY L., FISZELSON R., FORNACCIARI M., *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Le Moniteur, 2005.

BRAMERET S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherches sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, 2011.

CHAZEL A., POYET H., *L'économie mixte*, Paris, PUF, QSJ N° 1051, 1963.

CHESTEL HORSTMANN N., *La régulation du marché de l'électricité : concurrence et accès au réseau*, Paris, éd. L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques » 2006.

BONIN H. et DELZANGLES H. (sous la direction de), *Partenariats public-privé : enjeux et défis*, Féret, 2016.

DELION A., *Le droit des entreprises et participations publiques*, Paris, LGDJ, 2003.

GIANDOU A., *La Compagnie nationale du Rhône (1933-1998). Histoire d'un partenaire régional de l'Etat*, Collection Histoire industrielle, Saint-Martin-d'Héres, Presses universitaires de Grenoble, 1999.

GINOCCHIO R., *Législation de l'électricité. Production, transport, distribution*, Paris, Eyrolles, 1977.

LAGER-ANNAMAYER A., *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, Paris, LGDJ, 2002.

MARTINAND C., *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, Economica, 1993.

MICHALLET I., *Traité des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2ème édition, 2012.

MULLER E., *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, L'Harmattan, 2011.

NGAMPIO-OBELE-BELE U., *Les sociétés d'économie mixte locales et le droit des sociétés*, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1998.

PAQUIER S. et WILLIOT J-P. (sous la direction de), *L'industrie du gaz en Europe au XIX*^{ème} *et XX*^{ème} *siècle. L'innovation entre marchés privés et collectivités publiques*, Euroclio n° 20, Presses interuniversitaires européennes, Bruxelles, 2005.

SABLIÈRE P., *Droit de l'électricité*, Dalloz, 2003.

TERNEYRE Ph., Énergies renouvelables : Contrats d'implantation, Lamy, 2010.

TESTE P., Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique : Étude de jurisprudence, Dalloz 1940.

II/ THESES :

ABRESPY M., La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919, Thèse, Toulouse, 1929.

BERNARD S., La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, n° 218, 2001.

BESANÇON X., Essai sur les contrats de travaux et de services publics, contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, Thèse, Université Paris 12, 1997.

BOUVIER G., Les collectivités locales et l'électricité. Territoires, acteurs et enjeux autour du service public local de l'électricité, Thèse, Paris VIII, 2005.

BRÉMOND C. Cl., Le service universel dans le devenir des industries de réseau, Thèse, Montpellier I, 2003.

CHAMMING'S G., Le droit français de la commande publique à l'épreuve du contrat de partenariat, Université de Bordeaux, thèse, 2011.

DARSON A., Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de source renouvelable en France, Thèse, Bordeaux, 2015.

DAYDIE L., Personnes publiques locales et énergie, Thèse, Université de Pau et Pays de l'Adour, 2016.

DELZANGLES H., L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Thèse, Bordeaux IV, 2008.

DEZOBRY G., Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles), Thèse, Paris 10, 2007.

HERSANT E., Les collectivités territoriales et le secteur énergétique, Thèse, Orléans, 2010.

LATULLAIE F., La production d'énergie de sources renouvelables par les collectivités territoriales, Thèse, Université de Nantes, 2012.

LEHMANN M., L'accès aux réseaux de distribution publique d'électricité en France métropolitaine, Thèse, Université de Strasbourg, 2013.

LOGÉAT C., Les biens privés affectés à l'utilité publique, Thèse, Rennes I, 2009.

LORMETEAU B., Chaleur et droit, Thèse, Nantes, 2014.

MAUGER R., Le droit de la transition énergétique, une tentative de définition, Thèse, Montpellier, 2017.

POLACK R., Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie pour l'établissement des transports d'énergie électrique, Thèse, Paris,1919.

VANNEAUX M-A., Recherche sur un droit des relations financières État-entreprises publiques, Thèse, Lille II, 2005.

VERDESIO J. J., Le développement technique sous contrainte environnementale : le cas du système hydroélectrique, Thèse, Grenoble 2, 1997.

III/ ARTICLES ET CONTRIBUTIONS :

AGLAE M-J., « Division en volume et propriété privée sur le domaine public », RDI, 1993, p. 313.

ALHAMA F., « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », AJDA, 2010, p. 1515.

ALLIX A., « L'aménagement du Rhône en 1933 », Les études rhodaniennes, 1933, vol. 9, n° 3, pp. 248-253.

AMBLARD E., « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux : Elargir les choix pour améliorer la performance », La Gazette des communes, 6 octobre 2003, Cahier détaché n° 2- 37/1711.

AUBY J-B., « Les sociétés d'économie mixte locales : le droit communautaire », *AJDA* 1993, p. 602.

AUBY J.-M., « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz, dans la loi du 8 avril 1946 », CJEG oct.-nov. 1949.

AUBY J-F et EKAM, « évolutions juridiques récentes de la production autonome d'électricité », LPA 15 mars 1995 n°32 p. 18201.

AUGEREAU-HUE M-H et DELORME B., « Les garanties réelles sur le domaine public », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 23, juin 2013 ; p. 1158.

BABIN L. et LIGNIERE P., « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat », DA, mai 2002, p. 37.

BARDON C. et SIMMONET Y., « Telaustria : quel périmètre ? », Droit administratif-Revue mensuelle Lexis Nexis, Jurisclasseur, janvier 2009.

BARTHELEMY Ch.

- « L'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité et la transformation d'EDF», DA, octobre 2004, p.10.
- « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », RJEP/CJEG, octobre 2004, p. 423.

BATAIL J., « Vers la future organisation gazière française », Revue de l'énergie n° 507, juin 1999.

BÉATRIX O., « La contribution aux charges de service public de l'électricité : de l'ombre à la lumière », RFDA, 2012, p. 935.

BENAYOUN O. et LANDIER D., « Des bâtiments publics confiés au privé, l'avenir des partenariats public-privé », La Gazette de la société et des techniques, juillet 2002, n° 15.

BERGEAL C., « Utilisez la SPL, mais respectez le mode d'emploi », AJDA, 2010, p. 1228.

BERNARD J., « L'attribution obligatoire des concessions de distribution publique d'énergie aux opérateurs historiques est-elle conforme à la jurisprudence Telaustria? », JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 octobre 2009, p. 1961.

BERTUCCI J-Y. et DELOYELLE A., « Le contrôle des interventions économiques des collectivités locales », AJDA, 1994, p. 883.

BESANÇON X.

- « Le PPP, véritable instrument de la relance économique ? », CP-ACCP n° 89, 2009, p. 34.
- « 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs, Presse de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, 2004 ».
- « Les concessions hydroélectriques aux sources du contrat de partenariat », Contrats publics, n° 86, mars 2009, p. 32.

BIANCARELLI J., « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », AJDA, 1993, p. 412.

BLOCH K., « Le contrat de partenariat : de l'aboutissement aux prémices », CJFI, 2004, n° 28, p. 1.

BOILLET N., « L'intégration des énergies marines renouvelables dans l'espace maritime », in : *L'aménagement du territoire maritime dans le contexte de la politique maritime intégrée*, Pedone, 2015.

BOISSELEAU F., « La question du marché pertinent dans le secteur électrique », Economies et sociétés, Série "Économie de l'énergie" n° 9, 2-3/2003.

BOISSARD S., « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », Cahiers du conseil constitutionnel, n° 11, décembre 2001.

BOITEAU C.

- « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », AJDA, 2002, p. 1318.
- « Les sociétés d'économie mixte et les contrats de délégation de service public », RFDA, 2005, p. 946.
- « Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ? », AJDA, 2009, pp. 2105-2110.
- « Le PPPI, nouvel instrument de gestion des services publics ? », Le Moniteur – Contrats publics, 2010, pp.130-132.
- « Les tarifs réglementés du gaz controversés », AJDA, 2012, p. 1305.
- « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », AJDA, 2014, p. 926.
- « Énergie et développement durable », Revue française d'administration publique, 2015/4, n°156, pp. 1077-1084.
- « Les entreprises liées aux personnes publiques », RFDA, 2017, pp. 57-67.
- « L'entreprise régulée », RFDA, 2018, pp. 469-478.

BOITEAU C. et **Le CHATELIER G.**, « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », AJCT, 2015, p. 328.

BONNAFOUS A.

- « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat pubic-privés : quelques paradoxes », Revue française d'économie, volume 17, n°1, 2002.
- « Infrastructures publiques et financement privé : le paradoxe de la rentabilité financière », Revue d'Économie Financière n° 51, 1999.

BORY Z., « Départementalisation de la distribution d'électricité : la "taille critique" de l'autorité organisatrice », in : *L'électricité sous tension*, Contrats publics, n° 109, avril 2011.

BOSSUET L. et BOUTRY O., « Une analyse proximiste des conflits d'usage et de voisinage sur le littoral picto-charentais », Colloque international "Les 6èmes journées de la proximité : le temps des débats", octobre 2009.

BOUQUET G., « La fourniture d'électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004 », AJDA, 2005, p. 924.

BOUROTTE C., « La place des collectivités locales dans la nouvelle organisation du secteur de l'électricité », JCP éd. Collectivités territoriales et intercommunalités, décembre 2001 p.4.

BRACONNIER S.

- « L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique », JCP G, 2004, n° 48, p. 2134.
- « Les conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », RDI, 2011, p. 396.
- « Eclairage utile sur la distinction entre « pouvoirs adjudicateurs » et « entités adjudicatrices » »., RDI, 2010, p. 150.
- « La situation des aéroports français après les réformes de 2004 et 2005/ Premier Bilan », RJEP, avril 2009, p. 3.
- « Les contrats de PFI. Réflexion sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privé », BJCP 2002, p. 174.
- « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », AJDA, 2015, p. 1795.

BRACONNIER S. et DELELIS Ph., « Partenariats public-privé : guide des mauvaises pratiques », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2010, p. 10.

BRECHON-MOULENES Ch., « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA, 11998, pp. 643-650.

BRENET F., « La qualification juridique des concessions hydroélectriques », ACCP 2009, n° 86, pp. 36.

BRISSON J-F.

- « La diversité des régulateurs nationaux sectoriels », RFDA, 2014, pp. 869-874.
- « La réception en droit national des autorités de régulation », Cahiers de droit de l'entreprise, 2004, pp. 14-21.
- « Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », AJDA, 2005, p. 591.
- « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », AJDA, 2005, p.1835.
- « La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes », Droit administratif, 2011, pp. 8-19.
- « Clarification des compétences et coordination des acteurs », AJDA, 2014, p.605.

CAILLOSSE J.

- « Le droit administratif contre la performance publique ? » AJDA, 1999, p. 195.
- « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficience ? », in : *L'action publique*, sous la direction de Lacasse F. et Thoenig J-C., L'Harmattan, 1996, p. 307.

CAILLOSSE J., Le GALES P., LONCLE-MORICEAU P., « Les sociétés d'économie mixte locales : outil de quelle action publique ? », in : GODARD F. (coord), *Le gouvernement des villes. Territoire et Pouvoir*, 1997, Paris, Descartes et cie., p. 23.

CAMPAGNAC E., « De l'équipement au service, la métamorphose des organisations : coopération, gestion des risques et techniques contractuelles dans les nouveaux partenariats publics privés », in : BARÉS F. et CORNOLTI Ch., *Logiques de création : enjeux théoriques et management*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 137-156.

CALANDRI L.

- « Les collectivités et le service local de l'électricité : menace ou défi ? », in REGOURD S., CARLES J. et GUIGNARD D., (dir.), *Réformes et mutations des* collectivités territoriales, L'Harmattan, coll. "GRALE", 2012, pp. 395-438.
- « Les rapports entre les collectivités territoriales et les régulateurs nationaux et européens de l'énergie », in : *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Annuaire des collectivités territoriales, 2013, 33, pp. 95-107.

CARENZI Th. et TENAILLEAU F., "Sur quelques spécificités des contrats de partenariat d'éclairage public", Contrats Publics, n° 130, mars 2013, p. 41-44.

CASSIA P., « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », RTD eur., 2002, p. 413.

CHAMING'S G., « Du contrat au marché de partenariat : Chronique d'un sauvetage précaire du soldat PPP », Cahiers de droit de l'entreprise n°6, novembre 2016, dossier 51.

CHANARD C., de SEDE-MARCEAU M-H. et ROBERT M., « Politique énergétique et facteur 4 : instruments et outils de régulation à disposition des collectivités », Développement durable et territoires, Vol. 2, n°1, mars 2011.

CHEROT J-Y., « La réglementation des relations financières entre les collectivités locales », Les Petites Affiches, 25 octobre 1995.

CLAISSE Y. et MOREAU P., « La modernisation des sociétés d'économie mixte locales », JCP E, 2002, AR 34, p. 294.

CLAMENS S., « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDA, 2000, p. 767.

CLAMOUR G.

- « Les contrats de performance énergétique », Contrats Marchés publics n° 10, octobre 2011.
- « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in : *Contrats publics*, Mél. Michel Guibal, vol. 2, Montpellier, Presse de la Faculté de droit, 2006, p. 637.

CLAVAGNIER B., « Qui finance quoi après la suppression de la clause de compétence générale », Juris associations, n° 532, 2016, p. 3.

COLLY F., « la distribution du gaz et des régies et SEML » RFDA, juil-aout 1990, p. 627.

CONTE R., « Petite histoire de l'évolution jurisprudentielle en matière de "monopole" de concession de distribution d'énergie électrique », CJEG, 1958, p. 1.

COSSALTER Ph., « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : perspectives comparées », RDFA 2002.

COURIVAUD H., "La concession de service public "à la française" confrontée au droit européen", Revue internationale de droit économique, 2004/4 (t. XVIII, 4).

DACOSTA B., « Le statut des biens de retour », conclusions sur : Conseil d'État, Assemblée, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788, Lebon ; AJDA 2013. 7, RFDA, 2013 p. 25.

DANNA P., « Vers une évolution du contrôle de la légalité interne des documents d'urbanisme ? », RFDA, 2000, p. 367.

De CORAIL J-L., « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », AJDA, 1997, pp. 20.

De FENOYL E., « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », AJDA 2008, 1709.

DEBANDE O., « Le rôle du secteur privé dans le financement des infrastructures : une mise en perspective historique », Revue économique vol. 48, n°2, 1997, pp. 197-230.

DEBÈNE M. et **RAYMUNDIE O.,** « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », AJDA, 1996, p. 183.

DEGOFFE M., « *L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine* », BJCL, 2006, p. 238.

DELACOUR E., « « Lifting » du régime de la commande publique et « nouveau look » juridique pour le partenariat contractuel public-privé », Contrats-Marchés publics, août-septembre 2003, comm. 143.

DELAUNAY B., « Les limites de la neutralité de l'article 295 ce à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », RJEP, n° 668 octobre 2009.

DELCROS C. et PEYRICAL J-M., « Le financement privé des équipements collectifs : un développement inéluctable à encadrer, AJDA 1994, n° spécial, p. 70.

DELELIS Ph., « Contrat de partenariat et exploitation du service public », AJDA, 2010, p. 2244.

DELION A.

- « Les garanties d'Etat et leur évolution », RJEP/CJEG oct. 2004, p.417.
- « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », RFDA, 2005, p. 977.

DELVOLVE P.

- « De la nature juridique des sociétés d'économie mixte et de leurs travaux », RDP, 1973, p. 351.
- « Les contrats globaux », RFDA 2004, P. 1079.
- « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », Revue de droit immobilier, 2003.

DELZANGLES H.

- « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationale par la Cour de justice de l'Union européenne », RJEP, 2011, pp. 40-44.
- « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP, 2011, pp. 4-13.
- « L'indépendance de l'autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager », Revue juridique de l'environnement, 2013, pp. 7-30.
- « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », AJDA, 2014, pp. 1021-1028.
- « Les régulations », Revue de jurisprudence commerciale, 2015, pp. 101-113.
- « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », Revue juridique de l'environnement, 2015, pp. 13-40.

- « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de service public : éléments de droit comparé et européen », Droit et société, 2016/2, n° 93.

DELZANGLES H. et CLERC O., « Aide d'Etat », Revue juridique de l'environnement, 2014, pp. 539-546.

DELZANGLES H. et KROLIK C., "Les évolutions des relations entre les autorités concédantes et leurs concessionnaires face au Smart grid: du smart grid à la smart city", in GRALE, *Collectivités territoriales et énergie: ambitions et contradictions*, Paris, Le Moniteur, 2013, pp. 205-215.

DEVES C.

- « Les règles régissant les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEM », AJDA, 1996, p. 223.
- « Vers un droit jurisprudentiel de l'économie mixte ? », AJDA 1994, p. 470.
- « A quoi sert l'économie mixte ? », RFAP 1987.
- « Société d'économie mixte et gestion déléguée - La place des SEM dans la gestion déléguée des services publics locaux », Dr. adm., juillet 1997, p. 4.

DISPERATI T., « Les limites de la décentralisation de la gestion des biens publics », Droit Administratif n° 6, juin 2016, étude n° 11.

DOUAT É., « Les différentes formes de partenariat public-privé en France ». In : *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 151-161.

DOUENCE J-Cl.

- « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », Rép. Dalloz Collectivités locales, folio n0 6132, 2008.
- « La délégation contractuelle du service public local », in Rép. Dalloz Collectivités locales, folio n° 6153-19, 1998.
- « Le droit de l'action économique locale à l'épreuve du partenariat », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, p. 239.
- « L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques », AJDA, 2006, p. 238.

DREYFUS J-D.

- « Externalisation et liberté d'organisation du service », AJDA, 2009, p. 1529.
- « L'externalisation, éléments de droit public », AJDA 2002, p. 1214.
- « La mutualisation peut-elle soustraire aux règles du marché ? », AJDA, 2009, p. 891.

DREYFUS J-D. et LATULLAIE F., « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », AJCT, 2011, p. 77.

DREYFUS J-D. et PELTIER M., « Le partenariat public-privé institutionnel face au droit communautaire », AJDA, 2010, p. 105.

Du MARAIS B.

- « Les délégations de service public au service du développement : expériences et approche de la Banque mondiale », RFDA, juin 1997, numéro spécial, p. 101.
- « Le contrôle de cassation et l'erreur manifeste d'appréciation », RFDA, 1995, p. 679.

DUMEZ H., JEUNEMAÎTRE A., « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public-privé, nouveaux venus du management public », PMP vol. 41, décembre 2003, p. 2.

DUPRAT J-P., « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat », AJDA, 2005, p. 578.

DURAND G., « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », In : *Partenariat public-privé et développement territorial*, Revue d'économie financière, hors-série, 1995, p. 289.

DYENS S.

- « La « clarification » des compétences dans la loi MAPTAM : coordonner avant d'imposer », AJCT, 2014, p. 291.
- « Le critère du contrôle analogue est rempli si chaque associé participe au capital et aux organes de direction de la société publique », AJCT, 2013, p. 136.

ECKERT G.,

- « La problématique communautaire », Actes du colloque de l'Association des juristes du contentieux de droit public du 27 mai 2005 : Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives, RFDA 2005.
- « Recherches sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA, 2006.
- « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », Mélanges Waline, Dalloz, 2002. P. 127.

- « La loi relative au secteur de l'énergie », Contrats et Marchés publics, 2007, Comm. n° 24.
- « Le périmètre des marchés de partenariat », Contrats et Marchés publics n° 10, octobre 2015, dossier n° 11.
- « Régime des biens dans les concessions de distribution d'électricité », Contrats et Marchés publics, n°7, juillet 2016, commentaire n° 183.

ESNAULT B., « Libéralisation des marchés électriques et choix d'investissement en production », Revue de l'énergie, n° 539, 2002.

EZAN G. et LEPEE J.,

- « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », AJCT, 2016, p. 12.
- « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », AJCT, 2016, p. 12.

FATÔME E.

- « Externalisation et protection des biens affectés au service public », AJDA, 2007, p. 959.
- « Réflexion sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage", CJEG 1990, chr., p. 119.
- « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », AJDA, 2003, p. 21.

FATÔME E. et RAUNET M., « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », AJDA, 2010, p. 2475.

FATÔME E. et MENEMENIS A. « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques », AJDA, 2006, p. 73.

FATÔME E. et RICHER L., « Le Conseil Constitutionnel et « le droit commun » de la commande publique et de la domanialité publique », AJDA 2003, p. 2348.

FINON D.

- « Règles d'ouverture du marché et potentialités de déstabilisation d'une industrie électrique intégrée en économie ouverte. Scénarios institutionnels d'évolution de l'industrie électrique française » IEPE, cahier de recherches n°17, juillet 1999.
- « Maturité des industries gazières et viabilité du régime concurrentiel », Economies et sociétés, Série économie de l'énergie : le développement du gaz naturel, enjeux pour l'Europe, n° 1-2, 1992.

FONTAINE C., « Collectivités territoriales et énergie : les outils locaux de planification énergétique », La Gazette, 4 novembre 2013, p. 56.

FORIS A., « De certains avantages pécuniaires tirés par les communes de la distribution d'énergie électrique », RGE, 1924, p. 927.

FORTIN M-J. et FOURNIS Y., « Vers une définition ascendante de l'acceptabilité sociale : les dynamiques territoriales face aux projets énergétiques au Québec », Natures Sciences Sociétés, 3/2014 (Vol. 22), p. 231.

FOUASSIER C., « vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audace et imprécisions d'une communication interprétative » RTD eur. N°4 oct-déc. 2000, p. 675.

FOULQUIER N. et ROLIN F., « Constitution et service public », in : *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, octobre 2012.

FOURMON A.

- « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », Gazette du Palais, 04 juillet 2009 n° 185, P. 10.
- « Les enjeux de la compétence des collectivités territoriales en matière d'énergie et de chaleur », Gazette du palais, juillet 2009, n° 185.
- « Financer l'efficacité énergétique dans les bâtiments publics par les instruments économiques en faveur de l'efficacité énergétique : le contrat de performance énergétique », CIRCUMEO n° 49, mai 2008.
- **«** L'essor des contrats de performance énergétique et l'amélioration de la performance », Contrats publics n° 121, mai 2012.

FROMONT M., « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », AJDA, novembre 1966, p. 588.

GALLON S., « La fin du monopole d'EDF et la concurrence sur le marché européen de l'électricité », Regards sur l'actualité, n° 263, juillet 2000, p. 7.

GAUDEMET Y.

- « L'avenir du droit des propriétés publiques, *in* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 567.
- « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RDP, septembre 2012, n° 5, p. 1223.

- « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in : *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, p. 259.
- « Constitution et biens publics », in : *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, octobre 2012.
- **«** Les droits réels sur le domaine public", AJDA 2006, p. 1094.
- « Ouvrage immobilier complexe et domanialité publique », RDI, 1999, p. 507.
- « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in : *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 309.
- **«** La domanialité publique replacée dans le contexte de la loi de 1994 », J.C.P, Ed. N., 2001, P. 690.
- « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », Dalloz, 2007, p. 3084.
- « Hypothèque et domaine des personnes publiques », Dalloz Affaires, n° 2, 1996, p. 34.

GERARDIN N., « L'objectif de simplification dans les réformes territoriales récentes : l'exemple de la clause de compétence générale », in : *Simplifier l'action publique* ?, RFAP n° 157, 2016, p. 95.

GIAUQUE D., « Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe. Pour une lecture institutionnelle », RFAP, 2009, n° 130.

GILBERT G., « Financer les partenariats public-privé : perspectives de théorie économique », in : Caisse des dépôts et Consignations (sous la direction de), *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 181.

GINTRAND E., « La liberté contractuelle des collectivités locales et le droit de la concurrence. Les collectivités locales et le droit, les mutations actuelles. », Dalloz 2001, p. 266.

GOUTAL Y. et IDRISSI M., « Une société publique locale, comment faire ? », AJCT, 2011, p. 269.

GRANJON R. et LE CHATELIER G., « La commande publique peut-elle être un moyen de favoriser la transition énergétique ? », AJCT, 2016, p. 10.

GUEGUEN-HALLOUËT G. et BOILLET N., « L'appel d'offres « éolien en mer » : quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 40, 8 Octobre 2012, p. 2320.

GUEYE A., « La mise en concurrence des concessions hydroélectriques : un dilemme récurrent ? », Contrats et Marchés publics n°6, juin 2009, étude 7.

GUINEBERTEAU Th., MEUR-FEREC C. et TROUILLET B., « La gestion intégrée des zones côtières en France : mirage ou mutation stratégique fondamentale ? », La revue électronique en science de l'environnement, volume 7, n° 3, décembre 2006.

GUYON Y., « Les droits des actionnaires minoritaires », Droit de la banque et de la bourse, 1990, p. 35.

HARNAY S. et VIGOUROUX I., "Pouvoir discrétionnaire et choix stratégique du juge administratif : une analyse économique du gouvernement des juges", Revue Politiques et management public, volume 18, n° 2, juin 2000, p. 69.

HEMERY V., « Le partenariat une notion juridique en formation », RFDA 1998, p. 347.

HENRY C., « Concurrence et services publics dans l'Union Européenne » Revue de l'énergie, n° 486, mars-avril 1997.

HOEPFFNER H., « Le régime des modifications conventionnelles des délégations de service public », Contrats-Marchés publics n° 12, 2006, Etude n° 19, pp. 6-12.

HOORENS D. et PERETTI M-P., « Les collectivités locales et le partenariat public-privé : la logique financière », Revue d'économie financière, 1995, vol. 5, n° 1, pp. 89-105.

HOUYET Y., « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », RTD Eur., 2007, p. 253.

HOPT J. K., « L'entreprise et le droit européen », revue des sociétés, 2001, p. 301.

HUBRECHT H-G et MELLERAY F., « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », in : *Contrats publics*, Mél. Michel Guibal, t. 1, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 811.

ISAURE M., « Le cahier des charges type de distribution de gaz », Revue française de l'énergie, 1951, p. 207.

JESTIN G., « Le financement des grands équipements collectifs », RFFP 1998, n°22p. 141.

JORION B., « les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », AJDA, 2004, p. 305.

JUEN Ph., « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels », RDI, 2000, p. 121.

JUILLES A-S., « Energies renouvelables et tourismes : je t'aime, moi non plus ! », Juris Tourisme, 2012, p. 44.

KARPENSCHIF M., « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des communautés européennes », AJDA, 2004, p. 526.

KIRAT T. et MARTY F., « Les enjeux budgétaires et comptables des PPP », Pouvoirs locaux n° 74, 2007.

KOVAR R., « Droit communautaire et service public », RTD eur., 1996, p. 215.

LABAYLE-PABET P. et GARDERES N., « Précision de la notion d'urgence comme condition de recours au contrat de partenariat », Contrats et Marchés publics n° 3, mars 2009, commentaire n° 80.

LAGUMIXA S. et DERUY L., « L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique », BJCP, 2004, p. 349.

LALLEMAND J. et **LARRIÈRE S**., « La réversibilité dans les contrats d'externalisation », RDC n° 1, 2003, pp. 246-253.

LAVAL MADER N., « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », RFDA, 2012, p. 1092.

LAVAL N., « Développement économique et domaine public », Les Petites Affiches, n° 82, 1997, p. 8.

LE BIHAN GRAF C.et **BEATRIX O.**, « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », AJDA 2011, p. 432.

Le BAUT-FERRARÈSE B., « Énergie photovoltaïque – Quel montage juridique adéquat ? », La Gazette des Communes, 6 avril 2009, p. 50.

Le BAUT-FERRARESE B. et LANDBECK D., « La loi sur l'énergie du 13 juillet 2005 et les énergies renouvelables », AJDA, 2006, p. 189.

Le BAUT-FERRARESE B. et **MICHALET I.,** « Nouvelles règles pour l'attribution des concessions d'énergie hydraulique », JCP Adm. 2009, n° 2071.

Le CHATELIER G.

- « Le juge doit-il contrôler le mode de gestion des services publics ? », ACCP 2009, n° 88, p. 3.
- « En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace ? », AC-CCP n° 73, 2008, p. 44.

LE GALLE A., « La distinction entre les sociétés d'économie mixte à raison de l'origine de leur capital », AJDA, 1998, p. 473.

Le LANNIER A. et TRAN P., "Bilan et évolution des contrats de partenariat d'éclairage public en France", Contrats Public, n° 130, mars 2013, p. 51-55.

LEBAN R.

- **«** L'Europe de l'électricité à l'orée d'une nouvelle aventure », in Concurrence et service public, Cl. HENRY et E. QUINET, L'Harmattan, 2003, p. 269.
- « La tarification de l'électricité en France : de la réalité aux perspectives dans la concurrence », Revue de l'énergie, septembre 1999.

LEBAN R. et BOUTTES J-P., « Concurrence et réglementation dans les industries de réseau en Europe : du cas général à celui de l'électricité », JEEH, vol. 6, n° 2-3, juin-septembre 1995.

LEGAL H., « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », AJDA n° 18/2007, p. 949.

LEGRAND D., JAHANGUIRI A. et BRENOT V., « Les cessions de créance dans le cadre des contrats de partenariat public-privé, aspects juridiques et financiers », Revue Lamy des collectivités territoriales, n° 18, 2006.

LENICA F., « Le groupement d'intérêt public, la liberté du commerce et de l'industrie et les principes de la commande publique », AJDA, 2010, p. 2380.

LENICA F. et BOUCHER J., « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi » (Chronique de jurisprudence administrative), AJDA, 2007, p. 1022.

LEVAIN L., « Les relation in house à l'aune des nouvelles directives européennes », La semaine juridique-entreprise et affaires, n° 16, 16 avril 2015, pp. 31-37.

LEUFFEN P., « Externalisation du domaine et protection du service public », AJDA, 2007, p. 962.

LICHERE F.

- « Externalisation et personnes publiques », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 3, mai-juin 2006.
- « La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité », AJDA, 1998, p. 619.

LIGNIERES P.

- « La genèse de la législation sur les contrats de partenariat public-privé », Dr. adm. Novembre 2003.
- « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », in : *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 575.

LIGNIERES P. et MENEMENIS A., « Débat sur les partenariats public-privé », Dr. Adm. 2004, entretien 3.

LINDITCH F., « Les partenariats public-privé, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation ? Quelques interrogations de nature financière », Droit et ville n°60, 2005 (Actes du colloque : « Le contrat de partenariat public-privé », Toulouse, 2 et 3 juin 2005), p. 176-180.

LINOTTE D. et CANTIER D., « Shadow tolls : le droit public français à l'épreuve des concessions à péage virtuel », AJDA 2000, p. 867-868.

LLORENS F.

- « La définition actuelle de la délégation de service publique en droit interne », in Brechon-Moulènes et alii, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992, p. 53.
- « Typologie des contrats de la commande publique », Contrats-marchés publics n°5, 2007, étude n° 7.
- « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats-marchés publics, 2007, étude n° 6.

LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P.

- « Liberté du commerce été de l'industrie, l'institution d'un monopole et l'accès aux professions », Dalloz, 5 avril 1990, p. 201.
- « A propos des contrats de performance énergétique », Contrats et Marchés publics n° 7, juillet 2012, p. 1.
- « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats-marchés publics n°1, janvier 2005, repère n°1.
- « Partenariat public-privé institutionnel et économie mixte locale : à propos d'une proposition de loi », Contrats et Marchés publics, 2009, repère n°8.
- « Partenariat public-privé institutionnel et économie mixte locale : à propos d'une proposition de loi », Contrats-Marchés publics, 2009, repère 8.
- « Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé institutionnalisé. A propos de la communication de la Commission européenne du 5 février 2008 », Contrats-Marchés publics 2008, repère n° 3, pp. 1-2.
- « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », Contrats et Marchés publics n° 8-9, août-septembre 2003, Repère n° 7, p. 3.

LOMBARD M., « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », AJDA, 2006, p. 79.

LONG M., "La tarification de l'énergie : la libéralisation au prisme de l'usager", in Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions, Annuaire des collectivités territoriales, 2013, pp. 218-228.

LORMETEAU B., « Une transition énergétique en construction », RDI 2019, p. 425.

LOZACHMEUR O., « Le concept de gestion intégrée des zones côtières en droit international, communautaire et national », Le Droit maritime français, n° 657, mars 2005, Paris, p. 259-277.

LYONNET du MOUTIER M., "Financement sur projet et partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure", in *Politiques et management public*, vol. 21, n° 1, 2003.

MAILLOT J-L.

- « La juridiction administrative et les parcs éoliens en zone de montagne », AJDA, 2009, p. 354.
- **«** Énergie et environnement : une équation difficile », Environnement, 10-2005, p.11.

MARCOU G.

- **«** L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements », In : *Annuaire des collectivités locales*. Tome 19, 1999. pp. 61-99.
- « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », RFDA, 1994, p. 691.
- « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz », AJDA, 2007, p. 473**.**

MARTOR B., « Le nouveau droit français de l'électricité », Les petites affiches, 2000, n° 63, p. 4.

MARTY F. ET VOISIN A., « Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private Finance Initiative à la française ?, RIDE 2006.

MARTY F. et VOISIN A., « L'évaluation préalable des contrats de partenariat : enjeux et perspectives », Lamy des collectivités territoriales, n° 9, décembre 2008.

MARMUSE (Ch., « Les enjeux de l'externalisation », in : *Aspects juridiques de l'externalisation*, Actes de la journée d'études de Lilles du 21 novembre 1997, LPA, n° 147, 1998, p. 4.

MAUGÜÉ C., "Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs", AJDA, 1998, p. 694.

MELLERAY F.

- « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », RFDA, 2010, p. 572.
- « Le marché d'entreprise de travaux publics, un Lazare juridique ? », AJDA 2003, pp. 1260-1264.

MÉNARD Ch. et PHAN VAN L., « Relations ERDF/autorités organisatrices : à la recherche d'un nouvel équilibre », in : *L'électricité sous tension,* Contrats publics n° 109, Avril 2011, pp. 24-30.

MESNARD H-A., « La protection de l'environnement dans le contentieux administratif de l'urbanisme et de l'aménagement », Revue juridique de l'environnement, 1980, vol. 5, n° 1, pp. 3-26.

MICHALLET I., « L'implantation des éoliennes en montagne », AJDA, 2010, p. 1892

MODEN J., « Le secteur de l'énergie. Acteurs et stratégies », Courrier hebdomadaire du CRISP 2008/9 (n° 1994), p.6.

MORAND-DEVILER J., « La valorisation économique du patrimoine public », in : *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, p. 273.

MOUGEOT M. et NAEGELEN F., « La concurrence pour le marché », Revue d'économie politique, 2005, vol. 115, p. 739.

MULLER E., « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », Contrats et marchés publics, février 2010, étude n° 2.

NICINSKI S.,

- « A propos des concessions locales de distribution d'électricité » AJDA 2010, p. 1737.
- « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », RFDA, 2008, p. 35.
- « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », AJDA, 2010, p. 1759.
- « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », Revue juridique de l'économie publique, n° 684, mars, n°33, 2011.
- « Les contrats de performance énergétique », in : GRALE, *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Paris, Le Moniteur, 2013, p. 147.

NOGUELLOU R., « La portée du principe communautaire de transparence », RDI, 2008, p. 40.

NONHEBEL S., *« Renewable energy and food supply : will there be enough land?* », Renewable and sustainable energy reviews, 2005 pp. 191-201.

PACHEN-LEFEVRE M-H et FONTAINE C., « La loi NOME et le service public local de distribution d'électricité », Contrats publics, Dossier : l'électricité sous tension, avril 2011, p. 24.

PACHEN-LEFEVRE M-H. et BODA J-S., « DSP, les biens de retour et l'intérêt du service public », La Gazette, avril 2015, p. 42.

PARIENTE A., « La démarche de performance issue de la LOLF : quelles perspectives ? », RDP 2006, p. 38.

PERLEANI G., « Les sociétés publiques locales (SPL), sociétés « robots » ? », Revue des sociétés, 2013, p. 191.

PERINET-MARQUET H., « Conditions de conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine public », AJDA, 1994, p. 550.

PEZ T., « Le risque, les concessions et les marchés », RFDA, 2016, p. 237.

PHILIPPE X., « L'économie mixte locale : nouveaux enjeux ? », LPA, n° 128, 25 octobre 1995, p. 3.

PICARD É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-elle un droit fondamental ? », AJDA, 1998, p. 651.

PINTAT P.

- « Loi Grenelle II : vers la mutation génétique des DSP ? », CP-ACCP n° 95, janvier 2010, p. 60.
- « Les marchés globaux après la réforme », AC-CCP n°114, octobre 2011, pp. 37.

PINTAT P. et DENIS-VERNET M., « Contrat de partenariat, CREM, REM... Conditions et intérêt en matière d'éclairage public », Contrats Publics, n° 130, mars 2013, pp. 25-29.

PISANI Ch. et BOSGIRAUD C., « Premières réflexions de la pratique sur le Code général des propriétés publiques », AJDA 2006, p. 1105.

PLESSIX B., « Contrats domaniaux », JurisClasseur Propriétés publiques, fasc. 79, décembre 2009.

POLLIT M., « The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks. » Energy Policy, 2008, n°36.

PRIEUR M., « La gestion intégrée des zones côtières : le défi méditerranéen », in Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller, Paris, Montchrestien, 2008, p. 901.

PREBISSY-SCHNALL C., « Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique », *in Droit et économie : Interférences et interactions*, Litec, 2009, pp. 261-281.

RAPP L., « Nature juridique et régime contentieux du contrat de raccordement électrique », AJDA, 2012, p. 764.

REFABERT F., « Les investisseurs sur le domaine public : le point de vue d'un financier », Les Petites Affiches, n° 147, juillet 2004, p. 38.

REULAND N., « comment fixer le montant de la redevance pour occupation du domaine public », AJDA, 2013, p. 1340.

RICHER L.

- **«** La loi du 7 décembre 2006 sur l'énergie et la concession », Bull. act. DSP, n° 2007-2, avril 2007, p. 1.
- « La délégation de service public : une notion difficile à cerner », Moniteur TP, 6 juin 1997.
- « Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz », 2004, p. 2094.
- « La régulation et les collectivités locale : l'exemple de l'électricité », CJEG, 2004, chronique, p. 109.
- « Le juge économiste ? », AJDA, 2000, p. 705.
- « La fin de la convention de délégation de service public », AJDA, 1996, p. 648.
- « La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », AJDA, 20 mars 2000 p. 239.

ROBERTI G. M., « Le contrôle de la commission des communautés européennes sur les aides nationales », AJDA, 1993, p. 397.

ROBLOT-TROIZIER A., « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », RFDA, 2007, p. 990.

RODRIGUES S., « Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques », RFDA, 1994, p. 1146.

ROHAN P-A., « Bail emphytéotique administratif et intérêt général », AJDA, n° 9, mars 2011, pp. 510-514.

ROUVEYRAN T. et STRATULA A., « La SEMOP, un outil de coopération public-privé », La Gazette, 5 janvier 2015, p.53.

ROYER E.,

- « Bilan d'étape pour les contrats de partenariat », AJDA 2005, 1597.
- « Trois grands principes généraux : Transparence, liberté d'accès et égalité de traitement », Juris associations, 2009, n° 408, p. 16.

SABIANI F., « La mise en concurrence du renouvellement des concessions hydroélectriques au milieu du gué », Dr. adm. 2008, n° 6, p. 9.

SABLIERE P.,

- « La restructuration du bilan financier d'EDF en 1997 », CJEG mars 1998, p.89.
- « Y a-t-il un droit de l'électricité ? » CJEG janvier 1999 p. 1.
- « Les lignes directes dans le secteur de l'électricité », LPA n°8, 10 janvier 2002, p. 4.
- « Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à EDF de la distribution publique d'électricité », CJEG janvier 1993, n° 484 p. 1.
- « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient. Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », AJDA, 2005, p. 2324.
- « La nouvelle concession du réseau de transport d'électricité », AJDA, 2009, p. 462.
- « Un code en manque d'énergie », AJDA, 2011, p. 1427.
- « La mise en concurrence des concessions de force hydraulique », AJDA, 2007, p. 2012.
- « La réattribution des concessions de distribution publique d'électricité et de gaz », ACCP 2009, n° 88.
- « Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à EDF de la distribution d'énergie électrique », CJEG, 1993, p. 1.

SARMET M., « Les financements en partenariat public/privé », Banque, n° 517, juin 1991, p. 602.

SAUSSIER S., « Société d'économie mixte à opération unique : innovation ou opération de communication ? », Les Echos, 4 mars 2014.

SCANVIC F., « Le système français de distribution publique de l'électricité », AJ Collectivités territoriales, 2011, p. 512.

SESTIER J-F.

- « Dix ans d'application de la loi du 7 juillet 1983, forces et faiblesses du droit de l'économie mixte », Revue Espaces, mars 1994, p.90.
- « Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation », RFDA, 2002, p. 923.
- « Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat », BJCP n° 9, 1999, p. 575.

SOUSSE M., « L'implantation de champs de panneaux photovoltaïques dans les communes littorales », AJDA, 2016, p. 470.

SPITZ E., « La nouvelle gestion des biens publics à Paris », AJDA n° 18/2007, p. 954.

SYMCHOWICZ N., « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Boûches-duRhône » », AJDA, 1998, p. 195.

TERNEYRE Ph.

- « Les montages contractuels complexes », AJDA, 1994, p. 43.
- « La notion de convention de délégation », AJDA, 1996, p. 588.
- « Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension. A propos des concessions locales de distribution et de fourniture d'électricité », AJDA 2009, p. 1640.
- « Domaine public et énergies renouvelables », Environnement n° 2, février 2011, dossier 3, p. 15.
- « Les sociétés publiques locales », JCP A, 2011, pp. 24-27.
- « Le diable est-il dans les principes mêmes du contrat de partenariat ou dans les détails ? », Le Moniteur – Contrats publics, 2012, pp. 31-32.
- « Comment une personne publique et un opérateur économique peuvent-ils constituer une entité commune pour gérer un SPIC ? », Bulletin juridique des contrats publics, 2012, pp. 147-152.
- « Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », ouvrage collective sous la direction de MALINVAUD Ph., Dalloz Action Droit de la construction, dossier 270, 2013.
- « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », RFDA, 2014, pp. 407-410.

TERNEYRE Ph. et BOITEAU C., « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », RFDA, 2017, pp. 517-523.

TERNEYRE Ph. et FATÔME E.,

- « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », CJEG, novembre 1994, p. 569.
- « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », AJDA, 1997, p. 126.
- « Le statut des biens des délégations de service public », AJDA, 2013, pp. 724-735.

TERNEYRE Ph. **et LLORENS F.**, « Distinction entre le marché public de services au sens des directives communautaires et la concession de service », RDI, 1997, p. 432.

TERNEYRE Ph. **et MAGÜE C.**, « Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP ! », AJDA, 2017, pp. 1606-1615.

TERNEYRE Ph. et NOGUELLOU R., « Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions ! », AJDA, 2017, pp. 1102-1105.

TERNEYRE Ph. et PETIOT M-A., « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », AJDA, mars 2012, p. 412.

TESSON F., « La réalité de l'action publique en matière de transition énergétique », AJDA, 2015, p. 1960.

TESSON F. et BOUNNEAU O., « Vers un droit public de l'économie d'énergie ?», AJDA, 2012, p. 2256.

TINIERE R., « Eléments de définition d'un standard commun aux groupements d'intérêt public », AJDA, 2007, p. 840.

TORRE A., « Retour sur la notion de proximité géographique », Géographie, économie, société, 1/2009 (vol 2), p. 65.

TRUCHET D., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in : Conseil d'Etat, rapport annuel public pour 1999, *L'intérêt général*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 50, 1998, p. 372.

UHALDEBORDE J-M., « Partenariat public-privé et efficacité économique : les aléas d'une complémentarité antagonique », In : *Partenariat public-privé et développement territorial*, Revue d'économie financière, hors-série, 1995. p. 72.

VAQUIERI J-F., PACHEN-LEFÈVRE M-H. et **FONTAINE C**., « Qui doit exercer la maîtrise d'ouvrage ? », Contrats publics, n° 109, avril 2011.

VERRIER O., « Les contrats conclus entre les entités appartenant au secteur public : l'exception au principe de publicité et de mise en concurrence », AJCT, 2016, p. 240.

VIANDIER A., « Abus de minorité », Revue des sociétés, 2013, p. 150.

VIDALENS V., « *La réhabilitation des sites pollués : une contrainte omniprésente dans la vie de l'entreprise* », Revue Lamy Droit des Affaires, 2011, n°66, p. 58.

VIGOUREUX A., « Les avantages de la société publique locale », RFDA, 2012, p. 1075.

VILA J-B., « Du renouveau des rapports entre ERDF et les collectivités territoriales en matière de concessions d'énergie », La Semaine Juridique, Administrations et collectivités territoriales, Juillet 2014, hebdomadaire n° 28, p. 35.

WEISS G., « Sauver le climat, mais pas chez soi ? Les conflits autour des installations de production d'énergie renouvelable en Allemagne », Revue Géographique de l'Est, vol. 55 / n°1-2 | 2015.

WILINSKY F., « De l'intégration du développement durable dans les contrats de la commande publique », Contrats et Marchés publics, n° 12, décembre 2011, étude 11.

YOLKA Ph., « L'insaisissabilité des biens publics : regard sur un mouvement immobile », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 26 Novembre 2007, p. 2307.

ZELEM M-C., « Les énergies renouvelables en transition : de leur acceptabilité sociale à leur faisabilité sociotechnique », Revue de l'énergie, décembre 2012.

IV/ Rapports, enquêtes et études :

Cour des comptes

- *Le service public de distribution de l'électricité et l'intercommunalité*, rapport public annuel, 2001.
- *Les évolutions du pilotage et du contrôle de la gestion des collectivités locales*, rapport public annuel 2009, Paris, Éditions du journal officiel, 2009.
- *Les coûts de la filière électronucléaire*, rapport public thématique, janvier 2012.
- Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer, Rapport public annuel, 2013.
- *La politique de développement des énergies renouvelables*, rapport public thématique, juillet 2013.
- *Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014*, Communication à la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, mai 2014.

- *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, rapport public annuel, février 2015.
- *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, rapport communiqué à la Commission des finances du Sénat, mars 2015.
- *Les sociétés d'économie mixte locales. Un outil des collectivités à sécuriser*, communication à la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, mai 2019.

Conseil d'Etat

- *L'intérêt général*, rapport annuel public pour 1999, Études et documents du Conseil d'État, n° 50, 1998.
- *Collectivités publiques et concurrence*, rapport public, La Documentation française, 2002.
- *La sécurité juridique et la complexité du droit*, rapport public annuel, 2006.

Assemblée nationale

- Rapport n° 3137 sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, présenté par DARNE J., juin 2001.
- Rapport d'information n° 1004 fait au nom de la commission d'enquête sur « *la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision* », présenté par DIEFENBACHER M, 3 juillet 2003.
- Rapport d'information déposée par la Commission des affaires économiques sur « *l'énergie photovoltaïque* », présenté par M. Serge POIGNANT, 16 juillet 2009.
- Rapport d'information n° 2925 fait au nom du comité d'évaluation des politiques publiques sur « l*es autorités administratives indépendantes* », présenté par DOSIERE R. et VANNESTE Ch., octobre 2010.
- Rapport n° 2277 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1721, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales, présenté par SHOSTECK J-P., février 2010.
- Rapport d'information n° 3307 déposé par la Commission des affaires économiques sur l*a sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité*, présenté par Jean PRORIOL, 5 avril 2011.

- Rapport d'information n° 2068 fait par la mission d'information sur « *les freins à la transition énergétique* », présenté par Julien DIVE et Bruno DUVERGE, juin 2019.

Sénat

- Rapport d'information n° 319 fait au nom de la Commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative au recours par l'Etat aux conseils extérieurs, présenté par MM. Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, mars 2015.
- Rapport n° 386 fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi relatif au *service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, présenté par M. Lasdislas PONIATOWSKY, juin 2004.
- Rapport d'information n° 726 fait au nom de la Commission des finances sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux « *participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte* », présenté par ARTHUIS J., septembre 2010.
- Rapport n° 614 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur « *la proposition de loi permettant la création des sociétés d'économie mixte à opération unique* », présenté par Jacques MEZARD, juin 2014.
- Rapport d'information n° 733 fait au nom de la Commission des lois sur « *les contrats de partenariat : des bombes à retardement* », présenté par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, juillet 2014.
- Rapport n° 199 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Léonce DUPONT et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, sur la proposition de loi de M. Antoine LEFÈVRE et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat et sur la proposition de loi de M. Daniel RAOUL et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, 2013.
- Rapport d'information n° 82 fait au nom de la mission commune d'information sur « *la commande publique. Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME* », présenté par BOURQUIN M., octobre 2015.

Institut de la Gestion Déléguée (IGD)

- « *Evaluation des contrats globaux de partenariat- Principes, méthodes et comparaisons* », La Gazette des Communes, cahier détaché n° 2, 14/1736, 5 avril 2004.
- « *Gestion directe ou délégation : les conditions de compétition entre les modes d'exécution des services publics* », mai 2004.
- « *La valorisation des propriétés publiques* », Les Petites Affiches, n° 147, juillet 2004.
- « *Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?* », 2005.

ORTEGA O., « *Les contrats de performance énergétiques* », rapport à Madame Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011.

SIPPEREC, "*Premières réflexions du SIPPEREC sur les concessions de distribution d'électricité en France. A l'occasion de l'enquête nationale diligentée par la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes*", janvier 2013.

Table des décisions juridictionnelles citées

Juridictions nationales :

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, décision n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision*	314
Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*	66
Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, décision n° 92/316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*	234
Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, décision n° 94-346 DC, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine de l'État*	307
Conseil constitutionnel, 22 août 2002, décision n° 2002-40 DC, *Loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, Recueil du conseil constitutionnel, 2002, p. 198	311
Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, décision n° 2003-474 DC, *Loi de programme pour l'outre-mer*	311
Conseil constitutionnel, 26 juin 2006, décision n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*	285
Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, *Loi sur le secteur de l'énergie*	66, 68, 423, 425

Juridictions administratives :

Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, n° 59928, Lebon, p. 125.	80
Conseil d'Etat, 30 mai 1930, *Syndicat des commerçants de détail de Nevers*, n° 06781, Lebon, p. 583.	177
Conseil d'Etat, 20 juin 1930, *Marrot*, Lebon, p. 644.	285
Conseil d'Etat, 16 mai 1941, *Commune de Vizille*, req. n° 58205, Rec. CE 1941, p. 93.	336
Conseil d'Etat, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à Seigle*, rec. Lebon, p. 379	128
CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n^{os} 32.401, 32.402, 32.507 et 34.562, Lebon, p. 246.	140
Conseil d'Etat, 19 octobre 1956, S*ociété Le Béton*, req. n° 20180.	285
Conseil d'État, 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*, n° 57680, Lebon, p. 231.	177
Conseil d'État, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435, Lebon, p. 562.	178
Conseil d'État, 2 mai 1969, « Société d'affichage Giraudy », req. n° 60932, Lebon, p. 238.	292
Conseil d'Etat, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Lebon, p. 28.	256
Conseil d'État, 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, req. n° 86275, Lebon,	327

p. 530.	
Conseil d'Etat, 4 octobre 1974, M*inistre de l'équipement c/ Consort Metras*, n° 86957, Lebon, p. 467.	132
Conseil d'Etat, 14 février 1975, *Epoux Merlin*, n° 93132.	66
Conseil d'État, 10 février 1978, *Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier*, req. n° 07652, Lebon, p. 66.	293, 340
Conseil d'État, sect., 27 octobre 1978, *Ville Saint-Malo*, Rec. CE 1978, p. 401.	335
Conseil d'État, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, n° 97730.	51
Conseil d'État, Section, 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, req. n° 09860, Lebon, p. 127.	327
Conseil d'Etat, 7 mai 1980, *SA Les Marines de Cogolin*, Rec. CE 1980, p. 215.	340
Conseil d'État, 6 février 1981, *Ministère de l'équipement c/ Société française de raffinage*, Rec. CE 1981, p. 62.	337
Conseil d'Etat, *2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027.	140, 335
Conseil d'État, 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézières*, req. n° 24912, Lebon, p. 45.	306
Conseil d'État, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, requêtes numéros 41589 et 41699.	280
Conseil d'État, 6 décembre 1985, *Gaz de France (GDF) et autres*, req. n° 50795 et 50796.	337
Conseil d'Etat, 18 mars 1988, *Loupias c/ cne Montreuil-Bellay*, n° 57893.	164
Conseil d'État, 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*, req. n° 61871, rec. Lebon, p. 417	308
Conseil d'Etat, 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, n° 77659.	164
Conseil d'Etat, 28 mars 1990, *Commune de la Réole*, n° 75855.	175
Conseil d'Etat, octobre 1991, *Syndicat intercommunal à vocation multiple du plateau de Valensole*, req. n° 109208.	326
Conseil d'Etat, 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, n° 97476.	164
Conseil d'Etat, 23 juin 1993, *Société industrielle de constructions et réparations*, req. n° 111569.	304
Conseil d'Etat, 23 juillet 1993, *Compagnie Générale des Eaux*, n° 138504.	66
Conseil d'État, 26 janvier 1994, *M. et Mme Dussel*, req. n° 128409.	308
Conseil d'Etat, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, req. n° 141633.	47
Conseil d'Etat, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle*, n° 141877-146693.	177, 207
Conseil d'État, 12 octobre 1994, *Visconti, req. n° 123672*, Rec. CE 1994, p. 442.	335
Conseil d'Etat, 21 octobre 1994, *Aéroports de Paris* et *Société des*	334

agents convoyeurs sécurité et *transports de fonds*, Rec. CE 1994, p. 449	
Conseil d'Etat, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron et autres*, n° 97449.	177
Conseil d'Etat, 13 septembre 1995, *Département des Alpes-Maritimes*, req. n° 122646.	245
Conseil d'État, 18 octobre 1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, req. n° 116316, Lebon, p. 356.	302, 304
Conseil d'Etat, 20 octobre 1995, *Lefèvre et autres*, n° 152186.	244
Conseil d'Etat, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave d'Ornon*, n° 145955.	245
Conseil d'Etat, 15 avril 1996, *Préfet des Boûches-du-Rhône c/ commune de Lambesc*, n° 168325.	39
Conseil d'État, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société SAGIFA*, req. n° 147602	301
Conseil d'État, 13 novembre 1998, *Walter*, req. n° 196500.	280
Conseil d'État, 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n° 202260.	333
Conseil d'Etat, 15 octobre 1999, *Commune de Lagonna Doualas*, req. n°98578.	325
Conseil d'Etat, 29 septembre 2000, *Société Dezellus Metal Industrie*, req. n° 186916, Rec. CE 2000, p. 381.	336
Conseil d'État, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n° 228815	352
Conseil d'Etat, 11 juillet 2001, *Syndicat CGT de la société Clemessy*, req. n° 222039, Lebon p. 359.	206
Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, Lebon, p. 401.	237
Conseil d'État, 27 novembre 2002, *SICAE de la région de Péronne*, n° 246764.	71
Conseil d'Etat, 21 mai 2003, *Uniden*, n° 237466.	129
Conseil d'État, 29 octobre 2004, *Sueur*, req. n° 269814, Rec. CE 2004, p. 393.	351, 352
Conseil d'État, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, Lebon, p. 155.	204, 258
Conseil d'État, 11 juillet 2007, *Syndicat professionnel Union des aéroports français*, req. n° 290714, Lebon, table n° 843.	293, 340
Conseil d'État, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, req. n° 259809.	368
Conseil d'État, 5 octobre 2007, *Société UGC-Cinécité*, n° 298773.	189
Conseil d'Etat, 29 janv. 2008, *Société EDF en France*, req. n° 307870.	326
Conseil d'Etat, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, req. n°279045.	368
Conseil d'État, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° 300481.	257, 258
Conseil d'Etat, 5 juin 2009, *Société Avenance enseignement et santé*, n° 298641.	40
Conseil d'État, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, req. n° 316534.	308

Conseil d'Etat, 7 octobre 2009, *Société d'équipement Tahiti et îles*, req. n° 309499.	340
Conseil d'État, 29 avril 2010, *M et Mme Béligaud*, n° 323179.	47
Conseil d'État, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564.	179
Conseil d'État, 11 octobre 2010, *Prouvoyeur*, req. n° 254236, Rec. CE tables, p. 602.	293
Conseil d'Etat, 28 juin 2011, *SARL Initiative Energies Locales*, req. n° 345198.	130
Conseil d'Etat, 28 juin 2011, *Société Ciel et Terre*, req. n° 344973.	130
Conseil d'Etat, 28 juin 2011, *Société SARL Powersol*, req. n° 345004.	130
Conseil d'Etat, 28 juin 2011, *SARL Provence Eco Energie*, req. n°345028.	130
Conseil d'Etat, 15 mai 2012, *Association « Vent de Colère ! Fédération nationale » et autre*, req. n° 324852	478
Conseil d'État, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP*), req. n° 348909.	333, 334, 336
Conseil d'État, 13 juillet 2012, *Association Engoulevent*, req. n° 345970.	323
Conseil d'État, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788.	81, 142, 420
Conseil d'Etat, 28 mai 2014, *Association « Vent de colère ! Fédération nationale » et autre*, req. n° 324852.	129
Conseil d'État, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, req. n° 363007.	348, 349, 351
Conseil d'État, 15 octobre 2014, *Association « La Justice dans la cité »*, req. n° 380918.	350
Conseil d'État, 11 mai 2016, Commune de Douai, req. n° 375533.	421, 423
Conseil d'Etat, 19 juillet 2017, *ANODE*, req. n° 370321.	97
Conseil d'Etat, 18 mai 2018, *ENGIE et ANODE*, req. n°s 413688 et 414656.	97
Cour administrative d'appel de Lyon, 9 avril 1991, *Société Les Téléphériques du massif du Mont-Blanc et commune de Saint-Gervais*, n°s 89LY01122 et 89LY01123, Lebon p. 513.	211
Cour administrative d'appel de Lyon, 27 juin 1995, *Fayard*, req. n° 93LY00977.	280
Cour administrative d'appel de Paris, 2 mars 1999, *M. Amadou et autres*, req. n° 96PA04552.	280
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5 juillet 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne (SIEEDV)*, n° 02BX01160.	175
Cour administrative d'appel de Versailles, 14 septembre 2006, *Société Unifergie*, req. n° 04VE03502.	312
Cour administrative d'appel de Paris, 1er octobre 2008, *Société GORO Nickel*, n° 08PA01670.	339
Cour administrative d'appel de Marseille, 27 nov. 2008, *Société ERL Energie renouvelable du Languedoc*, req. n° 06MA0l516.	326
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 9 déc. 2008, *M. L. et a.*, req.	326

n° 07BX01278.	
Cour administrative d'appel de Lyon, 12 juillet 2012, ERDF, req. n°11LY01037.	110
Cour administrative d'appel de de Bordeaux, 26 juillet 2012, *Saint-cricq*, req. n° 10BX02109.	351
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 27 décembre 2012, *ERDF*, n° 12BX00329	110
Cour administrative d'appel de de Lyon, 8 janvier 2013, *Syndicat intercommunal d'énergies, d'équipement et d'environnement de la Nièvre*, n°11LY02198.	110
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4 avril 2013, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, n° 12BX00153	323
Cour administrative d'appel de Lyon, 2 janvier 2014, *Commune de Commentry c/ Conseil régional de l'Ordre des architectes de d'Auvergne*, req. n° 12LY02827.	349
Cour administrative d'appel de Marseille, 20 mars 2014, SAS ECRCF, req. n° 12MA02078.	323
Cour administrative d'appel de Nancy, 12 mai 2014, *M. Mietkiewicz et autres*, req. n° 13NC01303.	142
Cour administrative d'appel de Nantes, 5 décembre 2014, *Société ERDF*, req. n° 13NT01974.	141, 416
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 2 avril 2015, req. n° 13BX03485.	321
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 22 juin 2015, req. n° 13BX01623.	321
Cour administrative d'appel de Bordeaux le 13 octobre 2015, req. n° 14BX01130	321
Cour administrative d'appel de Bordeaux, 15 septembre 2015, *Commune de Bordeaux*, n° 15BX01208.	349, 350
Cour administrative d'appel de Nantes, 23 octobre 2015, req. n° 14NT00587	321
Cour administrative de Bordeaux, 13 juillet 2017, req. n° 15BX03754.	133
Cour administrative d'appel de Douai, 7 février 2019, req. n° 16DA02365.	133
Tribunal administratif de Caen, 15 novembre 2005, *Préfet de l'Orne*, req. n° 0500196.	63
Tribunal administratif de Montpellier, 26 février 2010, *Mme Dellinschneider*, req. n° 0803471.	350
Tribunal administratif de Basse Terre, 11 décembre 2014, *Société URBASER ENVIRONNEMENT SAS*, req. n° 1401158.	362
Tribunal administratif de Lille, 11 octobre 2016, req. n° 1406875.	133
Tribunal administratif de Grenoble, 1er octobre 2010, *Préfet de la Drôme c/ commune de Romans-sur-Isère*, req. n° 1001421.	295
Tribunal administratif de Poitiers, 29 juin 2005, *Syndicat intercommunal d'électricité des Deux-Sèvres*, n° 0401875.	61, 64
Tribunal administratif de Montpellier 23 mars 2006, *Association pour la protection des paysages et ressources de l'Escandorgue et a.*, req. nos 0406461 et 0502016	325
Tribunal administratif de Toulouse 19 avril 2007, *M. D. et a.*, req. n°	325

060164.	
Tribunal administratif de Nîmes 26 nov. 2007, *M. Z. et a.*, req. n^{os} 0504834 et 0504836.	325
Tribunal administratif de Montpellier 15 mai 2008, *Association Forum des Monts-d'Orb*, req. n°0600513.	325

Juridictions judiciaires :

Cour de cassation, chambre civile, 16 décembre 1873, Cart, DP 1874-I-249.	304
Cour de cassation, 1ère chambre civile, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM)*, n° de pourvoi : 86-14167	287
Cour de cassation, 3ème chambre civile, 15 mai 1991, n° 89-20.008.	286, 306
Cour de cassation, 1ère chambre civile, 21 janvier 1992, n° 90-13.848, Bulletin civil, 1992, I, n° 19.	340

Tribunal des conflits :

Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, 1963, Lebon, p. 534.	534
Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, *Aéroport de Paris c/ TAT European Airlines*, n° 03174, Lebon, p. 469.	206
Tribunal des conflits, 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c/ Mme Verdier*, n° 03170.	205
Tribunal des conflits, 21 mars 2005, *Société Slibail Énergie c/ville de Conflans Sainte Honorine*, n° 3436.	312
Tribunal des conflits, *19 mars 2007, Préfet Haute-Vienne.*	288

Juridictions européennes :

CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris*, aff. 739/79.	207
CJCE, 14 novembre 1984, *SA Intermills c/ Commission*, aff. C-323/82, rec. 1984, p. 03809.	240
CJCE, 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique c/ Commission*, aff. C-40/85, rec. 1986, p. 02321.	241, 242
CJCE, 18 octobre 1987, *RFA c/ Commission*, aff. C-248/84, rec. 1987, p. 04013.	239
CJCE 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. 31/87, Rec. I-4635.	191
CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-305/89, rec. 1991, p. I-01603.	239
CJCE, 23 avril 1991, *Klauss Höfner et Fritz Elser*, aff. C-41/90, Rec. CJCE, p. I-1979.	238
CJCE, 10 novembre 1998, *BFI holding BV*, aff. C-360/96, Recueil CJCE, 1998, p. I-6844.	236
CJCE, *Teckal Srl*, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, Rec. CJCE, 1999, p. I-08121.	235, 236, 258
CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-156/98, rec. 2000, p. I-06857.	240

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.	63, 258
CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, Recueil CJCE 2000, p. I-11037	235
CJCE 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00 Rec. I-1931.	191
CJCE 15 mai 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-214/00.	191
CJCE, 11 janvier 2005, affaire C- 26/03 *Stadt Halle et RPL Lochau*, Recueil CJCE, 2005, p. I- 00004	237, 256, 257
CJCE 21 juillet. 2005, *Coname*, aff. C-231/03.	63, 258
CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, Rec. CJCE 2005, p. I-8612.	235, 238, 259
CJCE, 6 avril 2006, *Associazone Nazionale Autrasporto Viaggiatori c/ comune di Bari*, aff. C-410/04.	236
CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et consorzio Alisei*, aff. C-340/04, rec. 2006, p. I-04137, p. 37.	259, 260
CJCE, 19 avril 2007 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, aff. C-295/05, recueil 2007, p. I-02999.	260
CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07.	259
CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, recueil 2009. p. I-08127.	260
CJCE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, 2009, I-08377.	272
CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, aff. C-196/08, recueil 2009, I-09913.	270, 272, 273
CJUE, 20 avril 2010, *Federutility a.*, aff. C-265/08.	96
CJUE, 19 décembre 2013, *Association « Vent de colère ! Fédération nationale » et autre c. France*, aff. C-262/12.	129
CJUE, 3 avril 2014, *Commission c/ France*, aff. C-559/12 P.	168
CJUE, 7 septembre 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie c. Premier ministre e.a.*, aff. C-121/15.	96, 102

Index

A

Actionnariat privé.....31, 157, 213 et s.

Autorisation d'occupation temporaire.....93, 297 et s.

B

Bail emphytéotique 93, 286, 291, 295, 296, 302, 303, 304, 306, 402, 486, 512, 521

C

Certificat d'économie d'énergie..... 460

certificat vert 477, 481, 495

Cohérence du réseau.....67, 68, 69, 418 et s.

Complément de rémunération .....458, 477, et s.

Compte rendu annuel d'activités (CRAC) 140

Concession

Cahier des charges de la concession..... 48, 55, 56, 57, 141, 415

Concession de distribution.....57, 61, 70, 72, 109, 114, 119, 142, 143, 145, 405, 420 et s.

concession de transport..... 43, 44, 45, 51, 52, 53

Concession hydroélectrique..... 79, 81, 82, 86, 266

Conflits d'usages .....319 et s.

Contestabilité..... 429, 494

Contrat de partenariat .....28, 311, 346 et s.

Contrat de performance énergétique 344, 365, 367, 370, 371, 372, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 484, 485, 489, 513

D

Déconsolidation comptable .....375 et s.

Droits exclusifs..... 13, 100, 232, 515

E

Efficacité énergétique.. 9, 10, 17, 19, 20, 29, 151, 153, 296, 299, 344, 345, 367, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 391, 394, 395, 396, 403, 484, 485, 487, 499, 513

Entreprise locale de distribution..... 61, 66, 99, 217, 429

Equilibre des réseaux

Mécanismes d'ajustement 436, 438, 439
Opérateur d'effacement ..... 10, 435 et s.
Périmètre d'équilibre 436, 437
Réserves d'équilibrage 433, 437, 438

F

Financement privé 27, 283, 290, 364, 490, 502, 506, 509, 519, 525
Fourniture d'énergie .. 11, 12, 15, 74, 77, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 152, 251, 385, 401

G

Groupement d'intérêt public 183, 189, 248, 250, 251, 252, 256, 257, 258, 261, 517

I

ICPE 133, 340, 341
In house 51, 234, 237, 238, 256, 258, 259, 260, 269, 273, 517, 546
Investissements
Pilotage des investissements 117, 121, 412
Trajectoire des investissements ..... 407 et s.

M

Maîtrise d'ouvrage 29, 68, 108, 109, 110, 112, 116, 117, 119, 149, 357, 366, 384, 393, 415, 416, 417, 418, 486
Marché global de performance 93, 394, 484, 485, 499
Mise en concurrence 45, 59, 60, 61, 62, 63, 75, 100, 135, 136, 190, 191, 193, 213, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 247, 255, 256, 257, 258, 261, 262, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 334, 378, 386, 422, 424, 425, 426, 509, 515, 523, 524, 525
Mode de gestion 28, 62, 70, 71, 72, 87, 106, 135, 136, 155, 164, 265, 276, 356, 404, 426, 427, 429, 430, 494, 499, 510, 517
Monopole 11, 36, 37, 43, 45, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 90, 160, 164, 170, 171, 178, 404, 408, 409, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 455, 509, 514, 518

O

Obligation d'achat 130, 397, 398, 458, 477, 478, 479, 480, 481, 495
Organisme expert 351, 360, 388, 389, 390, 490

P

Paiement différé 29, 355, 357, 364, 386, 487, 491, 492
Péréquation tarifaire 67, 68, 75, 424, 425, 426, 494
Planification 14, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 153, 154, 157, 318, 328, 330, 331, 332, 403, 416, 447, 497, 513
Préfinancement 182, 364, 375, 376, 487, 491
Production d'énergie renouvelable 88, 91, 178, 217, 251, 292, 295, 298, 299, 310, 321, 322, 323, 326, 327, 328, 332, 333, 342, 343, 403, 439, 449, 460, 462, 463, 465, 467, 468, 470, 471, 472, 473, 474, 482, 495, 496, 501, 526
Production de proximité 90, 91, 92
Programmation
Programmation pluriannuelle de l'énergie . 16, 17, 50, 69, 116, 119, 120, 121, 150, 249, 296, 311, 329, 344, 359, 397, 398, 433, 437, 438, 449, 471, 485, 496, 501, 529

R

Raccordement au réseau 49, 110, 291, 409, 416
Redevance d'occupation domaniale 339, 342, 343
Régulation
Commission de régulation de l'énergie ... 5, 16, 52, 55, 57, 97, 111, 117, 119, 287, 409, 417, 418, 428, 437, 441, 464, 466, 468, 478
Régulation locale 444, 446
Réversibilité 72, 341, 357, 427, 428, 429, 430, 516

S

Service de flexibilité locale 439
Société d'économie mixte 30, 31, 32, 38, 64, 156, 157, 159, 162, 163, 164, 165, 166, 169, 170, 175, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 233, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 255, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 276, 277, 278, 430, 467, 506
Société publique locale 60, 206, 248, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 276, 278, 515, 516, 526

T

Tarifs réglementés de vente (TRV) 94, 95, 97, 101, 102, 103, 104

U

Urbanisation en continuité 124, 324

V

Valorisation du domaine 30, 283, 292, 293, 356

TABLE DES MATIÈRES

Liste des principales abréviations **6**

Sommaire **8**

Introduction **9**

1- Le domaine des services énergétiques **10**

2- Les formes d'intervention publique dans le domaine des services énergétiques **14**

3- L'émergence de la notion de partenariat public-privé **24**

4- Les partenariats public-privé, des modes de gestion adaptés aux services énergétiques ? **33**

PARTIE I : LE RÔLE HISTORIQUEMENT CONSTRUCTIF DES MECANISMES CLASSIQUES DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ DANS LE DEPLOIEMENT DES SERVICES ENERGETIQUES **37**

TITRE I : L'UTILISATION ORIGINALE DE LA FORMULE CONCESSIVE DANS LA GESTION DES SERVICES ÉNERGÉTIQUES : **40**

CHAPITRE I : UNE UTILISATION TRANSVERSALE DE LA CONCESSION DANS LA GESTION DES SERVICES ENERGETIQUES **42**

Section I : La concession comme instrument de maillage du territoire en réseaux énergétiques 43

Paragraphe 1- La concession de transport d'énergie électrique : une dimension contractuelle réduite 44

A- L'identification de l'objet de la concession de transport d'électricité 46

1. Le support du service concédé 47

2. La nature des prestations assurées par le concessionnaire du transport d'électricité 49

B- L'organisation des rapports entre le gestionnaire du réseau et l'autorité concédante 51

1. La prédominance de la dimension légale et règlementaire 52

2. L'étendue du contrôle public sur le gestionnaire du réseau de transport 54

Paragraphe II : La concession de distribution d'énergie : une liberté contractuelle limitée 58

A- Un concessionnaire prédésigné 60

1. L'absence de mise en concurrence pour l'attribution des concessions de distribution 60

2. Les fondements du droit exclusif en faveur des distributeurs d'énergie 65

B- L'absence de marge de manœuvre dans la gestion du service public de la distribution d'énergie 71

1. L'absence de liberté dans le choix du mode de gestion 71

2. L'absence de maîtrise du contenu des contrats de concession de distribution .. 73

Section II : La concession comme vecteur de promotion des activités périphériques aux réseaux d'énergie 77

Paragraphe 1 : Le partenariat contractuel, un instrument de diversification du mix énergétique 78

A- Le rôle déterminant de la concession dans le développement de la production hydroélectrique 79

1. Un outil d'équipement et d'aménagement du territoire : l'approche instrumentale de la concession hydroélectrique 80

2. Un concessionnaire assumant la prise en charge d'externalités 84

B- L'extension de la concession aux autres filières de production énergétique 88

1. Un vecteur de développement de la production énergétique décentralisée 88

2. Un recours encore limité aux instruments contractuels de partenariat public-privé en matière de production 91

Paragraphe 2 : La mise en œuvre du partenariat public-privé dans le segment de la fourniture d'énergie. 95

A- La qualification de l'activité de fourniture d'énergie en service public 96

1. Le périmètre du service public sur le segment de la fourniture d'énergie 96

2. La proximité avec le service public de la distribution d'énergie 99

B- La place respective des cocontractants dans l'exécution du service public concédé 102

1. Les prestations du fournisseur d'énergie aux tarifs réglementés de vente ... 102

2. L'influence limitée des autorités organisatrices sur la consistance du service public de la fourniture d'énergie 104

CHAPITRE II : UNE UTILISATION PERFECTIBLE DE LA CONCESSION DANS LE DOMAINE DES SERVICES ENERGETIQUES 107

Section I : Un cadre juridique réfractaire à une gestion efficace des services énergétiques 108

Paragraphe I : Les incertitudes dans l'organisation des rapports entre partenaires . 109

A- La détermination imprécise des attributions respectives des cocontractants 109

1. La complexité du système de répartition de la maîtrise d'ouvrage 109

2. La délicate identification des obligations réciproques des parties au contrat 113

B- L'insuffisante coordination des interventions des partenaires 117

1. L'absence de cohérence des actions des intervenants 117

2. L'insuffisante coordination des interventions des acteurs 120

Paragraphe 2 : Les lourdeurs issues du cadre législatif 123

A- Un cadre juridique trop contraignant 123

1. Une succession de contraintes réglementaires 124

2. Des lourdeurs réduisant l'attractivité du secteur de l'énergie 126

B- Une réglementation source d'insécurité juridique 129

2. Une réglementation imprécise 132

Section 2 : Un cadre juridique source de déséquilibre des relations entre cocontractants 134

Paragraphe I : La faiblesse structurelle des autorités concédantes 135

A- L'insuffisante expertise des collectivités concédantes 135

1. L'imparfaite maîtrise des éléments essentiels de la concession par les autorités concédantes 136

2. L'apport marginal du recours aux cabinets d'expertise externes 138

B- La portée limitée du contrôle de l'autorité concédante sur le gestionnaire de réseaux 140

1. La reconnaissance formelle du pouvoir de contrôle des autorités concédantes 140

2. L'exercice ineffectif du pouvoir de contrôle de l'autorité concédante 142

Paragraphe II : Une faiblesse accentuée par une organisation institutionnelle inadaptée 146

A- L'émiettement des autorités concédantes 146

1. Le nombre excessif des autorités concédantes 146

2. Le bilan mitigé de la politique de regroupement des autorités concédantes 148

B- Les difficultés de coordination des niveaux de décision 150

1. La pluralité des niveaux de décision 151

2. L'insuffisance des mécanismes de coordination entre les acteurs institutionnels 153

Conclusion du titre I 156

Titre II : LE RECOURS AU PARTENARIAT INSTITUTIONNEL COMME OUTIL D'ACCOMPAGNEMENT DU SECTEUR DE L'ENERGIE 157

CHAPITRE III : LA STRUCTURE D'ECONOMIE MIXTE, UN CADRE DE PARTENARIAT POTENTIELLEMENT PROPICE AU SECTEUR DE L'ENERGIE 160

Section 1 : Le positionnement des sociétés d'économie mixte sur le secteur de l'énergie 161

Paragraphe 1 : L'émergence de la structure d'économie mixte dans le secteur de l'énergie 161

A- Un processus de création hétérogène 162

1. Les sociétés à statut mixte *ab initio* 162

2. Les sociétés d'économie mixte résultant de la transformation de structures préexistantes 165

B- Les facteurs en faveur du recours au partenariat public-privé institutionnel .. 167

1. Une décision sous influence européenne 168

2. Une décision dictée par la conjoncture économique 171

Paragraphe 2 : Le champ d'intervention de la structure d'économie mixte dans le secteur de l'énergie 174

A- La restriction initiale du champ d'intervention de la structure d'économie mixte 174

1. Un périmètre d'action restreint par un cadre législatif réfractaire 175

2. Une interprétation jurisprudentielle restrictive 177

B- L'extension actuelle du domaine d'intervention de la structure d'économie mixte 180

1. Une extension en lien avec l'accroissement des compétences énergétiques décentralisées 181

2. Une diversification des modalités d'intervention 184

Section II : La réalisation d'un compromis entre maîtrise publique de l'activité et souplesse de gestion privée par le biais de la SEM 186

Paragraphe 1 : Le caractère ontologiquement public de la structure d'économie mixte locale 187

A- Une structure dédiée à une activité d'intérêt public. 188

1. Le but d'intérêt public, élément de légitimation de l'interventionnisme économique public 188

2. La soumission de la société d'économie mixte à des obligations procédurales particulières 191

B- La maîtrise publique du fonctionnement de la structure d'économie mixte ... 194

1. La prépondérance des personnes publiques dans la direction de la société d'économie mixte locale 195

2. Une structure soumise au contrôle des collectivités publiques 198

Paragraphe 2 : L'organisation formellement privée de la structure d'économie mixte 201

A- Une structure juridiquement distincte des collectivités publiques actionnaires 201

1. L'autonomie juridique de la structure d'économie mixte 201

2. L'organisation contractuelle des relations entre les sociétés d'économie mixte locales et les collectivités publiques actionnaires 204

B- Une structure juridiquement banalisée 206

1. La soumission au droit commun des sociétés en cours de vie sociale 207

2. L'application problématique des procédures collectives à la SEML en difficulté 209

CHAPITRE IV : LA STRUCTURE D'ECONOMIE MIXTE, UNE FORMULE NEANMOINS SUSCEPTIBLE DE DELAISSEMENT 213

Section I : Une formule partenariale à l'attractivité limitée 214

Paragraphe 1 : Le caractère relatif de la dimension partenariale de l'économie mixte 214

A- La participation financière non significative des partenaires privés 215

1. Un capital social largement détenu par les organismes publics 215

2. Un actionnariat privé à la place réduite 219

B- L'insuffisante implication des partenaires privés dans la gestion de la société d'économie mixte 221

1. Une qualité d'actionnaire conférant un droit de participation 221

2. Une participation à la gestion proportionnelle au niveau de participation au capital social 224

Paragraphe II : Une structure assujettie aux règles de mise en concurrence 230

A- La soumission des sociétés d'économie mixte aux principes de la commande publique 230

1. Le principe de mise en concurrence des contrats de la commande publique 231

2. L'inapplicabilité de l'exception « in house » aux relations contractuelles des SEM 235

B- L'encadrement contraignant des relations financières des sociétés d'économie mixte locales avec leurs actionnaires publics 239

1. La limitation des possibilités de financement de la structure d'économie mixte 240

2. La libéralisation incomplète des conditions de financement public des SEM 244

Section 2- Une formule concurrencée par d'autres modes de gestion 248

Paragraphe I : L'apparition de modes de gestion concurrents 248

A- Des structures permettant une meilleure prise en charge de l'intérêt public .. 249

1. L'exclusion du but lucratif dans le cadre du groupement d'intérêt public ... 249

2. L'émergence de la coopération organique entre personnes publiques 253

B- Des structures au régime juridique plus souple. 256

1. L'applicabilité conditionnelle de l'exception « in house » au groupement d'intérêt public 257

2. L'applicabilité présumée de l'exception in house à la société publique locale. 259

Paragraphe II : La volonté de renouvellement du cadre juridique du partenariat public-privé institutionnalisé à travers la SEMOP 262

A- Un véritable cadre de partenariat public-privé 263

1. Une plus grande place accordée à l'actionnariat privé. 263

2. Une application spécifique dans la filière hydroélectrique 267

B- Une application aménagée des règles de mise en concurrence 270

1. L'application des règles de mise en concurrence au stade de la création de la société 271

2. La sécurisation des relations contractuelles de la SEMOP 274

Conclusion du titre II : 277

Conclusion de la partie I : 278

PARTIE II : L'ORIENTATION ACTUELLE DES MECANISMES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE VERS L'OBJECTIF DE TRANSITION ENERGETIQUE 279

TITRE I : LES SERVICES ÉNERGÉTIQUES, UN LABORATOIRE DE PERFECTIONNEMENT DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PARTENARIAT 281

CHAPITRE V : L'ADAPTATION DES REGLES D'OCCUPATION DOMANIALE AUX NECESSITES DE VALORISATION ENERGETIQUE DU PATRIMOINE PUBLIC IMMOBILIER 283

Section I : L'encouragement de l'implantation des activités énergétiques sur les dépendances domaniales 284

Paragraphe I : Une conjonction de facteurs favorables à l'implantation des activités énergétiques 284

A- Des activités compatibles avec la gestion patrimoniale des propriétés publiques 285

1. D'une logique de protection des propriétés publiques… 285

2. … à une logique de valorisation économique des propriétés publiques 290

B- Des activités entrant dans le champ de compétence des collectivités publiques 295

1. Un recours aux instruments de valorisation subordonné à la compétence de la personne publique 295

2. L'extension des compétences publiques en matière énergétique 298

Paragraphe II : Une amélioration progressive de la situation juridique du partenaire privé de l'administration 301

A- La sécurisation des investissements réalisés par l'occupant domanial 302

1. L'octroi de droits réels au profit de l'occupant privatif 302

2. L'atténuation de la précarité du titre d'occupation 306

B- La réception des techniques privatistes de financement des équipements 310

1. Le recours au crédit-bail pour le financement des installations énergétiques 310

2. L'utilisation encadrée de l'hypothèque par l'occupant domanial 314

Section 2 : Les contraintes limitant l'implantation des activités énergétiques sur les propriétés publiques 318

Paragraphe 1 : Les contraintes issues des instruments de planification spatiale 319

A- La délicate conciliation entre les intérêts concurrents 320

1. Les conflits d'usage avec les activités concurrentes 320

2. Les contraintes résultant de l'impératif de protection du milieu environnant 323

B- L'absence de priorité accordée aux services énergétiques..... 325

1. La portée limitée des dérogations bénéficiant aux installations énergétiques 326

2. L'efficacité relative de la politique de gestion intégrée du territoire 329

Paragraphe 2 : Les contraintes inhérentes au régime d'occupation domaniale..... 332

A- La subordination de l'implantation des équipements énergétiques à la volonté de l'autorité domaniale..... 333

1. La large marge d'appréciation de l'autorité domaniale dans la délivrance des titres d'occupation 333

2. Les prérogatives du gestionnaire du domaine en cours d'occupation..... 336

B- La lourdeur des charges endossées par l'occupant privatif 339

1. L'assujettissement généralisé aux charges financières liées à l'occupation domaniale 340

2. L'utilisation souhaitable du régime d'occupation domaniale comme instrument de promotion des filières énergétiques..... 343

CHAPITRE VI : L'INTEGRATION DE L'ENJEU DE PERFORMANCE ENERGETIQUE PAR LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE 345

Section I : La création d'un instrument contractuel adapté à la performance énergétique : le marché de partenariat..... 346

Paragraphe I : La rationalisation des conditions de recours au marché de partenariat 347

A- Les difficultés soulevées par les conditions initiales de recours au contrat de partenariat 347

1. L'ambiguïté du critère de la complexité du projet 348

2. La subjectivité du critère de l'urgence 352

B- L'actuelle simplification des hypothèses de recours au marché de partenariat 355

1. La mise en place de conditions de fond plus objectives 355

2. Le renforcement des obligations procédurales préalables. 359

Paragraphe II : L'intérêt du marché de partenariat en matière de performance énergétique 362

A- Le caractère global de la mission confiée au partenaire privé 363

1. Le resserrement de l'étendue des missions impérativement confiées au titulaire 363

2. L'extension de l'étendue des missions facultatives du partenaire privé 367

B- L'objet performanciel du marché de partenariat 370

1. L'engagement du titulaire sur un niveau de performance énergétique 370

2. La mise en place de mécanismes financiers de garantie de la performance énergétique 373

Section II : Les difficultés dans la mise en œuvre des marchés de partenariat de performance énergétique 376

Paragraphe I : Les insuffisances dans le choix du marché de partenariat 376

A- La tentation au détournement du marché de partenariat 376

1. L'utilisation du marché de partenariat comme moyen de déconsolidation comptable 377

2. L'utilisation abusive du marché de partenariat comme levier de relance économique 381

B- Le caractère artificiel de l'évaluation préalable 384

1. Le caractère artificiel de l'analyse préalable 385

2. L'apport limité de l'organisme expert 389

Paragraphe II : Les insuffisances dans la structuration des relations entre partenaires 391

A- Les insuffisances dans la phase de négociation du marché de partenariat.. 392

1. Le déséquilibre induit par l'asymétrie d'informations entre les interlocuteurs 392

2. L'accentuation du déséquilibre par la tendance oligopolistique du marché des services d'efficacité énergétique 395

B- Les insuffisances du système de répartition des risques 397

1. Le caractère artificiel du partage des risques entre partenaires 398

2. L'efficacité relative des mécanismes de sanction des sous-performances... 401

Conclusion du titre I : 403

TITRE II : FAIRE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE UN LEVIER D'ACCELERATION DE LA TRANSITION ENERGETIQUE 405

CHAPITRE VII : LA RATIONALISATION SOUHAITABLE DES RELATIONS PARTENARIALES DANS LA GESTION DES RESEAUX D'ENERGIE 406

Section I : Le nécessaire équilibrage des relations entre les collectivités concédantes et les gestionnaires des réseaux de distribution d'énergie..... 407

Paragraphe I : La nécessité d'accroître les pouvoirs de direction de l'autorité concédante sur le service public de la distribution d'énergie 407

A- Assurer aux autorités organisatrices la maîtrise de l'orientation des investissements sur les réseaux de distribution..... 408

1. La corrélation entre le niveau des investissements sur le réseau et la qualité de la desserte d'énergie 408

2. L'accentuation du rôle des collectivités concédantes dans la détermination de la trajectoire des investissements sur les réseaux de distribution..... 411

B- Redéfinir l'étendue des prérogatives de l'autorité concédante sur les composantes du réseau concédé..... 415

1. L'abandon préférable du partage de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur les réseaux de distribution 416

2. La nécessaire clarification du régime de propriété des biens affectés au service de distribution publique d'énergie 419

Paragraphe II : Le renforcement souhaitable de la liberté contractuelle des autorités organisatrices de la distribution d'énergie 423

A- Consacrer la liberté de la collectivité concédante dans le choix du gestionnaire du réseau 423

1. Une mise en concurrence compatible avec la cohérence du réseau 423

2. Une mise en concurrence compatible avec la péréquation tarifaire 426

B- Consacrer la liberté des autorités organisatrices dans le choix du mode de gestion 427

1. L'organisation d'une compétition entre les modes de gestion de la distribution d'énergie 428

2. L'utilisation de la réversibilité du choix du mode de gestion comme mécanisme de sanction du concessionnaire défaillant 430

Section II : Des PPP créatrices de nouvelles synergies dans la gestion de l'équilibre des réseaux 432

Paragraphe 1 : Des personnes publiques initialement exclues de la gestion de l'équilibre des réseaux 432

A- Les gestionnaires, garants de l'équilibre physique des réseaux 433

1. Un rôle d'équilibrage législativement consacré 433

2. Des instruments d'ajustement dédiés : les réserves d'équilibrage 434

B- L'intervention d'acteurs intermédiaires dans l'équilibrage des réseaux ... 436

1. Les responsables de périmètre d'équilibre 437

2. Les opérateurs d'effacement 438

Paragraphe II : Des collectivités publiques désormais associées à l'optimisation de la gestion des flux : le service de flexibilité locale 440

A- Un service de flexibilité à l'initiative partagée 441

1. Un service déployé sur proposition des collectivités publiques 441

2. Un déploiement subordonné à l'accord du gestionnaire du réseau de distribution 443

B- Un service de flexibilité vecteur d'une gestion intégrée des réseaux d'énergie 444

1. Un dispositif débordant le cadre restrictif de la concession de distribution 445

2. Un dispositif annonciateur d'une régulation énergétique locale ? 447

CHAPITRE VIII : L'UTILISATION ENVISAGEABLE DU PPP DANS UNE PERSPECTIVE DE RESTRUCTURATION DU SYSTEME ENERGETIQUE... 450

Section I : Des PPP vecteur potentiel d'une décentralisation énergétique..... 451

Paragraphe I : Le constat de l'hyper centralisation du modèle énergétique 451

A- Une centralisation consubstantielle au processus de construction du système énergétique 452

1. Des services énergétiques initialement ancrés au niveau local 452

2. Un système énergétique progressivement accaparé par l'Etat 454

B- Un modèle centralisé devenu anachronique..... 457

1. L'effritement de l'influence de l'État sur le secteur de l'énergie..... 457

2. Les aspirations en faveur d'une réelle décentralisation énergétique 459

Paragraphe 2 : Les partenariats public-privé, vecteurs potentiels de ré-ancrage local des projets énergétiques..... 462

A- L'implication citoyenne dans les projets énergétiques participatifs 462

1. L'étendue de l'implication citoyenne dans les projets énergétiques participatifs..... 463

2. La diversité des structures juridiques de portage des projets participatifs ... 465

B- Le soutien public aux projets énergétiques participatifs..... 467

1. L'accompagnement des projets énergétiques participatifs au niveau local . 467

2. La valorisation de l'investissement participatif dans le cadre des appels d'offres lancés par la CRE 469

Section II : Lever les freins juridico-institutionnels aux projets compatibles avec la dynamique de transition énergétique..... 471

Paragraphe I : Libérer l'investissement dans les filières de production énergétique renouvelable 472

A- L'allègement des contraintes réglementaires pesant porteurs de projets de production d'énergie renouvelable 472

1. Des avancées liées à la simplification du régime applicable aux installations de production d'énergie renouvelable 473

2. Un effort de simplification à poursuivre 475

B- La rationalisation des outils de financement des projets d'énergie renouvelable. 477

1. L'unification des mécanismes de soutien financier aux filières matures 478

2. L'instauration du dispositif du « certificat vert » pour les filières non encore matures 482

Paragraphe 2 : Simplifier le régime juridique des outils contractuels de maîtrise de l'énergie 484

A- La rationalisation des instruments contractuels de performance énergétique 484

1. Une absence de cadre contractuel unique dédié à la performance énergétique 484

2. Un empilement de régimes juridiques préjudiciable à l'intelligibilité du dispositif 487

B- La simplification souhaitable du régime juridique des contrats de performance énergétique 489

1. Réduire les verrous au recours au marché de partenariat de performance énergétique 489

2. Assouplir le régime financier des marchés globaux de performance énergétique 492

Conclusion du titre II : 495

Conclusion de la partie II : 497

CONCLUSION GÉNÉRALE 498

Bibliographie 504

Table des décisions juridictionnelles citées 533

Index 540

TABLE DES MATIÈRES 544