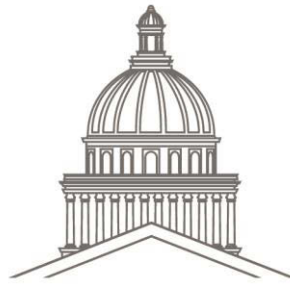


Université Paris II- Panthéon-Assas

Ecole doctorale Georges Vedel – Droit public interne et comparé, science administrative et science politique

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 13 décembre 2017

L'action économique des collectivités territoriales pour la transition énergétique



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Thèse de Doctorat / décembre 2017

Anna Zoumenou

Sous la direction de Mme **Camille Broyelle**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

M. **Stéphane Braconnier**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Mme **Hélène Hoepffner**, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole (rapporteur)

M. **Frédéric Rolin**, Professeur à l'Université Paris Saclay (rapporteur)

M. **Yves Surel**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ma profonde reconnaissance s'adresse tout d'abord à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Camille Broyelle. Sa confiance, sa disponibilité et ses encouragements m'ont permis de réaliser cette étude.

Cette thèse n'existerait pas sans Monsieur Cyril Roger-Lacan à l'origine de cette étude. Je le remercie infiniment pour ses conseils, son écoute et son soutien sans faille.

Mes vifs remerciements s'adressent ensuite à toutes les personnalités que j'ai pu rencontrer et celles auprès de qui j'ai eu la chance de tant apprendre au cours de ces années de recherche.

Je tiens sincèrement à remercier Julie Lombardo et Catherine Salez qui ont pris de leur temps pour corriger ces pages et me faire part de leurs observations.

Je remercie mes ami(e)s, et plus particulièrement Léa Elkouby, qui ont su me reconforter et m'encourager dans les moments les plus difficiles.

Enfin, je remercie mon père et ma sœur qui ont su faire preuve d'une patience exemplaire à mon égard.

Ces quelques remerciements ne sauraient exprimer toute ma gratitude.

Je dédie ce travail à ma mère dont l'absence n'a fait que renforcer ma détermination.

Résumé (1700 caractères) :

La conférence des Etats parties à la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui s'est tenue à Paris à la fin de l'année 2015 (COP 21) a relancé l'intérêt des Etats pour la protection de l'environnement et la transition écologique et énergétique. Depuis plus d'une décennie, de nombreuses lois sont intervenues qui placent les collectivités territoriales au cœur de ce dispositif. Aujourd'hui, la réalisation de la transition énergétique repose sur un partenariat entre collectivités publiques, gardiennes du service public, et entreprises privées maîtrisant ingénierie et technique propres au secteur énergétique. Cette politique publique s'inscrit ainsi dans le contexte de réforme de l'action publique qui modifie profondément les modes de gestion des services publics.

Descripteurs : *Collectivité territoriale, transition énergétique, électricité, gestion publique, entreprise publique locale, contractualisation, distribution d'électricité, concession, partenariat*

Abstract (1700 characters):

The conference of the member states of the United nations framework convention about climate change (COP 21) which took place in Paris, december 2015, increased the state's interest either for the protection of the environment and the ecological transition. From more than a decade, many laws had have the goal to place local authorities into the hearth of this system. Today, the realization of the energy transition is based on a partnership between public authorities, garantor of the public service and private companies mastering engineering and energy techniques. This policy takes place in the story of a new public management, which profoundly changes the way public services are managed.

Keywords : *Local authority, energy transition, power, public management, local public firm, contractualisation, utilities, partnership*

Principales abréviations

§	Paragraphe
ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
<i>AJCT</i>	Actualité juridique des collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
Anah	Agence nationale pour l'habitat
al.	Alinéa
art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
<i>BJCL</i>	Bulletin juridique des collectivités locales
<i>Bull. I.I.A.P</i>	Bulletin de l'Institut international d'administration publique (devenu en 1977, Revue française d'administration publique)
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. c. const.</i>	Les cahiers du Conseil constitutionnel (devenu en 2010, Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel)
Cass	Cour de Cassation
C. civ	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. comptes	Cour des comptes
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CE	Conseil d'Etat
C. ener.	Code de l'énergie
C. env.	Code de l'environnement
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CJA	Code de justice administrative

CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
conf.	Conformément
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. urb.	Code de l'urbanisme
DGCL	Direction générale des collectivités territoriales
DGEC	Direction générale de l'économie et du climat
dir.	Sous la direction de
<i>EDCE</i>	Etudes et documents du Conseil d'Etat
éd.	Edition
égal.	Egalement
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EdF	Electricité de France
ELD	Entreprise locale de distribution
ErDF	Electricité réseau distribution France
fasc.	Fascicule
FNCCR	Fédération nationale des collectivités concédantes et régies
ibid.	Ibidem
<i>JCP A</i>	La semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition Entreprises et affaires
JORF	Journal Officiel de la République Française
ord.	Ordonnance

pres.	Sous la présidence de
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RJEP</i>	Revue juridique de l'économie publique
<i>Rec.</i>	Recueil Lebon
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil général de la jurisprudence de la Cour de justice européenne puis Cour de justice de l'Union européenne à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1 ^{er} décembre 2009
<i>Rec. T.</i>	Tables du recueil Lebon
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
sect.	Section (formation de jugement du Conseil d'Etat)
T. confl.	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
vol.	Volume
v.	Voir

Sommaire

Principales abréviations.....	5
Sommaire	8
Introduction générale.....	10
Première partie : Le service public énergétique et les collectivités territoriales	47
Titre 1. La répartition des compétences en matière énergétique.....	49
Chapitre 1. Des compétences énergétiques locales inégalement réparties.....	50
Chapitre 2. L'évolution de l'organisation territoriale et la transition énergétique.....	79
Titre 2. Les modes de gestion du service public énergétique par les collectivités territoriales	131
Chapitre 1. La gestion des missions de service public énergétique par les collectivités territoriales : entre gestion directe et externalisation.....	137
Chapitre 2. La gestion indirecte du service public énergétique	183
Seconde partie : La recomposition du service public énergétique et le rôle des collectivités territoriales.....	216
Titre 1. La gestion de la distribution d'électricité par les collectivités territoriales ..	221
Chapitre 1. Le renouveau du cadre juridique de l'activité de distribution d'électricité.	223
Chapitre 2. L'évolution de la relation concessive sous l'influence de la transition énergétique	280
Titre 2. Le financement de la transition énergétique par les collectivités territoriale	331
Chapitre 1. Un soutien public inadapté aux besoins financiers des acteurs privés	335
Chapitre 2. L'autonomie des collectivités territoriales dans le financement de la transition énergétique	400
Conclusion générale	419
Index	422
Index des principaux arrêts et jugements cités	426

Bibliographie.....	433
Annexe : Liste des personnes rencontrées.....	460
Table des matières	462

Introduction générale

1. La protection de l'environnement est aujourd'hui un thème majeur et transversal des politiques publiques françaises¹. A chaque manifestation climatique, la question du réchauffement climatique et de la protection environnementale surgît dans le débat public, les préoccupations environnementales grandissant à mesure que ces phénomènes climatiques touchent les citoyens. En témoignent les inondations survenues dans la région parisienne à l'été 2016². Jusqu'alors, la protection de l'environnement et la lutte contre le réchauffement climatique demeuraient dans le débat public français la préoccupation des écologistes, les partis politiques ayant majoritairement délaissé la question, préférant se concentrer sur les questions régaliennes et sociales dont les conséquences sont plus rapidement visibles au regard des électeurs³. La médiatisation de la Conférence de Paris⁴ de 2015 et de la loi sur la transition énergétique pour une croissance verte⁵ a hissé l'environnement au sommet des priorités publiques pendant plusieurs mois⁶.

¹ L'intégration de la Charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité réalisée par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 témoigne de l'importance de la protection de l'environnement et de la prise en compte des conséquences environnementales des politiques publiques.

² La presse se fait l'écho de ces préoccupations. Ainsi de nombreux articles sont parus tel que *Le Monde*, « Inondations : la Seine atteindra son plus haut niveau dans la nuit », 3 juin 2016 ; égal. *Le Monde*, « Inondations : la Seine-Maritime et l'Eure menacées, décrue amorcée à Paris », 4 juin 2016 ; égal. R. Barroux, « La France est trop vulnérable aux inondations », *Le Monde*, 30 novembre 2016 ; égal. L. Albert, C. Berkovicious, D. Malecot, J. Cheveau, « Ile de France : les 7 questions que soulèvent les inondations », *Les Echos*, 2 juin 2016.

³ En effet, la protection de l'environnement est une politique publique dont les conséquences ne sont pas visibles à court terme, à la différence d'autres politiques publiques plus significatives pour l'opinion publique (fiscalité, sécurité, défense).

⁴ La Conférence de Paris de 2015 sur le climat également appelée COP 21 a eu lieu du 30 novembre au 12 décembre 2015 au Bourget, en France. Cette conférence est la vingt et unième des Etats parties à la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques. 195 pays ont été réunis et un accord international fixant un objectif de limitation du réchauffement climatique entre 1,5° à 2°C a été trouvé et est applicable à tous les pays membres.

⁵ Quelques mois avant la conférence internationale de Paris sur le climat, la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte a été adoptée après près d'une année de négociations et de travail parlementaire. Cette loi s'inscrit dans le cadre du projet présidentiel du candidat F. Hollande en 2012 (proposition de faire de la France la nation de l'excellence environnementale). Pour les besoins de l'écriture, cette loi sera également dénommée loi relative à la transition énergétique dans les développements suivants.

⁶ La préparation de la loi sur la transition énergétique a été engagée dès 2012 avec la conférence environnementale qui visait à préparer le débat national sur la transition énergétique. Une fois les modalités du débat arrêtées, le débat a été organisé et mené territorialement pendant plusieurs mois jusqu'à aboutir à des recommandations qui ont été transcrites dans le projet de loi présenté en 2014 et finalement voté à l'été 2015. A la suite de ce vote, la conférence de Paris s'est ouverte à la fin de l'automne et la question environnementale est restée dans le débat

2. Le lien entre économie et environnement apparaît dans les années 1950 lorsque l'Union internationale pour la conservation de la nature publie le premier rapport consacré à l'état de l'environnement dans le monde⁷ soulignant le besoin de réconciliation entre l'économie et l'énergie⁸. En 1960, à la suite de la décolonisation et de l'aspiration des nouveaux Etats à la modernité⁹, l'Assemblée générale des Nations unies décide de se consacrer, pendant dix ans, à la question du développement. Les activités économiques entraînant une dégradation de l'environnement, la recherche d'un nouvel ordre économique mondial est organisée dès les années 1970 par les pays non alignés qui réclament alors le partage des bénéfices de la croissance¹⁰ et par le club de Rome¹¹ qui dénonce les conséquences d'une recherche de croissance effrénée¹². Le développement économique et la protection de l'environnement sont alors présentés comme contradictoires¹³.

3. En 1972, Maurice Strong, membre fondateur du Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)¹⁴, propose un modèle de développement visant à satisfaire les besoins des populations, et non plus la recherche d'une croissance de l'offre pour satisfaire le

public jusqu'au début de l'année 2016. Cependant, les élections présidentielles ont laissé de côté la question environnementale, les candidats préférant se concentrer sur des sujets plus clivants tel que l'avenir de l'Union européenne ; v. en ce sens : J. Cossardeaux, « Présidentielle : la priorité des candidats sur l'environnement », *Les Echos*, 14 avril 2017.

⁷ Union internationale pour la protection de la nature, *Etat de la protection de la nature dans le monde en 1950*, Bruxelles, 1951.

⁸ Dossier d'information pour Johannesburg établi par le ministère de l'écologie et du développement durable dans le cadre du sommet mondial sur le développement durable de 2002, fiche n° 1 : Historique du développement durable. En ligne, disponible à <http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0071/Temis-0071276/19484.pdf>, consulté le 23 avril 2017.

⁹ Dans ce cadre, la modernité doit se comprendre comme l'aspiration de ces nouveaux Etats à devenir des sociétés industrialisées.

¹⁰ Cet objectif a été réitéré lors du 17^{ème} sommet du mouvement des pays non alignés en septembre 2016.

¹¹ Groupe de réflexion créé en 1968 réunissant économistes, scientifiques, industriels et fonctionnaires nationaux et internationaux de 52 pays.

¹² V. en ce sens : *The limits to growth – A report for the club of Rome's project on the predicament of mankind*, rapport commandé par le club de Rome au Massachusetts Institute of Technology étudiant les conséquences d'une croissance « exponentielle dans un monde fini » ; égal. J. Hecht, « Halte à la croissance ? Enquête sur le Club de Rome », *Population*, 28^{ème} année, n° 3, pp. 696-697. Cette étude repose sur cinq variables : population, production alimentaire, industrialisation, épuisement des ressources naturelles et pollution.

¹³ Les premiers ministères de l'environnement naissent à cette période. En France, le ministère de l'environnement est créé le 8 janvier 1971 par le Président J. Chaban-Delmas.

¹⁴ Homme politique canadien, Maurice Strong a dirigé le Programme des Nations Unies pour l'environnement et est également l'un des artisans du protocole de Kyoto ; v. en ce sens : A. Pélouas, « Maurice Strong, diplomate et défenseur de l'environnement, est mort à 86 ans », *Le Monde*, 2 décembre 2015.

développement économique, l'équité sociale et la prudence écologique¹⁵. Ce concept d' « éco-développement »¹⁶ laisse progressivement place à celui de développement durable proposé par l'Union internationale pour la conservation de la nature en 1980¹⁷ et défini en 1987 par le rapport Brundtland¹⁸ comme « *un développement répondant aux besoins du présent sans compromettre la possibilité, pour les générations à venir, de pouvoir répondre à leurs propres besoins* ».

4. Concomitamment, dans les années 1980, la prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement, par-delà les frontières, est mondiale lorsque le public découvre les dégradations climatiques créées par la pollution : pluies acides, dégradation de la couche d'ozone, désertification et déforestation, effet de serre etc. A partir de la fin des années 1980 et de la consécration mondiale du développement durable par la conférence de Rio en 1992, l'environnement occupe une place grandissante dans le débat public.

¹⁵ Ces objectifs correspondent à ceux du modèle d'écodéveloppement. A l'origine, ce concept désigne le développement rural dans le tiers Monde reposant sur l'utilisation des ressources locales et du savoir-faire. Depuis, la définition est plus vaste et correspond à « *un développement socio-économique endogène reposant sur des forces vives et organisées de la société, conscientes de la dimension écologique et recherchant une symbiose entre l'homme et la nature* » (I. Sachs, « Ecodéveloppement : une approche de planification », *Economie rurale*, n° 124, 1978).

¹⁶ La notion d'écodéveloppement naît de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 à Stockholm où « *l'interdépendance entre les êtres humains et l'environnement naturel, les liens entre le développement économique et social et la protection de l'environnement et la nécessité d'une vision mondiale et de principes communs* » sont mis en avant. Certaines personnalités dont Maurice Strong insistent sur la « *nécessité d'intégrer l'équité sociale et la prudence écologique dans les modèles de développement économique* » (actu-environnement.com, « Comment est née la notion de Développement Durable ? », 29 mai 2006. En ligne, disponible sur https://www.actu-environnement.com/ae/dossiers/dd/dd_naissance_2.php4, consulté le 23 avril 2017). Ignacy Sachs propose de définir l'écodéveloppement comme un développement endogène et dépendant de ses propres forces, soumis à la logique des besoins de la population entière, conscient de sa dimension écologique et recherchant une harmonie entre l'homme et la nature. Il propose une approche globale du développement et non pas uniquement l'ajout d'une dimension écologique aux modèles économiques (I. Sachs, *L'écodéveloppement. Stratégies de transition vers le XXIème siècle*, Syros, 1993).

¹⁷ Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), Fonds mondial pour la nature (WWF), *Stratégie Mondiale de la Conservation : la conservation des ressources vivantes au service du développement durable*, 1980.

¹⁸ *Rapport de la Commission des Nations Unies sur l'environnement et le développement* présidé par le Premier ministre de Norvège, Mme Gro Harlem Brundtland.

Toutefois, si la prise de conscience est collective, la fin de la crise économique et financière des années 1970 marque un ordre mondial où les questions d'ordre économique dominant. Les institutions financières internationales¹⁹ montent en puissance, appliquent une doctrine libérale résumée par le consensus de Washington datant des années 1980²⁰. Les préoccupations environnementales défendues par les institutions des Nations Unies²¹ sont alors mises de côté.

Cependant, la succession de crises économiques et financières, notamment celle qui sévit en 2007-2008, remet en question ce modèle économique libéral où le développement résulterait de la seule croissance économique. Prônant un développement plus responsable, l'Assemblée générale des Nations Unies érige alors la protection de l'environnement en objectif prioritaire²².

5. Depuis, le grand public prend davantage conscience des problèmes environnementaux. Ce phénomène s'explique d'après la Commission européenne par deux tendances²³: la recherche d'une « *réponse globale à des problèmes globaux avec de nombreux*

¹⁹ Ces institutions désignent le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Organisation mondiale du commerce.

²⁰ Doctrine libérale appliquée par les institutions financières aux économies en difficulté reposant sur une stricte discipline budgétaire, déréglementation des marchés, privatisations notamment. Le libéralisme serait alors une alternative aux théories du développement.

²¹ Les Nations Unies créent, pour répondre spécifiquement aux objectifs environnementaux et de développement, deux institutions majeures avec le Programme des Nations Unies pour le développement qui naît en 1966 de la fusion du Programme d'assistance technique des Nations Unies et du Fonds spécial des Nations Unies et, le Programme des Nations Unies pour l'environnement à la suite de la conférence des Nations Unies sur l'environnement humain de Stockholm en 1972.

²² Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration du Millénaire, n° 55/2, 6-8 septembre 2000. La protection de l'environnement est l'un des huit objectifs du millénaire établis dans cette résolution.

²³ En 2007, le réchauffement climatique est au premier plan du débat sur les problèmes environnementaux mondiaux. En témoigne l'attribution conjointe du prix Nobel de la Paix au Vice-Président américain Al Gore et au Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) pour « *leurs efforts de collecte et de diffusion des connaissances sur les changements climatiques provoqués par l'Homme et pour avoir posé les fondements pour les mesures nécessaires à la lutte contre ces changements* ». Ces préoccupations sont partagées par la société civile, en témoigne l'Eurobaromètre spécial de la Commission européenne relatif à l'attitude des citoyens européens vis-à-vis de l'environnement, publié en mars 2008.

accords internationaux et législations sur l'environnement »²⁴, une conscience accrue des conséquences des problèmes environnementaux dans la vie quotidienne des citoyens²⁵ et du rôle de ces derniers dans la protection de leur environnement²⁶. Aujourd'hui, la protection de l'environnement est importante pour 96% des européens²⁷. Les enjeux écologiques recouvrent plusieurs natures : le réchauffement climatique, la perte de la biodiversité, la raréfaction des ressources et les risques sanitaires liés à ces évolutions.

6. Le climat est la première « victime » des émissions de gaz à effet de serre dont la croissance est constante depuis le début de l'ère industrielle²⁸. La croissance économique et démographique mondiale a induit une forte augmentation de la demande de ressources naturelles²⁹. Leur exploitation produit des émissions polluantes et des déchets qui dégradent l'environnement en provoquant l'élévation du niveau des mers et océans, la disparition de certaines espèces ou encore des pénuries d'eau. Par ailleurs, la dégradation de la qualité de l'environnement est un facteur non négligeable de la santé humaine³⁰.

7. Pour limiter ces risques et préserver l'environnement pour les générations futures, les modes de consommations humains, notamment la consommation énergétique doivent évoluer. L'équilibre entre la croissance, le développement et la protection de l'environnement est réalisée par la transition écologique et énergétique.

²⁴ Eurobaromètre spécial, *ibid.*, p. 3

²⁵ « Lorsque l'on parle « environnement » à quoi pensez vous ? » 22% des personnes interrogées dans l'Union européenne en 2007 répondent la pollution dans les villes et 19% le changement climatique. En France, à la réponse à cette question, 20% des sondés répondent l'état de l'environnement dont nos enfants vont hériter.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Les statistiques européennes montrent que les Européens « attachent une énorme importance à la protection de l'environnement. Pratiquement tous les répondants affirment que celle-ci est très ou plutôt importante pour eux (96%) et ils sont plus enclins à la qualifier de très importante (64%) que de plutôt importante (32%) ».

²⁸ A. Delbosc, J. H. Keppler, A. Leseur, « Croître sans réchauffer ? L'intensité carbone des économies développées », Note d'étude de la mission climat de la Caisse des Dépôts, n° 10, janvier 2007 ; v. égal, J.-M. Jancovici, « La croissance économique fait-elle de l'effet de serre ? », En ligne, disponible à <https://jancovici.com/change-climatique/economie/la-croissance-economique-fait-elle-de-leffet-de-serre/> consulté le 23 avril 2017.

²⁹ D'après la mission climat de la Caisse des dépôts et consignations, le volume des émissions de gaz à effet de serre est le produit de la taille de sa population, du niveau de vie et de l'intensité en gaz à effet de serre de l'économie (volume de gaz à effet de serre émis par unité de production).

³⁰ L'Organisation Mondiale de la Santé fait de l'environnement une de ses priorités. Plusieurs études estiment que 5 à 10% des cancers seraient dus aux dégradations de l'environnement (P. Benkimoun, S. Landrin, « La pollution de l'air directement impliquée dans les cancers, selon l'OMS », *Le Monde*, 18 octobre 2013).

Une transition implique le passage graduel d'un état à un autre en s'appuyant notamment sur une réforme profonde des mentalités. L'objectif de la transition écologique est de « dépasser le stade des prises de conscience, des initiatives pionnières, des bonnes pratiques et des premières mesures sectorielles pour aller vers une mise en mouvement coordonnée de l'ensemble des acteurs de la société et secteurs de l'économie »³¹. La transition écologique et énergétique désigne le passage progressif d'une société consciente des atteintes à l'environnement et des risques associés à une société actrice de sa protection grâce à la création d'un écosystème où tous les acteurs sont parties prenantes. Elle pourrait être définie comme le renouveau d'un écosystème social fondé sur un modèle économique et social renouvelant les modes de consommation, de production, de travail et de vivre ensemble³². La transition énergétique repose sur deux piliers : l'innovation technologique et l'innovation sociale afin de renouveler le modèle économique et social, plus soucieux de la préservation de l'environnement. Si les outils pour réaliser la transition écologique et énergétique doivent être mis à disposition des acteurs à court terme, leurs effets dans la vie quotidienne ne pourront se réaliser et être mesurés qu'à moyen et long terme. Cela explique que les objectifs climatiques définis par la Commission européenne soient alors établis par décennie³³.

8. La distinction entre les notions de développement durable et de transition écologique et énergétique doit être clarifiée avant d'envisager les éléments de définition de notre étude (section 1). L'importance de l'environnement dans les stratégies de croissance, particulièrement dans le contexte de crise économique et financière, sera exposée dans un deuxième temps (section 2) avant d'aborder le rôle des territoires pour soutenir et développer la transition écologique et énergétique (section 3).

³¹ *La stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2014-2020*, rapport élaboré sous la coordination du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.

³² *Ibid.*

³³ Les plans d'action climatique élaborés et votés par la Commission européenne sont établis pour plusieurs décennies (aujourd'hui ces objectifs sont fixés pour 2030). En effet, l'évolution des modes de consommation énergétique exige une modification des modes de vie qui ne peuvent être réalisés et mesurables qu'après un certain délai.

Section 1. La notion de transition énergétique

9. Transition écologique et énergétique, croissance verte, économie verte et développement durable sont autant de concepts proches et différents à la fois. Ils nécessitent ici une clarification. Les accords internationaux successifs sur le climat et leur échec relatif ont jeté le discrédit sur la notion de développement durable. Les crises économiques et financières ont ajouté à la défiance. Les débats se sont recentrés sur l'économie et la croissance, l'environnement n'a plus été considéré comme un vecteur de développement et de croissance.

10. « Rio + 20 », c'est-à-dire la conférence des Nations Unies sur le développement durable qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 20 au 22 juin 2012, a réaffirmé le lien entre croissance et développement durable³⁴. Mais son échec (rappelons que cette conférence s'est achevée sur un accord non contraignant³⁵) accélère la remise en question du concept de développement durable à la faveur de celui d'économie verte³⁶ apparu dans le contexte de crise économique³⁷. L'économie verte est définie, par le programme des Nations Unies pour l'environnement, comme une économie « *qui entraîne l'amélioration du bien-être humain et de l'équité sociale tout en réduisant de manière significative les risques environnementaux et la pénurie de ressources* »³⁸.

11. La notion de transition écologique et énergétique naît à partir de ce concept d'économie verte. Cependant sa définition n'est pas claire, la transition énergétique est un

³⁴ Déclaration finale de Rio +20, 19 juin 2012.

³⁵ Ce sommet intergouvernemental s'est achevé sur un accord non contraignant promouvant l'économie verte, épargnant les ressources naturelles de la planète et éradiquant la pauvreté. De nombreuses associations (dont Greenpeace) ont dénoncé un compromis à minima, sans objectifs contraignants ; v. en ce sens *Le Monde*, « Les critiques pleuvent sur le sommet de Rio+20 », 21 juin 2012, ou encore *Le Monde*, « Rio +20 : le Brésil gagnant, la planète perdante », 22 juin 2012.

³⁶ Pearce et a., *Blueprint for a Green Economy*, 1989 est l'une des premières études sur la notion d'économie verte. Pour la réalisation de la croissance, le développement durable est irréalisable en l'état actuel des économies qui doivent valoriser les actifs environnementaux et traduire en valeur les pertes environnementales pour réaliser le développement durable.

³⁷ C. de Perthuis, « La transition énergétique : Les ambiguïtés d'une notion à géométrie variable », *Les Cahiers de la Chaire Economie du Climat*, n° 21, mars 2013.

³⁸ Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), *Vers une économie verte : Pour le développement durable et une éradication de la pauvreté*, rapport, 2011, p. 16.

« *concept à géométrie variable* »³⁹ qu'il est fondamental de définir pour choisir vers quelle transition nous souhaitons nous diriger (§1). A partir de la définition de la transition énergétique que nous avons adoptée, nous aborderons l'approche française de la protection de l'environnement et l'évolution de son modèle énergétique pour limiter les émissions de gaz à effet de serre (§2).

§1. Développement durable et transition énergétique

12. Depuis plusieurs années, une évolution sémantique autour des concepts environnementaux a lieu : le développement durable et le réchauffement climatique ont laissé la place à la transition écologique et énergétique. Défini dans le rapport Brundtland, le développement durable est « *un mot d'ordre incontournable dans le courant des années 1990 et 2000* »⁴⁰. Aujourd'hui, le concept est moins présent et laisse la place à celui de transition énergétique. Un historique des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement nous semble s'imposer pour évoquer la naissance de la notion de développement durable et les évolutions qui ont conduit à l'émergence de celle de transition écologique et énergétique.

13. En 1972, la Conférence de Stockholm⁴¹ établit pour la première fois le droit pour l'homme à un environnement sain et de qualité et son devoir de protection et d'amélioration de l'environnement⁴². Cette conférence marque le point de départ d'une politique internationale de protection de l'environnement⁴³. Dès 1973, un accord entre Etats est conclu pour la protection de la biodiversité face au commerce international⁴⁴. Dix ans après la conférence de

³⁹ C. de Perthuis, *op.cit.*

⁴⁰ A. Boutaud, « Développement durable, économie verte, résilience : quelles continuités, quelles ruptures, quelles conséquences pour les villes ? », Direction de la Prospective et du Dialogue Public du Grand Lyon, septembre 2013.

⁴¹ Conférence qui s'est tenue du 5 au 16 juin 1972. La conférence de Stockholm est le premier sommet de la Terre.

⁴² Conférence des Nations Unies sur l'environnement, *Déclaration de Stockholm* ; égal. A.-C. Kiss, J.-D. Sicault, « La conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972) », *Annuaire français de droit international*, v.18, 1972, pp. 603-628.

⁴³ Le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) naît dans la foulée pour coordonner les activités des Nations Unies dans le domaine de l'environnement.

⁴⁴ Convention sur le commerce internationale des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, également appelée Convention de Washington signée le 3 mars 1973.

Stockholm, la charte des Nations Unies pour la nature est proclamée pour veiller à la conservation des ressources naturelles⁴⁵ : les Etats membres s'engagent à adopter les mesures législatives et réglementaires afin de réduire et prévenir les activités humaines susceptibles d'avoir des effets nuisibles sur la couche d'ozone.

14. La reconnaissance officielle des conséquences néfastes⁴⁶ sur la couche d'ozone des gaz à effet de serre, quant à elle, date de 1985 et de l'adoption de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone⁴⁷. Le rapport Brundtland, *Notre avenir à tous*, publié en 1987, marque un tournant dans la prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement notamment grâce à la vulgarisation de la notion de développement durable⁴⁸. Le rapport établit officiellement, pour la première fois, les liens existants entre les questions environnementales et les enjeux économiques, sociaux et culturels⁴⁹. Au lendemain de sa publication, le Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) est créé avec la mission d'évaluer les fondements scientifiques du réchauffement climatique et de proposer des mesures visant à le contenir, encore mieux de le réduire.

15. Le troisième sommet de la Terre, c'est-à-dire la conférence de Rio qui s'est tenue du 3 au 14 juin 1992, définit un programme d'actions et fixe un calendrier de rencontres internationales annuelles dans le cadre de la convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique. Cet accord dessine plus précisément les contours du développement durable à savoir : la protection de l'environnement, l'éradication de la pauvreté, la responsabilité des pays développés, la réduction et l'élimination des modes de production et de consommation non

⁴⁵ Résolution n° 37/7 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, 28 octobre 1982.

⁴⁶ La convention définit les effets néfastes comme les modifications apportées à l'environnement physique, y compris les changements climatiques exerçant des effets nocifs sur la santé humaine ou sur la composition, la résistance et la productivité des écosystèmes naturels ou aménagés, ou sur les matériaux utiles à l'humanité.

⁴⁷ Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone signée à Vienne le 22 mars 1985 et entrée en vigueur le 22 septembre 1988.

⁴⁸ Pour rappel, le développement durable désigne un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.

⁴⁹ Le rapport Brundtland expose liminairement sa conception de l'environnement : « *notre démarche n'est pas de prévoir une dégradation constante de l'environnement ni une progression de la pauvreté et des difficultés dans un monde de plus en plus pollué où les ressources seraient de moins en moins nombreuses. Nous envisageons plutôt la possibilité d'une nouvelle ère de croissance économique, s'appuyant sur des politiques qui protégeraient, voire mettraient en valeur la base même des ressources. Nous estimons que cette croissance est absolument indispensable pour soulager la misère qui ne fait que s'intensifier dans une bonne partie du monde en développement* ».

viables et un système économique international favorable à la croissance et au développement durable⁵⁰. Adoption de la déclaration de Rio, programme d'actions, convention sur la diversité biologique, convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et de la convention sur la lutte contre la désertification : la conférence de Rio a été considérée comme une réussite. « *Que cette conférence soit surtout le début d'un processus destiné à se poursuivre et à s'amplifier* », plaidait le Président de la République Mitterrand⁵¹. De nombreuses conférences et sommets se succèdent à partir de 1992, le sommet sur le développement social⁵², le sommet des villes⁵³, jusqu'à l'adoption du protocole de Kyoto, en 1997⁵⁴, étape décisive dans la protection de l'environnement.

16. Le protocole⁵⁵ de Kyoto à la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques adopté en 1997 vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre. Les Etats parties s'engagent à réduire de 5,2% leurs émissions de gaz à effet de serre à l'aune de 2012⁵⁶. Cependant le délai d'entrée en vigueur du protocole de Kyoto témoigne de la différence entre la volonté affichée et la réelle prise en compte de l'environnement par les différents Etats, notamment industrialisés. En effet, pour entrer en vigueur, le protocole de Kyoto devait être ratifié par 55 pays développés générant en totalité au moins 55% des émissions mondiales de gaz à effet de serre en 1990. Le protocole n'est entré en vigueur que le 16 février 2005, soit huit ans après son adoption. De plus, si la ratification du protocole le rend contraignant pour les

⁵⁰ Déclaration du Président Mitterrand lors de la conférence de Rio sur l'environnement et le développement le 13 juin 1992.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Sommet mondial sur le développement social à Copenhague en 1995 pour la lutte contre la pauvreté, le chômage et la désintégration sociale.

⁵³ Conférence sur les établissements humains en 1996 à Istanbul pour la durabilité environnementale et sociale des villes.

⁵⁴ Le protocole de Kyoto peut être considéré comme la manifestation juridiquement contraignante de la Convention de Vienne signée en 1985 pour la protection de la couche d'ozone.

⁵⁵ Le ministère des Affaires étrangères définit un protocole comme un accord conclu sur un sujet d'ordre technique ou financier qui peut être indépendant ou conclu sur la base d'un accord antérieur à la différence d'une convention cadre qui peut être définie comme « *un instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre les Etats parties dans un domaine déterminé, tout en leur laissant le soin de définir, par des accords séparés, les modalités et les détails de la coopération en prévoyant s'il y a lieu, une ou des institutions adéquates à cet effet* » (A.-C. Kiss, « Les traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *Annuaire français de droit international*, vol. 39, 1993, pp. 792-797).

⁵⁶ Les objectifs de réduction d'émissions de gaz à effet de serre ont été établis par rapport au niveau d'émissions de ces gaz en 1990.

Etats signataires, les sanctions en cas de non-respect de ses obligations n'ont pas été clairement définies. La prise de conscience a lieu, mais les actions pour la protection de l'environnement n'apparaissent pas prioritaires.

17. En 2002, un quatrième sommet de la Terre se réunit à Johannesburg et renouvelle ses engagements en faveur du développement durable⁵⁷. Mais la notion de développement durable est en déclin et la crise économique et financière de 2007 la relègue au second plan. La conférence de « Rio+20 » qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 20 au 22 juin 2012 en témoigne : le développement durable n'est plus une notion autonome, il est désormais adossé à l'économie à travers le concept d'économie verte⁵⁸. Désormais, la préservation de l'environnement est traduite par un concept économique évaluant les conséquences économiques de sa dégradation.

Le concept de développement durable, lui, est dépassé. Les politiques publiques liées au développement durable stagnent en France ; dans d'autres Etats européens, elles sont en net recul⁵⁹. Plusieurs raisons expliquent ce déclin : le contexte économique et financier oblige à mettre en avant la dimension économique des politiques publiques. Par ailleurs, les contours de la notion de développement durable étaient trop ambigus, complexes et peu opérationnels⁶⁰. Mais la principale raison du déclin du développement durable est due à la difficulté d'atteindre les résultats escomptés⁶¹. En effet, les contours de la notion de développement durable sont tels qu'ils ne permettent pas de définir d'objectifs quantifiables⁶². Or, le maintien d'une politique

⁵⁷ Sommet mondial pour le développement durable du 26 août au 4 septembre 2002.

⁵⁸ A. Boutaud, *op. cit.*

⁵⁹ E. Zaccàï met en lumière les effets de la crise économique sur les budgets consacrés à l'environnement. La Grèce est prise en exemple : en 2008, le pays avait fait de l'environnement l'un des trois piliers de l'économie, cependant le gouvernement n'a désormais que de très faibles marges de manœuvre pour continuer dans ce secteur, les résultats escomptés devant être de court terme. L'auteur analyse que la moindre préoccupation de l'environnement dépasse la question budgétaire. Il prend comme exemple la Grande-Bretagne qui a dissout en 2011 sa Commission de développement durable. Cependant le recul des préoccupations écologiques n'est pas l'apanage de tous les pays européens, l'Allemagne est en un bon exemple (E. Zaccàï, « Le développement durable dans la crise en Europe », *Développement durable et territoires*, vol. 4, n° 3, octobre 2013, disponible en ligne : <http://developpementdurable.revues.org/10207>).

⁶⁰ A. Boutaud, *op. cit.*

⁶¹ J. Theys, « Le développement durable face à sa crise : un concept menacé, sous exploité ou dépassé ? », *Développement durable et territoires*, vol. 5, n° 1, 2014 : « Les évaluations a posteriori dont on dispose montrent un décalage très grand entre les espoirs qui avaient été mis dans le développement durable et les résultats réellement atteints ».

⁶² En effet, la notion de développement durable est définie par le *rapport Brundtland* comme un développement répondant aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures, de pouvoir répondre à leurs propres besoins. La définition est telle qu'aucun objectif quantifiable ne peut en être issu.

publique repose sur sa performance, évaluée en fonction de l'atteinte d'objectifs définis. C'est dans ce contexte de déclin du développement durable que naissent les notions d'économie verte⁶³ et de transition écologique et énergétique. L'économie verte est un objectif ; la transition énergétique, un instrument. Elle permet d'atteindre l'objectif d'une économie verte. Notre étude se concentre sur la dimension énergétique de la transition en raison de son lien direct avec l'économie.

18. La définition de la transition énergétique est mouvante et dépend des zones géographiques concernées. C. de Perthuis⁶⁴ le met en exergue dans un article consacré à la variabilité de cette notion⁶⁵. Aux Etats-Unis, la transition énergétique vise à limiter la dépendance aux hydrocarbures du Proche Orient et se traduit par des forages à la recherche de gaz de schiste. Les pays émergents envisagent, eux, la transition énergétique comme un moyen de répondre à la fois à leurs besoins de développement et à la demande des ménages. Les pays producteurs et exportateurs de pétrole la considèrent comme une opportunité de diversification de leur économie grâce aux revenus de leurs sous-sols. En Europe, la transition énergétique désigne les politiques publiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre, de promotion des énergies renouvelables et d'efficacité énergétique⁶⁶. Cette conception de la transition énergétique repose sur deux constats : « *les inquiétudes sur les effets à long terme du changement climatique et les craintes d'un épuisement rapide des sources fossiles les moins coûteuses et de meilleures qualités* »⁶⁷.

⁶³ L'emploi du terme d'économie verte est interchangeable avec le concept de croissance verte et de développement à faible émission de carbone d'après le programme des Nations Unies pour l'environnement.

⁶⁴ C. de Perthuis est professeur d'Economie à l'Université Paris-Dauphine en charge de la Chaire Economie du Climat.

⁶⁵ C. de Perthuis, « La transition énergétique : Les ambiguïtés d'une notion à géométrie variable », *Les Cahiers de la Chaire Economie du Climat*, n° 21, mars 2013.

⁶⁶ Des distinctions sont cependant à relever entre les différents pays européens, notamment dans leurs stratégies de sortie ou de retour au nucléaire (Allemagne/Angleterre).

⁶⁷ V. Smil, *Energy Transitions : History, Requierements, Prospects*, Praeger, Californie, 2010 cité par C. de Perthuis, *op.cit.*

19. La transition écologique et énergétique ne serait qu'une transition supplémentaire, comme d'autres que l'homme a déjà connues dont V. Smil⁶⁸ dresse la liste⁶⁹. La première correspond à la domestication du feu qui a permis à l'humain d'acquérir un avantage sur les espèces concurrentes par le chauffage, la cuisson et la métallurgie. Par la suite, l'utilisation de l'eau pour irriguer les cultures et l'apport de la force animale ont accru les rendements agricoles et, de fait, ont provoqué la sédentarisation humaine. La troisième transition énergétique repose sur l'utilisation massive d'une nouvelle source d'énergie primaire avec le charbon qui remplace le bois, la force humaine et animale. Du début du XIX^{ème} siècle⁷⁰ jusqu'au milieu des années 1960, le charbon est la première source d'énergie mondiale. La quatrième étape correspond à la domestication de l'électricité et du moteur à essence. Cette transition repose sur l'apparition simultanée d'un certain nombre d'innovations qui soutiennent la croissance du XX^{ème} siècle. L'augmentation de la consommation énergétique (charbon, pétrole et gaz)⁷¹ et la création d'infrastructures immatérielles pour réguler ce nouveau système énergétique caractérisent cette quatrième transition énergétique. Ces quatre transitions sont fondées sur des innovations humaines qui ont permis des gains d'efficacité et de productivité et une utilisation croissante de l'énergie.

20. La cinquième transition, objet de notre étude, se rapporte à la recherche d'un système énergétique où la consommation diminue ainsi que les émissions de carbone qui en découlent. Le parti pris des pays européens, à la différence de l'Amérique de Nord⁷², est de protéger le climat en tenant compte de la croissance, de la compétitivité économique et de la

⁶⁸ V. Smil est chercheur et analyste politique canadien d'origine tchèque. Ses sujets de recherches portent essentiellement sur l'environnement et l'énergie depuis 1976. Il a notamment beaucoup travaillé sur le sujet de l'énergie en Chine.

⁶⁹ C. de Perthuis, *op.cit.*

⁷⁰ La troisième révolution industrielle démarre au Royaume Uni à la fin du XVIII^{ème} siècle où les innovations techniques qui permettent l'usage du charbon sont disponibles. Cependant leur utilisation massive n'intervient que plus d'un siècle et demi après.

⁷¹ L'augmentation de la consommation énergétique est le fait de l'accessibilité massive aux biens et services grâce à une baisse des coûts de production liée à la production de masse.

⁷² La raréfaction des énergies fossiles traditionnelles incite certains Etats à investir dans l'exploration pour continuer d'utiliser ces énergies fossiles grâce à la découverte de nouveaux gisements à l'instar des Etats Unis avec les hydrocarbures non conventionnels (ressources fossiles difficiles à exploiter tel les sables bitumineux, huile de schiste, gaz de schiste, gaz de houille).

sécurité de l'approvisionnement énergétique⁷³. J. Rifkin recense cinq piliers de cette transition énergétique : le passage aux énergies renouvelables, le développement de bâtiments producteurs énergétiques, le stockage énergétique, l'internet de l'énergie avec les réseaux intelligents et le renouveau de la mobilité avec des transports plus propres⁷⁴. Cette transition énergétique représente pour lui la Troisième révolution industrielle, après les technologies mécaniques utilisant la vapeur d'eau et celles des moteurs à combustion et réseaux électriques⁷⁵. L'évolution de la production et de la consommation énergétiques est fondamentale et repose, comme les quatre transitions précédentes, sur l'innovation qui est aujourd'hui numérique et digitale⁷⁶.

21. C. de Perthuis définit notre système énergétique comme un ensemble complexe à trois niveaux : un mix d'énergies primaires utilisé *par des formes motrices dominantes* » et une consommation supportée par des infrastructures matérielles et immatérielles « *présentant une grande inertie dans le temps* »⁷⁷. Le passage de ce système énergétique à un système qui émet peu de gaz à effet de serre (système dit « bas carbone ») exige plusieurs décennies à l'instar des transitions précédentes. La transition énergétique française est liée à son histoire énergétique.

§2. Une histoire française de l'énergie

22. Très tôt, la France s'est préoccupée de son secteur énergétique pour répondre aux besoins liés à l'industrialisation car ses ressources fossiles sont limitées : le charbon se concentre sur trois bassins miniers (Nord-Pas-de-Calais, Lorraine et Centre-Midi), le pétrole

⁷³ C. de Perthuis, *op.cit.* : « *Le choix opéré est d'intégrer une nouvelle valeur : l'évaluation de la rareté de l'atmosphère exprimée par le prix du droit d'y rejeter du carbone, le prix du carbone* »

⁷⁴ J. Rifkin, *La troisième révolution industrielle : Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les liens qui libèrent, 2011.

⁷⁵ La région Nord-Pas-de-Calais (dénommée désormais Hauts-de-France) s'est engagée dès 2013 dans cette troisième révolution industrielle à travers la rédaction d'un « master plan », document stratégique et plan d'actions pour leur révolution industrielle locale. Il nous paraît cependant important de prendre des précautions sémantiques par l'emploi du terme de « révolution », il nous semble encore prématuré de qualifier cette évolution comme une révolution n'ayant pas le recul ni l'expérience nécessaire pour l'apprécier.

⁷⁶ J. Therme, « La révolution du numérique dans le domaine de l'énergie », *Annales des Mines, Responsabilité et environnement* 2015/2, n° 78, pp. 73-77 : « *La révolution du numérique dans le secteur de l'énergie est déjà en marche. La convergence entre technologies numériques et technologies de l'énergie se trouve renforcée par la décentralisation des modes de production avec pour conséquence un nouveau modèle d'énergie plus coopératif, basé sur le partage et l'interdépendance* ».

⁷⁷ C. de Perthuis, *op.cit.*

est restreint à quelques gisements à faible capacité de production (Sud-Ouest et Région parisienne), il en va de même pour le gaz naturel⁷⁸.

23. En tenant compte de ses ressources naturelles et de la croissance de la demande, la France a adopté une démarche volontariste dès la sortie de la Première guerre mondiale par l'acquisition de gisements énergétiques à l'étranger⁷⁹. L'Etat exerce alors deux activités énergétiques : il produit et raffine le pétrole à travers une participation au capital de la Compagnie française des pétroles et de la Compagnie française de raffinage, d'une part, et il régule le secteur par l'instauration d'un régime d'autorisation pour l'importation de pétrole⁸⁰, d'autre part.

24. La sortie de la Seconde guerre mondiale et la création de trois établissements publics marquent la deuxième période de la politique publique énergétique française.

Le Commissariat général du Plan⁸¹ élabore des programmes d'investissement pour reconstruire, moderniser et électrifier le territoire (barrages hydroélectriques, modernisation et construction de centrales thermiques, reconstruction des réseaux)⁸². La création de monopoles étatiques pour l'électricité, le gaz et le charbon démontre la volonté et l'implication de l'Etat dans la maîtrise de sa politique énergétique. La politique énergétique française repose ainsi sur le contrôle de son approvisionnement qui est à son apogée après 1973 avec le choix du nucléaire pour s'affranchir des pays exportateurs de pétrole⁸³.

⁷⁸ H. Revol, *Politique énergétique de la France*, rapport n° 439, 1^{ère} partie, 1997-1998, Sénat : en 2010, le Commissariat général du Plan fait état d'une importation par la France de la quasi-totalité du pétrole, de 90% de son gaz et de la moitié du charbon consommés. Les productions de gaz et de charbon auraient chuté de moitié en 15 ans.

⁷⁹ Par ex., la signature du pacte de San Remo en 1920 attribuant à la France les participations allemandes dans les gisements mésopotamiens de la Turkish Petroleum Company à hauteur de 23,7% (H. Revol, *ibid.*).

⁸⁰ Loi du 30 mars 1928 relative au régime d'importation du pétrole.

⁸¹ Décret n° 46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du Gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan. Le Commissariat général du Plan de modernisation et d'équipement est une initiative du Général De Gaulle et de Jean Monnet, pour la définition d'une planification économique (non contraignante) à travers des plans quinquennaux. Devenu Centre d'analyse stratégique en 2006 puis Commissariat général à la stratégie et à la prospective en 2013, il est aujourd'hui France Stratégie.

⁸² Commissariat général du plan de modernisation et d'équipement, *Rapport général sur le premier plan de modernisation et d'équipement*, novembre 1946-janvier 1947.

⁸³ Dès 1974, EDF engage la construction de tranches de nucléaire. Par ailleurs, pour limiter la dépendance au pétrole, l'Etat français engage dès 1974 un programme d'économies d'énergie avec la création de l'Agence pour les économies d'énergie.

Electricité de France, Gaz de France et Charbonnages de France⁸⁴ sont ainsi bâtis pour répondre aux besoins de la reconstruction et développer l'accès à l'énergie⁸⁵. L'Etat constitue un monopole public électrique en rassemblant et en nationalisant plusieurs centaines d'entreprises privées productrices, distributrices et transporteuses d'électricité aux tarifs multiples. La fusion de ces entreprises privées donne naissance en 1946 à l'établissement public EdF, qui marque celle du service public national de l'électricité⁸⁶.

25. Le paradigme évolue progressivement à partir des années 1950 : la conscience de l'épuisement des ressources est désormais associée à la protection de l'environnement. Une troisième période commence alors avec la prise en compte de l'environnement⁸⁷.

En 1951, à la signature du traité de Paris instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, la protection de l'environnement n'est pas encore un objectif : la mise en commun de la production du charbon et de l'acier vise uniquement à assurer des ressources communes au développement de la Communauté européenne. L'approvisionnement est alors le seul objet de la politique européenne de l'énergie qui du charbon, s'étend au nucléaire (création d'Euratom en 1957). L'énergie intéresse la Communauté européenne en tant qu'elle assure aux Etats membres leur indépendance énergétique. La compétence nationale des Etats membres et le contexte économique et géopolitique marqué par une baisse des prix du pétrole dès 1957 après la découverte de nouveaux gisements⁸⁸ n'encouragent pas l'émergence d'une politique énergétique européenne globale.

⁸⁴ P. de Ladoucette, « Charbonnages de France et la société française » in *Histoire d'une grande mutation industrielle*, Annales des Mines, mai 2004.

⁸⁵ Avant la Seconde guerre mondiale, la France est un pays où l'on consomme peu d'électricité même s'il existe une production. Cela s'explique, d'une part, par une dispersion géographique des lieux d'habitation, et d'autre part, par le ralentissement de l'électrification provoqué par la crise des années 1930.

⁸⁶ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁸⁷ Dès 1975, de nombreuses directives environnementales sont votées : la directive 75/442/CEE relative aux déchets, la directive 76/160/CEE relative à la gestion de la qualité des eaux de baignade, les directives SEVESO dès les années 80, la directive nitrates en 1991, ou encore la directive cadre sur l'eau en 2003.

⁸⁸ La recherche d'indépendance énergétique et la création d'Euratom sont liées à la volonté de créer les conditions de la paix en Europe en assurant à tous les conditions de leur développement et aux risques d'une pénurie énergétique mise en lumière par la crise du canal de Suez en 1956.

26. L'Union européenne est pourtant l'un des premiers consommateurs énergétiques et ses ressources naturelles étant faibles, elle doit assurer son approvisionnement énergétique tout en protégeant l'environnement. Dès 1972, la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres de la Communauté européenne prend acte de l'importance de l'environnement dans le développement et la croissance⁸⁹. L'Acte Unique Européen, achevant la construction du marché intérieur, attribue explicitement à l'Union européenne une compétence environnementale. Son article 130 R⁹⁰ dispose que l'action de la communauté européenne en matière d'environnement a pour objet d'assurer une utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles. Les exigences de protection de l'environnement sont désormais une composante des autres politiques de la Communauté européenne. Les fondements de l'action environnementale de la Communauté européenne sont établis. Les Etats membres demeurent toutefois autonomes dans le cadre défini par la Communauté européenne pour déterminer leur politique énergétique nationale (sources d'approvisionnement et composition de leur mix énergétique)⁹¹.

27. A travers la protection environnementale, l'Union européenne établit les fondements d'une politique énergétique européenne générale. Le traité d'Amsterdam reprend les termes du rapport *Brundtland* et intègre la notion de développement durable aux politiques européennes qui doivent désormais toutes prendre en compte la protection de l'environnement et le développement durable⁹². La politique énergétique européenne doit répondre à deux préoccupations : assurer un approvisionnement énergétique stable et lutter contre le changement climatique. Les politiques de développement durable françaises s'inscrivent dans la continuité

⁸⁹ V. en ce sens la déclaration du sommet de Paris (19-21 octobre 1972) fixant les objectifs de la communauté européenne.

⁹⁰ Titre VII de l'Acte Unique Européen, signé en 1986 à Bruxelles.

⁹¹ La déclaration relative à l'article 130 R dispose que l'action de la Communauté européenne dans le domaine de l'environnement ne doit pas interférer avec la politique nationale d'exploitation des ressources énergétiques.

⁹² L'article 1^{er} du traité d'Amsterdam dispose que l'Union européenne se donne pour objectif « *de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable* ».

des actions de protection de l'environnement de l'Union européenne à travers la transposition des directives⁹³.

28. A la même période, la France est à la recherche de son indépendance énergétique. Elle se concentre alors sur la maîtrise de la demande énergétique, d'une part, et la production énergétique, d'autre part, avec l'avènement de l'énergie nucléaire et de l'hydraulique⁹⁴. En effet, dès le milieu des années 1970 et les chocs pétroliers, la France s'engage dans la maîtrise de sa demande en énergie⁹⁵ et entreprend des travaux de recherche sur les énergies renouvelables pour limiter sa dépendance énergétique⁹⁶. Le Centre national de la recherche scientifique enregistre de nombreuses avancées concernant l'énergie solaire, les fours solaires et le photovoltaïque à la fin des années 1970. Mais la rentabilité de ces innovations se fait attendre et le choix en faveur du nucléaire s'avère plus avantageux. Les recherches sur les énergies renouvelables sont alors ralenties.

29. Dans le même temps, la politique publique énergétique est centralisée avec la création du ministère de l'environnement en 1971. Elle se poursuit avec la naissance de l'Agence de l'environnement⁹⁷ et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) en 1990 résultant de la fusion des agences environnementales préexistantes⁹⁸ : l'Agence pour la qualité de l'air, l'Agence française de la maîtrise de l'énergie⁹⁹ et de l'Agence nationale pour la récupération et

⁹³ La transposition des directives européennes est une obligation communautaire et une exigence constitutionnelle dont le respect implique une transposition fidèle, complète et ponctuelle : CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur/Cohn-Bendit*, n° 11604, *Rec.*; CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Rec.* ; égal Cons. const., 10 juin 2004, *Loi sur la confiance en l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

⁹⁴ O. Appert, « Quelle politique énergétique dans un environnement aussi incertain ? », *Editoriaux de l'Ifri*, 4 novembre 2016.

⁹⁵ La première réglementation thermique dans la construction des bâtiments date de 1974.

⁹⁶ Dès les années 1960, l'utilisation du charbon décline à la faveur du pétrole dont le prix est abordable. La part du charbon diminue de près de 50% et la France achète du gaz et du pétrole. La production charbonnière diminue, les sites déficitaires sont fermés (plan Jeanneney).

⁹⁷ V. Lacroix, E. Zaccal, « Quarante ans de politique environnementale en France : évolutions, avancées, constante », *RFAP*, 2010/2 (n° 134), p. 212.

⁹⁸ Loi n° 90-1130 du 19 décembre 1990 portant création de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie et décret n° 91-732 du 26 juillet 1991 relatif à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

⁹⁹ L'Agence française de la maîtrise de l'énergie créée en 1982 est le résultat de la fusion de l'Agence pour les économies d'énergies, du Commissariat à l'énergie solaire, de la Mission nationale pour la valorisation de la chaleur et du Comité géothermie.

l'élimination des déchets. L'ADEME devient dès lors un acteur de l'énergie, de la protection de l'environnement et de la recherche scientifique.

30. Si la France est partie à toutes les conférences internationales en faveur de la protection de l'environnement et de la lutte contre le réchauffement climatique, il faut attendre l'année 2000 pour que soit adopté un programme national de lutte contre le changement climatique et l'année 2003 pour que soit établit une stratégie nationale de développement durable¹⁰⁰.

Ces politiques publiques sont mises en œuvre tout d'abord par la loi fixant les orientations de la politique énergétique votée le 13 juillet 2005, également appelée loi POPE¹⁰¹, qui peut être considérée comme l'acte I de la transition énergétique en France. La réduction des consommations énergétiques par les économies d'énergie et le développement de filières de production d'énergie renouvelables sont déclinés par cette loi en sous-objectifs quantifiables, ce qui offre une meilleure visibilité sur la nature des projets à engager¹⁰².

Le Grenelle de l'environnement en 2007¹⁰³ annonce le deuxième acte de la transition énergétique. La définition de nouveaux objectifs énergétiques s'accompagne d'un nouveau mode d'élaboration : la concertation et la collaboration avec les représentants de la société civile sont recherchées¹⁰⁴. S'en suivent une consultation de collègues représentatifs et l'élaboration d'un plan d'action qui aboutissent à la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009¹⁰⁵. Également dénommée loi Grenelle I, cette loi « *fixe les objectifs et définit le cadre d'action, organise la gouvernance à long terme et énonce les instruments de la politique mise en œuvre pour lutter contre le changement climatique. Elle*

¹⁰⁰ Des objectifs pluriannuels de développement durable à réaliser au travers de différentes politiques publiques sont établis par ces deux textes. Les objectifs sont établis ici pour la période 2003-2008.

¹⁰¹ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique.

¹⁰² Ainsi, les objectifs de production renouvelables sont chiffrés, de même pour la production de chaleur et la part des agro-carburants par exemple.

¹⁰³ Le Grenelle de l'environnement désigne un ensemble de rencontres publiques organisées entre septembre et décembre 2007 pour déterminer une stratégie environnementale de long terme à l'initiative du Président de la République Sarkozy, à la suite de ses engagements électoraux lors de la campagne présidentielle.

¹⁰⁴ Six groupes de travail ont été créés pour couvrir tous les thèmes du développement durable et de l'énergie composés de représentants de l'Etat, de collectivités territoriales, des organisations patronales et syndicales et des organisations non gouvernementales.

¹⁰⁵ L'ensemble de la représentation nationale partage les objectifs et la démarche dont cette loi a fait preuve. En témoigne le vote à la quasi-unanimité en première lecture à l'Assemblée Nationale ; v. en ce sens *Le Monde*, « Jean-Louis Borloo juge historique le vote du Grenelle de l'environnement », 21 octobre 2008.

assure un nouveau modèle de développement durable qui respecte l'environnement et se combine avec une diminution des consommations d'énergie »¹⁰⁶. Cette loi de programmation est complétée l'année suivante par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi ENE)¹⁰⁷ créant les outils nécessaires à la réalisation des orientations prédéfinies.

31. Concomitamment, le Conseil européen adopte le 12 décembre 2008 le paquet énergie-climat¹⁰⁸, plan d'actions pour permettre à l'Union européenne d'atteindre les objectifs quantitatifs qu'elle s'est fixée, à savoir la réduction de 20% des émissions de gaz à effet de serre, 20% d'énergies renouvelables dans la consommation et 20% d'économies d'énergie à l'aune de 2020.

32. La persistance de la crise économique encourage le gouvernement à proposer un nouveau modèle de développement économique fondé sur la transition énergétique¹⁰⁹. L'écologie et la transition énergétique ne sont plus des politiques publiques transversales mais constituent désormais un projet de société sur lequel l'économie doit se construire. La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015¹¹⁰ symbolise cette volonté de bâtir une économie durable à partir de la transition énergétique. Elle constitue ainsi

¹⁰⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (également appelée Loi Grenelle I).

¹⁰⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle II).

¹⁰⁸ Plan d'actions adopté par le Conseil européen le 12 décembre 2008 afin de permettre à l'Union européenne d'atteindre le triple objectif environnemental que le Conseil européen a fixé en mars 2007 (20% d'efficacité énergétique, 20% d'énergies renouvelables et 20% d'émissions de gaz à effet de serre en moins par rapport aux chiffres de 1990). Le paquet énergie climat comprend trois directives (directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, directive 2009/29/CE pour améliorer et étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et directive 2008/31/CE relative au stockage géologique du dioxyde de carbone) et une décision (n° 406/2009/CE relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020) publiées le 23 avril 2009.

¹⁰⁹ Discours du Président de la République Hollande à l'occasion de la Conférence environnementale, 14 septembre 2012 : « *Il s'agit de mettre la France en capacité de porter un nouveau modèle de développement. La conférence d'aujourd'hui n'est pas la reproduction, sous une autre forme, un autre mot, du Grenelle de l'environnement, dont je salue les acquis et le travail de ceux qui y ont contribué. Mais en même temps le Grenelle a atteint ses limites. Surtout, l'ambition initiale a été perdue au fil du temps et une nouvelle fois l'économie a été opposée à l'écologie. L'exigence environnementale est à la fois une obligation, une volonté et en même temps, un atout pour l'emploi* ».

¹¹⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

l'acte III de la transition énergétique française. La volonté politique se traduit dans les faits, à l'instar du Grenelle de l'environnement, par l'organisation d'un débat national sur la transition énergétique. Le principe de la collaboration limité en 2007 aux seuls représentants s'étend à la société civile toute entière. L'organisation du débat est décentralisée en région sous l'égide du Conseil national du débat¹¹¹ afin de déterminer « *la façon la plus pertinente économiquement, écologiquement et la plus juste socialement d'engager cette transition énergétique* »¹¹². L'implication de tous les acteurs, au sein de chaque territoire, apparaissait comme la clef de réussite de ce troisième acte¹¹³. A la suite des conclusions du débat national, le projet de loi a été préparé et soumis au Parlement en juillet 2014 avant son adoption définitive une année plus tard, le 22 juillet 2015. La loi de transition énergétique confirme à nouveau les deux axes énergétiques : le développement des énergies renouvelables et l'efficacité énergétique qui contribue à une meilleure maîtrise de la demande et de la consommation d'énergie.

33. Une quinzaine d'années aura ainsi été nécessaire pour que la France se tourne résolument vers la transition énergétique jusqu'à l'ériger en modèle de développement économique. L'énergie et l'écologie ne sont plus uniquement des slogans, elles bâtissent la politique économique française¹¹⁴. La croissance verte est l'objectif aujourd'hui poursuivi par les acteurs publics pour redynamiser la croissance française.

¹¹¹ Le Conseil national est composé de sept collèges de représentants.

¹¹² Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique.

¹¹³ Certains regrettent les conclusions *a minima* de ce débat ; v. en ce sens : O. Schneid, « Fin du Débat national sur la transition énergétique : tout ça pour ça ? », *La Gazette des Communes*, 19 juillet 2013.

¹¹⁴ L'importance de ces questions dans les discours politiques témoigne de la transversalité des thèmes de l'environnement, l'écologie et l'énergie ne sont plus des questions réservées aux écologistes. L'écologie politique débute en France dès 1974 avec R. Dumont qui se présente à l'élection présidentielle et totalise un score très faible. Les années suivantes, les écologistes ont des scores avoisinants les 10% dans les élections locales où ils sont historiquement mieux représentés. Plusieurs mouvements écologistes politiques coexistent et se succèdent. Les élections législatives de 2012 permettent, pour la première fois, à Europe Ecologie – Les Verts créée en 2010 de constituer un groupe parlementaire à l'Assemblée Nationale. Les propositions écologiques et énergétiques sont parties prenantes des partis de gouvernement, en témoignent les campagnes électorales de 2012 et de 2016. L'écologie constitue un levier électoral mais n'est pas en tant que tel un programme à part entière à ce jour en France.

Section 2. Un nouveau modèle de croissance

34. « *La lutte contre le réchauffement climatique est non seulement une cause planétaire, européenne, nationale mais peut aussi être le levier d'un nouveau modèle de croissance à la fois intelligent, durable et solidaire* », affirme le Président de la République Hollande en septembre 2012 à l'occasion de la conférence environnementale¹¹⁵. La transition énergétique et la protection de l'environnement plus généralement sont considérées comme un moyen de croissance économique à travers une reprise de l'investissement. Au début des années 1970¹¹⁶, l'économie et l'environnement présentés comme antagonistes¹¹⁷ deviennent complémentaires, l'environnement est alors considéré comme « *une action d'accompagnement d'ordre qualitatif* »¹¹⁸. Après le premier choc pétrolier, la lutte contre le gaspillage et en faveur des économies d'énergie devient une préoccupation nationale. Les politiques en faveur de l'environnement prennent tout leur sens économique : « *la crise économique, loin de remettre en cause les politiques en faveur de l'environnement, souligne leur utilité et leur nécessité. C'est désormais dans l'intérêt même du développement économique qu'il convient de ménager les ressources naturelles et de les prendre en compte à leur juste valeur* »¹¹⁹.

35. Les économistes néoclassiques entreprennent dès le milieu des années 1970 des travaux pour établir de nouveaux axes de croissance prenant en compte l'épuisement des

¹¹⁵ Discours d'introduction à la Conférence environnementale du Président de la République Hollande le 14 septembre 2012 à Paris.

¹¹⁶ Le rapport Meadows, *The Limits to Growth*, publié en 1972 présente l'économie comme une menace pour l'environnement et l'environnement une contrainte pour l'économie ; v. égal. V. Lacroix, E. Zaccaï, « Quarante ans de politique environnementale en France : évolutions, avancées, constante », *RFAP*, 2010/2 (n° 134), pp. 205-232.

¹¹⁷ V. Lacroix, E. Zaccaï, *ibid.*; v. aussi : F.-D. Vivien, « Jalons pour une histoire de la notion de développement durable », *Mondes en développement*, 2003/1 (n° 121) : « *Quel que soit le scénario, la croissance exponentielle aboutit à un effondrement du système mondial. Cette conclusion, espèrent Meadows et a. doit créer un sursaut : « Nous avons la conviction, écrivent-ils, que la prise de conscience des limites matérielles de l'environnement mondial et des conséquences tragiques d'une exploitation irraisonnée des ressources terrestres est indispensable à l'émergence de nouveaux modes de pensée* ».

¹¹⁸ J.-F. Bazin, *La création du ministère de la protection de la nature et de l'environnement : essai sur l'adaptation de la structure gouvernementale à une mission nouvelle*, Thèse, Université de Dijon, 1973, p.28 cité par V. Lacroix, E. Zaccaï, *op.cit.*

¹¹⁹ Haut comité pour l'environnement, *L'état de l'environnement : rapport annuel 1976-1977*, T1, La documentation française, 1978, p.134 cité par V. Lacroix, E. Zaccaï, *op.cit.*

ressources naturelles (§1). La recherche d'un nouveau modèle économique s'inscrit dans un contexte géopolitique où les Etats sont à la recherche d'indépendance énergétique (§2).

§1. Un nouveau modèle économique : la croissance verte

36. L'économiste F. Perroux définit la croissance économique comme l'augmentation soutenue pendant une ou plusieurs périodes longues du produit global net¹²⁰. Le lien entre la croissance et la protection de l'environnement s'est construit à travers des modèles économiques prenant en compte l'épuisement des ressources naturelles. Les premières théories économiques naissent dans le milieu des années 1960¹²¹.

37. Trois théories économiques peuvent être répertoriées comme prenant en compte l'environnement : l'approche néo-classique¹²² représentée par des auteurs comme R. Solow qui considèrent l'environnement comme un bien dont l'allocation dépend des préférences des agents économiques ; l'approche de l'économie écologique qui étudie les interactions entre l'économie et le fonctionnement physique et biologique de la planète, et enfin l'approche de la socio-économie établie sur le lien entre l'utilisation des ressources et la culture qui fournit les repères sur lesquels les préférences se construisent¹²³.

38. La théorie néo-classique s'impose comme le « *cadre naturel et évident d'analyse des problèmes de l'environnement* »¹²⁴. L'adoption en 1972 par l'Organisation de coopé-

¹²⁰ F. Perroux, *Dictionnaire économique et social*, Hatier, 1990, égal. C.-D. Echaudemaison (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 7^{ème} éd., Nathan, 2006, mot « croissance économique ».

¹²¹ O. Godard, « La pensée économique face à la question de l'environnement », *Cahier*, n° 2004-025, Laboratoire d'économétrie, Ecole Polytechnique et CNRS, septembre 2004 : « *des soubassements théoriques avaient été posés bien avant, tant pour les phénomènes de pollution que pour les problèmes d'exploitation et de gestion des ressources naturelles* ». En effet, Arthur Cecil Pigou propose en 1920 d'internaliser le coût social des activités économiques en intégrant au marché les externalités négatives à travers une taxe (à l'origine du principe du pollueur-payeur).

¹²² F.-D. Vivien, « Jalons pour une histoire de la notion de développement durable », *Mondes en développement*, 2003/1 (n° 121), pp.1-21.

¹²³ O. Godard, *op.cit.*

¹²⁴ *Ibid.*

ration et développement économique (OCDE) du principe du « *pollueur-payeur* » issu des travaux de Pigou¹²⁵, marque son adoption par les institutions internationales. Trois principes fondent l'approche néo-classique : l'individualisme méthodologique¹²⁶, la rationalité des individus et la notion d'équilibre¹²⁷. L'individu rechercherait la meilleure solution pour lui¹²⁸, qui lui serait donnée par le prix du marché où la concurrence y serait pure et parfaite. Cette solution est fondée sur l'utilité marginale¹²⁹ des biens permettant à l'individu de hiérarchiser ses choix vers le plus utile. L'environnement est alors représenté comme « *une collection de biens ou d'actifs naturels rendant des services à l'Homme, que ces services soient directement utiles ou qu'ils le soient à travers leur incorporation à une production* »¹³⁰.

39. A partir de cette conception économique, une valeur économique est donnée à la protection de l'environnement¹³¹. Le rapport Stern publié en 2006¹³² propose ainsi une analyse économique au débat climatique : « *les dommages engendrés par le réchauffement planétaire seraient 5 à 20 fois supérieurs aux sacrifices que les systèmes économiques supporteraient pour lutter contre l'effet de serre* »¹³³. La valorisation économique de l'environnement, y compris par la création d'un marché du carbone, a permis aux différents acteurs économiques de s'engager dans la transition énergétique, source d'avantages économiques¹³⁴. L'association

¹²⁵ A. Pigou (1877-1959) est un économiste anglais, fondateur de l'économie du bien-être et de l'économie environnementale avec la création de la taxe Pigou pour réduire la pollution par l'intégration des externalités positives et négatives au coût des activités.

¹²⁶ L'individualisme méthodologique correspond à l'analyse des phénomènes sociaux à partir des comportements individuels des êtres humains.

¹²⁷ C.-D. Echaudemaison, (dir.), *op.cit.*, au mot « néo-classique ».

¹²⁸ Doctrine de l'utilitarisme fondée par J. Bentham pour qui l'action de l'individu n'est pas jugée en fonction de son intention mais en fonction des conséquences. Le comportement vertueux serait celui du choix de l'action qui maximiserait le bonheur de l'ensemble des personnes affectées par les conséquences de cette action. Le bonheur étant défini par Bentham comme la somme algébrique des plaisirs et des peines.

¹²⁹ L'utilité marginale correspond à l'utilité de la dernière unité de bien consommée (la valeur dépend de cette dernière unité). L'utilité serait donc décroissante, la dernière unité de salaire perçue étant inférieure à la première.

¹³⁰ O. Godard, *op.cit.* p. 4.

¹³¹ Le principe du pollueur payeur ou encore l'évaluation économique du changement climatique attestent de la dimension économique de la protection environnementale.

¹³² Sir N. Stern, *Stern Review on the Economics of Climate Change*, 30 octobre 2006.

¹³³ Lettre du Trésor-Eco, « Conséquences économiques à long terme du changement climatique », n° 30, février 2008.

¹³⁴ Par ex., la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises revêt une dimension économique, la qualité d'une entreprise étant valorisée autant que sa valeur économique quantitative. La RSE devient un moyen de différenciation économique.

des termes « *transition énergétique* » et « *croissance verte* » dans une loi du même nom souligne la nécessité de rattacher à la protection de l'environnement une dimension économique. Dans le cadre d'une économie guidée par le marché, l'environnement est économiquement valorisé ce qui provoque des effets sur le prix des biens et services produits en fonction des externalités. Cependant les valeurs affichées par le marché ne reflètent pas toujours la rareté des ressources et n'encouragent pas les comportements moins polluants¹³⁵.

40. La dimension économique de l'environnement est importante pour les agents économiques, entreprises et acteurs publics, mais les ménages sont encore peu sensibles à cette évolution. En 2014, 50% des français considèrent la transition énergétique comme un enjeu environnemental pour la protection de l'environnement et la lutte contre le dérèglement climatique, 24% retiennent la dimension géopolitique et l'interdépendance énergétique et seulement 13% l'entendent comme une relance de la croissance et de l'emploi et l'amélioration de la compétitivité des entreprises¹³⁶. Moins de la moitié des français estime que la transition énergétique aura un impact sur la création d'emploi¹³⁷. En revanche, près de deux tiers de la population française estiment que la transition énergétique va conduire à une augmentation du coût de l'énergie. L'opinion des ménages sur la transition énergétique est réduite à la protection de l'environnement qu'ils ne considèrent pas encore comme un moyen de croissance. Ce retard s'explique par la faiblesse des signaux favorables à l'environnement, ce qui n'encourage pas l'investissement massif des ménages dans la transition énergétique¹³⁸.

¹³⁵ La baisse continue du cours du baril de pétrole n'a pas encouragé les consommateurs à trouver des solutions alternatives moins polluantes car les prix des carburants pour les particuliers sont plus avantageux, les entreprises voient leur taux de marge augmenter et la rentabilité des énergies alternatives est également altérée : v. en ce sens J.-Y. Archer, « La baisse du prix du pétrole et ses trois risques : financiers, géopolitiques et écologiques », interview, *Le Figaro*, 29 février 2016.

¹³⁶ Sondage Harris Interactive pour LCP-Assemblée Nationale, *Regards des français sur la transition énergétique, ses enjeux et ses conséquences potentiels à la veille de la COP 21*, octobre 2015.

¹³⁷ 41% des sondés estiment que cela va créer des emplois, 53% jugent que les conséquences seront neutres et 6% considèrent que cela va détruire des emplois.

¹³⁸ 60% des ménages déclarent faire des efforts importants pour favoriser la transition énergétique d'après le sondage Harris Interactive, *op.cit.* Cependant, étant donné la compréhension par ces ménages de la notion de transition énergétique nous émettons une réserve quant à la nature des efforts fournis par des personnes sondées. En effet, pour 44% des personnes interrogées, la transition énergétique représente le développement des énergies renouvelables, quand 28% considèrent l'amélioration de l'efficacité énergétique. Or dans le cadre d'un ménage, l'efficacité énergétique est une action plus facilement mise en œuvre par la rénovation thermique des logements que le développement des installations de production d'énergies renouvelables.

41. La transition énergétique apparaît comme un remède à la crise économique. Elle constitue également une réponse à l'instabilité géopolitique.

§2. Une géopolitique favorable à la transition énergétique

42. La dépendance énergétique, ressentie depuis le premier choc pétrolier, encourage la transition énergétique et le développement d'énergies renouvelables, indépendantes de toutes contingences diplomatiques. Dans le même temps, la transition énergétique permet de répondre au droit au développement des pays les moins avancés.

43. La première manifestation de la dépendance de la France au pétrole se manifeste entre 1956 et 1957 lors du blocage du canal de Suez par l'Égypte et la coupure de l'oléoduc par la Syrie. La France se voit alors obligée de décréter le rationnement de carburant¹³⁹. Depuis la crise pétrolière de 1973, la France a intensivement développé sa production nationale d'énergie primaire¹⁴⁰, assurée à près de 80% par la production nucléaire. La dépendance énergétique de la France a considérablement diminué depuis le choc pétrolier de 1973. La production nationale d'énergies fossiles (pétrole, charbon et gaz naturel) est stable et représente cinq jours de consommation finale¹⁴¹. Ces ressources sont importées du fait de leur rareté dans les sols français.

¹³⁹ J.-P. A. Bernard, « Novembre 1956 à Paris », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 30, 1991, Presses Universitaires de Sciences-Po, pp. 68-81, En ligne, disponible sur jstor.

¹⁴⁰ L'énergie primaire désigne l'énergie produite par des sources primaires qui peuvent être épuisables, telles que le charbon, le pétrole ou l'uranium, ou renouvelables comme l'hydraulique, l'éolien, la géothermie ou le solaire.

¹⁴¹ La consommation d'énergie finale correspond à la consommation d'énergie primaire à laquelle s'ajoutent les pertes issues du processus industriel énergétique. La rareté des ressources fossiles est l'une des causes du déficit de la balance commerciale, le charbon, le pétrole et le gaz naturel étant importé. Les importations énergétiques représentent 125 mégatonnes d'équivalent pétrole par an, dont moins de neuf sont consacrées à la production électrique. Toutefois, la facture énergétique est allégée par l'exportation de l'électricité nucléaire et hydraulique française. La France est le deuxième pays européen producteur d'énergie hydraulique, après la Norvège. L'hydroélectricité est la première source d'électricité renouvelable française en représentant 11,4% de la consommation électrique en 2015.

L'exploitation charbonnière est arrêtée en France depuis 2003¹⁴². Le charbon est importé d'Australie, des Etats-Unis, de l'Union européenne notamment pour alimenter les centrales de production d'électricité thermique¹⁴³ et l'activité sidérurgique. L'importation de pétrole diminue depuis 2008 en raison de la « *diésélisation du parc automobile français* »¹⁴⁴, la France importe désormais davantage de produits pétroliers raffinés comme le diesel. Quant au gaz naturel, la France produit moins de 2% de ses besoins et importe le reste de la Norvège, Pays-Bas, Russie et Algérie grâce à des contrats d'approvisionnement de long terme¹⁴⁵.

L'indépendance énergétique de la France est assurée à 55%¹⁴⁶ grâce aux énergies renouvelables et à la production nucléaire¹⁴⁷, l'indépendance aux produits pétroliers, gaz et charbon étant quasi-nulle¹⁴⁸. Dans le même temps, la consommation d'énergie primaire en France métropolitaine se répartie entre l'électricité primaire non renouvelable (nucléaire et hydraulique) à hauteur de 42,6%, le pétrole pour 30,1% en 2014, 14% de gaz et 9,5% d'énergies renouvelables¹⁴⁹. La France demeure dépendante pour près de la moitié de sa consommation.

44. L'approvisionnement en hydrocarbures, deuxième poste de consommation d'énergie, est assuré par le Moyen-Orient qui alimente tous les continents grâce à sa position centrale : la région Asie-Pacifique et l'Europe sont les principaux importateurs, les Etats-Unis ayant diversifié leur approvisionnement, ils ne s'y fournissent que partiellement. L'Arabie Saoudite, l'Iran, l'Irak, les Emirats Arabes Unis et le Koweït détiennent près 60% des réserves

¹⁴² Le pacte charbonnier conclu en 1994 prévoyait la fin de l'exploitation sans en fixer de date précise. Pour des raisons sociales, l'exploitation a été poursuivie jusqu'en avril 2004 lorsque les puits de la Houve (Lorraine) ont été fermés. Charbonnages de France a été mis en liquidation au 1^{er} janvier 2008. V. en ce sens C. comptes, *La fin des activités minières*, rapport public thématique, décembre 2000 ; égal. C. comptes, *La fin de l'exploitation charbonnière*, 2008.

¹⁴³ Le charbon est brûlé dans une chaudière et dégage de la chaleur qui se transforme en vapeur et qui, couplée à une turbine, fabrique de l'électricité.

¹⁴⁴ J. Percebois (prés.), *Rapport énergies 2050*, Rapports et documents, Centre d'analyse stratégique, 2012.

¹⁴⁵ J. Cresta, A. Schneider, *La sécurité de l'approvisionnement énergétique*, rapport d'information n° 3975 par la Commission des affaires européennes, Assemblée Nationale, 19 juillet 2016.

¹⁴⁶ Chiffres tirés du bilan énergétique de la France pour 2015 réalisé par le service de l'observation et des statistiques du Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, novembre 2016.

¹⁴⁷ L'indépendance énergétique pour le nucléaire s'établit à 114% pour 2015, ce qui permet à la France d'en exporter.

¹⁴⁸ Bilan énergétique de la France pour 2015, *op.cit.*

¹⁴⁹ Commissariat général au développement durable, *Chiffres clés de l'énergie-Edition 2015*, février 2016.

mondiales¹⁵⁰. Le volume des productions pétrolières est instable en raison d'un sous-investissement entraînant un risque de rupture accidentelle des approvisionnements. Par ailleurs, l'instabilité politique, le risque terroriste et les différentes guerres régionales rendent l'exportation pétrolière tributaire de la qualité des relations diplomatiques¹⁵¹.

45. Le risque concernant le gaz naturel est analogue¹⁵². En 2013, 40% des importations européennes de gaz provenaient uniquement de la Russie. Ce chiffre cache cependant des réalités hétérogènes : certains pays dépendent de la seule Russie, d'autres comme la France ont un approvisionnement diversifié. La France importe ainsi que 15% de son gaz de la Russie. Des infrastructures gazières lui permettent d'avoir accès au gaz provenant de la mer du Nord, des Pays-Bas et de l'Afrique du Nord. La diversité des sources d'approvisionnement permet à la France de limiter les risques de crise de fourniture, comme en 2006 et 2009 lors des troubles entre l'Ukraine et la Russie¹⁵³. L'indépendance énergétique offre aux pays importateurs une relative liberté dans leurs relations diplomatiques, la sécurité de leur approvisionnement n'étant plus un moyen de pression politique¹⁵⁴.

46. La transition énergétique des pays industrialisés prend en considération le droit au développement des pays les moins avancés. En effet, les mesures de protection de l'environnement ne doivent pas être un frein à leur croissance et développement. Un principe de différenciation établissant une responsabilité commune et proportionnelle en fonction de la contribution plus ou moins importante des pays à la dégradation de l'environnement, a ainsi été

¹⁵⁰ J.-J. Guillet, *Energie et géopolitique*, rapport d'information n° 3468 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 8 février 2006, Assemblée Nationale, 20 novembre 2006.

¹⁵¹ J.-J. Guillet, *ibid.* : « *Le conflit israélo-palestinien alimente les tensions dans la région. En 1972, les Etats arabes producteurs de pétrole du Golfe, emmenés par l'Arabie Saoudite ont utilisé l'arme de l'embargo sur les livraisons pétrolières à destination des Etats-Unis et d'autres pays, parce que ceux-ci soutenaient politiquement et militairement Israël pendant la guerre du Kippour* ».

¹⁵² Le gaz dans le mix énergétique de l'Union européenne représentait 27% en 2014. La dépendance européenne est élevée (63%) en comparaison avec d'autres régions qui exploitent désormais du gaz de schiste.

¹⁵³ Le gaz provenant de la Russie passe par l'Ukraine et l'arrêt de la fourniture à l'Ukraine en 2009 a soulevé de nombreuses questions sur l'approvisionnement européen en gaz. V. en ce sens : M.-A. Eyl-Mazzega, « La crise du gaz entre l'Ukraine et la Russie : un défi majeur pour l'Europe », *Questions d'Europe*, n° 125, Fondation Robert Schuman, 26 janvier 2009, égal. M. Jégo, « Crise du gaz : quelles séquelles ? », *Le Monde*, 21 janvier 2009.

¹⁵⁴ J. Cresta, A. Schneider, *op.cit.*

inscrit à la convention cadre des Nations Unies pour le climat¹⁵⁵. L'Accord de Paris sur le climat maintient ce principe de différenciation et l'adapte en créant une enveloppe financière¹⁵⁶ destinée aux pays en développement¹⁵⁷ pour mesurer le calcul de leurs émissions de gaz à effet de serre. La question de l'aide au développement des pays industrialisés est cependant une préoccupation secondaire comparée à celle de la recherche d'indépendance énergétique.

47. La réalisation de la transition énergétique, considérée comme un nouveau modèle de développement, repose sur deux fondements. D'une part, l'Etat ne pouvant assurer seul la totalité des investissements énergétiques, tente de mobiliser les opérateurs économiques en créant un environnement des plus favorables. D'autre part, les collectivités territoriales sont chargées de réaliser la transition énergétique à l'échelon local : elles planifient, coordonnent et réalisent la transition énergétique à travers le déploiement d'infrastructures renouvelables et de projets d'efficacité énergétique.

Section 3. Les collectivités territoriales et la réalisation de la transition énergétique

48. L'énergie est un service public. L'Etat est chargé de planifier la production énergétique, les collectivités locales¹⁵⁸, du fait de leur proximité avec les foyers de consommation sensibilisent, accompagnent et réalisent les projets énergétiques (§1). Nous avons fait le choix d'étudier l'action économique des collectivités territoriales pour la transition énergétique

¹⁵⁵ P. Barthélémy, « Le principe de responsabilité dans les négociations climatiques : impasse ou nouveau départ ? », 10 décembre 2015, en ligne, disponible à <http://blog.iddri.org/fr/2015/12/10/le-principe-de-responsabilite-dans-les-negociations-climatiques-impasse-ou-nouveau-depart/>: Le principe de « responsabilités communes mais différenciées et capacités respectives » est inscrit à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Ce principe établit que tous les pays doivent contribuer à la préservation de l'environnement et au développement durable, cependant certains doivent contribuer plus que d'autres en raison de leur contribution plus importante à la dégradation de l'environnement et de leurs moyens.

¹⁵⁶ L'enveloppe de 100 milliards de dollars définie à la conférence de Copenhague ne constitue plus qu'un plancher et non un objectif à partir de la COP 21.

¹⁵⁷ Expression reprises des annexes I et II du protocole de Kyoto.

¹⁵⁸ La constitutionnalisation de l'organisation décentralisée de la République française réalisée par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 désigne les communes, les départements et les régions comme les collectivités territoriales de la République. Pour les besoins de la lecture, les termes de « *collectivité territoriale* » et « *collectivité locale* » seront utilisés alternativement pour désigner les mêmes personnes publiques locales.

comme manifestation de la redéfinition du service public énergétique. L'exercice des compétences des collectivités territoriales s'inscrit dans une activité de service public désormais marquée par une approche économique (§2).

§1. Le service public énergétique

49. La loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique votée en 2005¹⁵⁹ dispose dans son article premier que « *la politique énergétique repose sur un service public de l'énergie garantissant l'indépendance stratégique de la nation et favorisant sa compétitivité économique* ».

50. La notion de service public reflète une conception politique du meilleur gouvernement de la Cité¹⁶⁰. Au XX^{ème} siècle, la notion de service public oscille entre deux conceptions, celle du service public à la française et l'acception communautaire qui apparaîtra plus tard : « *l'expression aboutie d'une société fortement rassemblée autour d'un réseau dense de services publics qui sont autant de marque de l'interdépendance et de la solidarité nationales* »¹⁶¹ d'une part, et la vision « *d'une administration bureaucratique et d'une société d'assistance avec lesquelles le droit et les valeurs de l'Union européenne imposent la rupture* »¹⁶² d'autre part.

Le doyen Vedel définit le service public comme « *certaines prestations indispensables à la Nation ou à ses collectivités composantes. Elles ne peuvent donc être abandonnées, même dans un Etat libéral, aux incertitudes de l'initiative privée et du marché* »¹⁶³. Le président Combarbous prend davantage en compte la dimension politique du service public en le définissant

¹⁵⁹ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

¹⁶⁰ M. Hauriou, note sous T.C, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, Sirey, 1900, 3^{ème} partie, p. 49 cité par J. Caillosse, « Surdétermination économique du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et Management Public*, 29/3, juillet-septembre 2012, pp. 305-324 : « *L'Etat a un patrimoine, des finances, un budget, tout un appareil économique, mais ce n'est là pour lui qu'un moyen de vivre, d'assurer ses services, et ses services quant à eux, ont un but de police, c'est à dire un but politique* ».

¹⁶¹ J. Caillosse, *ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ G. Vedel, « Service public à la française ? Oui. Mais lequel ? », *Le Monde*, 22 décembre 1995, p. 13 cité par D. Truchet, « Unité et diversité des grands principes du service public », *AJDA* 1997, p. 38.

comme « *une activité considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée directement ou indirectement par la collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché* »¹⁶⁴. Le service public énergétique s'inscrit dans cette conception : l'énergie, fondement du développement économique, ne peut être laissé aux fluctuations du marché.

51. Ainsi, une partie des activités énergétiques relève en France du service public, malgré l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique par l'Union européenne. Le 26 juin 2003, le Parlement européen et le Conseil édictent une directive établissant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁶⁵. Transposée en droit interne par plusieurs lois, la directive prévoit la séparation juridique et comptable des activités énergétiques entre la production, le transport, la distribution et la fourniture d'énergie.

La production désigne la quantité d'électricité créée dans les centrales fossiles, nucléaires, hydrauliques, éoliennes ou encore photovoltaïques. Une fois produite, cette électricité est acheminée jusqu'aux postes de consommation à travers le réseau de transport (qui véhicule l'électricité à très haute tension, des centrales nucléaires aux postes de transformation, qui répartissent cette électricité entre les différents réseaux de distribution)¹⁶⁶ et le réseau de distribution (réseau acheminant l'électricité à moyenne et basse tension à partir des postes de transformations jusqu'aux consommateurs finaux). L'électricité consommée est ensuite facturée par le fournisseur qui vend l'électricité (par exemple, EDF, Engie ou encore Direct énergie). L'ouverture à la concurrence a touché la production et la fourniture d'électricité, les activités de transport et de distribution sont encore exercées sous forme de monopole public.

¹⁶⁴ M. Combarrous, « Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui », Actes du colloque de Rouen, mai 1980, *Dossiers et documents du Monde*, octobre 1980 cité par J. Caillosse, « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », *Politiques et management public*, vol. 7, n° 2, 1989, p. 177.

¹⁶⁵ Directive n° 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 établissant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE. Nous avons fait le choix dans le cadre de notre étude de nous concentrer sur l'énergie électrique. Nous rappellerons ce choix au cours des développements.

¹⁶⁶ Le réseau de transport géré par RTE, filiale à 100% du groupe EDF SA, s'occupe d'acheminer l'électricité des centrales de production (principalement nucléaires) à des transformateurs où la tension de l'électricité est réduite afin d'entrer dans les foyers de consommation. Le réseau de transport alimente aussi directement les sites industriels gros consommateurs d'électricité ou encore les lignes de TGV.

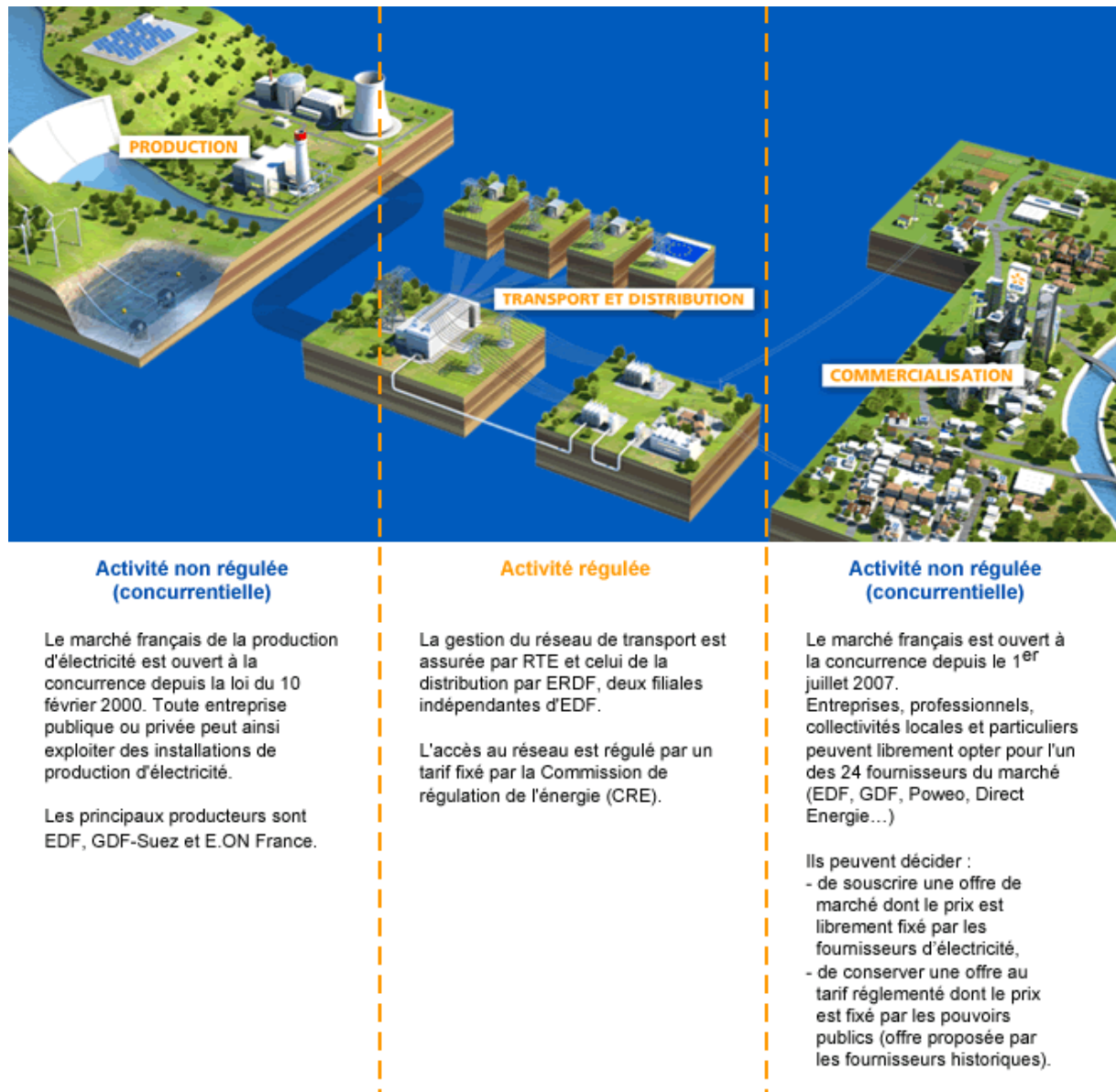


Figure 1: L'organisation du marché de l'électricité en France - Source : EdF, La petite encyclopédie de l'électricité

Cohabitent ainsi des missions de service public¹⁶⁷ exercées en monopole public et d'autres exercées de manière concurrentielle¹⁶⁸. Si ces missions peuvent être confiées à des acteurs privés, elles n'en restent pas moins des missions de service public soumises aux grands principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité des activités d'intérêt général¹⁶⁹.

52. En France, le service public énergétique est assuré en majorité par des personnes publiques ce qui s'explique par l'histoire française de l'énergie. A la sortie de la Seconde guerre mondiale, l'accès à l'électricité relevant de l'intérêt général justifie la nationalisation des entreprises locales de production et de distribution énergétique au sein des trois établissements publics nationaux : EdF, GdF et Charbonnages de France. La mission de service public se confond alors avec l'institution qui la réalise, jusqu'à l'ouverture à la concurrence. Le choix de la centralisation vise à assurer un accès égal à l'électricité sur tout le territoire. Les collectivités locales qui avaient organisé localement la distribution énergétique ont ainsi été dépossédées de leurs compétences. Jusqu'à l'avènement de la transition énergétique, la centralisation n'est pas fortement contestée par les collectivités territoriales, même si certaines communes l'ont refusée comme les villes de Grenoble ou Metz par exemple¹⁷⁰.

¹⁶⁷ La qualification de service public dépend de trois critères dégagés par le Conseil d'Etat dans sa décision de section du 18 juin 1963, *Sieur Narcy*, n° 43834, *Rec.* : une mission d'intérêt général, un contrôle de tutelle de la part de l'administration et la présence de prérogatives de puissance publique. L'élément organique est déterminant, il doit y avoir un lien avec l'administration qui peut être mesuré par la présence de prérogatives de puissance publique et du degré de dépendance par rapport à l'administration.

¹⁶⁸ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inaptes (A.P.R.E.I.)*, n° 264541, *Rec.* : « même, en l'absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée doit également être regardée dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ». Dans le cas des infrastructures énergétiques par exemple, l'installation d'unités de production renouvelable est soumise au principe de précaution, aux règles générales d'utilisation des sols, et au contrôle de légalité pour s'assurer de la prise en compte des dispositions nationales de préservation et de protection de l'environnement ; v. en ce sens : A. Darson, *Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France*, Thèse, Droit public, Université de Bordeaux, 10 juillet 2015, p. 40 et suiv.

¹⁶⁹ Conseil d'Etat, *Considérations générales : service public, services publics : déclin ou renouveau*, rapport public, n° 46, 1995 : l'égalité et la continuité constituent les principes fondamentaux du service public alors que l'adaptabilité serait un principe d'action.

¹⁷⁰ Les entreprises locales de distribution, entreprises publiques locales, ont refusé la nationalisation de leur activité de distribution en 1946 pour conserver leur indépendance.

53. L'évolution des politiques de développement durable intègre toutes les parties prenantes et les collectivités retrouvent leur place comme premiers interlocuteurs publics pour les foyers de consommation et de production énergétique. En effet, la production énergétique renouvelable varie en fonction des particularités géographiques des lieux de production¹⁷¹. Les collectivités territoriales ont donc toujours été naturellement les mieux placées pour prendre en charge les différentes activités énergétiques. Avant l'avènement de l'énergie nucléaire et la production électrique de masse, les productions énergétiques qui sont réalisées avec du charbon, du gaz ou du pétrole étaient localisées et ne desservaient qu'une fraction de territoire. L'énergie, qui était une activité naturellement décentralisée, a été centralisée et nationalisée en 1946 avant d'être aujourd'hui de nouveau décentralisée sous le contrôle de l'Etat et de ses représentants territoriaux¹⁷². La politique énergétique nationale préalablement établie en concertation¹⁷³ avec les collectivités territoriales est désormais établie en cohérence avec elles¹⁷⁴, les relations entre les acteurs publics passant d'une relation descendante et centralisée à une relation plus équilibrée, ascendante et décentralisée.

54. L'évolution de la gestion du service public énergétique français peut être mise en parallèle avec celles des services publics urbains en Grande-Bretagne et en Allemagne.

La Grande-Bretagne connaît, comme la France, un développement local des services publics urbains au XIX^{ème} et XX^{ème} siècle. Les collectivités étaient propriétaires de nombreuses infrastructures, bâtiments et domaines. En 1939, les services publics communaux anglais assuraient « *la presque totalité de la distribution d'eau, les deux tiers de l'alimentation électrique nationale et le tiers de la consommation de gaz du pays* »¹⁷⁵. A la sortie de la guerre, les infrastructures de gaz et d'électricité sont nationalisées et l'eau gérée à l'échelle régionale.

¹⁷¹ De plus, le caractère intermittent de la production renouvelable en raison des conditions météorologiques exige d'être géré à l'échelon local, un acteur national ne pouvant gérer efficacement ces fluctuations de production.

¹⁷² A. Darson, *op.cit* ; égal. E. Hersant, *Les collectivités territoriales et le secteur énergétique*, Thèse, Droit public, Université d'Orléans, 30 juin 2010.

¹⁷³ L'article 1^{er} de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement dispose que la stratégie nationale de développement durable est élaborée par l'Etat en cohérence avec la stratégie européenne de développement durable et en concertation avec les représentants des élus nationaux et locaux, des employeurs, des salariés et de la société civile.

¹⁷⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art.1^{er} II.

¹⁷⁵ G. Stoker, « Grande-Bretagne : le volontarisme politique » in D. Lorrain, G. Stoker (dir.), *La privatisation des services urbains en Europe*, La Découverte, p. 64 et suiv.

En Allemagne, l'activité énergétique est essentiellement assurée par des entreprises publiques communales, les *Stadtwerke* qui assurent la production et parfois la distribution. Les collectivités territoriales en sont propriétaires. Cette organisation repose sur la conception allemande de l'Etat comme un « *Etat contractuel et interventionniste* »¹⁷⁶ qui se décline en deux principes : l'existence d'une « *grande politique* » pour les fonctions régaliennes et les actions économiques, d'une part, et une « *politique ordinaire* » dont les collectivités locales ont la charge, d'autre part. L'interventionnisme étatique se matérialise par la promulgation de lois et de réglementation reconnaissant le rôle des collectivités locales dans la fourniture des services de base (eau, électricité, gaz, logement et transport)¹⁷⁷.

55. En France, pays centralisé, la décentralisation est une construction récente. La concomitance de la promulgation de loi relative à la transition énergétique et de la mise en œuvre de l'acte III de la décentralisation en 2014 a mis en évidence le lien inextricable entre organisation territoriale et service public énergétique. Depuis 2012, de nombreuses lois d'organisation territoriale se sont succédées, redessinant la répartition des pouvoirs locaux. La transition énergétique s'inscrit dans la redéfinition de ces pouvoirs locaux.

56. L'évolution du service public énergétique s'inscrit dans une phase de reconfiguration de l'action publique : la dimension économique est désormais prise en compte par les règles juridiques encadrant ces activités de service public.

§2. *L'action économique des collectivités territoriales*

57. Les développements précédents nous ont montré l'importance du lien entre croissance et économie, d'une part, protection de l'environnement et transition énergétique, d'autre part. Nous avons fait le choix d'étudier l'action économique des acteurs publics locaux pour la transition énergétique, à travers le prisme du droit public.

¹⁷⁶ D. Lorrain, « Capitalismes urbains. Des modèles européens en compétition » in Association recherche et régulation, *L'année de la régulation n° 6 (2002-2003)*, Presses de Sciences Po, Annuels, 2002, p. 205.

¹⁷⁷ D. Lorrain, *op.cit* : Haussermann et Korte le définissent comme un municipalisme pragmatique.

Les liens entre les mondes juridiques et économiques s'inscrivent ces dernières années dans ce que J. Caillosse appelle une « *surdétermination économique du droit* »¹⁷⁸, redéfinissant les figures du service public. La surdétermination pourrait être entendue comme, la « *volonté du droit de se placer lui-même sous dépendance économique en faisant de cette dépendance une règle juridique. Il en vient à faire fonctionner l'impératif de concurrence et de soumission aux règles de marché* »¹⁷⁹. La loi de transition énergétique en est un exemple : son ancrage économique est révélé par son appellation. La loi et ses décrets d'application ont alors pour seul objectif la croissance verte. La dimension économique de la transition énergétique est affirmée dans les textes, les discours et dans ses modalités de réalisation.

58. La notion de service public énergétique étant ancrée dans la politique française depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, la question posée est désormais celle de sa réalisation dans un contexte économique mouvant. Auparavant assuré par des établissements publics nationaux, le service public énergétique n'existe plus en tant que tel du fait de la séparation des activités énergétiques et de leur ouverture à la concurrence. L'unité qui existait entre la notion (le service public de l'électricité) et les institutions (EdF) qui le réalisaient a disparu sous l'effet du droit de l'Union européenne. Le service public énergétique correspond désormais à un ensemble d'activités énergétiques, missions de service public, exercées par différents acteurs publics comme privés.

59. Le lien entre la transition énergétique et la croissance nous conduit à étudier l'action économique des collectivités territoriales, opérateurs naturels du service public énergétique. L'action économique locale fait référence à ce que Dominique Lorrain appelle le « *capitalisme urbain* » qui associe les principes de l'action publique avec ceux de l'économie de marché à travers des structures et des modalités d'action¹⁸⁰. L'architecture institutionnelle, le recours à une société publique ou privée, locale ou nationale, le choix de la sous-traitance, la nature des contrats, les modes de financement sont autant d'éléments relevant de la notion de

¹⁷⁸ J. Caillosse, « Surdétermination économique du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et Management Public*, 29/3, juillet-septembre 2012, p. 309.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ D. Lorrain, « Capitalismes urbains. Des modèles européens en compétition » in Association recherche et régulation, *L'année de la régulation*, n° 6 (2002-2003), *op.cit.*

« capitalisme urbain »¹⁸¹. La notion d'action économique intègre également, selon nous, les répercussions économiques de l'exercice des compétences générales des collectivités territoriales, nécessaires au développement de la transition énergétique.

60. Les compétences énergétiques attribuées aux collectivités territoriales dans le cadre de la reconfiguration territoriale fondent leur action en faveur de la transition énergétique (première partie). Cette action économique locale prend place au sein d'un système énergétique en recomposition depuis l'ouverture à la concurrence européenne qui offre aux collectivités locales l'opportunité d'affirmer leur positionnement stratégique en matière énergétique (seconde partie).

¹⁸¹ *Ibid.*

Première partie : Le service public énergétique et les collectivités territoriales

61. Historiquement, les collectivités locales disposaient de compétences énergétiques dont elles ne faisaient qu'un usage restreint : la distribution de l'électricité et du gaz. En 1946, à la sortie de la Seconde guerre mondiale, la nationalisation du secteur énergétique¹⁸² a réduit le champ d'intervention des collectivités. Seul l'Etat étant en mesure d'assurer les besoins d'investissements nécessaires à la reconstruction et au développement économique du pays, il fut décidé de regrouper et de nationaliser le secteur énergétique. L'activité de distribution qui relevait de la compétence des communes¹⁸³ a alors été nationalisée : les entreprises locales concessionnaires sont regroupées au sein de l'établissement public, EdF¹⁸⁴. Les communes demeurent propriétaires des infrastructures de distribution mais ne sont plus libres dans le choix de leur concessionnaire pour l'exploitation de leur réseau.

62. La loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz¹⁸⁵ complétée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie¹⁸⁶ entraînent la séparation juridique et comptable des activités énergétiques. La production et la fourniture énergétique deviennent des activités concurrentielles, le transport et la distribution demeurent des activités monopolistiques régulées¹⁸⁷. La séparation des activités énergétiques couplée à l'affirmation de la transition énergétique se traduit par l'attribution de nouvelles compétences locales, notamment de production d'énergies renouvelables. L'exercice de ces nouvelles compétences repose sur une organisation territoriale en mutation. Les compétences énergétiques nouvellement attribuées sont exercées dans des espaces géographiques plus pertinents, permettant aux collectivités de planifier et d'organiser le développement local de la transition énergétique. La

¹⁸² Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

¹⁸³ Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, art. 6.

¹⁸⁴ H. Revol, *Politique énergétique de la France*, rapport n° 439, Sénat, 1997-98.

¹⁸⁵ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

¹⁸⁶ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

¹⁸⁷ v. le schéma de séparation des activités énergétique, p. 41.

rationalisation de l'organisation territoriale offre l'opportunité de réaliser une politique de transition énergétique coordonnée entre les différents échelons locaux (titre 1). De la régie à l'externalisation, les collectivités territoriales disposent de nombreuses modalités de gestion de ces compétences (titre 2).

Titre 1. La répartition des compétences en matière énergétique

63. Avec l'apparition et le développement de l'électricité¹⁸⁸, la production d'énergie, qui relevait des communes¹⁸⁹ aux temps de l'énergie à vapeur, devient étatique, phénomène de centralisation que renforce l'avènement de l'énergie nucléaire dans les années 1970. Le développement des énergies renouvelables marque un processus inverse. En raison de leur proximité avec les foyers de consommation pour valoriser « *de nouvelles sources de production, l'action sur la demande d'énergie et la sensibilisation des citoyens* »¹⁹⁰, la production renouvelable est décentralisée, remplaçant les collectivités locales au cœur du système énergétique.

64. Les lois issues du Grenelle de l'environnement de 2007¹⁹¹, c'est-à-dire la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite loi Grenelle I) et la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle II), ont contribué à la dévolution de nouvelles compétences au profit des trois niveaux de décentralisation tels qu'ils sont énoncés à l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 : communes, départements et régions. Ces lois soulignent le rôle des collectivités dans « *la mise en œuvre de nombre d'engagements de l'Etat notamment en matière de lutte contre le réchauffement climatique* »¹⁹². Le législateur attribue ainsi aux collectivités locales de

¹⁸⁸ Dans le cadre de notre étude, le choix a été fait de travailler de manière approfondie sur l'énergie électrique, le gaz et la chaleur ne représentant pas les mêmes enjeux d'étude, le gaz n'étant pas distribué sur tout le territoire métropolitain et la chaleur étant une énergie administrée exclusivement localement.

¹⁸⁹ G. Marcou, « Electricité, marché unique et transition énergétique : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales » in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013.

¹⁹⁰ C. Bélot, *Collectivités locales : mobiliser les sources d'énergies locales*, Rapport d'information n° 623, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Sénat, 2012-2013.

¹⁹¹ Le Grenelle de l'Environnement désigne la consultation qui a été menée par le Gouvernement pour définir une nouvelle stratégie pour le développement durable. Ouverte le 6 juillet 2007, les propositions des six groupes de travail ont été remises le 27 septembre 2007 avant de donner lieu à une remise de conclusions le 25 octobre 2007. Ces conclusions ont ensuite été traduites dans deux lois successives, la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite Loi Grenelle I) et la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Loi Grenelle II).

¹⁹² *Ibid.*

nouvelles compétences énergétiques telles la coordination régionale des politiques énergétiques ou la maîtrise de la demande en énergie.

65. Toutefois, la répartition de ces compétences est inégale selon les différents niveaux d'intervention. La commune, échelon le plus ancien et le plus proche des besoins énergétiques des usagers, est chargée de l'action énergétique locale tandis que la région et le département se partagent des compétences d'organisation et d'actions énergétiques résiduelles (chapitre 1). Ces compétences sont exercées par une organisation administrative en pleine mutation, l'objectif de ces réformes territoriales étant de parvenir à une rationalisation de l'organisation des acteurs locaux (chapitre 2).

Chapitre 1. Des compétences énergétiques locales inégalement réparties

66. La répartition des compétences énergétiques s'opère entre les trois niveaux de décentralisation. Dans le cadre du présent développement, les compétences étudiées doivent s'entendre des attributions purement énergétiques, à la différence de celles qui concourent seulement à la réalisation de la transition énergétique et qui seront évoquées ultérieurement (compétences d'urbanisme, de transport ou encore de lutte contre la précarité par exemple)¹⁹³.

67. La répartition des compétences énergétiques est fonction de la proximité territoriale des collectivités avec les usages énergétiques (section 1). Toutefois, l'attribution expresse de compétences énergétiques par le code général des collectivités territoriales ne doit pas remettre en question l'adaptabilité de ces dernières à répondre aux besoins locaux à travers la clause générale de compétence (section 2).

Section 1. La proximité, critère d'attribution des compétences énergétiques

68. Du fait d'un lien direct avec les besoins et les capacités territoriales énergétiques, les principales compétences énergétiques sont attribuées à la commune (§1). La région

¹⁹³ *infra* n° 155 et suiv.

qui dispose d'une compétence générale de planification économique et le département en charge de l'action sociale exercent des compétences énergétiques résiduelles (§2).

§1. La commune, attributaire principale des compétences énergétiques

69. L'organisation territoriale française est le résultat d'une histoire longue. La loi du 14 décembre 1789 fait de la commune la plus petite entité territoriale en France, ce qui lui permet de concevoir et développer de véritables politiques de proximité. L'échelon communal est le premier échelon énergétique, au plus près des besoins des consommateurs finaux. Le gaz et l'électricité font partie des compétences historiques de la commune (A). La décentralisation énergétique caractérisant la transition énergétique renforce les compétences communales (B).

A. La distribution d'électricité et de gaz, compétence historique des communes

70. La première compétence énergétique communale est celle de l'éclairage public¹⁹⁴. L'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 codifié à l'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales dispose que la police municipale qui a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques assure notamment tout ce qui « *intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend l'éclairage* »¹⁹⁵. Pour garantir la sûreté sur le territoire de la commune, le maire est ainsi chargé d'assurer l'éclairage public de ses rues. L'éclairage public était alors réalisé à partir de gaz d'éclairage¹⁹⁶.

71. Le rôle fondateur des communes dans la mise en place des installations de production et de distribution d'énergie date de la fin du XIX^{ème} siècle. M. Long, dans la préface du rapport de l'Institut de la gestion déléguée consacré à *La place de la gestion déléguée dans*

¹⁹⁴ L'ADEME estime que l'éclairage public représente 18% de la consommation énergétique des communes et 22% des dépenses énergie du budget communal. Aujourd'hui, l'éclairage public représente 45% de la consommation d'électricité d'une commune.

¹⁹⁵ CGCT, art. L. 2212-2 1°.

¹⁹⁶ Le gaz d'éclairage a remplacé l'huile pour éclairer les villes, avant de laisser place à l'électricité à partir de 1880.

le secteur de l'électricité, explique que « parce qu'elles se situaient dans le sous-sol des voies publiques, les conduites de gaz ont été très rapidement soumises, dès la deuxième partie du XIX^{ème} siècle, à un régime de droit public et l'exploitation en régie de cette activité par les municipalités a permis le développement de l'emploi de cette source d'énergie. Les premières régies de production et de distribution d'électricité datent de la même période ». En effet, l'apparition de l'électricité a rendu nécessaire l'intervention des collectivités locales pour en assurer la distribution, conformément aux exigences du service public¹⁹⁷, à savoir l'égalité et la continuité¹⁹⁸. La production d'électricité, activité industrielle et commerciale ne peut cependant être exercée par des collectivités territoriales avant la jurisprudence du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*¹⁹⁹. L'intervention des communes dans le secteur énergétique se limite alors à la distribution de l'énergie produite par des industriels sur leur territoire, cette intervention étant fondée sur la clause générale de compétences²⁰⁰.

72. Les communes sont propriétaire des réseaux de distribution d'électricité²⁰¹. La loi du 15 juin 1906 « consacre le pouvoir concédant »²⁰² de la commune ou du syndicat de

¹⁹⁷ Le Conseil constitutionnel préfère parler d'exigences de service public, plus que des lois du service public ou des lois de Rolland ; v. en ce sens : Cons. const., 22 juillet 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, n° 2002-460 DC, égal : N. Foulquier, F. Rolin, « Constitution et service public » in *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif*, Cah. c. const., n° 37, octobre 2012.

¹⁹⁸ Le principe de continuité du service public est constitutionnellement garanti depuis la décision du Conseil constitutionnel., 25 juillet 1979 relative au *droit de grève à la radio et à la télévision*, n° 79-105 DC.

Les lois du service public proposées par Louis Rolland (1938) comprennent également le principe d'adaptabilité du service public. Le Conseil d'Etat admet, lorsque le contrat ne correspond plus aux besoins du service public, que l'administration puisse en prononcer la résiliation unilatérale dans l'intérêt du service public (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624, *Rec.*). Le principe de mutabilité ou d'adaptabilité est considéré comme étant issu de l'obligation de continuité du service public et non comme un principe autonome. En effet, le Conseil d'Etat le considère comme un principe d'action du service public (CE, sect., 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, n° 38661, *Rec.*).

¹⁹⁹ Conformément aux lois des 2 et 17 mars 1791 proclamant la liberté du commerce et de l'industrie, le juge administratif n'acceptait l'interventionnisme public que si une défaillance de l'initiative privée la rendait nécessaire pour satisfaire les besoins de la population ; v. en ce sens l'analyse du Conseil d'Etat sous la décision du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n° 06781, *Rec.*

²⁰⁰ C. Bélot, *Collectivités locales : mobiliser les sources d'énergies locales*, rapport d'information n° 623, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Sénat, 2012-2013 ; v. égal CE, 6 avril 1900, *Commune de Saint Léonard*, *Rec.*

²⁰¹ Institut de la Gestion Déléguée, *La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000*, mars 2001.

²⁰² M. Long, préface du rapport de l'Institut de la gestion déléguée, *ibid.*

communes sur leur territoire en tant que propriétaires des réseaux²⁰³. L'article 6 fait de l'activité de distribution d'électricité et de gaz une compétence communale de principe²⁰⁴. Elles ont ainsi le choix de gérer cette activité en régie ou en recourant à la concession. Cependant, eu égard aux volumes d'investissement nécessaires, les communes souhaitant équiper leur territoire en développant les réseaux de distribution sont obligées de recourir aux capitaux privés. La concession devient alors le mode de gestion le plus courant de l'activité de distribution publique d'électricité²⁰⁵, permettant à la commune de contrôler l'activité de distribution tout en chargeant le cocontractant de son développement. Certaines communes ont néanmoins choisi de continuer d'exercer la distribution en régie, le décret du 8 octobre 1917 en fixant les règles d'exploitation²⁰⁶.

73. Après la Seconde guerre mondiale, le secteur de l'énergie connaît de profonds bouleversements. Considérée comme un service public, la distribution énergétique est nationalisée, comme tout le secteur de l'énergie par la loi du 8 avril 1946²⁰⁷. Le choix de la nationalisation répond à l'exigence de reconstruction rapide du pays, l'Etat assurant immédiatement les investissements nécessaires. Les entreprises qui exerçaient l'activité de distribution ou de production d'électricité sont nationalisées et rassemblées au sein de l'établissement public national

²⁰³ Loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, art. 6 : « *la concession de 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* ».

²⁰⁴ L'article dispose que « *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* ».

²⁰⁵ La loi du 27 février 1925 ayant pour objet de modifier et de compléter la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'électricité renforce la concession pour la distribution d'électricité. Jusqu'alors la distribution pouvait être réalisée soit en vertu d'une permission de voirie, soit en vertu d'un contrat de concession. L'art. 3 de la loi de 1925 interdit le recours à la permission de voirie pour la distribution d'électricité d'une puissance de plus de 100 kW.

²⁰⁶ Le législateur définit le cadre juridique de cette exploitation par la création d'une régie personnalisée pour la distribution d'électricité avec le 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.

²⁰⁷ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, art. 1^{er}.

industriel et commercial EdF²⁰⁸. En revanche, l'activité de distribution exercée en régie conformément au cahier des charges défini par un décret en 1917²⁰⁹ ou sous forme d'entreprise publique locale est maintenue en régie²¹⁰, à moins que les collectivités choisissent de concéder cette activité à EdF. Aujourd'hui, ces entreprises représentent 5% de l'activité de distribution.

74. La loi du 8 avril 1946 crée une situation particulière où les communes demeurent propriétaires des réseaux de distribution mais où elles sont contraintes de concéder cette activité à EdF. La loi ne modifie pas en droit la place des communes dans la distribution publique d'électricité. Elles conservent juridiquement leurs prérogatives d'autorité concédante à travers le maintien de leur propriété des réseaux de distribution, de leur faculté de faire exécuter des travaux sur les réseaux et de leur contrôle de l'activité de distribution grâce à la communication de rapports et de comptes rendus annuels de l'activité du concessionnaire²¹¹. La commune demeure ainsi, en théorie, l'autorité territoriale centrale en matière de distribution électrique et gazière. Or, dans les faits la réalité est autre : les communes sont contraintes par la loi de concéder leur activité à un établissement public national en situation de monopole. Elles ne peuvent exercer leurs attributs de propriété ni les compétences que la loi de 1946 leur octroie en raison de l'asymétrie qu'il existe entre elles et EdF. En effet, la fragmentation territoriale fragilise les communes qui ne peuvent négocier d'une seule voix avec un établissement public national exerçant en monopole toutes les activités électriques. L'activité de distribution est alors à la fois un service public local car les contrats de concessions sont locaux et un service public national, la mission se confondant avec la personne qui la réalise, EdF.

²⁰⁸ L'art. 6 de la loi de nationalisation de 1946 dispose que « l'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution de l'électricité ou du gaz sur le territoire de la métropole est intégralement transféré aux services nationaux ». La centralisation des activités au sein d'EdF est ensuite renforcée par l'avènement de la production d'énergie nucléaire qui vise à assurer l'approvisionnement total du territoire métropolitain. Le volume de la production électrique par l'énergie nucléaire et son positionnement stratégique dans l'approvisionnement énergétique justifient que sa gestion soit assurée par l'Etat à une échelle nationale, d'où l'établissement public EdF.

²⁰⁹ Cahier des charges spécifique à l'exploitation en régie de la distribution d'électricité approuvé par le décret du 30 août 1917.

²¹⁰ D'après l'Institut de la gestion déléguée, les parlementaires, considérant les régies comme des précurseurs de la nationalisation, leur ont alors accordé une dérogation au monopole qu'ils instituaient avec EdF (loi de nationalisation du 8 avril 1946 *op.cit.*, art. 23).

²¹¹ Loi de nationalisation du 8 avril 1946 *op.cit.*, art. 36.

75. L'ouverture à la concurrence des activités énergétiques et l'avènement de la transition énergétique ont permis aux communes de développer de nouvelles compétences, complémentaires à celle de distribution.

B. De nouvelles compétences communales : la production d'énergies renouvelables et la gestion des réseaux de chaleur

76. La directive européenne relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables adoptée le 23 avril 2009²¹² et la loi Grenelle I du 3 août 2009 encouragent le développement de la production énergétique renouvelable²¹³. La commune et ses établissements publics de coopération intercommunale se sont vus attribuer des compétences de production renouvelable (1) et de création et gestion de réseaux de chaleur²¹⁴(2).

1) La production d'énergie renouvelable

77. La production d'énergie renouvelable électrique connaît plusieurs sources : le photovoltaïque, l'éolien, la biomasse, la géothermie ou encore l'hydraulique. La loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 permet aux collectivités de participer à toutes les productions renouvelables, dont la production hydroélectrique.

78. Source d'énergie électrique exploitée en France depuis le XIX^{ème} siècle²¹⁵, l'hydroélectricité occupe la première place des énergies renouvelables dans le mix énergétique

²¹² 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.

²¹³ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 18 et 19.

²¹⁴ CGCT, art. L. 2224-32 : « *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 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 cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur* ».

²¹⁵ L'ingénieur A. Bergès produit du courant électrique dès 1882 grâce à l'hydroélectricité. La puissance hydraulique est appelée « houille blanche » en opposition à la houille noire, le charbon. Cette expression est popularisée à partir de l'exposition universelle de Paris de 1889.

français en 2016 en réalisant 12% de la production électrique totale²¹⁶. La production hydroélectrique est assurée par des contrats de concession d'une durée de 75 ans. Régies par la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, les centrales hydroélectriques ne peuvent être exploitées sans concession ou autorisation de l'Etat²¹⁷ : les centrales de forte puissance²¹⁸ sont exploitées par concession et les centrales de puissance inférieure soumises au régime d'autorisation²¹⁹.

79. L'échéance des contrats de concession ne soulevait pas de difficultés lorsqu'EdF « *bénéficiait d'un quasi-monopole de la production hydroélectrique et d'un droit de préférence lors du renouvellement des concessions* »²²⁰. Les contrats de concession étaient renouvelés de gré à gré jusqu'à la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz, et la suppression du droit de préférence par la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

En effet, la loi Sapin du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique qui prévoit la mise en concurrence des contrats de concession, avait introduit une exception à l'article 41 pour le cas où le service public était confié à un établissement public. L'attribution sans procédure de mise en concurrence à EdF, établissement public était ainsi autorisée pour les concessions hydrauliques. Mais, sous l'effet conjugué de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique et de la transformation de l'établissement public EdF en société anonyme, « *les contrats de concession hydroélectriques entrent dans le droit commun des délégations de service public* »²²¹. En outre, le maintien d'un droit de préférence lors du renouvellement des contrats de concessions engendrait « *une distorsion*

²¹⁶ RTE, *Bilan électrique français*, 2016.

²¹⁷ Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, art. 1^{er} ; égal. C. ener., art. L. 511-1.

²¹⁸ Puissance supérieure à 4,5 mégawatts.

²¹⁹ C. ener., art. L. 511-5.

²²⁰ Projet de loi n° 2188 relatif la transition énergétique pour une croissance verte, étude d'impact, p. 133.

²²¹ M.-N. Battistel, E. Straumann, *L'hydroélectricité*, rapport d'information n° 1404 déposé par la commission des affaires économiques, Assemblée Nationale, 7 octobre 2013, p. 25.

de concurrence incompatible avec la libéralisation du marché intérieur de l'électricité »²²² et a dû alors être supprimé²²³.

80. L'étude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour une croissance verte souligne d'une part, la volonté des élus de préserver une forme de contrôle public sur les concessions hydroélectriques, « *patrimoine national* »²²⁴, et d'autre part la volonté des collectivités locales « *d'être davantage impliquées dans la gestion des concessions hydroélectriques* »²²⁵. Ainsi, l'article 118 de la loi de transition énergétique du 17 août 2015²²⁶ répond à ces deux préoccupations en autorisant les communes à participer à la production hydroélectrique²²⁷ sur leur territoire, sans considération de puissance. L'article dispose que, dans le cadre des compétences reconnues par la loi en matière de gestion équilibrée des usages de l'eau, de distribution publique d'électricité ou de production d'énergie renouvelable, les collectivités territoriales riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée peuvent participer à une société d'exploitation à capitaux mixte, sous réserve de l'autorisation de l'Etat. L'attribution d'une compétence hydroélectrique aux communes leur permet de prendre part à la gestion des cours d'eau présents sur leur territoire, en participant à des entreprises publiques de production hydroélectrique²²⁸.

81. De manière plus générale, l'article 109 de la loi de transition énergétique²²⁹ permet aux collectivités locales de prendre des prises de participations minoritaires dans des

²²² *Ibid.*

²²³ Le droit de préférence a été supprimée par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

²²⁴ Projet de loi n° 2188 relatif la transition énergétique pour une croissance verte, étude d'impact, p. 133.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

²²⁷ L'hydroélectricité désigne un mode de production d'électricité par l'exploitation des flux d'eau (fleuves, rivières, chutes d'eau, courants marins). L'hydroélectricité est la première source renouvelable et la troisième source de production d'électricité dans le monde. La France est le deuxième pays européen producteur d'hydroélectricité après la Norvège.

²²⁸ F. Nedej, « Concessions hydroélectriques : les collectivités vont-elles se jeter à l'eau ? », *La Gazette des communes*, 11 janvier 2016.

²²⁹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 109 1°.

entreprises de production renouvelable, dérogeant à l'interdiction faite aux collectivités territoriales de participer au capital de sociétés commerciales ou de sociétés par actions simplifiées²³⁰. L'ouverture du capital de ces sociétés de production d'énergie renouvelable vise à en améliorer l'intégration dans les politiques publiques énergétiques locales et leur acceptation par les populations d'après l'étude d'impact du projet de loi de transition énergétique.

2) *La gestion de la distribution de chaleur*

82. La chaleur est produite par la transformation d'une énergie source en une énergie thermique. L'énergie source peut être renouvelable en provenant de la géothermie²³¹, la biomasse²³², l'incinération de déchets²³³ ou encore la récupération de chaleur fatale²³⁴. La chaleur produite est ensuite injectée dans des réseaux de distribution. Le réseau de chaleur désigne un ensemble de canalisations chargées de distribuer, à tout ou partie d'agglomération, la chaleur produite à partir d'une ou de plusieurs centrales alimentées par une ou plusieurs sources d'énergie²³⁵. Le réseau de chaleur est un réseau local fonctionnant en circuit fermé²³⁶.

83. D'après le Syndicat national du chauffage urbain et de la climatisation urbaine et l'association Amorce²³⁷, la chaleur représenterait 50% des besoins énergétiques en

²³⁰ Pour les communes, l'interdiction est énoncée à l'art. L. 2253-1 du CGCT, pour le département, l'interdiction est prononcée par l'art. L. 3231-6 et pour la région à l'art. L. 4211-1.

²³¹ Exploitation de la chaleur contenue dans le sous-sol.

²³² Utilisation de matériaux d'origine biologique employés comme combustibles pour produire de la chaleur, de l'électricité et du carburant.

²³³ Les communes peuvent produire de la chaleur par le développement d'unités de valorisation énergétique des déchets. En complément de leur compétence de collecte et d'élimination des déchets (issue de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux), la commune peut créer une installation de valorisation énergétique qui lui permettent de produire de la chaleur grâce à l'incinération des déchets ; v. en ce sens : directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives ; égal. CGCT, art. L. 2224-32.

²³⁴ La chaleur fatale désigne la production de chaleur dérivée de site de production. La production de chaleur n'est pas l'objet de ces sites de production et donc pas nécessairement récupérée (exemple des hôpitaux, des sites d'élimination de déchets ou des *data centers*).

²³⁵ Cerema, *Cadre d'intervention des collectivités en matière de réseaux de chaleur*, mars 2011.

²³⁶ Les dispositions législatives de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique ne se sont pas attachées à définir le réseau de chaleur avant d'évoquer ses modalités de création et de gestion. L'article 194 donne compétence aux communes pour la création et l'exploitation d'un réseau public de chaleur et de froid, en qualifiant cette activité de service public industriel et commercial.

²³⁷ Association rassemblant collectivités et acteurs économiques locaux impliqués dans les politiques publiques énergétiques et climatiques locales.

France. Cependant actuellement les réseaux de chaleur ne couvriraient que 6% de ces besoins²³⁸. Les réseaux de chaleur « *constituent un vecteur important pour l'intégration des énergies renouvelables thermiques* » souligne le groupe de travail sur les énergies renouvelables du débat national sur la transition énergétique. Or, en 2015, la moitié de l'approvisionnement de ces réseaux de chaleur est assurée par des énergies fossiles dont 43% par le gaz naturel²³⁹. Afin d'améliorer ces statistiques, les professionnels se sont fixés l'objectif pour 2020 d'alimenter ces réseaux par des énergies renouvelables et de récupération à hauteur de 50%²⁴⁰.

Dans ce contexte de développement des réseaux de chaleur, le législateur consolide « *le rôle des collectivités en réaffirmant leur rôle d'autorité organisatrice du service public de distribution de chaleur, de façon claire et dans un texte traitant expressément des réseaux de chaleur* »²⁴¹. En effet, les collectivités territoriales recouraient jusqu'alors à la clause générale de compétence pour développer les réseaux de chaleur, la compétence n'ayant expressément été attribuée à aucun échelon local.

84. A la différence des réseaux de distribution d'électricité dont la gestion est expressément et historiquement attribuée, la commune n'avait pas compétence pour gérer la distribution de la chaleur produite. L'initiative de la création et de la gestion des réseaux de chaleur publics revenait jusqu'à la loi de transition énergétique à toutes collectivités locales intéressées, à travers l'exercice de la clause générale de compétence²⁴². La loi de transition énergétique, à l'article 194, met fin aux pratiques antérieures et attribue expressément aux communes la compétence chaleur en disposant que « *les communes sont compétentes en matière de*

²³⁸ Amorce et le Syndicat national pour le chauffage urbain (SNCU), « Multiplier par 5 la chaleur renouvelable : une opportunité pour les territoires, une priorité pour lutter contre le dérèglement climatique », Communiqué de presse, 7 décembre 2016.

²³⁹ Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, *Chiffres clés de l'énergie- édition 2016*, février 2017, p. 45.

²⁴⁰ S. Fabrégat, « Mix énergétique : la part des réseaux de chaleur doit augmenter », 20 mai 2013, disponible en ligne : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/reseaux-chaleur-energies-renouvelables-recuperation-18547.php4> consulté le 23 juillet 2016.

²⁴¹ Projet de loi n° 2188 relatif la transition énergétique pour une croissance verte, étude d'impact, p. 259.

²⁴² Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, art. 3 modifie l'art. 8 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz en disposant que l'initiative de la création des installations 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 revient aux collectivités locales intéressées. Ces dispositions qui s'appliquent pour la production de chaleur à partir de la valorisation énergétique des déchets, s'appliquent *a fortiori* à tous les modes de production de chaleur, qui ont été développés plus tardivement.

création et d'exploitation d'un réseau public de chaleur ou de froid. Cette activité constitue un service public industriel et commercial. Cette compétence peut être transférée par la commune à un établissement public dont elle fait partie »²⁴³. Les communes sont également chargées de la planification de l'approvisionnement et du déploiement de ces réseaux sur leur territoire par l'élaboration d'un schéma d'alimentation de ces réseaux en énergies renouvelables²⁴⁴.

85. Les départements et régions organisent à l'échelle territoriale supérieure la cohérence et la coordination de l'action publique énergétique communale.

§2. Le département et la région, collectivités titulaires de compétences énergétiques résiduelles

86. Les compétences énergétiques attribuées aux collectivités diffèrent suivant le degré de proximité avec les besoins locaux. Le département, conformément à ses compétences sociales historiques est en charge, en matière énergétique, de la lutte contre la précarité énergétique²⁴⁵. La région, disposant d'une vision générale des politiques publiques mises en œuvre sur son territoire, organise et coordonne les politiques locales économiques²⁴⁶.

87. A la suite de la constitutionnalisation de la décentralisation par la loi du 28 mars 2003²⁴⁷, des compétences étatiques ont été transmises aux collectivités territoriales. La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales²⁴⁸ donne alors compétence aux départements pour la définition et la mise en œuvre de la politique d'action sociale²⁴⁹. La compétence énergétique départementale est définie par la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014²⁵⁰ dont l'article 3 dispose que *« le département est chargé d'organiser, en qualité de chef de file, les modalités de l'action*

²⁴³ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 194.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ CGCT, art. L. 1111-9.

²⁴⁶ CGCT, art. L. 4211-1.

²⁴⁷ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

²⁴⁸ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

²⁴⁹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *ibid.*, art. 49.

²⁵⁰ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

commune des collectivités territoriales et de leurs établissements publics pour l'exercice des compétences relatives à l'action sociale, le développement social et la contribution à la résorption de la précarité énergétique »²⁵¹.

88. La notion de chef de file apparaît pour la première fois à l'article 65 de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995. La notion n'étant pas expressément définie, nous empruntons celle du rapport d'information du Sénat sur la décentralisation de 1996 : « *La collectivité chef de file exercerait une mission de coordination dans la programmation et l'exécution de ces compétences. En aucun cas la qualité de chef de file ne conférerait à la collectivité concernée un quelconque pouvoir de contrainte à l'égard des autres collectivités. La fonction de chef de file est une fonction d'animation et de coordination dans un cadre volontaire tendant à faciliter une plus grande cohérence de l'action des collectivités territoriales* »²⁵². Le département définit et organise donc la lutte contre la précarité énergétique²⁵³, en coordination avec les autres collectivités territoriales.

89. La compétence de la région se concentre autour du développement économique²⁵⁴. Dernier échelon local²⁵⁵, elle dispose d'une vision d'ensemble des politiques publiques qui s'exécutent sur son territoire. Au regard de cette vision d'ensemble, la région est chargée de créer un environnement favorable au développement économique en partenariat avec les autres collectivités locales.

Sa dimension géographique lui permet également de définir les conditions générales pour la mise en œuvre de politiques de transition énergétique sur son territoire. Ainsi, la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier

²⁵¹ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 3 III.

²⁵² La définition de la collectivité chef de file est donnée par J.-M. Girault (ancien sénateur-maire de Caen) cité par D. Hoeffel, *La décentralisation*, rapport d'information n° 239 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Sénat, 1996/1997.

²⁵³ La précarité énergétique est définie à l'art. 11 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement : « *est en situation de précarité énergétique une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat* ».

²⁵⁴ CGCT, art. L. 4211-1.

²⁵⁵ La région peut être considérée comme le dernier échelon décentralisé suivant son ressort territorial car elle englobe les départements où sont localisés les intercommunalités et communes.

2014 attribue des compétences d'organisation et de planification énergétiques à la région qui désormais « *est chargée d'organiser, en qualité de chef de file, les modalités de l'action commune des collectivités territoriales et de leurs établissements publics pour l'exercice des compétences relatives à l'aménagement et au développement durable du territoire, à la protection de la biodiversité, au climat, à la qualité de l'air et à l'énergie* »²⁵⁶.

90. Elle dispose de deux outils pour s'assurer de la cohérence des politiques locales énergétiques : le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires qui détermine les objectifs de développement durable²⁵⁷ et le schéma régional de cohérence écologique pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques²⁵⁸. La région établit également le schéma d'approvisionnement de la biomasse²⁵⁹, source de production énergétique renouvelable. Par ailleurs, elle est désignée « *échelon pertinent pour coordonner les études, diffuser l'information et promouvoir les actions en matière d'efficacité énergétique* » par la loi de transition énergétique du 17 août 2015²⁶⁰. Les évolutions législatives relatives à l'organisation territoriale et à la transition énergétique confirment et renforcent la fonction organisatrice de la région dans le domaine énergétique.

91. Au regard des développements relatifs aux compétences énergétiques propres de chaque échelon, nous constatons que les communes ont un rôle prépondérant dans la réalisation de la transition énergétique. Le département et la région viennent en complément de la commune afin d'organiser et s'assurer de la cohérence de l'action locale.

92. L'exercice de ces différentes compétences locales doit être coordonné avec les besoins des usagers. Les dispositions législatives ne pouvant prévoir les évolutions, parfois

²⁵⁶ Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014, art. 3 II.

²⁵⁷ Anciennement schéma régional climat-air-énergie (SRCAE), l'art. 10 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, le modifie pour en faire un schéma plus général, englobant la multitude de schémas préexistants. Nous étudierons dans les développements à venir, l'évolution de ces schémas de planification et notamment la création du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (*infra*, n°125).

²⁵⁸ C. env., art. L. 371-3.

²⁵⁹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 197.

²⁶⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015, *ibid.*, art. 188.

rapides, des besoins énergétiques locaux, la clause générale de compétence permet aux collectivités d'y répondre, conformément au principe de continuité du service public²⁶¹.

Section 2. L'évolution des besoins énergétiques locaux et la clause générale de compétence

93. Alexis de Tocqueville évoque dans *De la démocratie en Amérique*, la diversité des besoins publics : « *certaines intérêts sont communs à toutes les parties de la nation, tels que la formation des lois générales et les rapports du peuple avec les étrangers. D'autres intérêts sont spéciaux à certaines parties de la nation telles, par exemple, que les entreprises communales* »²⁶². Pour répondre à ces besoins spéciaux, les politiques publiques doivent faire preuve d'adaptabilité. L'exigence de continuité du service public, mission essentielle de l'Etat²⁶³, intègre cette exigence d'adaptabilité des politiques publiques. Dans le cadre de la décentralisation, les collectivités territoriales répondent à l'évolution des besoins de leurs administrés par le recours à la clause générale de compétence. Pour J. Caillosse, « *il existe, à côté de la décentralisation, stricto sensu, telle qu'elle est organisée par et dans le droit de l'Etat, une sorte d'auto-administration locale qui correspond à la vocation reconnue par la loi (et les interprétations qu'en donne le juge) à toute collectivité territoriale à servir l'intérêt public local* »²⁶⁴.

94. Parce que les besoins et les ressources énergétiques territoriales sont distinctes sans possibilité d'uniformisation, l'exercice de la clause générale de compétence est nécessaire pour y répondre. La loi ne pouvant prévoir ces évolutions, la souplesse résultant de la clause générale de compétence doit demeurer pour répondre aux exigences de la transition énergétique. L'exercice de la clause générale de compétence recherche avant tout l'efficacité de l'action publique locale (§1). Symbole de la liberté locale, la clause générale de compétence

²⁶¹ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec.* ; Cons. const., 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, n° 79-105 DC.

²⁶² A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* cité par M. Long, « La fin de la clause générale de compétences », *BJCL*, n° 10/13, p. 645 et suiv.

²⁶³ G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p. 21 cité par N. Foulquier, F. Rolin, « Constitution et service public » in *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif, Cah. c. const.*, n° 37, octobre 2012.

²⁶⁴ J. Caillosse, « La complexité pour que rien ne change ? », *Pouvoirs locaux*, n° 68, 2006, pp. 38-42 cité par M. Long « La fin de la clause générale de compétences », *op.cit.*

a donné lieu à de nombreux débats parlementaires quant à son maintien, jusqu'à faire oublier l'objectif qu'elle poursuit (§2).

§1. La clause générale de compétence au service de l'action publique locale

95. Les compétences énergétiques générales expressément attribuées par la loi doivent s'adapter aux besoins énergétiques locaux et aux capacités territoriales de production renouvelable comme d'efficacité d'énergétique²⁶⁵. Reconnue tardivement par les juridictions administratives (A), la clause générale de compétence représente l'une des figures de la libre administration des collectivités territoriales (B).

A. La clause générale de compétence

96. La clause générale de compétence est fondée sur l'article 61 de la loi communale du 5 avril 1884 qui dispose que « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* »²⁶⁶, les dispositions sont similaires pour le département²⁶⁷ et la région²⁶⁸. En l'absence de dispositions législatives attribuant expressément une compétence à une collectivité territoriale, le conseil municipal, général ou régional est compétent de plein droit

²⁶⁵ Ainsi que nous l'avons évoqué en introduction générale de cette étude, la production renouvelable et l'efficacité énergétique sont les deux piliers de la transition énergétique française (*supra* n° 23 et suiv.).

²⁶⁶ L'art. est repris par le CGCT, art. L. 2121-29.

²⁶⁷ Loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, art. 48 disposait que « *le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département. Il statue sur tous les objets sur lesquels il est appelé à délibérer par les lois et règlements, et généralement, sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres ou de la commission départementale* ». La loi de décentralisation du 2 mars 1982 établit clairement une clause générale de compétence pour le département à travers une formulation identique à celle de la clause générale de compétence communale « *le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département* » (loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, art. 23).

²⁶⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, art. 59 dispose que « *le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. Il a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et l'aménagement de son territoire. Il peut engager des actions complémentaires de celles de l'Etat, des autres collectivités territoriales et des établissements publics situés dans la région, dans les domaines et conditions fixées par les lois déterminant la répartition des compétences entre l'Etat, les communes, les départements et les régions* » ; égal : CE, 30 mai 1979, *Association départementale de défense de l'autoroute A71*, n° 10105 / 10122 / 10130 / 10131 / 10136, *Rec.*

pour régler par ses délibérations les affaires concernant sa collectivité²⁶⁹. L'objectif de cette disposition est de permettre aux collectivités de répondre aux besoins évolutifs de leurs administrés. La clause générale de compétence « *peut abriter des lectures juridiques généreuses (ou, si l'on préfère, constructives) du pouvoir des collectivités territoriales* »²⁷⁰ souligne J. Caillosse. Elle serait alors un facteur d'enchevêtrement des compétences locales, source d'inefficacité de l'action publique.

97. La clause générale de compétence est liée au principe de libre administration des collectivités territoriales. En effet, les collectivités sont libres de régler par leurs délibérations leurs affaires locales dans les limites fixées par la loi. Le Commissaire du gouvernement R. Schwartz le confirme dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 28 juillet 1995, *Villeneuve d'Ascq* : « *Seul l'Etat a la compétence de sa compétence. Si les collectivités locales s'administrent librement, c'est uniquement dans le cadre des lois, conformément à la règle posée par l'article 72 de la Constitution. Le législateur a expressément énuméré les compétences dévolues aux communes soit dans le code des communes, soit dans le cadre des lois de décentralisation* »²⁷¹.

98. Le recours à la clause générale de compétence par les collectivités locales est fondé sur deux critères cumulatifs fixés par la loi²⁷² : l'expression d'un conseil élu par voie délibérative et la notion d'affaires locales. La notion d'affaires locales exige un développement à la différence du critère organique car elle n'est pas juridiquement définie, l'appréciation se fait

²⁶⁹ L'interprétation de ces dispositions est constante depuis la loi du 5 avril 1884 et souvent implicite ; v. en ce sens : CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure de Touraine*, n° 76250, *Rec.* ; CE, 30 octobre 1996, *Société Henri Herrmann*, n° 13031, *Rec.*

²⁷⁰ J. Caillosse, « Repenser les responsabilités locales », *Cahiers de l'Institut de la Décentralisation*, 2006, n° 8, p. 16 cité par D. Quentin, J.-J. Urvoas, *La clarification des compétences des collectivités territoriales*, rapport d'information n° 1153 rédigé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.-L. Warsmann, Assemblée Nationale, 2008.

²⁷¹ R. Schwartz, concl. sur CE, 28 juillet 1995, *Villeneuve-d'Ascq*, n° 129838, *Rec.*, *AJDA* 1995 p. 834.

²⁷² En effet, les conditions d'exercice de la clause générale de compétences sont fixées par la loi lorsqu'elle dispose que le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune.

in concreto par le juge²⁷³. Toutefois, le commissaire R. Schwartz dans ses conclusions sur l'arrêt *Villeneuve-d'Ascq*, propose une méthode d'appréciation de cette notion reposant sur trois critères cumulatifs.

Tout d'abord, l'existence d'un intérêt public doit être établi²⁷⁴, une action publique répondant à un intérêt privé étant dépourvue d'intérêt public local²⁷⁵.

Ensuite, l'intérêt public doit être direct pour la collectivité ou pour ses administrés, soit expressément soit implicitement. Le Conseil d'Etat ne rejette pas d'emblée les actions qui sortiraient du périmètre local : « *même si nous ne pouvons pas exclure une action ne répondant pas directement au seul intérêt des habitants de la commune, en l'état de la jurisprudence, et compte tenu de la notion même d'intérêt communal, il semble difficile d'admettre des interventions dépassant trop largement ce cadre* » rappelle cependant le commissaire du gouvernement. La clause générale de compétence autorise la collectivité à intervenir en dehors de ses compétences matérielles, tant que l'intervention présente un intérêt pour sa population locale²⁷⁶.

Enfin, le troisième critère pour apprécier la notion d'affaires locales repose sur la neutralité de l'action publique locale²⁷⁷ qu'Y. Gaudemet définit comme l'obligation pour le service public de fonctionner uniquement en tenant compte des exigences de l'intérêt général²⁷⁸.

« *Ainsi, en l'état de la jurisprudence, une commune ne peut agir sur fondement du premier alinéa de l'article L.121-6 du Code des communes que s'il existe un intérêt public répondant directement aux besoins de la population et que si elle respecte une neutralité dans l'action* » résume le commissaire du gouvernement Schwartz.

²⁷³ R. Schwartz, *op.cit* : « *Dans le cas où la commune fait usage de sa compétence générale, vous devez par contre examiner au cas par cas l'existence d'un intérêt communal justifiant l'intervention de la commune. Ce qui vaut d'ailleurs également pour l'intervention générale des conseils généraux et conseils régionaux* ».

²⁷⁴ Le commissaire du gouvernement Schwartz reprend la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'intervention publique locale en matière économique qui reconnaît un intérêt public local « en raison des circonstances de temps et de lieu (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce de détail de la Nevers, Rec.*) ».

²⁷⁵ CE, 11 octobre 1929, *Berton, Rec.* ; CE, 17 octobre 1980, *Braesch*, n° 17395, *Rec. T.*, cité par G. Le Chatelier, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 9 février 2009, p. 186 et suiv.

²⁷⁶ G. Le Chatelier, *ibid.* ; égal. : CE, Ass, 1^{er} juin 1956, *Canivez, Rec.* et CE, 16 juin 1997, *Département de l'Oise*, n° 170069, *Rec.*

²⁷⁷ Ce principe est inscrit dans l'action publique. G. Le Chatelier, *ibid.* : « *une commune ne peut s'engager dans un conflit collectif du travail en apportant son aide à l'une des parties au litige (CE, 20 novembre 1985, Commune d'Aigues-Mortes, n° 57139, Rec. ; CE, 11 octobre 1989, Commune de Gardanne, n° 89628, Rec.)* ».

²⁷⁸ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T1, 16^{ème} ed., L.G.D.J., p. 750.

99. L'exercice de la clause générale de compétence repose sur le principe constitutionnel de subsidiarité²⁷⁹ formalisé dans la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²⁸⁰ qui dispose que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »²⁸¹. Le principe des blocs de compétences, correspondant à l'attribution de compétences « *en fonction des vocations dominantes* »²⁸² de chaque collectivité est abandonné avec la révision constitutionnelle de 2003. Toutefois, la liberté attribuée aux collectivités dans l'exercice de la clause générale de compétence n'est pas absolue, « *elle ne peut méconnaître des interdictions posées par le législateur, ni empiéter sur les compétences d'autres collectivités publiques tel l'Etat ou les établissements publics de coopération intercommunale* »²⁸³. Cependant, l'exercice de compétences en fonction de leur efficacité présumée entraîne, sous couvert de la recherche de performance, le risque de « *permettre aux uns et aux autres de dépasser le cadre de leurs compétences naturelles* », alerte le commissaire R. Schwartz²⁸⁴.

100. La clause générale de compétence présentée, comme la cause d'un enchevêtrement des compétences locales, a fait l'objet de réformes successives pour améliorer l'efficacité de l'action publique locale. La suppression de la clause générale de compétence a soulevé une interrogation quant à sa protection constitutionnelle au nom de la libre administration des collectivités territoriales.

²⁷⁹ Le principe de subsidiarité implique que l'échelon supérieur ne réalise que les compétences que l'échelon inférieur ne pourrait effectuer de manière aussi efficace.

²⁸⁰ Principe issu du droit de l'Union européenne formellement consacré par le traité de Maastricht aujourd'hui inscrit à l'art. 5 §3 du Traité sur l'Union européenne et du protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

²⁸¹ Constitution du 4 octobre 1958, art.72 al. 2.

²⁸² Gaston Deferre cité dans Cons. const., *Le principe de subsidiarité dans le projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République du 28 mars 2003*, p. 3, comm. sous Cons. const., 7 juillet 2005, Loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique, n° 2005-516 DC.

²⁸³ R. Schwartz, *op.cit.* ; égal CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons en Baroeul*, n° 193716, *Rec.*, *AJDA* 2002, p.42.

²⁸⁴ *Ibid.*

B. La protection constitutionnelle de la clause générale de compétence

101. La suppression de la clause générale de compétence pour les régions et les départements par la loi de réforme des collectivités locales du 16 décembre 2010 a donné lieu à la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel au motif qu'elle serait constitutionnellement garantie par un principe fondamental reconnu par les lois de la République et par le principe de libre administration des collectivités territoriales.

102. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 décembre 2010²⁸⁵ rejette le moyen fondé sur le principe fondamental reconnu par les lois de la République au motif que les dispositions de la loi du 10 août 1871 relative au département²⁸⁶ « n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une « clause générale » rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; que, par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence »²⁸⁷. Ce refus de reconnaître la clause générale de compétence comme principe reconnu par les lois de la République repose sur l'absence de fondement textuel²⁸⁸, le législateur de 1871

²⁸⁵ Cons. const., 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, n° 2010-618 DC, cons. 53.

²⁸⁶ L'art. 48 de la loi du 10 août 1871 dispose que le conseil général délibère sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres. La reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République repose sur trois critères : le caractère fondamental de la règle, avoir fait l'objet d'une application continue et une base textuelle dans une loi antérieure à 1946 (sur ce critère : Cons. const., 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC). Ainsi les requérants se fondent sur la loi de création du département, les modifications successives datant de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions dont l'art. 23 dispose que le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Il y a lieu de rappeler que le Conseil constitutionnel fixe trois critères pour reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République : le caractère fondamental du droit en cause, sa répétition dans le temps et l'existence d'un fondement textuel. Le Conseil constitutionnel ne peut reconnaître un principe fondamental que s'il en a le caractère (Cons. const., 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, n° 98-407 DC, cons. 8 et suiv.). Le principe en question doit être considérée comme une tradition, avoir fait l'objet d'une répétition : « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (Cons. const., 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC). Le fondement textuel du principe doit être antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 (Cons. const., 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC, cons. 15 et suiv.) et la reconnaissance du principe doit être rendue nécessaire par le silence de la constitution (Cons. const., 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC, cons. 24 ; égal. Cons.

n'ayant pas émis le souhait de confier une compétence générale aux départements : « *aucun rapport parlementaire, aucune intervention de parlementaires ne permet d'étayer la thèse selon laquelle le département se serait vu investi d'une clause générale de compétence* »²⁸⁹.

En revanche, le Conseil constitutionnel considère, à l'occasion de cette décision, que la clause générale de compétence peut être protégée par le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales²⁹⁰ : « *Considérant, que les dispositions critiquées permettent au conseil général ou au conseil régional, par délibération spécialement motivée, de se saisir respectivement de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ; que, par suite, doit être écarté le grief tiré de ce que les dispositions critiquées seraient contraires au principe de libre administration des collectivités territoriales* »²⁹¹. Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi implicitement un lien entre la clause générale de compétence et le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales.

103. La libre administration des collectivités territoriales visée à l'article 34 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 implique une autonomie institutionnelle, fonctionnelle et

const, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, n° 98-399 DC, cons 14 et 15).

²⁸⁹ J-M. Pontier, « Trente ans de répartition et de redistribution des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *BJCL*, n° 4/12, p. 275 et suiv.

²⁹⁰ Cons. const, 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat*, n° 79-104 DC ; égal CE, sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, n° 229247, *Rec.* cités par L. Favoreau, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cah. c. const.*, n° 12, mai 2002.

²⁹¹ Cons. const., 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, n° 2010-618 DC.

financière des collectivités territoriales²⁹². L'autonomie institutionnelle faisant référence à l'administration des collectivités territoriales par un conseil élu²⁹³ et l'autonomie financière désignant la libre disposition de ressources de la part des collectivités²⁹⁴, ces conditions ne sont pas remises en question par la suppression de la clause générale de compétence. L'autonomie fonctionnelle désigne la capacité de décision des collectivités territoriales et l'attribution de compétences matérielles étendues « *pour préserver leur liberté d'action* »²⁹⁵. Il existerait un seuil minimal de compétences décentralisées auquel le législateur ne pourrait pas porter atteinte²⁹⁶. L'atteinte à la liberté d'administration des collectivités locales serait alors appréciée « *au cas par cas, à partir de l'examen in concreto des textes qui lui sont soumis, le juge constitutionnel apprécie si les variations affectant la libre administration restent comprises entre les seuils, qu'il est le seul à pouvoir apprécier* »²⁹⁷. Cette approche se vérifie avec la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2016 relative à la suppression à nouveau de la clause générale de compétence²⁹⁸.

104. En effet, la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014 rétablit, en son chapitre premier, la clause générale de compétence dans sa rédaction antérieure à la loi de réforme des collectivités territoriales de 2010. Cependant, un an après, la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale

²⁹² A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », *Les cahiers de l'institut Louis Favoreu*, n° 2/2013, p. 181 ; v. égal L. Touvet, J. Ferstenbert, C. Cornet, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 1999, p. 5 cité par L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cah. c. const.*, n° 12, mai 2002.

²⁹³ Cons. const., 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, n° 85-197 DC, cons. 35 ; Cons. const., 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, n° 82-146 DC, cons. 7 et Cons. const., 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, n° 2013-667 DC, cons. 20.

²⁹⁴ L'autonomie financière des collectivités locales est la conséquence du principe de libre administration, la restriction de ressources locales ne doit pas « *dénaturer le principe de libre administration* » juge le Conseil constitutionnel dans une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres*, n° 2011-142/145 QPC, cons.14.

²⁹⁵ L. Favoreu, A. Roux, *op.cit.*

²⁹⁶ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, coll. « Précis », Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 29 cité par M. Baubonne, *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République*, thèse, Bordeaux, 2015, p. 98.

²⁹⁷ L. Favoreu, A. Roux, *op.cit.*

²⁹⁸ Cons. const., 16 septembre 2016, *Assemblée des Départements de France*, n° 2016-565 QPC.

de la République²⁹⁹ la supprime de nouveau et fait alors l'objet d'une saisine du juge constitutionnel, sans que les dispositions relatives à la clause générale de compétence ne soient examinées³⁰⁰. Mais en 2016, le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat à la requête de l'Assemblée des départements de France au sujet de la suppression de la clause générale de compétence par la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République³⁰¹. L'Assemblée des départements de France soutient que la suppression de la clause générale de compétence méconnaît la liberté d'administration des collectivités territoriales³⁰². Le Conseil constitutionnel juge alors que « *compte tenu de l'étendue des attributions dévolues aux départements* », la suppression de la clause générale de compétence ne prive pas les départements d'attributions effectives³⁰³. Eu égard à la rédaction générale des compétences départementales³⁰⁴ et régionales³⁰⁵, la suppression de la clause générale de compétence ne porte pas atteinte à la liberté d'administration des collectivités locales, qui demeurent libres de leurs actions dans des domaines de compétences larges.

²⁹⁹ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

³⁰⁰ Les dispositions relatives à la suppression de la clause générale de compétence n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel, cependant « *la saisine porte nécessairement et indivisiblement sur la totalité du texte déféré. Le fait que certaines dispositions de celui-ci soient seules critiquées ne limite en rien la compétence du Conseil constitutionnel puisqu'aussi bien la saisine pourrait ne s'accompagner d'aucune critique et n'être pas moins opératoire* » (G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cah. c. const.*, n° 1, décembre 1996). Le juge constitutionnel n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur la suppression de la clause lors du contrôle *a priori* de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République.

³⁰¹ Cons. const., 16 septembre 2016, *op.cit.*

³⁰² CE, 20 juin 2016, *Assemblée des départements de France*, n° 397366, *inédit* : la suppression de la clause générale de compétence par la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République méconnaîtrait « *l'article 72 de la Constitution en privant les conseils départementaux de la compétence générale qu'ils détenaient auparavant d'intervenir dans les matières, qui n'avaient pas été attribuées par la loi à d'autres personnes ou collectivités publiques afin de prendre des décisions ou de créer des services publics répondant à un intérêt public et aux besoins de la population* ».

³⁰³ En effet, l'art. 94 de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République dispose que le département « *met en œuvre toute aide ou action relative à la prévention ou à la prise en charge des situations de fragilité, de développement social, l'accueil des jeunes enfants, l'autonomie des personnes. Il est également compétent pour faciliter l'accès aux droits et services des publics dont il a la charge* ».

³⁰⁴ CGCT, art. L. 4221-1.

³⁰⁵ La région est compétente pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel, scientifique de la région, le soutien à l'accès au logement et à l'amélioration de l'habitat, le soutien à la politique de la ville et à la rénovation urbaine.

105. Les départements comme les régions sont libres de répondre à l'évolution des besoins énergétiques de leurs administrés même si l'exercice de la clause générale de compétence leur a été retiré. Ces réformes n'emportent pas de conséquences quant à l'action publique locale énergétique. Pour cause, les dernières réformes territoriales ont listé et attribué de nombreuses compétences énergétiques aux trois échelons de décentralisation. Cependant, nous pouvons nous interroger quant à l'efficacité de l'attribution expresse de ces compétences dans la mise en œuvre de la transition énergétique.

§2. La clause générale de compétence nécessaire à la transition énergétique locale ?

106. La clause générale de compétence a subi de nombreuses réformes au nom de l'efficacité (A). Sa suppression offrait la garantie d'une clarification de l'attribution des compétences locales dont l'enchevêtrement est considéré comme source de perte de finances publiques. Cependant, le symbole de liberté locale représenté par cette clause a conduit à son rétablissement de courte durée dans le but de satisfaire des préoccupations politiques. La suppression définitive de cette disposition pour les départements et les régions est néanmoins inefficace, notamment pour la réalisation de la transition énergétique où de nombreuses compétences expressément attribuées demeurent enchevêtrées (B).

A. Des réformes successives au nom de l'efficacité

107. L'avènement de la transition énergétique et l'acte III de la décentralisation ont clarifié les rôles et compétences de chaque échelon local, notamment en matière énergétique. Auparavant, la clause générale de compétence permettait à des collectivités territoriales de se saisir de sujets énergétiques sans que leurs compétences n'aient été expressément reconnues. La gestion des réseaux de chaleur et de froid urbains est ainsi emblématique : avant la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015, la gestion de ces réseaux n'était attribuée à aucun échelon local. Les communes, pour des raisons d'efficacité, se saisissaient de cette compétence en s'appuyant sur la clause générale de compétence. Pour cause, le réseau de chaleur est local et ne peut être déployé sur de grands territoires au risque de voir son

utilité réduite en raison d'une déperdition de la chaleur par son transport sur de grandes distances.

108. Cependant, les dispositions législatives ne prévoyant pas de coordination obligatoire entre les collectivités locales lors de l'exercice d'une compétence non attribuée, conformément à l'interdiction de tutelle entre collectivités, la clause générale de compétence conduit à un enchevêtrement et à l'illisibilité des compétences locales. Toutes les collectivités étant en capacité d'exercer une compétence non attribuée dès qu'un intérêt local se présente et si elles estiment, conformément au principe de subsidiarité, qu'elles sont les plus à même pour la réaliser.

Un rapport sur *Les relations entre l'Etat et les collectivités locales* met en exergue le défaut de coordination dans l'exercice des compétences nuisant à l'efficacité des politiques publiques : « *le partage des compétences entre l'Etat et les différents échelons de collectivités territoriales ainsi que leurs groupements est caractérisé par un enchevêtrement et des redondances qui nuisent à la transparence et à l'efficacité de l'action publique et contribuent à la déresponsabilisation des acteurs* »³⁰⁶. Les réformes territoriales entreprises depuis 2010 tentent de clarifier le rôle et les compétences des collectivités territoriales pour améliorer l'efficacité des politiques publiques et parvenir à une meilleure maîtrise des dépenses publiques³⁰⁷.

109. Dans ce contexte, la réflexion au sujet du maintien ou de la suppression de la clause générale de compétence est engagée dès 2007 dans le cadre de la révision générale des politiques publiques³⁰⁸. Le gouvernement commande au sénateur Lambert, un rapport sur les relations de l'Etat avec les collectivités locales qui a pour ambition d'examiner « *la pertinence des domaines actuels de compétence de l'Etat et des différents niveaux de collectivités territoriales dans la perspective d'un désenchevêtrement de leurs périmètres d'intervention respectifs*

³⁰⁶ A. Lambert (pres.), *Les relations entre l'Etat et les collectivités locales*, La Documentation française, décembre 2007.

³⁰⁷ P. Richard, *Solidarité et performance, les enjeux de la maîtrise des dépenses publiques locales*, La Documentation française, décembre 2006.

³⁰⁸ Initiative lancée par le Conseil des ministres, le 20 juin 2007, pour diminuer la dépense publique tout en renforçant et améliorant l'efficacité et la qualité de l'action publique. Cette révision générale des politiques publiques est inspirée du rapport de la commission présidée par M. Pébereau, *Rompre avec la facilité de la dette publique. Pour des finances publiques au service de notre croissance économique et de notre cohésion sociale*, La Documentation Française, 2005.

et d'une clarification des missions de chacun, afin d'éliminer les risques de contradiction entre les décisions des collectivités territoriales et les politiques publiques menées par l'Etat et de définir le bon niveau de mise en œuvre de chaque politiques publiques »³⁰⁹. Ce rapport souligne les difficultés liées à l'exercice de la clause générale de compétence : « *dans les faits, les collectivités locales exploitent largement la clause générale pour des interventions extra légales et sur les compétences dont la loi a confié la responsabilité à d'autres niveaux* »³¹⁰. Ces conclusions sont partagées par le rapport de l'Assemblée Nationale établi à la suite de la mission d'information sur la clarification des compétences des collectivités territoriales en 2008³¹¹.

110. La loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010³¹² reprend cet argumentaire et propose alors de limiter le recours à la clause générale de compétence car « *la quasi-totalité des politiques publiques fait l'objet de financements ou d'interventions croisées entre les acteurs publics et ce, du fait des compétences conjointes entre les différentes collectivités. Cette situation comporte un risque de dispersion des ressources et de dilution de la capacité d'intervention des collectivités, ce qui peut rendre difficile la maîtrise de la dépense locale* »³¹³. L'article 73 alinéa premier de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 limite alors le champ matériel des délibérations des conseils régionaux et départementaux aux compétences qui leur sont expressément attribuées par la loi³¹⁴. La clause de compétence est ainsi supprimée. Cependant, le second alinéa de l'article 73 prévoit que les départements ou régions peuvent « *en outre, par délibération spécialement motivée, se saisir*

³⁰⁹ Lettre de mission du Premier ministre au sénateur Lambert, 3 septembre 2007.

³¹⁰ A. Lambert, *op.cit.*

³¹¹ D. Quentin, J-J Urvoas, *La clarification des compétences des collectivités territoriales*, rapport d'information n° 1153 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.-L. Warsmann, Assemblée Nationale, 2008 : « *les seules limites à la compétence d'une collectivité sont la limite territoriale (la collectivité n'est compétente que pour son propre territoire) et la limite des compétences confiées par le législateur de manière exclusive* ».

³¹² Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

³¹³ Etude d'impact de la loi 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, p. 78 et suiv.

³¹⁴ Loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, art. 73.

de tout objet d'intérêt départemental/régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique »³¹⁵. Ces dispositions correspondent, on le voit, aux critères d'utilisation de la clause générale de compétence. Cette dernière n'a donc pas été supprimée, les départements et régions peuvent toujours se saisir de toute compétence non attribuée sous réserve d'une délibération spécialement motivée. Seules les attributions de la commune n'ont pas été modifiées par cette réforme qui « *maintient et conforte la commune, cellule de base de notre démocratie. Notre réforme vise à renforcer tout à la fois l'échelon communal et l'échelon régional en recentrant chacun sur son domaine de compétences spécifiques* »³¹⁶.

111. En 2012, le gouvernement nouvellement formé revient cependant sur la réforme territoriale engagée en 2010. Annoncée lors de la campagne présidentielle, la décentralisation et la liberté d'administration des collectivités territoriales constituent un enjeu politique important³¹⁷. La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014³¹⁸ abroge les dispositions relatives à la suppression de la clause générale de compétence avant même leur entrée en vigueur³¹⁹. La référence à la motivation de la délibération est supprimée, les départements et les régions règlent à nouveau par voie de délibération leurs affaires locales³²⁰. Le gouvernement estime que cette clause « *ne constitue en aucun cas une habilitation générale des organes délibérants des collectivités territoriales à intervenir en toute matière dès lors que cette intervention serait justifiée par un intérêt local* »³²¹.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ A. Marleix, compte rendu intégral des débats, Sénat, 4 février 2010, session ordinaire de 2009-2010, JORF du 5 février 2010, p. 1015.

³¹⁷ « *Je ne crois pas à l'uniformité. Il faut accepter notre diversité territoriale, à condition qu'elle soit fondée sur la clarté et la confiance. La clarté c'est la définition dans la loi du rôle de chacun. La confiance, c'est tout simplement le principe de libre administration des collectivités locales* » déclare le candidat F. Hollande à Dijon, le 3 mars 2012.

³¹⁸ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles est considérée comme la première loi de l'acte III de la décentralisation.

³¹⁹ Cons. const., 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*, n° 2016-565 QPC.

³²⁰ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 1^{er}.

³²¹ Etude d'impact de la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, p.14 et suiv. : « *la suppression de la clause générale de compétence a revêtu avant tout une portée symbolique* ».

112. A la suite de son rétablissement en 2014 par la loi de modernisation de l'action publique, la clause générale de compétence fait à nouveau l'objet d'une réforme et se trouve supprimée pour les régions et les départements par la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République³²². La recherche d'efficacité justifie à nouveau cette réforme : « *par son caractère général et sa dimension jurisprudentielle, qui en rend la portée évolutive et incertaine, cette disposition ne favorise pas la clarification des compétences. Cette situation ne contribue pas à la lisibilité du droit et à une répartition efficace des interventions publiques dans un contexte marqué par l'effort nécessaire et inédit de redressement des comptes publics* »³²³. La région et le département exercent alors leurs compétences uniquement « *dans les domaines de compétences que la loi [leur] attribue* ». Le principe de spécialité s'applique désormais strictement, seules les communes disposent encore de la faculté de recourir à cette clause générale de compétences.

113. Au nom de l'efficacité, la clause générale de compétence a ainsi été supprimée pour les régions et les départements, ces collectivités étant réduites au principe de spécialité³²⁴. Cependant, la suppression de la clause générale de compétence ne parvient pas à faire œuvre de clarification dans l'attribution des compétences locales énergétiques.

B. L'inefficacité de la suppression de la clause générale de compétence pour la réalisation de la transition énergétique

114. La volonté de clarification de l'attribution des compétences locales, affirmée dans un premier temps par la réforme générale des politiques publiques puis par la modernisation de l'action publique, n'a pas été réalisée s'agissant des compétences énergétiques. Elles sont encore nombreuses à demeurer partagées. La suppression de la clause générale de compétence se traduit, pour la région et le département, par l'attribution de compétences générales

³²² Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

³²³ Etude d'impact de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, p. 93 et suiv.

³²⁴ Le sénateur B. Vera pose la question lors des débats en séance du 4 février 2010 relatif à l'art. 35 du projet de loi de réforme territoriale : « *la clause générale de compétence est-elle, oui ou non, consubstantielle à la notion de collectivité territoriale ? Une collectivité territoriale sans compétence générale redevient-elle, oui ou non, un établissement public régi par le principe de spécialité ?* ».

encadrant faiblement leurs actions locales respectives. En matière énergétique, les compétences demeurent enchevêtrées, la suppression de la clause générale de compétence et l'attribution de compétences expressément définies par la loi ne parvenant pas à faire œuvre de clarification.

115. Prenons l'exemple de la politique publique de maîtrise de la demande d'énergie³²⁵, qui implique la rénovation énergétique du bâti à la recherche d'économies d'énergie.

La loi de transition énergétique du 17 août 2015 donne à la région compétence pour promouvoir des actions d'efficacité énergétique, notamment par « *l'implantation de plateformes territoriales de la rénovation énergétique sur les territoires intercommunaux* »³²⁶. Dans le même temps, cette compétence est exercée par le département à travers son attribution de lutte contre la précarité énergétique, définie comme « *la situation dans laquelle une personne éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaires à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat* »³²⁷. Ainsi, pour résorber la précarité énergétique présente sur son territoire, le département développe et encourage des actions de rénovation énergétique à destination des foyers en situation de fragilité.

Les établissements publics de coopération intercommunale sont également compétents en matière d'efficacité énergétique en tant qu'animateurs de la transition énergétique³²⁸. Ce statut les autorise à agir notamment en faveur de la rénovation énergétique. En effet, l'article L. 2224-34 du code général des collectivités locales dispose que les intercommunalités peuvent réaliser des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie de réseau des consommateurs finaux en gaz, en chaleur et en électricité basse tension et que ces actions peuvent également

³²⁵ La maîtrise de la demande énergétique consiste à rechercher le moyen d'obtenir le même service ou objet tout en limitant l'énergie nécessaire pour le produire. La maîtrise de la demande énergétique se décompose en deux piliers : l'efficacité énergétique des équipements (dont les bâtiments d'habitation, de commerce, tertiaires) et une responsabilisation des acteurs énergétiques (consommateurs et producteurs), v. en ce sens : B. Laponche, « Sobriété et maîtrise de la demande d'énergie », *Les cahiers de Global Chance*, n° 21, mai 2006.

³²⁶ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 188 I.

³²⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 11.

³²⁸ L'art. 188 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte dispose que « *les établissements publics de coopération intercommunale lorsqu'ils ont adopté le plan climat-air-énergie territorial sont les coordinateurs de la transition énergétique. Ils animent et coordonnent sur leur territoire des actions dans le domaine de l'énergie en cohérence avec les objectifs du plan climat-air-énergie territorial et avec le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie, en s'adaptant aux caractéristiques de leur territoire* ».

tendre à maîtriser la demande d'énergie des consommateurs en situation de précarité énergétique. Par ailleurs, les communes, propriétaires d'immeubles à loyer modéré où résident certains ménages en situation de précarité énergétique, sont maîtres d'ouvrage de ces travaux de rénovation. Les trois collectivités territoriales et les établissements de coopération intercommunale sont ainsi en charge de la politique publique d'efficacité énergétique.

116. Une délimitation plus claire des compétences doit être recherchée pour optimiser les dépenses publiques. La suppression de la clause générale de compétence est sans incidence sur les compétences énergétiques attribuées aux collectivités locales. La rédaction des compétences attribuées est suffisamment large pour permettre à chaque échelon décentralisé de répondre à l'évolution des besoins énergétiques locaux, sans obligation de coordination de leurs interventions. Les contours imprécis des compétences attribuées par le législateur sont à l'origine de l'enchevêtrement et de l'illisibilité de l'action publique locale. La rationalisation des compétences par la suppression de la clause générale de compétence n'est pas effective car la clause « *ne justifie à elle seule l'action locale que dans des champs marginaux* »³²⁹. Nous pouvons alors nous interroger sur la portée uniquement politique de sa suppression.

117. Il apparaît que l'enchevêtrement des compétences énergétiques résulte de la superposition de réformes territoriales qui, pour des raisons politiques, ont refusé d'attribuer clairement ces compétences à un échelon local. Les compétences sont attribuées à chacune des collectivités afin de leur permettre d'assurer au mieux le service public énergétique. Cette volonté conduit à une multiplication d'initiatives locales qui s'enchevêtrent, la coordination entre les collectivités territoriales dépendant souvent de relations locales particulières³³⁰.

118. La définition de territoires géographiquement et économiquement pertinents permettrait une redéfinition des compétences attribuées en cohérence avec les capacités de ces

³²⁹ G. Le Chatelier, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 9 février 2009, p. 186 et suiv.

³³⁰ Nous le verrons au cours de la seconde partie lors des développements relatifs aux conférences de l'action publique, la coordination des politiques publiques entre les différents échelons territoriaux dépend avant tout des relations personnelles ou politiques développées localement (*infra*, n° 482).

territoires. La rationalisation de l'organisation territoriale offre une meilleure coordination et efficacité des politiques locales.

Chapitre 2. L'évolution de l'organisation territoriale et la transition énergétique

119. La réalisation de la transition énergétique à l'échelle des territoires exige une clarification des compétences énergétiques attribuées. Cependant, celle-ci est entravée du fait d'une organisation territoriale fragmentée qui nuit à la lisibilité de l'action publique. L'acte III de la décentralisation qui débute avec la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, tente de définir de nouveaux ressorts territoriaux, plus cohérents, afin de limiter la fragmentation territoriale et ainsi l'enchevêtrement des initiatives locales³³¹.

120. La gouvernance énergétique locale doit refléter la complémentarité des compétences en associant les différents échelons territoriaux responsables. En effet, l'accomplissement de la transition énergétique dépend de politiques publiques locales « *en particulier l'aménagement du territoire, l'organisation de la mobilité et le soutien aux activités économiques* »³³². Ainsi l'organisation énergétique locale définie par les lois de réforme territoriale et par la loi de transition énergétique repose sur l'intercommunalité qui coordonne la transition énergétique³³³ et sur la région en charge de l'aménagement du territoire, du développement durable, de la qualité de l'air et de l'énergie³³⁴. Le département, qui demeure chargé de l'action sociale, de la solidarité des territoires et de la résorption de la précarité énergétique, ne participe guère activement à cette gouvernance énergétique³³⁵.

³³¹ M. Saujot, A. Rüdinger, A. Guerry, « Gouvernance locale de l'énergie - Clarification des enjeux et illustration par la planification territoriale », *Working Papers*, n° 08/14, IDDRI, 2014 : « *La poursuite de la décentralisation constitue à la fois une difficulté pour la gouvernance de la transition énergétique – instabilité du système, processus inachevé- et une opportunité- des évolutions sont possibles rapidement, le système n'étant pas encore stabilisé* ».

³³² *Ibid.*

³³³ CGCT, art. L. 2224-34.

³³⁴ CGCT, art. L. 4251-4 : la région élabore un schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires qui comprend des éléments climatiques et énergétiques.

³³⁵ L'avenir des départements est incertain. Leur suppression ayant été évoquée un temps en 2014, il semblerait qu'elle soit pour le moment ajournée. Cependant, il n'est pas certain que cette situation demeure, v. en ce sens :

121. La réforme de l'organisation territoriale clarifie les rôles entre collectivité planificatrice et collectivité réalisatrice de la transition énergétique³³⁶. La gouvernance de la transition énergétique est ainsi assurée par le couple région – intercommunalité (section 1). Cependant, l'introduction de la métropole bouleverse cet équilibre territorial en pleine recomposition, par la concentration des compétences énergétiques et du pouvoir économique (section 2).

Section 1. Les acteurs énergétiques locaux : régions et intercommunalités

122. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement attribue à la région une compétence de planification énergétique à travers l'élaboration de schémas environnementaux³³⁷. Cette planification prend en compte les objectifs nationaux de développement durable et les adapte aux exigences territoriales. Toutefois, si la planification s'avère être un outil nécessaire aux territoires, son absence de caractère contraignant du fait de l'interdiction de la tutelle entre collectivités³³⁸ réduit d'autant son efficacité (§1). A partir de ces schémas de planification énergétique régionaux, les communes et intercommunalités définissent et

A. Vives, « Ile-de-France : les départements unis contre la prochaine réforme territoriale », *Le Parisien*, 28 septembre 2017.

³³⁶ V. en ce sens : M. Saujot, A. Rüdinger, A. Guerry, *op.cit.*, p. 6.

³³⁷ La loi n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement attribue à la région l'élaboration du schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie (art. 68), du schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables (art. 71), du schéma régional éolien (art. 90), du schéma régional de cohérence écologique (art. 121). Par ailleurs, la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative au Grenelle de l'environnement, dite loi Grenelle I, avait créé un schéma régional des énergies renouvelables (art. 19).

³³⁸ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions et l'Etat, art. 2 dispose que les transferts de compétences entre collectivités ne peuvent autoriser l'établissement et l'exercice d'une tutelle entre elles. L'interdiction de tutelle entre collectivités territoriales est constitutionnalisée lors de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (art. 6). La tutelle entre collectivités territoriales désigne l'exercice d'un contrôle effectif d'une collectivité sur une autre ; v. en ce sens : CE, Ass, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, n° 236442, *Rec.* ; Cons. const., 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 2004-490 DC, cons.66 ; égal. G. Le Chatelier, « La Constitution et les relations entre les collectivités », *Cah. c. const.*, n° 42, janvier 2014.

mettent en œuvre leurs politiques énergétiques locales. Le rassemblement intercommunal, devenu obligatoire par la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010³³⁹, recouvre des formes différentes dont les compétences énergétiques obligatoires varient (§2).

§1. La région, une collectivité aux compétences énergétiques surévaluées

123. L'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales dispose que la région assure le développement économique social et culturel du territoire³⁴⁰ dans le cadre des compétences qui lui sont expressément attribuées par la loi, la clause générale de compétence lui ayant été retirée. Dans le cadre de la transition énergétique, les compétences d'organisation dont elle dispose³⁴¹ sont relativement inefficaces (A). En revanche, ses compétences en matière économique lui permettent de soutenir les initiatives énergétiques locales (B).

A. Une planification régionale inefficace

124. La région élabore de nombreux schémas d'orientation énergétique mais leur multiplication a rendu leurs objectifs illisibles. La loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015 rationalise leur nombre en les fusionnant en deux schémas principaux : le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires³⁴², d'une part, et le schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation³⁴³, d'autre part (1).

A partir de ces schémas de planification, la région organise les modalités de l'action commune³⁴⁴ des collectivités territoriales pour les compétences relatives au climat, la qualité

³³⁹ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, art. 38.

³⁴⁰ CGCT, art. L. 4211-1 : « le conseil régional a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région, le soutien à l'accès au logement et l'amélioration de l'habitat, le soutien à la politique de la ville et à la rénovation urbaine et à l'aménagement du territoire ».

³⁴¹ Le cas français n'est pas unique, la gouvernance locale énergétique italienne suit la même architecture, les lois de décentralisation (notamment la loi n° 10 de 1991) ont confié aux régions, un rôle central dans la programmation énergétique, v. en ce sens A. Prontera, « Les politiques énergétiques locales en Italie » in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013.

³⁴² Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, art.10.

³⁴³ Loi n° 2015-991, *ibid.*, art. 2.

³⁴⁴ V. en ce sens : Cons. const., 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariats*, n° 2008-567 DC.

de l'air et l'énergie, l'aménagement et le développement durable du territoire³⁴⁵. L'interdiction de tutelle entre les collectivités empêchant la région de donner un caractère contraignant à ces schémas de planification, ces derniers entretiennent des rapports de prise en compte et de compatibilité avec les documents régissant l'occupation des sols (2). L'opposabilité relative des schémas régionaux de planification couplée à la fusion des régions interroge quant à l'efficacité de ces outils pour la réalisation de la transition énergétique locale.

1) L'évolution des schémas de planification énergétique

125. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (également loi Grenelle II ou loi ENE)³⁴⁶ crée de nombreux schémas régionaux environnementaux : le schéma régional climat, air et énergie³⁴⁷, le plan climat énergie territorial³⁴⁸, le schéma régional éolien³⁴⁹, le schéma régional de cohérence écologique³⁵⁰ et le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables³⁵¹. Ces différents schémas de planification sont adossés au schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire. Créé par la loi Defferre du 7 janvier 1983³⁵² et renforcé par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995³⁵³, ce schéma définit les orientations fondamentales pour l'environnement et le développement durable. L'élaboration de ce document repose sur l'association de toutes les collectivités locales. En effet, il est élaboré et approuvé par le conseil régional après avis des conseils généraux des départements concernés et du conseil économique et social régional. Les départements, les communes et les groupements de communes compétents en matière d'aménagement ou d'urbanisme sont également associés à son élaboration³⁵⁴. Les différents schémas de planification énergétique s'organisent autour des

³⁴⁵ CGCT, art. L. 1111-9.

³⁴⁶ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (ENE).

³⁴⁷ Loi ENE du 12 juillet 2010, *ibid.*, art. 68.

³⁴⁸ Loi ENE du 12 juillet 2010, *ibid.*, art. 75.

³⁴⁹ Loi ENE du 12 juillet 2010, *ibid.*, art. 90.

³⁵⁰ Loi ENE du 12 juillet 2010, *ibid.*, art. 121.

³⁵¹ Loi ENE du 12 juillet 2010, *ibid.*, art. 71.

³⁵² Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

³⁵³ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, art. 6.

³⁵⁴ *Ibid.*

orientations environnementales déterminées par le schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire.

126. Le schéma régional climat, air et énergie est créé en remplacement des dispositions sur la qualité de l'air prévues au code de l'environnement avec un triple objectif : atténuer les effets du changement climatique grâce à la définition d'objectifs régionaux de maîtrise de l'énergie, améliorer la qualité de l'air et valoriser le potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération pour limiter la pollution³⁵⁵. Un rapport de compatibilité est établi avec le plan climat énergie territorial que les régions peuvent intégrer au sein de leur schéma climat-air-énergie. Obligatoire pour les collectivités territoriales de plus de 50 000 habitants³⁵⁶, le plan climat énergie territorial définit les objectifs stratégiques et opérationnels énergétiques locaux, un programme d'actions pour l'efficacité énergétique et établit un dispositif de suivi de mise en œuvre. La création de ces deux schémas directeurs a été guidée par la volonté d'une « *approche globale et intégrée au service d'une stratégie climatique locale* »³⁵⁷.

127. L'élaboration d'un schéma éolien, d'un schéma de cohérence écologique et d'un schéma de raccordement aux réseaux pour les énergies renouvelables par la région s'ajoutent à ces documents de planification énergétique générale.

Le schéma régional éolien, annexé au schéma régional climat, air et énergie, détermine les zones territoriales favorables au développement de l'énergie éolienne. Avant la loi du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre³⁵⁸, des zones de développement éolien permettant aux producteurs de bénéficier des tarifs d'achat³⁵⁹ étaient ar-

³⁵⁵ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *op.cit.*, art. 68 codifié au C. env., art. L. 222-1.

³⁵⁶ D'après l'Institut national d'études démographiques, la population des treize régions françaises dépasse le minimum de 50 000 habitants, donc les régions doivent établir un plan climat énergie territorial qu'elles peuvent choisir d'intégrer au schéma régional climat-air-énergie (chiffres 2016).

³⁵⁷ Projet de loi n° 155 portant engagement national pour l'environnement, exposé des motifs.

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ Créée par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, la zone de développement éolien était définie en fonction des délimitations territoriales du schéma régional éolien pour encourager l'implantation locale d'éoliennes. Les producteurs d'énergie éolienne (la loi du 12 juillet 2000 fixe à cinq le nombre minimal de mats éoliens) ne pouvaient bénéficier des tarifs d'achat d'électricité (obligation faite à EDF d'acheter l'énergie renouvelable produite à un prix fixe) que si leurs éoliennes étaient installées sur cette zone. La question des tarifs

rêtées à partir de ce schéma régional. Il n'existe plus aujourd'hui de restrictions quant à l'implantation d'éoliennes³⁶⁰, en dehors des permis de construire³⁶¹. Ce schéma offre malgré tout une vision d'ensemble des zones de production d'énergie éolienne potentielles.

Le schéma de cohérence écologique élaboré conjointement par la région, l'Etat et un comité régional trames verte et bleue³⁶², vise à protéger la biodiversité locale³⁶³ en prenant en compte les « *orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques et les schémas directeurs d'aménagement et de gestion de l'eau* »³⁶⁴.

Enfin, le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables, élaboré par les gestionnaires des réseaux énergétiques, soumis pour approbation aux autorités organisatrices de la distribution et approuvé par le préfet de région est créé par la loi portant engagement national pour l'environnement du 12 juillet 2010³⁶⁵ pour organiser l'injection³⁶⁶ de la production renouvelable dans les réseaux. Ce document est établi au niveau régional pour planifier la coordination des travaux de développement et de renforcement des réseaux, afin d'accueillir les productions énergétiques renouvelables décentralisées.

128. L'efficacité de ces schémas régionaux de planification énergétique dépend des rapports qu'ils entretiennent avec le plan local d'urbanisme, outil municipal régissant l'occupation des sols. Les rapports de prise en compte et de compatibilité des schémas de planification énergétique régionaux avec le plan local d'urbanisme dessinent la cohérence des politiques énergétiques locales.

d'achat sera abordée dans la seconde partie de cette étude relative au financement de la transition énergétique (*infra* n° 431).

³⁶⁰ C. ener., art. L. 314-1.

³⁶¹ Pour les éoliennes dont la taille est supérieure à douze mètres, un permis de construire est nécessaire (c.urb, art. R.421-2). L'octroi du permis de construire revient à la commune et non à la région.

³⁶² Le comité régional trames verte et bleue est une instance d'information et de consultation coprésidée par l'Etat et le conseil régional. Sa mission est le maintien et la restauration des continuités écologiques. Il participe à ce titre à l'élaboration du schéma régional de cohérence écologique.

³⁶³ C.env., art. L. 371-1.

³⁶⁴ Loi ENE du 12 juillet 2010, art. 121.

³⁶⁵ Loi ENE du 12 juillet 2010, art. 71.

³⁶⁶ Une fois la production renouvelable réalisée, elle doit être insérée dans les réseaux de distribution ou de transport en fonction de sa puissance pour être ensuite distribuée aux foyers de consommation. L'injection de la production renouvelable fait référence à son insertion sur le réseau.

2) *L'articulation entre les schémas énergétiques régionaux et le plan local d'urbanisme*

129. La planification établie par la région doit être respectée et appliquée par les documents d'urbanisme de proximité, sans être pour autant dans un rapport de contrainte en raison de l'interdiction de la tutelle entre collectivités. Des rapports de prise en compte et de compatibilité sont alors définis entre le plan local d'urbanisme, le schéma de cohérence territoriale, plans d'occupation des sols et les schémas de planification énergétique. La définition des rapports de prise en compte et de compatibilité est nécessaire (a) avant de les étudier dans le cadre des schémas énergétiques (b).

a) *Les rapports de prise en compte et de compatibilité en matière d'urbanisme*

130. L'obligation de prise en compte des documents d'urbanisme entre eux désigne le respect des orientations fondamentales définies dans le document supérieur³⁶⁷, sans obligation de conformité stricte³⁶⁸. Le juge contrôle la prise en compte des orientations tant d'un point de vue interne qu'externe : « *il ne faudrait pas réduire l'obligation de prise en compte à une simple obligation de légalité interne donnant lieu à un contrôle réduit à la seule censure des erreurs manifestes d'appréciation* »³⁶⁹.

131. L'obligation de compatibilité entre documents d'urbanisme est plus contraignante, « *c'est un rapport en vertu duquel la norme inférieure doit s'accorder avec la norme supérieure également applicable* »³⁷⁰. Le rapport de compatibilité s'assure que les documents

³⁶⁷ L'art. L. 111-1-1 C. urb. (abrogé depuis par l'ordonnance n°2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme) établissait une hiérarchie entre les différents documents d'urbanisme qu'il nous a paru importante de souligner.

³⁶⁸ Le Conseil d'Etat différencie le rapport de compatibilité du rapport de prise en compte au sein des documents d'urbanisme (CE, 9 juin 2004, *Association Alsace Nature du Haut-Rhin*, n° 254174, *Rec.*). Le rapport de prise en compte implique de « *pas ignorer les objectifs généraux d'un autre document. Une disposition contraire à un document supérieur devrait faire l'objet d'une motivation* » (F. Pillet, R. Vandierendonck, Y. Collin, P. Dallier, *Les outils fonciers des collectivités locales : comment renforcer des dispositifs encore trop méconnus ? Rapport d'information n°1* établi au nom de la commission des finances et de la commission des lois, 1^{er} octobre 2013, Sénat).

³⁶⁹ D. Péano, « La hiérarchie des normes à l'épreuve du Grenelle 2, » *Construction – Urbanisme*, n° 9, septembre 2011.

³⁷⁰ *Ibid.*

d'urbanisme édictés par les collectivités locales compétentes ne soient pas contraires entre eux. La marge de manœuvre du juge administratif lorsqu'il contrôle le respect de la compatibilité entre documents dépend du degré prescriptif de la norme supérieure³⁷¹ : en cas d'interdiction établie par le document supérieur, la conformité doit être stricte. En revanche, s'il n'existe pas d'interdiction, le contrôle de compatibilité porte sur la non contrariété des orientations choisies. Ainsi, « *ces dispositions ne sauraient avoir légalement pour effet d'imposer une stricte conformité* »³⁷². La compatibilité n'implique pas la reproduction d'un élément édicté par le document supérieur³⁷³.

132. En effet, l'obligation de compatibilité entre les documents d'urbanisme s'inscrit dans les principes constitutionnels de libre administration des collectivités territoriales et de non tutelle d'une collectivité sur une autre. Le Conseil constitutionnel autorise le législateur à assujettir les collectivités territoriales à des obligations tant qu'elles correspondent à la réalisation d'objectifs constitutionnels ou d'intérêt général et « *qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée* »³⁷⁴. Le Conseil d'Etat retient la même approche : les rapports de compatibilité peuvent être prévus par le législateur dans le cadre de schémas d'aménagement et de plans d'urbanisme à la condition que le contenu de ces schémas ne soit pas trop précis. Le Conseil d'Etat met en garde le législateur : « *une précision excessive équivaudrait à une tutelle et porterait atteinte à la libre administration de la catégorie de collectivités dont la compétence serait méconnue* »³⁷⁵. Dans ces conditions, les schémas régionaux ne peuvent contenir de dispositions trop rigides et précises afin d'éviter d'instituer un « *rapport d'obéissance hiérarchique entre les décisions de deux collectivités associées par une action commune* »³⁷⁶. Un équilibre doit donc être trouvé

³⁷¹ B. Boubli et a, *Urbanisme – Construction*, Memento pratique, Francis Lefebvre, 2016, pt. 1075 et suiv. : la notion de compatibilité est liée aux faits de l'espèce, en fonction de la rédaction plus ou moins précise et impérative de la norme supérieure.

³⁷² CE, 10 juin 1998, *SA Leroy Merlin*, n° 176920, *Rec.*

³⁷³ C. Eisenmann, « Le principe de légalité et le droit administratif », *EDCE*, 1957, p. 25.

³⁷⁴ Cons. const., 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, n° 2000-436 DC.

³⁷⁵ CE, sect. int., avis, 15 novembre 2012, n° 387 095.

³⁷⁶ B. Faure, « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales ? », *AJDA* 2015, p.1898 et suiv.

entre l'obligation de précision et une précision excessive conduisant à un rapport de hiérarchie strict.

133. La multiplication du nombre de schémas et la diversité de leurs rapports de prise en compte ou de compatibilité rendent complexes les règles de planification d'urbanisme.

b) Les rapports entre les documents d'urbanisme et schémas de planification énergétique

134. Le plan local d'urbanisme (PLU) qui régit l'occupation des sols entretient des rapports de prise en compte et de compatibilité avec les documents qui lui sont supérieurs. Le plan local d'urbanisme doit être compatible avec le schéma de cohérence territorial, s'il existe. En son absence, le plan local d'urbanisme doit être directement compatible avec les lois littorale³⁷⁷ et montagne³⁷⁸, qui prévoient de nombreuses dispositions pour la protection de ces zones géographiques spécifiques (inconstructibilité, extension limitée).

135. Le plan local d'urbanisme doit être également compatible avec le plan de déplacement urbain³⁷⁹ et le programme local de l'habitat³⁸⁰, documents d'urbanisme dont les conséquences énergétiques sont importantes.

En effet, le plan de déplacement urbain qui établit les principes de l'organisation du transport urbain³⁸¹ et assure « *l'équilibre durable entre les besoins de mobilité et la protection de l'environnement* »³⁸², prévoit également « *la réalisation, la configuration et la localisation des infrastructures de charge destinées à favoriser l'usage de véhicules électriques ou hybrides rechargeables* »³⁸³.

³⁷⁷ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

³⁷⁸ Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

³⁷⁹ Code des transports, art. L. 1214-1 et suiv.

³⁸⁰ Code de la construction et de l'habitation, art. L. 302-1 et suiv.

³⁸¹ Code des transports, art. L. 1214-1.

³⁸² Code des transports, art. L. 1214-2 1°.

³⁸³ Code des transports, art. L. 1214-2 -11°.

Le programme local de l'habitat³⁸⁴, quant à lui, est un document de planification définissant les actions de renouvellement urbain (gestion et entretien du parc existant, nouvelles constructions). Ce programme comporte incidemment une dimension énergétique en raison des modalités d'approvisionnement et de consommation énergétique des logements. Par ailleurs, les actions de renouvellement urbain peuvent comprendre des actions d'efficacité énergétique.

136. L'échelon supérieur du plan local d'urbanisme, le schéma de cohérence territoriale, entretient un rapport de prise en compte avec le schéma de cohérence écologique et le plan climat énergie territorial, qui lui-même est compatible avec le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie.

137. Les schémas énergétiques régionaux sont liés aux autres documents d'urbanisme par des rapports de prise en compte ou de compatibilité. Leur multiplicité et la nature différente de leurs rapports ont rendu la planification énergétique régionale inefficace. Pour cause, les collectivités locales destinataires de ces schémas, essentiellement les communes, ne parvenaient pas à se les approprier. Le législateur a alors simplifié et rationalisé les différents schémas de planification énergétique et environnementale lors du vote de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République. La compétence régionale de planification est maintenue et simplifiée avec la fusion des schémas existants en deux schémas d'orientation afin d'assurer une meilleure coordination entre les différentes politiques publiques locales³⁸⁵ : le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires³⁸⁶ et le schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation³⁸⁷. Un plan régional de prévention et de gestion des déchets s'ajoute à ces schémas depuis la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République³⁸⁸.

³⁸⁴ Code de la construction et de l'habitation, art. L. 302-1.

³⁸⁵ S. Alexandre, P. Schmit, J.-P. Thibault, *Le futur schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire : un schéma régional intégrateur ?* rapport rédigé sous l'égide Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et du Ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité, n° 008800-01, décembre 2014.

³⁸⁶ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, art. 10.

³⁸⁷ Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, *ibid.*, art. 2.

³⁸⁸ Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, *ibid.*, art. 8 et décret n° 2016-811 du 17 juin 2016 relatif au plan régional de prévention et de gestion des déchets.

138. Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires fixe désormais les objectifs en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, d'habitat, d'intermodalité³⁸⁹, de maîtrise et de valorisation de l'énergie, de lutte contre le changement climatique, de pollution de l'air, de protection et de restauration de la biodiversité, de prévention et de gestion des déchets³⁹⁰. Le schéma de cohérence territoriale, plan local d'urbanisme, carte communale, plans de déplacement urbain et plan climat énergie territoriaux, prennent en compte les objectifs et orientations de ce schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires et s'inscrivent dans un rapport de compatibilité avec les règles générales dudit schéma³⁹¹. L'élaboration de ce schéma est réalisée par le conseil régional après débat au sein de la conférence territoriale de l'action publique. Créée par la loi de modernisation de l'action publique en 2014³⁹², la conférence territoriale de l'action publique réunit les représentants des collectivités territoriales concernées sous l'égide du président du conseil régional³⁹³ pour favoriser l'exercice concerté des compétences locales. Cette institution est saisie pour avis sur l'exercice de compétences nécessitant « *le concours de plusieurs collectivités territoriales ou groupements* »³⁹⁴. En qualité de chef de file, la région chargée d'organiser les modalités de l'action commune pour les compétences d'aménagement, de développement durable, du climat, de l'air et de l'énergie de son territoire³⁹⁵, élabore ainsi le schéma

³⁸⁹ L'intermodalité désigne l'utilisation de plusieurs modes de transport au cours d'un déplacement.

³⁹⁰ Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, art. 10.

³⁹¹ L'art. 10 de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République définit les rapports de compatibilité généraux. Les règles générales sont contenues dans le fascicule du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires dont le contenu est déterminé par le décret n° 2016-1071 du 3 août 2016. En matière de climat, d'air et d'énergie, les mesures générales déterminées visent à favoriser le développement des énergies renouvelables et de récupération (CGCT, art. R. 4251-10).

³⁹² Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 4.

³⁹³ La conférence de l'action publique est composée du président du conseil régional qui la préside ainsi que des présidents des conseils départementaux, des établissements publics de coopération intercommunale et de représentants pour chaque catégorie de communes (en fonction de leur densité de population).

³⁹⁴ CGCT, art. L. 1111-9 I.

³⁹⁵ CGCT, art. L. 1111-9 II 1° et 2°.

régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires dans un esprit de concertation³⁹⁶ pour la coordination des interventions publiques³⁹⁷.

139. Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires est ainsi le résultat d'une planification concertée offrant la possibilité à chaque collectivité concernée de s'exprimer afin d'améliorer, en théorie, l'efficacité de la planification. Toutefois la question du lien entre l'efficacité de la planification et la concertation est posée. S'il est vrai que la concertation et l'adhésion de tous les acteurs à un même objectif favorise sa réalisation, il n'est pas acquis que ce raisonnement soit transposable au schéma régional d'aménagement et de développement durable, les rapports de compatibilité entre les documents d'occupation des sols et le schéma étant souples et les orientations relativement imprécises. De plus, les nouvelles frontières régionales issues de la loi relative à la délimitation des régions du 16 janvier 2015³⁹⁸ qui fusionne vingt-deux régions en treize³⁹⁹, ne permettent pas de définir d'objectifs précis sans porter atteinte au principe d'interdiction de la tutelle entre collectivités. Obligé de demeurer général pour englober les contraintes de chaque territoire, le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires ne saurait être un outil de planification efficace. Les communes et leurs établissements publics de coopération intercommunale en charge de l'animation territoriale de la transition énergétique sont libres de développer leurs projets, sans tenir compte des orientations du schéma régional d'aménagement, tant qu'elles n'y contreviennent pas. En effet, les obligations de prise en compte et de

³⁹⁶ Le préfet de région, les conseils départementaux, les métropoles et autres établissements de coopération intercommunales sont associés à l'élaboration du projet de schéma avec le conseil régional, une fois le projet arrêté. Le projet de schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires est par ailleurs soumis à enquête publique avant d'être adopté par le conseil régional et arrêté par le préfet de région (Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, art. 10).

³⁹⁷ CGCT, art. L. 1111-9-1 IV.

³⁹⁸ Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

³⁹⁹ La fusion de ces collectivités a été encouragée par l'évolution de l'organisation territoriale européenne et la constitution d'une Europe des Régions dont le mouvement date des années 1990 avec la création du Comité des régions. Cette institution européenne est composée de représentants élus au niveau local et régional des états membres, pouvant émettre un avis sur toute législation européenne ayant des incidences directes sur les villes et régions. Le mouvement de constitution de régions fortes est européen.

comptabilité entre les différents documents d'urbanisme et les schémas de planification énergétique voient leur efficacité réduite d'autant plus en raison du ressort territorial sur lequel elles s'exercent.

140. La planification énergétique ne saurait être efficace sans être accompagnée d'une politique publique de développement économique, nécessaire à la réalisation des objectifs régionaux définis. En charge de la promotion et du développement économique, les régions disposent de ressources économiques pour encourager la transition énergétique.

B. La région, administrateur économique local

141. La transition énergétique, si elle repose essentiellement sur les compétences énergétiques des collectivités locales, ne saurait exister sans être associée aux compétences de développement économique, compétences régionales⁴⁰⁰. La région définit les orientations économiques dans un schéma de planification, avant de déterminer les régimes d'aides économiques aux entreprises⁴⁰¹.

142. A l'instar de la rationalisation des schémas entreprise pour le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République crée le schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation qui rassemble le schéma régional de développement économique⁴⁰², le plan d'actions régional pour l'innovation et le plan régional d'internationalisation des entreprises⁴⁰³. Ce nouveau schéma régional définit « *les orientations*

⁴⁰⁰ CGCT, art. L. 4251-12.

⁴⁰¹ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité attribue à la région la définition du régime des aides au développement.

⁴⁰² Le schéma régional de développement économique est créé par l'art. 1^{er} de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. En 2004, ce schéma est établi à titre expérimental pour définir les orientations stratégiques de la région en matière économique, promouvoir un développement économique équilibré notamment. L'adoption du schéma transfère à la région, par délégation de l'Etat, l'attribution des aides économiques étatiques à destination des entreprises.

⁴⁰³ La déclaration commune Etat-régions du 12 septembre 2012 pour la croissance et pour l'emploi (engagement intervenu pour définir les modalités d'actions communes entre les régions et la Banque publique d'investissement nouvellement créée) encourage les régions à organiser sur leur territoire des dispositifs d'appui à l'internationalisation des entreprises et à l'innovation. A partir de ces engagements, les régions ont établi des plans d'action en faveur de l'innovation et l'internationalisation des entreprises.

régionales en matière d'aides aux entreprises, soutien à l'internationalisation, aides à l'investissement immobilier, à l'innovation, et l'attractivité du territoire »⁴⁰⁴. La région, autorité de planification économique, élabore le projet de ce schéma en concertation avec les établissements publics de coopération intercommunale sur son territoire afin de s'assurer de la complémentarité de leurs actions économiques⁴⁰⁵. Le projet de schéma est ensuite présenté à la conférence territoriale de l'action publique et aux chambres consulaires avant d'être adopté par le conseil régional et arrêté par le préfet de région⁴⁰⁶.

143. Une fois les orientations économiques arrêtées par le schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation, le conseil régional est exclusivement compétent⁴⁰⁷ pour définir le régime et les conditions d'attribution des aides aux entreprises pour la création et l'extension d'activités⁴⁰⁸. L'exclusivité de l'exercice de cette compétence n'interdit cependant pas aux autres collectivités de compléter ces financements, sous réserve d'une autorisation de la région⁴⁰⁹. Les aides économiques s'inscrivent dans un rapport de compatibilité avec les orientations économiques du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation⁴¹⁰ et prennent la forme de prestations de services, de subventions, de bonification d'intérêt, de prêts ou d'avances remboursables⁴¹¹.

144. Les aides publiques locales développées dans les années 1970-1980 poursuivaient deux objectifs principaux : l'aménagement du territoire et l'équilibre des économies régionales d'une part, et le maintien de l'emploi d'autre part⁴¹². Aujourd'hui, ces aides sont essentiellement destinées au maintien et à la création d'emplois locaux. Le développement

⁴⁰⁴ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 2.

⁴⁰⁵ En effet, comme nous l'étudierons dans les développements ultérieurs, l'intercommunalité dispose de compétences économiques de plein droit (*infra* n° 160 et suiv.).

⁴⁰⁶ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015, *op.cit.*

⁴⁰⁷ Sauf en cas d'habilitation législative expresse à un autre échelon local, v. en ce sens : CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or*, n° 58463, *Rec.*

⁴⁰⁸ CGCT, art. L. 1511-2 et suiv.

⁴⁰⁹ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, art. 3.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ L'art. 3 de la loi portant nouvelle organisation du territoire de la République dispose que le conseil régional est seul compétent pour définir les régimes d'aides et décider de leur octroi aux entreprises de la région.

⁴¹² J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., LGDJ, pt. 680 et suiv. ; égal C. comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, La Documentation française, novembre. 2007.

d'entreprises locales pour la transition énergétique telle que des entreprises de production ou de services énergétiques (diagnostic de performance énergétique, gestion des données énergétiques)⁴¹³ s'inscrit dans cet objectif économique. Le marché de la transition énergétique étant encore jeune, il ne se régule pas seul et les entreprises ont besoin d'aides économiques au soutien de leur activité. En effet, la Cour des comptes relevait dans son rapport de 2012 relatif à *l'Etat et au financement de l'économie*⁴¹⁴ que de nombreuses entreprises sont dépendantes du crédit bancaire⁴¹⁵, leurs marges d'autofinancement étant faibles. Or, le choix des établissements de crédit s'oriente préférentiellement vers des entreprises dont l'activité est rentable à court terme. Ainsi que nous le verrons dans la seconde partie de notre étude⁴¹⁶, les besoins de capitaux pour la production d'énergies renouvelables ou l'efficacité énergétique sont très importants et leur retour sur investissement demande plusieurs années, ce qui explique que l'investissement et leur financement ne soient pas immédiats. Les aides publiques sont alors nécessaires pour encourager les acteurs privés à investir dans des projets de transition énergétique.

145. La compétence de planification et de développement économique régional est partagée avec les métropoles, intercommunalités à fort potentiel économique⁴¹⁷. En effet, ces intercommunalités exercent également une compétence de développement et d'aménagement économique⁴¹⁸ concurrençant directement celle des régions. Pour exemple : en cas de désaccord sur les orientations du schéma de développement économique, la métropole peut élaborer son propre document d'orientation stratégique pour le territoire métropolitain, tout en prenant en compte les orientations du schéma régional de développement économique, d'innovation et

⁴¹³ Au cours de la seconde partie de cette étude consacrée à l'activité de distribution, nous étudierons les différentes actions publiques et privées qui peuvent être créées à partir de la transition énergétique (*infra* n° 498 et suiv.).

⁴¹⁴ C. comptes, *L'Etat et le financement de l'économie*, La Documentation française, juillet 2012.

⁴¹⁵ Les financements externes non bancaires sont encore peu développés en France pour les petites et moyennes entreprises, les actions et les obligations sont principalement utilisés par les grandes entreprises.

⁴¹⁶ *infra* n° 546.

⁴¹⁷ V. en ce sens : F. Gilli, C. Lefèvre, N. Roseau et a., « Quels pouvoirs pour les territoires métropolitains ? », *Métropolitiques*, 19 décembre 2012, en ligne, disponible à <http://www.metropolitiques.eu/Quels-pouvoirs-pour-les.html>.

⁴¹⁸ CGCT, art. L. 5217-2 I- 1°.

d'internationalisation⁴¹⁹. Sur un même territoire, deux orientations stratégiques de développement économique peuvent ainsi cohabiter⁴²⁰. Par ailleurs, les aides publiques régionales sont concurrencées par la multiplication d'aides publiques locales en faveur de la transition énergétique que nous développerons ultérieurement⁴²¹.

146. Les schémas de planification s'assurent d'une cohérence relative entre les différents dispositifs sans pouvoir les contraindre à la coordination⁴²². La volonté de rationalisation des schémas de planification et d'orientation économique recherchée par la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République est nécessaire mais elle ne permet pas de rationaliser les dispositifs d'aides notamment à destination de la transition énergétique.

147. Les orientations établies par la région sont ensuite mises en œuvre par les intercommunalités qui sont le cœur de la transition énergétique.

§2. *L'intercommunalité au cœur de la transition énergétique*

148. Les communes qui détiennent historiquement les compétences énergétiques locales, les exercent désormais à travers des intercommunalités, « *organismes publics de coopération créés dans les formes et conditions prévues par le législateur* »⁴²³. L'apparition juridique de l'intercommunalité date de la loi municipale du 5 avril 1884 « *qui favorise les accords et les conférences intercommunales* »⁴²⁴. La première forme d'intercommunalité, l'intercommunalité associative, naît avec la loi du 22 mars 1890 créant le syndicat intercommunal à vocation unique. Les premiers établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre datent, quant à eux, de l'ordonnance du 5 janvier 1959 et de la loi du 31 décembre 1966 créant les communautés urbaines. La loi du 6 février 1992 a introduit deux nouvelles formes d'intercommunalités avec la communauté de communes et la communauté de villes à qui des compétences de plein droit sont attribuées. Les lois suivantes, la loi du 4 février 1995 dite loi

⁴¹⁹ CGCT, art. L. 4251-15.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *infra* n° 640 et suiv.

⁴²² V. en ce sens : C. comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, *op.cit.*

⁴²³ CGCT, art. L. 5111-1.

⁴²⁴ L'émergence de l'intercommunalité est concomitante à l'affirmation de la commune en tant que collectivité locale par la loi du 5 avril 1884. L'intercommunalité est liée à l'existence de la commune.

Pasqua⁴²⁵ et la loi du 12 juillet 1999, loi Chevènement⁴²⁶, instituent quant à elles de nouvelles formes de coopération intercommunale.

149. L'intercommunalité aujourd'hui institutionnalisée sous la forme d'établissement public maintient « *la carte communale héritée des paroisses d'Ancien régime* »⁴²⁷, tout en la rationalisant pour plus d'efficacité grâce à la réalisation d'économies d'échelle⁴²⁸. La coopération intercommunale s'organise entre les syndicats mixtes, les pôles métropolitains et les établissements publics de coopération intercommunale qui rassemblent les syndicats de communes, les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les métropoles⁴²⁹.

150. La transition énergétique exige la définition de périmètres géographiques plus pertinents⁴³⁰ que ceux des collectivités territoriales établies pour plusieurs raisons : la production renouvelable ne saurait se limiter aux frontières administratives, le poids des investissements ne peut être assumé par des communes seules et, face à une organisation centralisée et monopolistique du secteur énergétique, la coopération intercommunale permet aux communes d'instituer un dialogue plus équilibré. L'intercommunalité permet de répondre à ces besoins en rassemblant des communes au sein d'une même institution locale. La coopération intercommunale peut prendre deux visages : une intercommunalité de gestion et une intercommunalité de projet⁴³¹.

⁴²⁵ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire crée le « pays », espaces non institutionnels de projets entre les collectivités urbaines, péri-urbaines et rurales (art. 23 et suiv.).

⁴²⁶ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale établit la communauté d'agglomération (art. 3) et la communauté urbaine (art. 5).

⁴²⁷ C. Pirès -Beaune, *L'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes*, rapport n° 2310 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 22 octobre 2014.

⁴²⁸ La structure intercommunale permet à un ensemble de communes de gérer leurs services publics au plus près de leurs besoins locaux, en optimisant les dépenses publiques. En effet, les économies d'échelle lors de la création de services publics de proximité, sont recherchées. La coopération intercommunale se construit également autour de projets communs de développement et d'aménagement du territoire.

⁴²⁹ CGCT, art. L. 5210-1-1-A.

⁴³⁰ Des territoires qui soient plus aux prises avec les bassins de vie, les bassins d'emploi qui sont les principaux lieux de consommation énergétiques.

⁴³¹ L'intercommunalité de projet désigne le rassemblement de communes pour la réalisation d'un projet défini, à la différence de l'intercommunalité de gestion qui désigne le transfert d'un certain nombre de compétences

151. L'intercommunalité se présente sous différentes formes reflétant la volonté des communes adhérentes à la structure de coopération. Cet outil de rationalisation territoriale est aujourd'hui un outil de gestion des contraintes territoriales (A) avant d'être érigé en échelon de décentralisation énergétique (B).

A. « L'intercommunalisation », une modalité de gestion territoriale

152. L'article L. 5210-1 du code général des collectivités territoriales bâtit l'intercommunalité sur la volonté d'association des communes : « *Le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes, d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité* ». La coopération intercommunale correspond à l'expression de la volonté des communes de former un ensemble géographique et économique cohérent pour exercer une compétence en commun ou réaliser un objectif plus ou moins défini comme le développement et l'aménagement territorial. Prenons l'exemple de la communauté de communes dont l'objet, défini à l'art. L. 5214-1 CGCT, est d'associer des communes « *au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace* ».

153. L'intercommunalité, conçue comme un outil de rationalisation territoriale, permet de lutter contre l'émiettement communal dans la mise en œuvre des politiques publiques : la France, composée de près de 35 500 communes⁴³², rencontre des difficultés dans le développement de ses projets locaux du fait de la multitude de ses acteurs et de leur absence de coordination⁴³³. Si l'étude d'impact de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 souligne l'augmentation continue du nombre de communes regroupées depuis 1993 et du franc succès de l'intercommunalité, des insuffisances persistent. En effet, au 1^{er} janvier 2009, près de 12% de la population française n'était pas regroupée au sein d'un établissement public à fiscalité propre⁴³⁴. L'étude d'impact reprenant le rapport public de la Cour des

(comme la gestion de services publics locaux) à la structure intercommunale en vue de leur administration courante, pour réduire les coûts.

⁴³² P. Roger, « La France ne compte plus que 35 498 communes », *Le Monde*, 19 janvier 2017.

⁴³³ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, exposé des motifs.

⁴³⁴ La couverture intercommunale souhaitée fait référence à l'appartenance des communes à des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre à savoir la communauté de communes, d'agglomération,

comptes relatif à *L'intercommunalité en France* de novembre 2005 nuance alors le succès de l'intercommunalité sur plusieurs points : l'inadaptation de certains périmètres intercommunaux pour des questions politiques, peu de volonté d'intégration des communes isolées dans les établissements de coopération intercommunale préexistants, mauvaise définition des compétences attribuées et insuffisance des transferts de moyens pour l'exercice des compétences transférées à l'établissement public de coopération intercommunale⁴³⁵.

154. La loi de réforme des collectivités territoriales de décembre 2010 impose alors la couverture de l'ensemble du territoire pour achever la carte de l'intercommunalité : « *Dans chaque département, il est établi, au vu d'une évaluation de la cohérence des périmètres et d'un état des lieux de la répartition des compétences des groupements existants et de leur exercice, un schéma départemental de coopération intercommunale prévoyant une couverture intégrale du territoire par des établissements à fiscalité propre et la suppression des enclaves et discontinuités territoriales* »⁴³⁶. Ce schéma évalué par la commission départementale de coopération intercommunale⁴³⁷ et établi par l'autorité préfectorale⁴³⁸, constitue un document de programmation de la carte intercommunale⁴³⁹. Toute commune appartient désormais à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre d'au moins 15 000

urbaine et la métropole. La différence avec les syndicats intercommunaux sera exposée peu après (*infra* n° 157 et suiv.).

⁴³⁵ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, étude d'impact, p. 58 et suiv.

⁴³⁶ CGCT, art. L. 5210-1-1.

⁴³⁷ L'art. 42 de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale crée la commission départementale de coopération intercommunale (CDCI) qui « *établit et tient à jour un état de la coopération intercommunale dans le département et qui peut formuler toute proposition tendant à renforcer la coopération intercommunale* ».

⁴³⁸ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 35.

⁴³⁹ CAA de Lyon, 24 septembre 2013, *Commune de Saint-Martin-de-Belleville*, n° 12LY02275 et CAA de Nancy, 7 novembre 2013, *Communauté de communes du Val-de-Meurthe*, n° 12NC01926 cité par Instruction du Gouvernement pour l'application des dispositions des articles 33, 35, et 40 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République relatifs à l'élaboration et à la mise en œuvre des nouveaux schémas départementaux de coopération intercommunale.

habitants⁴⁴⁰. Le périmètre de ces structures intercommunales est fixé par arrêté préfectoral, à la demande des communes⁴⁴¹.

155. Les différentes intercommunalités sont traditionnellement répertoriées suivant leur mode de financement, cependant cette classification nous paraît être sans objet, les communes devant adhérer à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. L'intercommunalité peut également être classée selon le degré de contrainte des communes, une fois adhérentes à la structure. La contrainte peut être le résultat de la volonté des communes par une délégation de compétences à l'établissement de coopération intercommunale⁴⁴², mais elle peut également être le fait de la loi qui attribue des compétences de plein droit à la communauté de communes, à la communauté d'agglomération et à la métropole.

156. Manifestation de l'exercice de la libre administration des collectivités locales (1), la coopération intercommunale, imposée par la loi est aujourd'hui le symbole d'une décentralisation rigide (2).

1) Des établissements publics de coopération intercommunale préservant la liberté locale

157. Créée par la loi du 22 mars 1890⁴⁴³, le syndicat de communes représente la forme de coopération intercommunale la plus souple « *associant des communes en vue d'œuvres ou de services d'intérêt intercommunal* »⁴⁴⁴. Première forme de coopération intercommunale, le syndicat n'a pas de fiscalité propre, ses adhérents contribuent à son budget. Le

⁴⁴⁰ L'art. 33 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 relative à la nouvelle organisation territoriale de la République fixe à 15 000 habitants le seuil minimal pour la constitution d'établissement public de coopération intercommunal. Des dérogations sont cependant prévues en cas de densité démographique faible.

⁴⁴¹ CGCT, art. L. 5211-5. La définition du périmètre peut également être l'œuvre du préfet après avis de la commission départementale de la coopération intercommunale ; v. en ce sens : TA de Besançon, 23 décembre 1999, *Commune d'Argiesans/Préfet du territoire de Belfort* cité par la circulaire du 13 juillet 1999 relative à la création de nouvelles structures de coopération intercommunale à fiscalité propre.

⁴⁴² Le transfert d'une compétence à un établissement public entraîne de fait le dessaisissement de la commune, c'est le principe d'exclusivité : CE, Ass., 16 octobre 1970, *Commune de Saint Vallier*, n° 71536, *Rec.*

⁴⁴³ Loi du 22 mars 1890 sur les syndicats de communes ajoutant un titre VIII (art. 169 à 180) à la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale.

⁴⁴⁴ CGCT, art. L. 5212-1.

syndicat de communes peut prendre trois formes : le syndicat à vocation unique⁴⁴⁵, le syndicat à vocation multiple⁴⁴⁶ et le syndicat de communes dit « à la carte ». Leurs règles de fonctionnement sont identiques.

158. Le syndicat intercommunal à vocation unique exerce une seule compétence, d'intérêt intercommunal. Les syndicats à objet multiple⁴⁴⁷ et les syndicats à la carte ont été créés, pour compléter la sphère d'intervention du syndicat à vocation unique. Le syndicat à objet multiple permet aux communes adhérentes, de déléguer à la structure de coopération plusieurs compétences et le syndicat à la carte offre aux communes, la possibilité « *d'adhérer à un syndicat pour une partie seulement des compétences exercées par celui-ci* »⁴⁴⁸. La commune choisit les compétences qu'elle partage ; rien ne lui est imposé. Les syndicats de communes constituent ainsi des établissements publics de forme « *associative* »⁴⁴⁹.

159. Les compétences énergétiques (l'eau, l'électrification, l'assainissement ou encore la gestion des ordures ménagères) ont souvent été exercées par l'intermédiaire des syndicats intercommunaux⁴⁵⁰. Le syndicat de communes, par exemple, a beaucoup œuvré pour l'électrification rurale : « *Au début des années 1920, le syndicat de communes semble le système le plus adapté à l'idée de service public qui caractérise l'électrification rurale. Facile à former, il est le seul capable de faire collaborer efficacement d'un côté les particuliers, les communes, le département, l'Etat et, de l'autre, les industriels et installateurs électriques* »⁴⁵¹. Plus récemment, l'article 33 de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie⁴⁵² oblige, pour l'exercice de la compétence de la distribution d'électricité, la constitution par le préfet d'un

⁴⁴⁵ Créé par la loi du 22 mars 1890.

⁴⁴⁶ Créé par l'ordonnance n° 59-29 du 5 janvier 1959 remplaçant les articles 141, 142, 143, 145, 147, 149, 150 du code de l'administration communale relatifs aux syndicats de communes.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ CGCT, art. L. 5212-16.

⁴⁴⁹ *Les syndicats de communes*, Guide 2006, en ligne, disponible sur : www.collectivites-locales.gouv.fr, consulté le 31 juillet 2016.

⁴⁵⁰ C. comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, décembre 2003, p. 68 et suiv. ; égal. F. Proux, « Le lourd chantier de la rationalisation des syndicats intercommunaux s'ouvre », *La Gazette des communes*, 2 mai 2016.

⁴⁵¹ A. Berthonnet, « L'électrification rurale ou le développement de la « fée électricité » au cœur des campagnes françaises dans le premier XXe siècle », *Histoire et Sociétés Rurales*, 2003/1 (vol. 19), p. 193-219.

⁴⁵² Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

syndicat de communes ou d'un syndicat mixte⁴⁵³ sur le territoire départemental (si la compétence n'est pas exercée jusqu'alors par le département ou par un établissement public de coopération intercommunale). Lors des discussions parlementaires, le député J. Proriot soulignait la nécessité d'une telle disposition car la distribution d'électricité, souvent gérée par un syndicat départemental l'était aussi parfois par des syndicats communaux ou intercommunaux, « *ce qui n'est pas toujours efficient* »⁴⁵⁴. Le député précise « *qu'il ne s'agit pas d'une départementalisation de la distribution publique d'électricité sous la houlette du conseil général, mais plus d'une incitation à la coopération intercommunale avec le concours du syndicat départemental d'électrification* ». Une procédure de création souple de syndicats communaux ou intercommunaux à l'échelle d'un département a alors été introduite par amendement pour l'exercice de la distribution publique d'électricité.

160. A la différence du syndicat de communes, la communauté de communes et la communauté d'agglomération⁴⁵⁵ qui associent « *des communes au sein d'un espace de solidarité en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace* »⁴⁵⁶, reposent sur un périmètre géographique « *d'un seul tenant et sans enclave* »⁴⁵⁷.

La loi attribue des compétences de plein droit à ces établissements publics de coopération intercommunale. La communauté de communes est plus souple que la communauté d'agglomération, au regard de leurs compétences obligatoires respectives. Elle exerce « *de plein droit en lieu et place des communes membres les compétences qui relèvent de l'aménagement de l'espace pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire et du développement économique* »⁴⁵⁸. La communauté de communes a le choix des compétences qu'elle souhaite exercer, aussi longtemps qu'elles relèvent des domaines de compétences énumérés par la loi. En revanche, la communauté d'agglomération exerce en lieu et place de ses communes membres les

⁴⁵³ Syndicat associant communes et établissements publics de coopération intercommunale.

⁴⁵⁴ J.-C. Lenoir, rapport n° 3278 sur le projet de loi relatif au secteur de l'énergie au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, Assemblée Nationale, août 2006, p. 208.

⁴⁵⁵ Les dispositions législatives exigent une condition de seuil de population de 50 000 habitants pour la communauté d'agglomération, (CGCT, art. L. 5216-1).

⁴⁵⁶ CGCT, art. L. 5214-1 al 2 et L. 5216-1.

⁴⁵⁷ CGCT, art. L. 5212-1 : La condition de continuité territoriale n'est pas exigée dans le cas des syndicats de communes ; « *le syndicat de communes est un établissement public de coopération intercommunale associant des communes en vues d'œuvre ou de services d'intérêt intercommunal* ».

⁴⁵⁸ CGCT, art. L. 5214-16.

compétences de développement économique, d'aménagement de l'espace et de la politique de la ville⁴⁵⁹. Celle-ci voit ses compétences limitativement énumérées par la loi, sans possibilité de s'y soustraire. La communauté de communes exerce des « *compétences relevant de groupes de compétences* »⁴⁶⁰ à la différence de la communauté d'agglomération qui exerce de « *plein droit en lieu et place des communes membres, les compétences* »⁴⁶¹ énumérées par le code.

161. Les compétences exercées par les communes dépendent des structures communales auxquelles elles décident d'adhérer. Dans le cas du syndicat de communes comme de la communauté de communes ou d'agglomération, la contrainte est relativement souple par rapport aux communautés urbaines et métropoles qui sont instituées par la loi⁴⁶².

2) La coopération intercommunale forcée

162. L'Etat est impliqué dans la couverture intercommunale du territoire, il veille « *à la coïncidence des motivations locales avec les enjeux économiques, sociaux et spatiaux correspondant aux besoins des habitants* »⁴⁶³. Pour se faire, il dispose d'une capacité de contrainte en imposant une coopération intercommunale à travers l'autorité préfectorale⁴⁶⁴ (a), ou par le recours à la loi qui institue de nouveaux établissements publics sur le territoire (b).

a) La coopération intercommunale imposée par l'autorité préfectorale

163. La loi du 7 août 2015 relative à la nouvelle organisation territoriale de la République établit à l'article 35 une nouvelle procédure de création d'établissement public de coopération intercommunale : une fois le schéma de coopération intercommunale publié par la commission départementale de la coopération intercommunale, le préfet notifie aux communes

⁴⁵⁹ CGCT, art. L. 5216-5.

⁴⁶⁰ CGCT, art. L. 5214-16.

⁴⁶¹ CGCT, art. L. 5216-5.

⁴⁶² Les statistiques de la Direction générale des collectivités locales pour 2016 relatives aux intercommunalités à fiscalité propre recensent 1018 communautés de communes, 219 communautés d'agglomérations, 15 communautés urbaines et 14 métropoles.

⁴⁶³ Circulaire du ministère de l'intérieur du 5 juillet 2001 relative à la mise en œuvre de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, pertinence des périmètres et exercice effectif des compétences citée dans C. comptes, *L'intercommunalité en France*, novembre 2005, p. 42.

⁴⁶⁴ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, art. 35.

l'arrêté de création de l'établissement public de coopération intercommunale. Les communes disposent alors d'un délai pour se prononcer, à défaut leur avis sera réputé favorable et la création de l'établissement public pourra être prononcée. En cas de désaccord des communes, le préfet peut toutefois le créer après avoir recueilli l'avis de la commission départementale de coopération intercommunale⁴⁶⁵.

164. La création de l'établissement public de coopération intercommunale emporte de fait le retrait des communes des autres intercommunalités à fiscalité propre dont elles étaient membres. La question de l'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales se pose alors, les communes pouvant se voir contraintes d'adhérer à un établissement public de coopération intercommunale. Le Conseil constitutionnel a été amené à y répondre lors du contrôle *a priori* de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles⁴⁶⁶. Son raisonnement s'appuie sur l'article 34 de la Constitution qui réserve au législateur la détermination des principes de la libre administration des collectivités locales. Le législateur peut assujettir les collectivités et leurs groupements à des obligations sans porter atteinte au principe de libre administration locale, lorsque des raisons d'intérêt général le justifient⁴⁶⁷. Si les règles relatives à l'intégration des communes dans un établissement public de coopération intercommunale affectent leur libre administration, le législateur les a cependant établies « *dans des buts d'intérêt général d'achèvement et de rationalisation de la carte de l'intercommunalité* ». L'atteinte à la liberté d'administration étant constituée, le juge constitutionnel effectue un contrôle de proportionnalité. Si l'atteinte est proportionnelle à l'objectif d'intérêt général poursuivi, le grief tiré de l'atteinte au principe de libre administration locale doit être écarté. En revanche, dès lors que les dispositions contestées portent une « *atteinte*

⁴⁶⁵ La Commission entend les représentants des communes avant de rendre son avis au préfet.

⁴⁶⁶ Cons. const., 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, n° 2013-687 DC ; égal. Cons. const., 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*, n° 2013-303 QPC et Cons. const., *Commune de Couvrot*, n° 2013-315 QPC.

⁴⁶⁷ J. Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes » in *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales, Cah. c. const.*, n° 12, mai 2002 rappelle que le principe de libre administration des collectivités locales se traduit par la prééminence de l'Etat au nom de l'intérêt général et l'absence de contraintes excessives auprès des collectivités ; v. égal. : J.-H. Stahl, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? » in *Le Conseil constitutionnel et les collectivités territoriales, Cah. c. const.*, n° 42, janvier 2014.

manifestement disproportionnée », elles sont déclarées contraires à la Constitution⁴⁶⁸. En l'espèce, l'intégration forcée de communes dans un établissement public de coopération intercommunale par le préfet est conforme à la Constitution.

165. Cependant, la Cour des comptes relevait en 2005 que l'usage par le préfet de sa force de coercition dans la détermination ou l'extension d'un périmètre intercommunal était rare : « *peu de préfets paraissant avoir eu le souci, face aux contraintes imposées par les réalités locales de s'engager dans un rapport de force avec les élus en utilisant les pouvoirs qu'ils tenaient de la loi* »⁴⁶⁹. Les représentants de l'Etat font plus volontiers le choix d'accompagner les communes dans la création des intercommunalités qui résulte pour l'essentiel de la volonté locale.

b) La coopération intercommunale imposée par la loi

166. Le rassemblement intercommunal peut également être imposé par le législateur. La communauté urbaine et la métropole ont ainsi été instituées par la loi. La coopération intercommunale est alors contrainte et rigide en comparaison avec les communautés de communes et communautés d'agglomération.

167. La loi du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines dispose qu'une « *communauté urbaine est créée, dans les agglomérations de Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg* »⁴⁷⁰. La qualification par la loi de ces villes en communautés urbaines supprime toute expression de volonté locale. Pour les communes qui n'ont pas été visées par la loi, un seuil de densité de population de 50 000 habitants est requis pour se constituer en communauté urbaine. Au cours des réformes successives, le seuil augmente pour atteindre, en 2015, un ensemble de plus de 250 000 habitants représentant plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ V. en ce sens : Cons. const., 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, n° 2014-391 QPC, égal. Cons. const., 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre*, n° 2016-588 QPC.

⁴⁶⁹ C. comptes, *L'intercommunalité en France*, op.cit.

⁴⁷⁰ Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines, art. 3.

⁴⁷¹ CGCT, art. L. 5215-1.

La création de communautés urbaines n'est pas uniquement le fait de la loi, toute collectivité rassemblant ces critères peut se constituer en communauté urbaine comme ce fut le cas de la ville d'Arras⁴⁷², et de Brest⁴⁷³, Nice⁴⁷⁴, Toulouse⁴⁷⁵, Nantes⁴⁷⁶ et Nancy⁴⁷⁷ avant que ces dernières ne deviennent des métropoles à partir de 2015.

De nombreuses compétences, anciennement dévolues à la commune, sont exercées de plein droit par les communautés urbaines sous réserve d'un intérêt communautaire. Les communautés urbaines exercent des compétences énergétiques importantes dans le cadre de la transition énergétique avec la gestion des réseaux de chaleur et la gestion de la concession de distribution d'électricité⁴⁷⁸, ainsi que l'urbanisme, la distribution d'eau et l'assainissement. Jusqu'à l'avènement de la métropole, la communauté urbaine représentait l'intercommunalité la plus intégrée.

168. « *Près de 80% des 64 millions de français vivaient en ville en 2008 contre un sur deux en 1936* »⁴⁷⁹, la concentration urbaine implique la création d'une nouvelle structure intercommunale, en adéquation avec les réalités et les besoins locaux. La métropole, créée par la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales⁴⁸⁰, voit son régime renforcé par la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014.

⁴⁷² Constituée en district urbain en 1965 autour d'une dizaine de communes, la communauté urbaine d'Arras naît le 1^{er} janvier 1998. En 2017, elle compte 46 communes rassemblant 107 582 habitants.

⁴⁷³ Devenue métropole au 1^{er} janvier 2015, Brest est au départ une communauté urbaine créée en 1974 avec huit communes principales représentant plus de 210 000 habitants.

⁴⁷⁴ La communauté urbaine de Nice se substitue à la communauté d'agglomération le 29 décembre 2008, avant d'être aujourd'hui transformée en métropole.

⁴⁷⁵ Communauté d'agglomération dès 1992, Toulouse devient communauté urbaine le 24 décembre 2008 avant d'être transformée en métropole par la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014.

⁴⁷⁶ En 1925, l'agglomération nantaise projette de se rassembler en syndicat de communes. De nombreux syndicats intercommunaux à objet unique et multiple sont créés jusqu'à l'institution d'un district d'agglomération en 1992 avant d'être transformée en communauté urbaine par application de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

⁴⁷⁷ Comme la ville d'Arras, Nancy est un district urbain (12 octobre 1959) transformé en communauté urbaine le 1^{er} janvier 1996.

⁴⁷⁸ CGCT, art. L. 5215-20.

⁴⁷⁹ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, exposé des motifs.

⁴⁸⁰ Loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, *ibid.*, art.12.

En 2010, les établissements publics de coopération intercommunale rassemblant plus de 500 000 habitants avaient la possibilité de se transformer en métropole. Cette option s'adressait principalement aux communautés urbaines existantes. Cependant, seule la métropole de Nice-Côte d'Azur a fait ce choix. Afin d'accélérer la métropolisation de ces grands ensembles communaux, la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles en 2014 dispose alors que les établissements publics de coopération intercommunale formant un ensemble de plus de 400 000 habitants dans une aire urbaine⁴⁸¹ de plus de 650 000 habitants sont transformés en métropoles⁴⁸². Certaines communes peuvent être contraintes d'intégrer la métropole si deux tiers des communes du périmètre défini⁴⁸³, représentant la moitié de la population concernée, y sont favorables. Une option reste également ouverte pour les communes qui souhaiteraient se constituer en métropole mais qui ne rassembleraient pas la totalité des conditions⁴⁸⁴.

Les métropoles exercent en lieu et place des communes la majorité de leurs compétences : urbanisme, développement et aménagement du territoire, gestion des services publics d'intérêt collectif ainsi qu'une partie des compétences régionales en matière de développement économique sur leur territoire métropolitain⁴⁸⁵. Les métropoles « *contribuent à la transition énergétique* »⁴⁸⁶ par l'exercice des compétences locales qui leur ont été transférées de plein droit par la loi. En créant ces intercommunalités, le législateur a souhaité permettre « *aux ter-*

⁴⁸¹ L'aire urbaine est définie par l'INSEE comme un ensemble de communes, d'un seul tenant et sans enclave, constitué par un pôle urbain de plus de 10 000 emplois, et par des communes rurales ou unités urbaines dont au moins 40% de la population résidente ayant un emploi, travaillent dans le pôle ou dans des communes attirées par celui-ci.

⁴⁸² CGCT, art. L. 5217-1 al. 2.

⁴⁸³ Concerne les communes intégrées au sein d'un périmètre d'un seul tenant et sans enclave (CGCT, art. L. 5217-1).

⁴⁸⁴ CGCT, art. L. 5217-1 al 3.

⁴⁸⁵ Une convention est signée entre la région et la métropole pour l'exercice de ces compétences. L'Etat peut également déléguer à la métropole sa compétence d'attribution des aides au logement locatif social, la garantie du droit au logement décent notamment.

⁴⁸⁶ CGCT, art. L. 5217-2 6°.

ritoires d'agir de manière efficace et globale de façon à répondre aux exigences des citoyens »⁴⁸⁷. La métropole constitue désormais la forme de coopération intercommunale la plus intégrée.

169. La couverture intégrale du territoire couplée aux exigences géographiques et financières de la transition énergétique érige l'intercommunalité au premier rang des acteurs publics énergétiques, l'intercommunalité se substituant à la commune pour la majorité de ses compétences énergétiques⁴⁸⁸. Dans ce contexte, certains auteurs vont jusqu'à évoquer une forme de *supracommunalité*⁴⁸⁹.

B. « L'intercommunalisation » des compétences énergétiques

170. Les établissements publics de coopération intercommunale constituent désormais l'échelon pertinent pour définir et mettre en œuvre les politiques publiques énergétiques : leur proximité avec les besoins locaux d'une part, et avec les ressources naturelles nécessaires à la production énergétique, d'autre part, les destinent à l'animation territoriale des politiques publiques. L'intercommunalité exerce ainsi de nombreuses compétences énergétiques (1). Les établissements publics de coopération sont également responsables de l'aménagement territorial, indispensable à la réalisation des compétences énergétiques (2).

⁴⁸⁷ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles, étude d'impact des art. 31 à 34.

⁴⁸⁸ Les statistiques établies en 2008 par la Direction générale des collectivités locales sur la part des dépenses mutualisées en matière de développement durable confirment cette approche : en 2008, les dépenses réelles totales des intercommunalités à fiscalité propre sont en augmentation (en 2006, le ratio était de 20,3%) et reflètent la progression de l'intercommunalité dans les politiques locales de développement durable. Les lois de décentralisation intervenues ne font que confirmer ce qui était, en 2008, une tendance.

⁴⁸⁹ J. Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes » in *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales, Cah. c. const.*, n° 12, mai 2002 : « *A la logique de l'intercommunalité se substitue une logique de « supracommunalité », qu'une partie de la doctrine n'hésite pas à qualifier de modèle fédéral. Les structures intercommunales ne peuvent plus être perçues comme la simple conséquence de la réunion des volontés des communes pour gérer en commun certaines missions, mais elles sont devenues l'expression d'un lieu de pouvoir, représentant l'intérêt de la population sur un espace renouvelé. Ce processus contribue à inverser la logique antérieure de l'intercommunalité en s'imposant aux communes membres qui perdent leur nature de pouvoir initial pour être intégrées dans un ensemble plus vaste et, surtout, susceptible d'incarner une identité politique nouvelle* ».

1) *Les compétences énergétiques de l'intercommunalité*

171. La transition énergétique repose sur l'évolution de la consommation et de la production énergétique dans le périmètre géographique de bassins de vie, dont les frontières dépassent généralement celles de la commune. La gestion des compétences énergétiques à l'échelon intercommunal prend alors tous son sens, les intercommunalités sont chargées de la réalisation et de la coordination des actions énergétiques locales. Par ailleurs, l'attribution des compétences énergétiques à l'intercommunalité permet de clarifier « *une stratification législative qui rend peu lisibles les compétences attribuées en la matière à chaque niveau de collectivité* »⁴⁹⁰.

172. Ainsi, les intercommunalités de plus de 20 000 habitants définissent leurs objectifs « *stratégiques et opérationnels pour atténuer le changement climatique* »⁴⁹¹ en élaborant un plan climat air énergie territorial créé par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement⁴⁹². L'établissement de ce schéma à l'échelle de l'intercommunalité permet une meilleure coordination de la politique énergétique locale avec les bassins de vie existants⁴⁹³.

Le plan climat air énergie territorial établit un programme d'actions pour améliorer « *l'efficacité énergétique, développer de manière coordonnée des réseaux de distribution d'électricité, de gaz et de chaleur, et augmenter la production d'énergie renouvelable* »⁴⁹⁴. Une fois ce schéma de planification adopté, les intercommunalités « *animent et coordonnent, sur leur territoire, des actions dans le domaine de l'énergie en cohérence avec les objectifs du plan climat air énergie territorial et avec le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie, en s'adaptant aux caractéristiques de leur territoire* »⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, étude d'impact, p. 254.

⁴⁹¹ Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 188 III.

⁴⁹² Loi ENE du 12 juillet 2010, art. 75.

⁴⁹³ Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, étude d'impact, p. 84.

⁴⁹⁴ Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 188 III.

⁴⁹⁵ CGCT, art. L. 2224-34.

A partir de ce plan climat, les établissements publics de coopération intercommunale réalisent également « *des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie de réseau des consommateurs finals desservis en gaz, en chaleur ou en électricité et accompagner des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie sur leur territoire* »⁴⁹⁶.

173. Les lois de réforme territoriale ont attribué de nouvelles compétences énergétiques et environnementales aux intercommunalités : les métropoles et communautés urbaines exercent désormais, toutes les compétences énergétiques préalablement dévolues aux communes à savoir la gestion des déchets, la lutte contre la pollution de l'air, la contribution à la transition énergétique⁴⁹⁷, le soutien aux actions de maîtrise de la demande énergétique, la concession de la distribution d'électricité et de gaz, la création et la gestion de réseaux de chaleur notamment⁴⁹⁸. L'attribution des compétences énergétiques à l'intercommunalité fait écho à l'élaboration des plans climat-air-énergie territoriaux qui leur a été confiée.

174. L'attribution de compétences énergétiques de plein droit à l'intercommunalité rationalise l'organisation territoriale énergétique. L'exercice des compétences énergétiques par les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre entraîne de fait, la disparition de nombreux syndicats de communes créés pour gérer ces compétences énergétiques. Les syndicats intercommunaux situés dans le périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale ne peuvent continuer à exister s'ils exercent exclusivement une compétence qui n'est plus dévolue à l'institution communale⁴⁹⁹. Pour la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015, « *la diminution du nombre de syndicats doit permettre aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de développer une véritable démarche intégrée d'exercice de leurs compétences en sup-*

⁴⁹⁶ Loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 188 VIII.

⁴⁹⁷ Il est à noter que la contribution à la transition énergétique ne fait pas référence à une compétence définie mais témoigne de la volonté du législateur de promouvoir l'intercommunalité au premier rang des collectivités territoriales pour l'organisation de la transition énergétique ; v. en ce sens : R. Dantec, compte rendu intégral des débats, séance du 6 juin 2013, Sénat, session ordinaire 2012-2013, JORF du 7 février 2013, p. 5617 et suiv.

⁴⁹⁸ CGCT, art. L. 5217-2 et L. 5215-20.

⁴⁹⁹ Les communes peuvent user du principe de représentation-substitution permettant à des communes de transférer à des établissements publics intercommunaux des compétences dont elles s'étaient déjà dessaisies au profit de syndicat, sans avoir à les leur retirer auparavant.

primant les doublons structurels et en réalisant les économies d'échelle au sein d'une intercommunalité de projet et non plus seulement une intercommunalité de moyens »⁵⁰⁰. L'intégration des syndicats dans les intercommunalités à fiscalité propre clarifie la gestion des compétences énergétiques en limitant le chevauchement des acteurs et des périmètres géographiques.

175. Dans le même temps, l'intercommunalité se voit également transférer par la loi les compétences d'organisation territoriale. Une cohérence de gestion est alors établie : la transition énergétique, qui repose sur les compétences énergétiques locales, ne peut être réalisée qu'au sein d'un territoire aménagé. La production renouvelable, le déploiement de réseaux énergétiques ou encore les actions de maîtrise de la demande en énergie dépendent des documents d'urbanisme.

2) Les compétences d'aménagement territorial de l'intercommunalité

176. L'organisation territoriale locale est dessinée par des schémas d'aménagement établis désormais à l'échelon intercommunal : le plan local d'urbanisme, le schéma de cohérence territoriale, le programme local de l'habitat et le plan des déplacements urbains. Ces documents d'organisation territoriale précédemment attribués aux communes relèvent désormais de l'intercommunalité.

177. Le plan local d'urbanisme définit les orientations territoriales, il représente le projet général de l'urbanisme local. Composé de plusieurs documents dont le projet d'aménagement et de développement durables et le règlement du plan local d'urbanisme, il organise localement la transition énergétique.

⁵⁰⁰ Loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République, étude d'impact, p. 87. L'exemple est flagrant dans le domaine de l'eau : en 2014 plus de 3100 syndicats intercommunaux se consacrent à la gestion de l'eau et 1400 à l'assainissement collectif (Bulletin d'information statistique de la DGCL, *Une diminution accélérée du nombre de syndicats en 2013*, n° 100, mai 2014). Il est important de mettre ces chiffres en parallèle avec le nombre d'EPCI à fiscalité propre de la même année : en 2013, il existait 2456 établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (DGCL, bilan statistique 2013). Les syndicats de gestion de l'eau et d'assainissement sont deux fois plus nombreux que les intercommunalités à fiscalité propre.

En effet, le projet d'aménagement et de développement durables du plan local d'urbanisme établit les objectifs des politiques d'aménagement, d'équipement et d'urbanisme locaux ainsi que des orientations pour l'habitat, les transports et les réseaux énergétiques⁵⁰¹.

Le règlement du plan local d'urbanisme fixe les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols en cohérence avec les orientations de développement durable définies⁵⁰². Ce dernier définit, en fonction des conditions locales⁵⁰³, les règles concernant l'implantation des constructions et délimite les zones urbaines, à urbaniser, les zones naturelles, agricoles ou forestières et les terrains réservés aux installations d'intérêt général⁵⁰⁴. A partir de la réglementation locale de l'occupation des sols, les intercommunalités sont en mesure de favoriser la transition énergétique. Ainsi, les installations de production renouvelable⁵⁰⁵ dépendent du zonage établi par le plan local d'urbanisme. Prenons l'exemple des installations éoliennes, la loi de transition énergétique pour une croissance verte du 17 août 2015 prévoit une obligation d'éloignement de 500 mètres entre ces installations et « *les constructions à usage d'habitation, les immeubles habités et les zones destinées à l'habitation définies dans les documents d'urbanismes en vigueur* »⁵⁰⁶. Lorsque le plan local d'urbanisme établit le zonage, il doit alors également veiller à prendre en compte les capacités de production éolienne.

178. Le programme local de l'habitat et le plan de déplacements urbains qui contribuent à la réalisation de la transition énergétique, ne sont pas obligatoirement intégrés au plan local d'urbanisme. La question du logement et des transports est essentielle dans la transition

⁵⁰¹ C. urb., art. L. 151-5 et suiv.

⁵⁰² C. urb., art. L. 151-8 et suiv.

⁵⁰³ Le plan local d'urbanisme prend en compte, lorsqu'il aménage l'occupation des sols, la localisation de la commune et notamment si elle relève des législations de la loi littorale (loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relativement à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral) ou de la loi montagne (loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne).

⁵⁰⁴ C. urb., art. L. 151-21 : « *le règlement peut définir des secteurs dans lesquels il impose aux constructions, travaux, installations et aménagements de respecter des performances énergétiques et environnementales renforcées qu'il définit. A ce titre, il peut imposer une production minimale d'énergie renouvelable* » ; égal. B. Boubli et a, *Urbanisme et construction*, Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2016, pt. 3010 et suiv.

⁵⁰⁵ Certaines installations de production sont soumises à l'obtention d'un permis de construire, qui ne peut être délivré qu'en fonction du zonage établi comme c'est le cas des éoliennes terrestre de production d'électricité dont la hauteur des mât dépasse 12 mètres (C. urb., art. R. 421-2).

⁵⁰⁶ C. envir., art. L. 553-1.

énergétique, car ils représentent les principaux postes de consommations énergétiques et d'émissions de gaz à effet de serre en France⁵⁰⁷.

L'article L. 302-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que le programme local de l'habitat indique les moyens à mettre en œuvre pour satisfaire les besoins en logements dans le respect de la mixité sociale et en assurant une répartition équilibrée de l'offre de logements. Il précise notamment les actions à mener en vue de l'amélioration et de la réhabilitation du parc existant, public comme privé. La rénovation énergétique des logements entre ainsi dans l'objectif du programme local de l'habitat.

Le plan de déplacements urbains est créé par l'article 28 de la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs. Cet outil de planification détermine les principes régissant l'organisation du transport de personnes et de marchandises, la circulation et le stationnement dans le ressort territorial de l'autorité organisatrice de la mobilité⁵⁰⁸. L'article L. 1214-2 du code des transports dispose que ce plan de déplacements urbains vise à assurer, entre autres, le développement de transports moins consommateurs d'énergie et moins polluants et la réalisation, la configuration et la localisation d'infrastructures de charge destinées à l'usage des véhicules électriques ou hybrides rechargeables.

Lorsque le programme local de l'habitat et le plan de déplacements urbains ne sont pas intégrés au plan local d'urbanisme, le schéma de cohérence territoriale⁵⁰⁹, document d'urbanisme supérieur s'assure de leur compatibilité minimale avec le plan local d'urbanisme : le schéma de cohérence territorial entretient des rapports de compatibilité avec le plan local d'urbanisme, le plan local de l'habitat et le plan de déplacement urbain. La non contradiction entre ces documents est assurée *a minima* du fait de leur compatibilité avec le schéma de cohérence territorial.

⁵⁰⁷ Commissariat général au développement durable, *Bilan énergétique de la France pour 2014*, juillet 2015

⁵⁰⁸ Code des transports, art. L. 1214-1.

⁵⁰⁹ Les schémas de cohérence territoriaux sont des documents intercommunaux élaborés par plusieurs établissements publics de coopération intercommunale, à l'échelle d'un bassin de vie ou une aire urbaine (c. urb., art. L.143- 2). Ils présentent le projet d'aménagement et de développement durable retenu fixant les objectifs des politiques publiques d'urbanisme en matière d'habitat et de développement économique notamment (c. urb., art. L. 141-1 et suiv.).

179. L'évolution de la concentration urbaine rend caduque l'élaboration de ces documents d'urbanisme par la commune. La couverture intercommunale du territoire érige alors l'établissement public de coopération intercommunale en premier échelon local. Ainsi, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement incite le transfert de compétence d'élaboration du plan local d'urbanisme à l'échelon intercommunal⁵¹⁰. Cependant, en 2014, seules 14 communautés d'agglomération et 175 communautés de communes s'étaient vu déléguer cette compétence⁵¹¹.

180. Le législateur considérant que « *le transfert automatique de la compétence du plan local d'urbanisme aux établissements publics de coopération intercommunale est seul capable de permettre rapidement la généralisation de documents d'urbanisme à l'échelle de la communauté et la mutualisation des moyens d'ingénierie nécessaire pour les réaliser et les faire vivre* »⁵¹², attribue alors de plein droit l'élaboration et la mise en œuvre du plan local d'urbanisme à l'échelon intercommunal. La loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové du 24 mars 2014 transfère cette compétence à la communauté de communes et la communauté d'agglomération⁵¹³ et la loi de modernisation de l'action publique du 27 janvier 2014 la confie aux métropoles⁵¹⁴. Les communautés urbaines disposaient déjà de cette compétence de plein droit depuis la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale⁵¹⁵. Le programme local de l'habitat⁵¹⁶ et le plan de déplacements

⁵¹⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 19.

⁵¹¹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à l'urbanisme rénové, étude d'impact, p. 396 et suiv. En 2014, le nombre d'établissements publics de coopération intercommunale s'élevait alors à 2145 (d'après la Direction générale des collectivités locales).

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à l'urbanisme rénové, art. 136 II. La loi prévoit cependant, sous certaines conditions, la possibilité de refus de l'élaboration intercommunale du PLU par la commune membre d'une communauté de communes ou communauté d'agglomération, sous conditions.

⁵¹⁴ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 43.

⁵¹⁵ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, art. 5.

⁵¹⁶ Code de la construction et de l'habitation, art. L. 302-1.

urbains⁵¹⁷ sont désormais également élaborés par un établissement public de coopération intercommunale. L'établissement de ces documents d'urbanisme à l'échelon intercommunal permet une gestion plus cohérente du territoire : les objectifs de développement durable établis par le plan climat-air-énergie territorial sont ainsi planifiés et réalisés à l'échelle d'un bassin de vie⁵¹⁸.

181. En conclusion, nous constatons que l'intercommunalité dispose de tous les outils de planification pour réaliser une politique publique de transition énergétique cohérente et coordonnée avec l'aménagement de son territoire. La réalisation de la transition énergétique est l'œuvre de l'intercommunalité qui concentre les compétences énergétiques et d'aménagement territorial. En effet, la région planifie la transition énergétique sans pouvoir contraindre l'intercommunalité à la réalisation de ces objectifs. En témoigne l'avènement de la métropole qui bouleverse cette gouvernance énergétique en concentrant de nombreuses compétences énergétiques et économiques.

Section 2. L'acteur énergétique nouveau : la métropole

182. « Depuis les années quatre-vingt-dix, des lois successives se sont efforcées de proposer un cadre intercommunal adapté à la montée en puissance du fait urbain » rappelle l'étude d'impact de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014⁵¹⁹. La création de la métropole par la loi de réforme territoriale du 16 décembre 2010 avait l'ambition de résorber « les faiblesses des grandes agglomérations françaises »⁵²⁰, en encadrant et encourageant « la concentration d'activités économiques dans des zones urbaines où elles bénéficient de meilleures synergies. Ces agglomérations interagissent avec leur arrière-pays, mais sont également en réseau avec les autres métropoles à un niveau international »⁵²¹. Convaincu de la nécessité de la métropole et devant l'échec à cet

⁵¹⁷ Le plan de déplacements urbains est élaboré par l'autorité organisatrice de la mobilité. Les transports sont majoritairement gérés par des établissements publics de coopération intercommunale mais des syndicats intercommunaux à vocation unique exercent aussi, de manière résiduelle cette compétence.

⁵¹⁸ Loi n° 2014-366 pour l'accès au logement et à l'urbanisme rénové, étude d'impact, p. 396 et suiv.

⁵¹⁹ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles, étude d'impact, p.53 et suiv.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

égard de la loi de réforme des collectivités territoriales de 2010, le législateur crée des métropoles par la loi de modernisation de l'action publique du 27 janvier 2014, afin d'accompagner le phénomène de métropolisation des villes françaises et « *faire émerger les initiatives économiques, sociales, environnementales et culturelles nécessaires pour surmonter les insuffisances* »⁵²².

183. La métropole est un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant plusieurs communes « *d'un seul tenant et sans enclave, qui s'associent au sein d'un espace de solidarité pour élaborer et conduire ensemble un projet d'aménagement et de développement économique, écologique, éducatif, culturel et social de leur territoire afin d'en améliorer la compétitivité et la cohésion à l'échelle nationale et européenne* »⁵²³. L'attribution de la majorité des compétences communales associée à un pouvoir économique fort, font de la métropole l'intercommunalité la plus intégrée.

184. Présentée comme une réponse à la recherche d'efficacité et de cohérence territoriale, la création de cette nouvelle structure intercommunale centralisée est avant tout le résultat de considérations politiques (§1). Ces nouveaux grands ensembles intercommunaux concentrant compétences énergétiques et économiques locales sont autonomes tant dans leurs rapports à l'Etat et qu'aux autres échelons de décentralisation (§2).

§1. La métropole et la centralisation des pouvoirs locaux

185. Créée pour répondre à la concentration urbaine et relever le défi de la compétition internationale des grandes agglomérations, la métropole modifie l'organisation territoriale française. Sa création repose avant tout sur des considérations politiques : la volonté de participer à la compétition internationale entre grandes villes et l'institution locale d'un lieu de concentration de pouvoirs économiques. La recherche d'efficacité qui présidait jusqu'alors

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

dans le rassemblement intercommunal est reléguée au second plan (A). L'institution de la métropole et la concentration des pouvoirs locaux qu'elle induit, dessine une nouvelle gouvernance territoriale (B).

A. Les considérations politiques et économiques ayant présidé à la création de la métropole

186. Avant la création de la métropole en tant qu'établissement public par la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, l'appellation métropole ne créait pas de régime juridique particulier mais reflétait une réalité territoriale. La métropole représentait alors un ensemble de communes, sur un territoire homogène, dont la concentration démographique était élevée. Pour exemple, en 2009, Lille Métropole et Marseille Provence Métropole sont ainsi dénommées sans être pour autant soumise à un régime juridique spécifique. L'institutionnalisation de la métropole reflète la réalité territoriale de la concentration urbaine et permet de développer des politiques locales de manière plus intégrée grâce à la concentration de compétences et de moyens financiers sur un territoire défini⁵²⁴.

187. Le législateur a mobilisé deux arguments pour justifier la création de la métropole : la montée en puissance du fait urbain et la croissance de la compétition entre les grandes villes européennes et internationales⁵²⁵.

« *Plus de 60% de la population française réside dans une aire urbaine de plus de 100 000 habitants et l'on assiste à un rééquilibrage entre Paris et les grandes métropoles régionales* » souligne l'exposé des motifs de la loi de modernisation pour l'action publique territoriale du 27 janvier 2014. L'institution métropolitaine vise alors à offrir aux territoires urbains des compétences en adéquation avec les besoins de leur population urbaine. Les métropoles, structurées « *par des pôles (espaces urbains centraux, villes moyennes) et des liens fonctionnels*

⁵²⁴ Les études d'impact des lois du 16 décembre 2010 et du 27 janvier 2014 soulignent que la concentration des compétences communales au sein d'un grand espace de solidarité permet à l'espace de développer une action publique cohérente et coordonnée.

⁵²⁵ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, étude d'impact, p.36 et suiv.

efficaces représentant aujourd'hui les lieux essentiels de la croissance française »⁵²⁶, proposeraient un « *cadre de gouvernance plus adapté que celui des actuelles communautés urbaines* »⁵²⁷. En effet, la métropole concentre de nombreuses compétences locales⁵²⁸ qui offrent aux villes la possibilité d'affirmer leur rôle économique dans le but de mieux s'intégrer à la compétition européenne.

Les autres pays, notamment européens, ont pris conscience de la nécessité de créer une institution locale forte adaptée aux réalités territoriales car « *la globalisation de l'économie mondiale n'est pas un phénomène homogène mais un phénomène de concentration métropolitaine et de diffusion progressive des innovations sur l'ensemble des territoires* »⁵²⁹. Les études d'impact de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 et de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles en 2014 reprennent à l'identique l'exemple de l'Allemagne qui développe « *à côté des villes arrondissements, des régions qui sont des structures de coopération intercommunale regroupant une ville-arrondissement et un ou plusieurs arrondissements adjacents, notamment le groupement urbain de Sarrebruck ou encore la région de Hanovre* »⁵³⁰. La prise en compte du fait urbain par les

⁵²⁶ DATAR, *Une nouvelle ambition pour l'aménagement du territoire*, La Documentation française, 2009, cité dans loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles, exposé des motifs.

⁵²⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, exposé des motifs.

⁵²⁸ L'étude d'impact de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales énonce que « *la métropole permettra de concentrer à un même niveau local l'exercice de compétences structurantes, qu'elles soient communales, départementales ou régionales afin d'éviter la fragmentation des intérêts sur le territoire métropolitain. Le projet de loi prévoit ainsi que ce nouvel EPCI à fiscalité propre soit doté de l'intégralité des compétences communales en matière de développement et d'aménagement économique mais bénéficie également de certaines compétences départementales ou régionales* » (p. 36 et suiv.).

⁵²⁹ J. Gourault, E. Hervé, *Rapport d'information sur la synthèse des propositions adoptées par la délégation aux collectivités territoriales susceptibles d'animer les discussions législatives à venir*, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Sénat, avril 2013 cité par P.-Y. Monjal, « La métropole : un objet extra-terrestre, Le tabou du territoire vu par un européeniste » in N. Kada (dir.), *Les tabous de la décentralisation*, Au fil du débat, Berger-Levrault, 2015. La participation des villes au phénomène de mondialisation dépend de l'avènement du fait métropolitain.

⁵³⁰ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, étude d'impact, p. 53 et suiv. La structure administrative locale de l'Allemagne s'organise en *Landers*, puis en districts, eux-mêmes subdivisés en arrondissements. Il existe des villes-arrondissement où la municipalité se confond avec l'arrondissement, échelon supérieur. La mobilisation d'un argument comparatif avec l'Allemagne a encouragé le législateur à s'en inspirer pour créer la métropole.

agglomérations a permis à ces dernières de développer une gouvernance locale adaptée aux besoins locaux, notamment en matière énergétique⁵³¹.

188. Si les arguments relatifs au fait métropolitain et à la concurrence internationale des métropoles ont encouragé la création des métropoles, l'argument économique a emporté l'adhésion de la communauté politique. En témoigne l'intervention de la sénatrice Morin-Desailly lors des discussions sur le projet de loi de modernisation de l'action publique : « *Ce qui fait sens dans la constitution d'une métropole, c'est le projet de développement économique qui peut y être mené selon, bien sûr, la configuration socio-économique du territoire* »⁵³². L'objectif principal de la création de la métropole est « *de conforter la dynamique économique, non seulement des ensembles urbains les plus riches, mais de l'ensemble du territoire* »⁵³³, car elle « *interagit avec son arrière-pays* »⁵³⁴.

189. Dès 2010, la loi de réforme des collectivités territoriales attribue à la métropole des compétences de développement et d'aménagement économique, compétences historiquement régionales. La loi de modernisation de l'action publique territoriale du 27 janvier 2014 renforce cette compétence économique en permettant à la métropole de participer de plein droit au capital de certaines sociétés commerciales⁵³⁵, compétence jusqu'alors également réservée aux régions. Par ailleurs, la compétence régionale de planification économique peut être déléguée par contrat à la métropole qui participe à la définition du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation⁵³⁶. Cependant, à défaut d'accord avec la région, l'établissement public de coopération intercommunale métropolitain peut élaborer

⁵³¹ Nous le verrons au cours des développements ultérieurs que les villes allemandes ont su exercer leurs compétences économiques et énergétiques pour réaliser une transition énergétique efficace (*infra* n° 265 et 280).

⁵³² C. Morin-Desailly, compte rendu intégral des débats, 4 juin 2013, Sénat, session ordinaire 2012-2013, JORF du 5 juin 2013, p. 5395.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, étude d'impact, p. 55.

⁵³⁵ CGCT, art. L. 4211-1 8° : « *La participation au capital des sociétés de capital investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies* ».

⁵³⁶ CGCT, art. L. 4251-14.

son propre document d'orientations stratégiques en prenant en compte le schéma régional mais sans lui être pour autant compatible⁵³⁷.

190. L'institution métropolitaine a également été présentée comme un outil de clarification et de rationalisation de l'organisation administrative locale : « *les nécessaires réorganisations ne sont pas faites pour plaire, mais doivent avoir pour seul objectif de rendre l'action publique plus lisible, plus cohérente, plus efficace* » rappelle la sénatrice C. Morin-Desailly⁵³⁸. Cependant, cet argument n'a pas convaincu. Dès les discussions parlementaires relatives à la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, certains se sont interrogés sur l'utilité de la création de la métropole : « *En quoi la création des métropoles sera un élément de simplification, puisqu'elles interviendront là où fonctionnement déjà des communautés urbaines ou des communautés d'agglomération, et que ni les unes ni les autres ne sont supprimées* »⁵³⁹. La nouvelle intercommunalité a été considérée pour nombre d'élus locaux comme un risque de voir disparaître les communes⁵⁴⁰ et départements⁵⁴¹, parfois même comme une attaque directe contre l'institution communale⁵⁴². En 2013, Lors des discussions parlementaires sur la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, une nouvelle crainte s'est exprimée quant aux rapports de ces intercommunalités avec les régions « *qui auront une métropole sur leur territoire et verront celle-ci capter l'essentiel de leurs compétences et de leurs moyens. Cela procède d'une vision exclusivement urbaine de notre société. Aucune responsabilité de péréquation envers le reste du territoire ne pèsera sur*

⁵³⁷ CGCT, art. L. 4251-15.

⁵³⁸ C. Morin-Desailly, *op.cit.*

⁵³⁹ B. Derosier, compte rendu intégral des débats, séance du 28 mai 2010, Assemblée nationale, session ordinaire 2009-2010, JORF du 29 mai 2010, p. 3719.

⁵⁴⁰ J.-C. Danglot, compte rendu intégral des débats, séance du 28 janvier 2010, Sénat, session ordinaire 2009-2010, JORF du 29 janvier 2010, p. 726 : « *Le risque existe donc bel et bien que les communes composant les métropoles viennent à terme à disparaître, à se vider de leur contenu, ce qui reviendrait à supprimer des échelons de proximité au profit d'une entité écrasante et lointaine* ».

⁵⁴¹ J. Mathon-Pointat, compte rendu intégral des débats, 28 janvier 2010, Sénat, session ordinaire 2009-2010, JORF du 29 janvier 2010, p. 715 : « *La création de la métropole est la première pierre de votre projet, qui vise en fait à supprimer la collectivité départementale* ».

⁵⁴² P.-Y. Monjal, « La métropole : un objet extra-terrestre, Le tabou du territoire vu par un européeniste » in N. Kada (dir.), *op.cit* : « *Créer la métropole implique de faire disparaître le département, la région, les communes membres – en le disant rapidement* ».

les métropoles. Par conséquent, les autres zones deviendront les parents pauvres de l'aménagement du territoire »⁵⁴³.

Ces craintes peuvent se résumer ainsi : « *de fait, les métropoles en concentrant aides, investissements et emplois, vont mettre en concurrence nos territoires : concurrence entre territoires, entre métropoles, entre milieux urbain et rural. Les territoires ne sont pas des entreprises, pas plus que les élus ne sont des directeurs financiers !* ».⁵⁴⁴

191. Toutefois, les appréhensions exprimées dans les débats parlementaires n'ont pas suffi à amender substantiellement le projet de loi : la métropole modifie profondément la répartition des rôles et des pouvoirs locaux en concentrant des compétences nationales et locales.

B. Une gouvernance territoriale centralisée

192. La création de la métropole s'inscrit dans un mouvement vertical descendant, où l'Etat établit localement une coopération intercommunale. L'Etat central crée localement des lieux de concentration de pouvoirs juridiques et économiques érigeant de fait la métropole en une institution centrale et indépendante à l'échelon local. Les compétences et le pouvoir économique de ces intercommunalités concurrencent directement l'Etat. Si la dotation globale de fonctionnement des collectivités territoriales permet à l'Etat de contrôler de fait certaines dépenses locales, la métropole se libère de ces contingences grâce à sa concentration économique. Ce pouvoir économique fait craindre un déséquilibre territorial entre la métropole, d'une part, et les collectivités et groupements intercommunaux, d'autre part.

193. La loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 qui impose la couverture intégrale du territoire par l'intercommunalité, offre aux collectivités territoriales la possibilité de se constituer en métropole. La loi de modernisation de l'action publique territoriale du 27 janvier 2014 supprime cette faculté en les créant par décret. Toute intercommunalité à fiscalité propre formant au 1^{er} janvier 2015 un ensemble de plus de 400 000 habitants

⁵⁴³ C. Favier, compte rendu intégral des débats, séance du 4 juin 2013, Sénat, session ordinaire 2012-2013, JORF du 5 juin 2013, p. 5398.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

dans une aire urbaine est transformée en métropole⁵⁴⁵. Les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre préexistants sur le territoire de la métropole disparaissent au profit de la métropole afin de former un territoire unique, plus rationnel.

194. La création de la métropole est présentée comme la volonté de l'Etat de rééquilibrer les territoires, en accord avec les démarches locales déjà établies : « *les quinze communautés urbaines que compte la France développent ainsi régulièrement des projets de coopération très intégrée, mettant en œuvre des politiques publiques à l'échelon métropolitain. En leur permettant de se doter d'un statut propre à faire émerger les initiatives économiques, sociales, environnementales et culturelles, le projet de loi offre la possibilité de renforcer l'efficacité et l'attractivité des aires urbaines les plus importantes* »⁵⁴⁶. La métropole serait la réception en droit d'une volonté intercommunale préexistante. Or, la loi de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles qui institue les métropoles par décret, ne laisse pas de place à la volonté⁵⁴⁷. La création de la métropole est fondée sur la densité démographique et non sur la volonté des communes de bâtir un projet commun de développement territorial. Cela témoigne de la volonté de l'Etat de créer localement des lieux de centralisation, sans prendre en considération la volonté des acteurs locaux.

195. La métropole absorbe tous les acteurs publics locaux préexistants sur son territoire. Les compétences de ces structures publiques sont exercées par la métropole qui s'y substitue. En effet, l'article L. 5217-1 du code général des collectivités territoriales dispose que la métropole créée sur le périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale préexistant se voit attribuer de plein droit toutes les compétences de l'établissement public de coopération intercommunale auquel elle se substitue⁵⁴⁸. Ainsi, les syndicats intercommunaux créés pour mutualiser l'exercice de certaines compétences communales, dont les compétences

⁵⁴⁵ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles, art. 43.

⁵⁴⁶ J.-L. Bleunven, compte rendu intégral des débats, séance du 19 juillet 2013, Assemblée Nationale, session extraordinaire 2012-2013, JORF du 20 juillet 2013, p. 8229.

⁵⁴⁷ CGCT, art. L. 5217-1.

⁵⁴⁸ CGCT, art. L. 5217-1.

énergétiques, disparaissent au profit de la métropole. Mais, si l'absorption de ces syndicats permet de rationaliser le nombre d'acteurs publics territoriaux, elle crée également un risque de rupture territoriale entre les communes membres de la métropole et les autres qui verront leurs choix contraints pour des raisons financières⁵⁴⁹. Deux cas de figure se présentent alors.

Dans le cas où l'établissement public de coopération intercommunal a le même ressort territorial que le syndicat intercommunal, il s'y substitue pour la totalité des compétences qu'il exerce⁵⁵⁰.

Lorsqu'une partie des communes membres d'un syndicat intercommunal fait également partie d'une métropole ou d'une communauté urbaine, la création de cet établissement public de coopération intercommunale emporte le retrait des communes du syndicat pour l'exercice des compétences attribuées de plein droit par la loi à ces structures intercommunales⁵⁵¹. En revanche, pour les compétences qui ont été transférées au syndicat, l'établissement public de coopération intercommunale se substitue à ses communes membres et continue de les exercer au sein du syndicat. Le retrait des communes du syndicat intercommunal ne vaut que pour les compétences attribuées de plein droit⁵⁵², telles que la création, l'aménagement, l'entretien et la gestion de réseaux de chaleur et de froid urbains ou la concession de la distribution publique d'électricité et de gaz⁵⁵³. Considérant le nombre de compétences attribuées de plein droit à la métropole, les syndicats se retrouvent au mieux dépossédés de nombreux adhérents, au pire ils disparaissent.

196. La concentration des compétences et des moyens économiques par la métropole entraîne sa surreprésentation au sein des syndicats intercommunaux face aux communes

⁵⁴⁹ La métropole est autonome financièrement. En revanche, les autres communes membres d'un syndicat intercommunal (ou d'un établissement public de coopération intercommunale, la couverture intercommunale du territoire étant intégrale) ne disposent pas de la même capacité financière, la métropole ayant capté toute l'activité économique. Les communes membres du syndicat peuvent alors choisir de mener une politique commune avec la métropole, sachant qu'elle aura la capacité de la financer, ou rompre toute relation au risque de se retrouver isolées économiquement.

⁵⁵⁰ CGCT, art. L. 5216-5 pour la communauté d'agglomération, art. L. 5215-21 pour la communauté urbaine et art. L. 5214-21 pour la communauté de communes.

⁵⁵¹ CGCT, art. L. 5217-6.

⁵⁵² CGCT, art. L. 5217-7 : « Pour l'exercice des compétences transférées autres que celles mentionnées au I de l'art. L. 5217-2, la métropole est substituée au sein du syndicat aux communes qui la composent. Cette substitution ne modifie pas les attributions du syndicat, ni son périmètre ».

⁵⁵³ CGCT, art. L. 5215-20 et art. L. 5217-2.

non membres. Ces communes, appartenant à un autre établissement public de coopération intercommunale, sont alors dépendantes des choix de la métropole qui influencent la politique locale du fait de son pouvoir économique. Si ces dispositions apparaissent judicieuses pour clarifier l'organisation territoriale et rationaliser le nombre de syndicats intercommunaux, elles interrogent quant à la sous-représentation de la ruralité au sein des politiques publiques locales. En effet, les syndicats intercommunaux recueillent les besoins urbains, péri-urbains et ruraux. Avec l'avènement et l'affirmation institutionnelle du fait métropolitain, l'urbanisation connaît une nouvelle dimension et les communes rurales risquent d'être englouties par ces intercommunalités urbaines, qui concentrent tous les pouvoirs juridiques et économiques. Le risque est de voir la métropole décider unilatéralement des orientations locales en dominant les autres intercommunalités qui se conformeraient aux orientations métropolitaines, par crainte de voir leurs ressources économiques disparaître.

197. Les discussions parlementaires éclairent cette question : si la métropole dispose des compétences nécessaires et du pouvoir économique pour agir seule, des partenariats doivent être établis entre la métropole et les autres collectivités locales (régions et départements) et groupements intercommunaux pour s'assurer de la diffusion de la croissance économique sur l'ensemble du territoire. G. Collomb, sénateur-maire de Lyon et président de la métropole expliquait, en 2013, la démarche métropolitaine de Lyon en insistant sur la dimension collaborative : *« Il faut que les territoires travaillent en coordination avec la région. C'est dans cette perspective que nous devons construire ensemble et essayer de trouver des partenariats. Il faut partir de l'endroit où se trouve la croissance la plus forte pour la faire rayonner partout, pour la renforcer, pour créer des conditions propices à la renaissance d'une industrie et d'une économie »*⁵⁵⁴.

198. Une conférence métropolitaine a ainsi été instituée afin de permettre à la métropole et aux communes membres d'échanger sur tous les sujets d'intérêt métropolitain ou relatifs à l'harmonisation de l'action de ces collectivités. Cette institution a le mérite d'exister,

⁵⁵⁴ G. Collomb, compte rendu intégral des séances, séance du 4 juin 2013, Sénat, session ordinaire 2012-2013, JORF du 5 février 2013, p. 5401

cependant sa consultation n'est pas requise pour la définition des orientations ou des projets métropolitains. La collaboration locale n'est pas institutionnalisée, mais dépend pour le moment des relations locales.

199. La mise en œuvre de la transition énergétique locale est modifiée par la réunion des compétences urbanistique, énergétique et économique au sein de la métropole.

§2. La métropole dans le système énergétique français

200. Dès 1919, les communes sont encouragées à se rassembler au sein de syndicats intercommunaux afin de négocier d'une seule voix l'électrification de leur territoire avec les sociétés privées⁵⁵⁵. Ce rassemblement en syndicat a permis le développement d'un système d'aides aux investissements d'électrification et a œuvré « *au premier grand mouvement d'intercommunalité en France* »⁵⁵⁶. Le développement de l'électricité est lié à celui de l'intercommunalité et l'exercice des compétences énergétiques par l'intercommunalité apparaît alors comme « *une prérogative naturelle* »⁵⁵⁷. A l'instar des autres intercommunalités, la métropole exerce les compétences énergétiques locales en lien avec ses compétences économiques et urbanistiques, nécessaires à la réalisation de la transition énergétique (A). Toutefois, la création de ces grands ensembles intercommunaux urbains ne doit pas faire oublier l'importance des territoires ruraux dans la mise en œuvre de cette politique publique (B).

A. La concentration métropolitaine des compétences énergétiques locales

201. La métropole dispose des mêmes compétences énergétiques que la communauté urbaine. La distinction entre les compétences dévolues aux deux intercommunalités est

⁵⁵⁵ Circulaire interministérielle du 19 octobre 1919 citée par P. Mozol, « Le rôle des syndicats d'électrification et la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité : entre opportunités et contraintes » in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013.

⁵⁵⁶ F.-M. Poupeau, « Un siècle d'intervention publique dans le secteur de l'électricité en France, Gérer et comprendre », septembre 2004, p.10 cité par P. Mozol, *ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

ténue. Seules les compétences économiques les distinguent, la métropole s'étant vue attribuer des compétences économiques étatiques et régionales.

202. La concentration de compétences énergétiques par un acteur unique à l'échelle d'un bassin de vie présente, en théorie, de nombreux avantages pour la réalisation de la transition énergétique en proposant une unité de lieu, un interlocuteur unique et une cohérence entre les besoins énergétiques et les capacités financières de la collectivité. Mais, en pratique, la taille de la métropole et le mode de représentation à la proportionnelle au sein du conseil métropolitain laisse craindre une surreprésentation de certaines communes au détriment des plus petites. Or, le potentiel énergétique de ces petites communes est important, particulièrement pour la production énergétique renouvelable.

203. La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014 renforce les compétences énergétiques métropolitaines attribuées par la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010. En effet, alors que la loi de 2010 attribuait aux métropoles une compétence de « *soutien aux actions de maîtrise énergétique de la demande d'énergie* »⁵⁵⁸, la loi de 2014 fait de la métropole, une contributrice active à la transition énergétique en lui transférant la gestion de la concession de distribution d'électricité, le soutien aux actions de maîtrise énergétique, l'élaboration et l'adoption du plan climat air énergie territorial⁵⁵⁹. La métropole est également compétente pour la création, l'aménagement, l'entretien et la gestion des réseaux de chaleur ou de froid urbains et des infrastructures de charge pour les véhicules hybrides ou électriques⁵⁶⁰.

204. Jusqu'à l'affirmation de la métropole par la loi du 27 janvier 2014, ces compétences énergétiques étaient exercées de plein droit par la communauté urbaine⁵⁶¹, intercommunalité alors la plus intégrée. Désormais, dans les textes, seule la compétence d'élaboration du plan climat air énergie territorial que la loi attribue de plein droit à la métropole la différencie

⁵⁵⁸ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, art. 12.

⁵⁵⁹ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles, art. 43.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ CGCT, art. L. 5215-20 5°.

de la communauté urbaine. Toutefois, si la production de ce plan climat ne figure pas au nombre des compétences exercées de plein droit par la communauté urbaine, ces dernières l'élaborent dans les faits en raison du seuil démographique obligeant toute intercommunalité de plus de 20 000 habitants⁵⁶² à l'élaborer. En effet, le seuil démographique requis pour la constitution d'une communauté urbaine étant de 250 000 habitants⁵⁶³, la communauté urbaine élabore, de fait, le plan climat air énergie territorial. Ainsi, en réalité, la métropole exerce les mêmes compétences énergétiques que la communauté urbaine. L'examen du transfert des compétences d'urbanisme aboutit à la même conclusion : la communauté urbaine et la métropole disposent des mêmes compétences (schéma de cohérence territoriale et schéma de secteur, plan local d'urbanisme, opération d'aménagement, constitution de réserves foncières)⁵⁶⁴.

205. Les métropoles exercent toutes les compétences énergétiques et économiques nécessaires à la réalisation de la transition énergétique. Cependant, la réalisation de cette politique publique dépend des capacités énergétiques locales. Or, du fait de la taille de la métropole et de la répartition des sièges entre les communes membres au conseil métropolitain, nous nous interrogeons quant à l'exploitation de l'ensemble des capacités énergétiques territoriales en raison d'une sous-représentation des communes les plus petites, et notamment rurales⁵⁶⁵.

Les métropoles sont administrées par un organe délibérant composé de délégués des communes membres, élus dans le cadre de l'élection municipale⁵⁶⁶. La répartition des sièges dans les organes délibérants des métropoles est fixée par la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales dont l'article 9 dispose qu'elle assure la représentation des territoires sur une base démographique et territoriale.

⁵⁶² Loi n° 2015- 992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art.188 III.

⁵⁶³ CGCT, art. L. 5215-1.

⁵⁶⁴ A ceci près que la métropole est chargée d'actions de valorisation du patrimoine naturel et paysager et qu'elle dispose de compétences plus importantes en matière de mobilité (gouvernance et aménagement des gares sur le territoire métropolitain).

⁵⁶⁵ La réalisation de la transition énergétique repose sur des gisements énergétiques locaux de production renouvelable et d'efficacité énergétique. Or, si les petites communes membres de la métropole ne peuvent faire entendre leurs voix au sein du conseil métropolitain, certains de ces gisements ne seront pas exploités et ne contribueront pas à une transition énergétique efficace. La transition énergétique exige une collaboration territoriale entre tous les échelons locaux.

⁵⁶⁶ CGCT, art. L. 5211-6.

Cette répartition est fondée sur deux principes : l'attribution des sièges à la représentation proportionnelle⁵⁶⁷, pour garantir une représentation démographique, et l'attribution d'un siège à chaque commune membre, pour assurer une représentation minimale de l'ensemble des communes. Dans le cadre d'une représentation proportionnelle des communes au sein du conseil métropolitain, les communes dont la densité de population est faible ne pourront pas faire entendre leurs voix face aux grandes villes, l'organisation de la métropole reposant sur une commune de taille importante et des communes contiguës de densité inférieure⁵⁶⁸. Or, dans le cas de la transition énergétique, les petites communes notamment rurales renferment de forts potentiels énergétiques grâce à une densité démographique plus faible. Il serait contre-productif de ne pas intégrer ces communes au sein des structures métropolitaines étant donné le potentiel énergétique qu'elles renferment.

206. Plusieurs outils à destination des communes rurales ont ainsi été mis en place afin de renforcer leur place au sein de ces ensembles intercommunaux urbains.

B. Le renforcement de la place des communes rurales pour la mise en œuvre de la transition énergétique

207. La création de la métropole qui comporte de nombreux avantages a aussi, nous l'avons vu, pour conséquence d'accentuer la fracture territoriale entre territoires urbains et ruraux dont la densité de population est faible. Le critère démographique présidant à la création de la métropole, les territoires ruraux sont délaissés. Ces territoires, indispensables à la transition énergétique, se réunissent alors entre eux pour accroître leur représentation démographique et être plus représentatifs au sein des intercommunalités.

⁵⁶⁷ L'art. 9 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 classe les communes en fonction de leur densité de population et définit ainsi le nombre de sièges de l'assemblée délibérante de l'établissement public de coopération intercommunale.

⁵⁶⁸ En effet, l'art. L. 5217-1 CGCT dispose qu'au 1^{er} janvier 2015, sont transformés, par décret, en métropole les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre qui forment, à la date de la création de la métropole, un ensemble de plus de 400 000 habitants dans une aire urbaine de plus de 650 000 habitants. L'INSEE définit l'aire urbaine comme un ensemble de communes, d'un seul tenant et sans enclave, constitué par un pôle urbain de plus de 10 000 emplois, et par des communes rurales ou unités urbaines dont au moins 40% de la population résidente ayant un emploi travaille dans le pôle.

208. La réalisation de la transition énergétique s'appuie en effet également sur les territoires ruraux. « *Compte tenu de leurs besoins et de leurs potentiels, notamment en biomasse et disponibilités foncières, les territoires ruraux ont un rôle majeur à jouer en matière de production d'énergies renouvelables. Par ailleurs, les territoires ruraux sont particulièrement touchés par la précarité énergétique* »⁵⁶⁹. Les territoires ruraux concentrent ainsi de nombreuses possibilités de production renouvelable car « *le développement des énergies renouvelables en milieu densément peuplé se heurte au potentiel du territoire. Ce sont donc les territoires ruraux et périurbains qui devront alimenter les centres urbains en énergie renouvelable, en plus de subvenir à leurs propres besoins* »⁵⁷⁰. Une coordination entre les territoires urbains et ruraux est alors indispensable pour répondre à leurs besoins énergétiques respectifs.

209. Les territoires ruraux sont gérés par de multiples intercommunalités qui affaiblissent leur influence : « *alors que les villes s'organisent en métropoles pour relever les enjeux du siècle, le monde rural continue d'être géré par une myriade de petites communes ou d'intercommunalités croupions, certes sympathiques au plan de la proximité, mais souvent inopérantes devant les attentes des populations* »⁵⁷¹. Ces territoires, compte tenu de leur potentiel énergétique, doivent alors se rassembler pour gagner en importance et en visibilité afin de prendre part aux politiques publiques locales et faire face aux territoires urbains constitués en métropoles ou communauté urbaine. « *Face aux métropoles, en complément des métropoles, à côté des métropoles, les territoires sont structurés, en une série de confettis institutionnels. Il convient de les fédérer* », souligne le député F. Boudié⁵⁷².

210. Les communes rurales disposent pour ce faire de deux outils : le pôle d'équilibre territorial et rural ou la fusion communale.

⁵⁶⁹ Région Aquitaine, *Les TEPOS en Aquitaine, Pour une région à énergie positive*.

⁵⁷⁰ Réseau action climat France, « *Quelle gouvernance territoriale pour la transition énergétique ?* », janvier 2013, disponible en ligne : http://www.ddline.fr/wp-content/uploads/2013/06/Quelle_gouvernance_territoriale_pour_la_transition_energetique.pdf.

⁵⁷¹ P. Plisson, compte rendu intégral des débats, séance du 19 juillet 2013, Assemblée Nationale, session extraordinaire 2012-2013, JORF du 20 juillet 2013, p. 8263.

⁵⁷² F. Boudié, compte rendu intégral des débats, séance du 19 juillet 2013, Assemblée Nationale, session extraordinaire 2012-2013, JORF du 20 juillet 2013, p. 8264.

Le pôle d'équilibre territorial et rural désigne un syndicat mixte créé par la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014⁵⁷³ regroupant des collectivités locales et groupements intercommunaux hors métropole⁵⁷⁴, dans le but de « *fédérer les structures intercommunales en zone rurale autour d'un projet de développement commun* »⁵⁷⁵. Non soumis à l'obligation de continuité territoriale, le pôle d'équilibre territorial et rural permet aux intercommunalités rurales de se réunir en une entité unique.

La fusion communale, réactualisée par la loi du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle⁵⁷⁶, permet également aux communes rurales de se rassembler. Jusqu'alors, les différentes tentatives de fusion de collectivités avaient échoué, « *l'imbri-cation des systèmes politiques national et local empêchant une réforme autoritaire et radicale de l'organisation administrative territoriale* »⁵⁷⁷. La fusion reposait sur la volonté des communes, « *mais comment le législateur a-t-il pu imaginer que des élus pourraient cautionner un plan qui supprime des communes et prive de leurs attributs des maires et conseillers municipaux qui peuvent se révéler être de fidèles soutiens ?* »⁵⁷⁸. En laissant toute latitude aux élus locaux, la fusion communale a peu été utilisée.

211. L'obligation d'appartenir à une intercommunalité relance la fusion communale qui fait l'objet de nouvelles dispositions au sein de la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010⁵⁷⁹ sous l'appellation de commune nouvelle⁵⁸⁰. Ces dispositions

⁵⁷³ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 79.

⁵⁷⁴ Le pôle d'équilibre territorial et rural est le pendant du pôle métropolitain encourageant la coopération renforcée entre les territoires urbains. L'objectif est de favoriser des actions d'intérêt métropolitain destinées à améliorer la compétitivité et l'attractivité de leur territoire ; v. en ce sens : E. Mella, fasc. 280, « Syndicat mixte : création et administration », *JCP. A*, novembre 2014.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Loi n° 2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes.

⁵⁷⁷ H. Michel, *Intercommunalités et gouvernements locaux, l'exemple des départements de l'ouest de la France*, Logiques Politiques, L'Harmattan, 1999, p. 8.

⁵⁷⁸ B. Perrin, *La coopération intercommunale, bilan et perspectives*, 2^{ème} éd., Administration locale, Berger –Levrault, 1998, p. 24.

⁵⁷⁹ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, art. 21.

⁵⁸⁰ M. Le Roux, « La loi du 16 mars 2015, un second souffle pour les communes nouvelles », *AJDA* 2015, p.1266 : « *L'intitulé choisi est plus positif dès lors qu'il évoque davantage l'avenir que la disparition des structures regroupées, et qui prend en compte le contexte bien différent de 1971, celui d'une intercommunalité réussie* ».

n'ont pas emporté l'adhésion des élus craignant une « *intégration forcée des petites communes* »⁵⁸¹ par le pouvoir donné au préfet de créer une commune nouvelle, en lieu et place des conseils municipaux concernés⁵⁸². Cependant, en 2015, une proposition de loi⁵⁸³ améliore le régime de la commune nouvelle en modifiant les conditions de sa création par la participation « *de l'ensemble des membres des conseils municipaux des anciennes communes, si les conseils municipaux des communes concernées le décident par délibérations concordantes prises avant la création de la commune nouvelle* »⁵⁸⁴. L'identité communale est, par ailleurs, préservée par la création de communes déléguées au sein de la commune nouvelle⁵⁸⁵. La fusion communale est une option pour les communes rurales confrontées à des établissements de coopération intercommunale à forte concentration urbaine. Entre 2016 et 2017, la Direction générale des collectivités territoriales recensait 517 communes nouvelles créées⁵⁸⁶. La loi du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle a effectivement relancé le processus de fusion communale. Les communes rurales trouvent dans ces outils le moyen de renforcer leur position au sein des grands ensembles intercommunaux à dominante urbaine et ainsi de participer à l'élaboration et à la réalisation des politiques publiques locales.

212. En conclusion de ce premier titre, nous pouvons estimer que la réalisation de la transition énergétique, exigeant la coordination des acteurs locaux au sein d'espaces territoriaux pertinents, repose sur l'échelon intercommunal. Les compétences des communes, leur proximité géographique avec les besoins locaux et les sources de production renouvelable justifiant leurs attributions énergétiques les érigent au premier plan pour réaliser cette politique

⁵⁸¹ J. Mathon-Pointat, compte rendu intégral des débats, 2 février 2010, Sénat, session ordinaire 2009-2010, JORF du 3 février 2010, p. 845.

⁵⁸² Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, art. 21.

⁵⁸³ La loi du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle est une proposition du député Pellissard, ancien président de l'Association des maires de France et du groupe socialiste de l'Assemblée Nationale.

⁵⁸⁴ CGCT, art. L. 2113-7 I 1°.

⁵⁸⁵ Les maires délégués sont alors adjoints au maire de la commune nouvelle, disposent de pouvoirs propres et peuvent se voir attribuer des délégations sur tout le territoire communal nouveau.

⁵⁸⁶ Bulletin d'information statistique de la direction générale des collectivités locales, n° 115, mars 2017.

publique. Si la politique énergétique intercommunale doit s'aligner sur les schémas de planification régionaux, les établissements publics de coopération intercommunale sont en réalité libres de leurs choix⁵⁸⁷.

213. Toutefois une coordination doit être établie afin d'assurer une cohérence et une efficacité d'action des politiques énergétiques locales. Une des possibilités serait le recours au contrat, sur le modèle du contrat de plan Etat - région. Les investissements publics seraient alors contractualisés au sein de contrats de planification locaux et répondraient aux objectifs énergétiques définis par la région en fonction des ressources et besoins du territoire.

214. Une fois étudiées les compétences énergétiques et l'organisation territoriale sur laquelle elles s'exercent, il nous a semblé nécessaire d'étudier les modalités de gestion des collectivités territoriales pour réaliser ces compétences.

⁵⁸⁷ La planification régionale énergétique peut être complétée par la démarche des « Agendas 21 locaux » constituant des projets de développement durable pour un territoire. Créés par le Sommet de la Terre de Rio en 1992, les agendas 21 locaux permettent aux collectivités locales d'établir, en concertation avec les habitants, les organisations locales et les entreprises privées un programme territorial de développement durable. Ce programme établit notamment, une stratégie locale énergétique. Sans entrer en contradiction avec les schémas régionaux, les intercommunalités sont libres de développer leurs propres programmes de développement énergétique.

Titre 2. Les modes de gestion du service public énergétique par les collectivités territoriales

215. Les collectivités territoriales et leurs groupements chargés de réaliser la transition énergétique dans leur ressort territorial peuvent recourir à une gestion personnalisée de services publics locaux, à travers la constitution d'entreprises publiques locales ou à la gestion déléguée par le recours aux contrats publics. Le recours à ces modalités de réalisation exige auparavant la qualification de ces activités de service public suivant les critères légaux et jurisprudentiels.

216. La notion de service public recouvre « *trois types de signification : institutionnelle, juridique et idéologique* »⁵⁸⁸. Pour J. Chevallier, « *dans une société, on trouve un ensemble d'activités considérées comme étant d'intérêt commun et devant être à ce titre, prises en charge par la collectivité : le service public évoque cette sphère de fonctions collectives, nécessaires à l'existence même du social* »⁵⁸⁹. La nationalisation et la création par la loi du 8 avril 1946⁵⁹⁰ d'établissements publics énergétiques pour assurer l'électrification et la reconstruction du pays témoigne de l'importance de l'énergie pour la France⁵⁹¹. L'activité énergétique, comprise dans sa globalité comme étant la production, le transport, la distribution et la fourniture, est alors considérée comme un service public en France.

217. Jusqu'à la séparation juridique et comptable des activités énergétiques pour la réalisation du marché intérieur de l'énergie⁵⁹², une confusion existait entre l'activité et l'acteur public qui la réalisait, le service public énergétique était alors identifié à EDF. La séparation des activités énergétiques et l'ouverture à la concurrence marque la fin de cette unité. Chaque activité doit désormais être qualifiée afin d'en déterminer ses modalités de gestion.

⁵⁸⁸ J. Chevallier, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 9^{ème} éd., mars 2012.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁵⁹¹ Le service public recouvre également une sphère institutionnelle, l'exercice de missions de service public et la satisfaction de l'intérêt public étant le monopole originel des personnes publiques ; v. en ce sens : J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, 3^{ème} éd., Montchrestien, Lextenso.

⁵⁹² 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.

La qualification d'activité de service public est l'œuvre soit de la loi soit de l'application de critères jurisprudentiels dégagés par le Conseil d'Etat⁵⁹³ : une activité d'intérêt général, le rattachement de cette activité à une personne publique et l'exercice de prérogatives de puissance publique, critère secondaire⁵⁹⁴.

La qualification de service public de la production énergétique⁵⁹⁵ est soumise par la loi à une condition : elle doit contribuer au développement équilibré de l'approvisionnement énergétique⁵⁹⁶. Ce développement correspond à la réalisation d'objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production et à la garantie de l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain⁵⁹⁷.

L'activité de transport et de distribution sont des activités de service public par application des critères jurisprudentiels. En effet, le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution qui « *consistent à assurer la desserte rationnelle du territoire national, le raccordement et l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution* »⁵⁹⁸ constituent une activité d'intérêt général. Le critère organique de rattachement à une personne publique est également rempli : les activités de transport et de distribution sont exercées par le groupe public EdF⁵⁹⁹ « *en sa qualité de gestionnaire du réseau public de transport*

⁵⁹³ CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, n° 43834, *Rec.*

⁵⁹⁴ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 26454, *Rec.* : l'exercice de prérogatives de puissance publique est un critère secondaire dans la qualification d'une activité de service public. En effet, « *même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ».

⁵⁹⁵ La production énergétique peut être électrique, gazière ou calorifique (chaleur). Dans la plupart de nos développements, lorsque que nous évoquons l'énergie, nous parlons principalement de l'énergie électrique, qui est la plus utilisée en France.

⁵⁹⁶ T. confl., 11 octobre 1993, *Société centrale sidérurgique de Richemont*, n° 02872, *Rec. sous C. ener.*, art. L. 311-3 : un producteur autonome d'électricité, personne morale de droit privé non titulaire d'une concession de service public, lorsqu'il réalise des travaux, le fait pour son propre compte. La production d'électricité n'est pas considérée en tant que telle comme une mission de service public.

⁵⁹⁷ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement de l'électricité, art. 2-I et suiv.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ La loi n° 46-628 du 8 avril 1946 de nationalisation de l'électricité et du gaz crée les établissements publics EdF et GdF. EdF, à la suite de l'ouverture à la concurrence, est une société anonyme comprenant plusieurs filiales (à 100%) dont RTE en charge du transport de l'électricité, et Enedis (anciennement ErDF) assurant la distribution. Le groupe EdF, bien que société anonyme, est une entreprise publique du fait de la détention majoritaire du capital par l'Etat.

et de réseaux publics de distribution », d'une part⁶⁰⁰, et par les collectivités territoriales, autorités organisatrices de la distribution publique, d'autre part. Ainsi que nous l'avons évoqué, la détention de prérogatives de puissance publique n'est pas requise pour la qualification d'une activité de service public⁶⁰¹.

Enfin, la loi qualifie l'activité de fourniture énergétique⁶⁰² d'activité de service public lorsqu'elle « assure sur l'ensemble du territoire : la fourniture d'électricité aux clients non éligibles, une fourniture d'électricité de secours pour pallier aux défaillances imprévues, et la fourniture électrique à tout client éligible lorsqu'il ne trouve aucun fournisseur »⁶⁰³. Cette mission de service public incombe à EDF et aux entreprises locales de distribution⁶⁰⁴. La fourniture énergétique est ainsi une activité de service public sous certaines conditions⁶⁰⁵.

218. La nature industrielle et commerciale ou administrative de ces missions de service public reste encore à définir. En effet, les modes de gestion des services publics locaux varient suivant leur nature.

Originellement, les collectivités locales n'assument pas de services publics industriels et commerciaux⁶⁰⁶. Le Tribunal des Conflits leur reconnaît cette compétence d'exercice en 1921 avec la décision *Société commerciale de l'Ouest africain*, communément dénommée Bac d'Eloka⁶⁰⁷. Cette décision admet « l'existence de services publics fonctionnant dans les mêmes

⁶⁰⁰ Loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement de l'électricité.

⁶⁰¹ *supra*, note de bas de page n° 596

⁶⁰² La Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) définit l'activité de fourniture énergétique comme l'activité qui alimente d'au moins un consommateur final, en électricité ou gaz, soit à partir d'une énergie qu'il a lui-même produite, soit à partir d'une énergie qu'il a achetée.

⁶⁰³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 2 III.

⁶⁰⁴ Entreprises publiques locales ou régies chargées de la distribution d'électricité sur un territoire déterminé, non desservi par Enedis. Les entreprises locales de distribution (ELD) assurent environ 5% de la distribution électrique. Les ELD correspondent aux distributeurs non nationalisés par la loi du 8 avril 1946.

⁶⁰⁵ En dehors de ces cas, l'activité de fourniture est une activité commerciale classique (les fournisseurs électriques en dehors d'EDF ne sont pas soumis à ces exigences de service public).

⁶⁰⁶ Interdiction posée par les décrets d'Allarde correspondant au décret du 2 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des patentes et à la loi du 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des patentes également.

⁶⁰⁷ T. confl., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706, *Rec.*

conditions qu'une entreprise et donne naissance à la notion de service public industriel et commercial »⁶⁰⁸. Suivant la nature de l'activité exercée, des services administratifs sont considérés comme fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée. Les collectivités territoriales et leurs groupements sont ainsi reconnus exercer des activités industrielles et commerciales dans le cadre d'une mission de service public.

La qualification de mission de service public industriel et commercial relève de la loi ou de l'application de critères jurisprudentiels dégagés par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 16 novembre 1956 dans sa décision *Union syndicale des industries aéronautiques* : l'objet industriel ou commercial du service public⁶⁰⁹, son mode de financement⁶¹⁰ et ses modalités de fonctionnement⁶¹¹.

L'activité industrielle est définie comme une activité de production ou de transformation grâce à l'utilisation d'outils industriels, l'activité commerciale étant considérée comme une activité économique de vente de biens et services sur un marché. Au regard de ces critères, la production, la vente et le transport d'énergie s'apparentent à des activités industrielles et commerciales. Puis, conformément aux exigences européennes⁶¹², ces activités énergétiques sont réalisées par des sociétés de droit privé. Enfin, leur financement repose sur le paiement par les usagers de ce service public. Ainsi la production, le transport et la distribution énergétique ainsi que la fourniture aux consommateurs finaux constituent des activités de service public industriel et commercial.

L'objet de ces missions de service public énergétique évoluent et intègrent dorénavant les exigences de la transition énergétique telle que la maîtrise de la demande dans le cadre de la distribution ou le développement des énergies renouvelables au sein de la production ⁶¹³.

⁶⁰⁸ Analyse du Conseil d'Etat de la décision T. confl., *ibid*.

⁶⁰⁹ T.confl., 15 janvier 1979, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 02090, *Rec. T.* ; CE, 10 février 1993, *Ville de la Rochelle*, n° 95863, inédit ; égal CE, avis, 27 octobre 2000, *Mme T*, n° 222672, *Rec.*

⁶¹⁰ CE, 30 septembre 1996, *Sté stéphanoise des eaux*, n° 156176 / 156509, *Rec.* ; CE, sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce de Nice*, n° 42231, *Rec.* ; égal T. confl., 15 octobre 1973, *Barbou*, *Rec.*

⁶¹¹ CE, sect., avis, 10 avril 1992, *Sté Hofmiller*, n° 132539, *Rec.*

⁶¹²Décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France : en 2004, EdF passe du statut d'établissement public national à celui de société anonyme.

⁶¹³ L'approvisionnement et la sécurité énergétique demeurent les objectifs principaux auxquels la recherche de solutions pour une meilleure maîtrise de l'énergie et le développement des énergies renouvelables s'ajoutent.

219. Du fait de leurs compétences énergétiques, les collectivités territoriales sont chargées de ces missions de service public énergétique qu'elles assument souvent à travers la création de services publics énergétiques locaux ⁶¹⁴.

La réalisation de ces missions de service public industriel et commercial s'inscrit dans le contexte de reconfiguration de l'action publique. De la révision générale des politiques publiques à la modernisation de l'action publique, l'efficacité est désormais l'antienne des politiques publiques. En effet, la raréfaction des deniers publics oblige désormais à une maîtrise des dépenses publiques⁶¹⁵. Les collectivités territoriales contrôlent davantage leur gestion à la recherche de performance tout en maintenant la qualité de leurs services publics. Le retour sur investissement, propre au secteur privé, intègre désormais les objectifs de l'action publique⁶¹⁶. L'exemple de l'obligation d'étude préalable intégrant une étude de soutenabilité financière avant le recours à un contrat de partenariat témoigne de cette évolution de l'action publique⁶¹⁷.

Cette recherche de performance de l'action publique locale et de maîtrise des dépenses publiques encourage l'association du secteur public en charge de l'intérêt général avec des opérateurs privés à la recherche de rentabilité économique.

220. La transition énergétique s'inscrit ainsi dans cette évolution. Historiquement, les collectivités locales géraient leurs services publics énergétiques sous forme de régie : « *la*

⁶¹⁴ Ici, le terme de service public local doit être compris comme une personne morale exerçant une mission de service public énergétique.

⁶¹⁵ L'action des collectivités locales se développe dans un contexte de raréfaction des deniers publics et de forte diminution de la dotation globale de fonctionnement impactant le volume de l'investissement public local d'une part, et les différentes élections locales ont provoqué un certain attentisme défavorable au développement de nouveaux projets. La baisse de l'investissement public local est estimée par la Caisse des dépôts et consignations entre 15 et 20% cumulé depuis 2012 (G. Gauthey, colloque de l'Institut de la gestion déléguée, Les contrats globaux : nouvelles opportunités pour l'investissement et les services publics – Transposition des directives marchés et concessions, 11 mai 2016, Paris).

⁶¹⁶ Prenons pour exemple la création de l'outil MAREVA (Méthode d'analyse et de remontée de la valeur) développé par la direction du budget. Cinq axes déterminent la valeur globale d'un projet : la nécessité du projet, la maîtrise du risque, l'internalité pour la sphère publique (bénéfices pour les services publics), externalités pour les particuliers ou les entreprises et retour sur investissement ; disponible en ligne : performance-publique.budget.gouv.fr, consulté le 8 août 2016.

⁶¹⁷ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 74 : « *La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet. L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ».

*régie a été pendant longtemps la seule formule de gestion connue : le service est géré directement par la collectivité qui affecte une série de moyens (humains, financiers, matériels) pour son exécution ; dépourvue de personnalité juridique et d'autonomie financière, la régie se fonde dans les activités de la collectivité dont elle relève »*⁶¹⁸. Progressivement, la régie a fait place à l'institution de l'établissement public, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, et à la délégation de l'activité à un gestionnaire privé. « *Le recours à la concession a permis à l'Etat, puis aux collectivités locales d'éviter de s'engager trop directement dans la gestion d'entreprises industrielles et commerciales ; c'est dans ce cadre qu'ont été construites et exploités les services d'eau, gaz puis électricité »* retrace J. Chevallier⁶¹⁹.

Aujourd'hui, les collectivités territoriales ont recours à la gestion directe comme à l'externalisation pour gérer leurs services publics énergétiques locaux (chapitre 1). Les collectivités territoriales recourent plus aisément à l'externalisation à travers la voie contractuelle. Si la concession a permis de faire réaliser de nombreuses infrastructures énergétiques, l'exigence de performance de l'action publique modifie la donne. Les collectivités territoriales définissent désormais des objectifs de performance mesurables qui leurs permettent d'exercer un contrôle accru sur la gestion de leurs services publics. Elles recourent ainsi, plus aisément, aux marchés publics pour déléguer la gestion de leurs missions de service public énergétique (chapitre 2).

⁶¹⁸ J. Chevallier, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 9^{ème} éd., mars 2012, p. 102.

⁶¹⁹ *Ibid.*

Chapitre 1. La gestion des missions de service public énergétique par les collectivités territoriales : entre gestion directe et externalisation

221. Traditionnellement, les collectivités locales gèrent leurs missions de service public énergétique selon deux modalités : une gestion directe (personnalisée ou non) et une gestion indirecte (externalisée) dans laquelle la réalisation du service public est déléguée à un opérateur économique par un contrat de concession⁶²⁰. La recherche de rationalisation et d'efficacité conduit les collectivités locales à participer activement à la réalisation de leurs services publics énergétiques par le recours à des entreprises publiques locales⁶²¹, créées seules ou en association avec un partenaire privé.

222. L'entreprise publique locale désigne une entité à capitaux publics locaux exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de ses modalités de financement. « *Entreprise au service des collectivités locales, des territoires et leurs habitants* »⁶²², l'entreprise publique locale est considérée comme l'émanation de la collectivité territoriale sur un marché. Elle peut prendre la forme d'un établissement public comme celle d'une société de droit privé. Le recours à une structure de droit privé peut emprunter trois voies : la société publique locale⁶²³, la société d'économie mixte⁶²⁴ et la société d'économie mixte à opération unique⁶²⁵.

La société publique locale, dont le capital est exclusivement détenu par les collectivités territoriales est soumise à un régime dérogatoire alliant exigences de service public et respect de la concurrence, afin que les entreprises privées offrant les mêmes services sur le marché ne soient pas lésées.

⁶²⁰ L'art. 5 de l'ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions renouvelle l'appellation des délégations de service public en contrats de concession de service : « *Les contrats de concessions sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédant confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ».

⁶²¹ Concernant la définition de l'entreprise : CJCE, 23 avril 1991, *Hofner et Elser*, C-41/90, *Rec CJCE* 1991.

⁶²² M. Cataldi, « Fiche n° 13 : Les entreprises publiques locales », *La Gazette des communes*, 21 janvier 2015.

⁶²³ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

⁶²⁴ Loi n° 83 -597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

⁶²⁵ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

La société d'économie mixte locale requiert uniquement une détention publique locale majoritaire du capital. La société d'économie mixte à opération unique émane de la société d'économie mixte locale. La mixité du capital offre plus de possibilité aux collectivités territoriales, notamment dans le cadre d'activités énergétiques.

En effet, en 2015, la Fédération des entreprises publiques locales recensait 1208 entreprises publiques locales dont 970 sociétés d'économie mixte locale et 238 sociétés publiques locales⁶²⁶. Les sociétés d'économie mixte locales énergétiques représentent 8,8% et les sociétés publiques locales énergétiques, 3,8% des effectifs totaux. La création de sociétés d'économie mixte locales énergétiques est en forte croissance, et représente 64,3% des sociétés d'économie mixte créées en 2014⁶²⁷.

223. La gestion directe du service public par la collectivité territoriale a révélé des insuffisances. Les contraintes juridiques et les besoins économiques sont trop importants pour que les collectivités territoriales puissent assumer seules leurs missions de service public énergétique (section 1). Dans le contexte de diminution continue du volume d'investissement public local associé à la recherche de performance de l'action publique, le partenariat entre collectivités locales et entreprises privées constitue désormais la voie privilégiée pour la réalisation de la transition énergétique (section 2).

Section 1. Les limites de la gestion publique directe

224. La gestion directe d'une mission de service public industriel et commercial par une personne publique se présente sous deux formes : la régie qui se confond avec la collectivité de tutelle ou l'établissement public local, et la société publique locale qui sont des structures dotées d'une personnalité morale, mais dont les critères et le fonctionnement en font une émanation de la collectivité.

⁶²⁶ Fédération des EPL, *Eplscope, Le baromètre des entreprises publiques locales*, 2015.

⁶²⁷ *Ibid.*

225. Les collectivités disposent, conformément au code général des collectivités territoriales, de la faculté d'administrer en régie⁶²⁸ les services publics industriels et commerciaux relevant de leurs compétences. Cette faculté est le résultat d'une évolution historique, « *le droit administratif et la jurisprudence ont longtemps vécu sur l'idée que les personnes publiques n'avaient pas, sauf besoin de la population strictement entendu et carence de l'initiative privée, à se transformer en commerçants ou en industriels* »⁶²⁹. Les décrets lois Poincaré des 5 novembre⁶³⁰ et 28 décembre 1926⁶³¹ marquent la fin de cette doctrine en autorisant la création de régies communales de nature industrielle et commerciale⁶³².

Toute collectivité territoriale, établissement public, établissement public de coopération intercommunale ou syndicats mixtes⁶³³, peut recourir à la régie pour l'exercice direct d'une de leurs missions de service public industriel et commercial⁶³⁴.

226. Cependant, elle ne saurait représenter l'unique modalité de gestion publique, son activité étant limitée par la compétence de la collectivité de tutelle⁶³⁵ et par les règles de concurrence⁶³⁶. Le régime juridique de la régie est inadapté à l'exercice des compétences énergétiques qui sont nombreuses et techniques. En effet, les collectivités locales ne disposent pas des capacités de financement et d'investissement nécessaires à l'exploitation de ce service public en régie⁶³⁷ (§1). Pour déroger à ces contraintes, le législateur a créé la société publique

⁶²⁸ CGCT, art. L. 2221-1.

⁶²⁹ J.-F. Lachaume, P. Tifine, fasc.740, « La régie », *JCP. A*, 22 octobre 2013, pt. 21.

⁶³⁰ Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative.

⁶³¹ Décret-loi du 28 décembre 1926, art.1^{er} : « *les communes et les syndicats de communes peuvent être autorisés dans les conditions indiquées à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial. Sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées, soit par application de la loi des 2-17 mars 1791, soit, en ce qui concerne l'exploitation des services publics communaux, en vertu de traités de concession ou d'affermage* ».

⁶³² J.-F. Lachaume, P. Tifine, *op.cit.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ CGCT, art. L. 1412-1 ; égal. J.-F. Lachaume, P. Tifine, *op.cit.*, pt. 11 et suiv.

⁶³⁵ J.-F. Lachaume, P. Tifine, fasc. 732, « Service public local – Domaine », *JCP. A*, 9 juillet 2013 : « *C'est par l'intermédiaire des services publics locaux que se concrétisent pour les administrés, les compétences que les textes et la jurisprudence attribuent aux collectivités territoriales ou aux établissements publics de coopération intercommunale. Les compétences constituent la première matière du service public local. Le domaine des services publics locaux, doit donc nécessairement se définir par rapport aux compétences reconnues aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics* ».

⁶³⁶ CE, sect., 3 novembre 1997, *Million et Marais*, n° 169907, *Rec.*

⁶³⁷ A l'exception des métropoles, qui, comme étudié précédemment, disposent de ressources économiques et financières.

locale, société anonyme à capitaux intégralement publics. La flexibilité du régime de cette société semblait alors être une alternative à la régie directe, le recours à cette structure permettant aux collectivités territoriales de se rassembler pour mutualiser les coûts de gestion de leurs services publics. Mais dans le contexte de faible volume d'investissement public local, l'exploitation directe des services publics énergétiques par les collectivités territoriales ne présente pas la meilleure solution pour assurer la performance de l'action publique (§2).

§1. Le caractère inadapté de la régie

227. L'article L. 2221-1 du code général des collectivités territoriales dispose que les communes⁶³⁸ peuvent exploiter directement, en recourant à la régie, des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial⁶³⁹. La direction, la gestion et l'exploitation du service public énergétique peuvent alors être assurées par la commune et l'intercommunalité qui détiennent les principales compétences énergétiques⁶⁴⁰.

Dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (établissement public local)⁶⁴¹ ou de la seule autonomie financière⁶⁴², la régie est une émanation de la commune ou est intégrée en son sein. Ainsi, elle est assimilable à sa collectivité de tutelle et doit donc répondre aux mêmes obligations.

228. Dans un premier temps, la création d'une régie doit répondre aux conditions de l'action publique économique locale. En effet, l'exploitation d'un service public industriel

⁶³⁸ Etant donné les compétences énergétiques des communes, il nous paraissait normal de concentrer nos développements sur les régies communales et intercommunales.

⁶³⁹ Les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées sont considérées comme industrielles ou commerciales. En matière énergétique, les différentes activités sont industrielles et commerciales, en application de l'article L. 2221-1 du CGCT et des critères jurisprudentiels évoqués dans l'introduction de ce second titre (*supra* n° 215 et suiv.).

⁶⁴⁰ L'exploitation en régie n'est possible que si la loi n'impose pas une autre forme d'exploitation comme dans le cas du transport ou de la distribution électrique (Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, art.36). L'emploi du terme de « régie » désigne dans les développements suivants, la régie dotée de l'autonomie financière et l'établissement public local.

⁶⁴¹ L'établissement public local est soumis à trois principes : l'autonomie de sa structure, le rattachement à une collectivité territoriale et le principe de spécialité de son activité. L'établissement public a une personnalité morale distincte de la collectivité de rattachement, une organisation interne et un budget propre. Il est administré par un conseil d'administration et un directeur à la différence de la régie autonome financièrement qui est administrée par un conseil d'exploitation et un directeur sous l'autorité du maire et du conseil municipal (CGCT, art. L. 2221-10 et suiv.).

⁶⁴² CGCT, art. L. 2221-11.

et commercial par une collectivité territoriale, si elle est admise par la loi, doit cependant répondre à un intérêt public local. Nous verrons dans les développements ultérieurs relatifs à la société publique locale que les juridictions administratives ont une acceptation souple de cette condition⁶⁴³.

Dans un deuxième temps, la régie lorsqu'elle répond aux besoins de sa collectivité de tutelle doit veiller à ne pas fausser la concurrence. L'article L. 410-1 du code de commerce dispose que les règles relatives à la concurrence « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris lorsqu'elles sont ne le fait des personnes publiques* ». Le statut juridique de l'entité publique est sans importance⁶⁴⁴ quant à l'application des règles de la concurrence ce que rappelle P. Delvolvé : « *Ainsi une régie, qui s'insère dans la personnalité d'une collectivité publique, sans être dissociée juridiquement de celle-ci, n'en constitue pas moins une entreprise dès lors qu'elle exerce une activité de production ou de distribution de biens ou de services* »⁶⁴⁵. Les régies énergétiques sont donc soumises au droit de la concurrence.

La dernière condition pour l'exploitation d'un service public énergétique en régie est financière. En effet, le choix de l'exercice d'une compétence en régie par une collectivité territoriale dépend des moyens financiers qu'elle peut y allouer⁶⁴⁶. La collectivité doit disposer de fonds propres ou d'une capacité d'emprunt pour assurer seule les investissements et les financements nécessaires à l'exploitation du service public énergétique. Or les communes, acteurs locaux énergétiques de référence, ne disposent généralement pas de fonds suffisants pour exercer cette activité en régie. Le caractère inadapté de la régie à l'exercice des missions de service public énergétique provient de la carence de financements publics locaux.

⁶⁴³ V. *infra* n° 243 et suiv.

⁶⁴⁴ CJCE, 23 avril 1991, *Hofner et Elser*, C-41/90, *Rec. CJCE* 1991.

⁶⁴⁵ P. Delvolvé, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », *Cahiers des sciences morales et politiques*, PUF, 2001, pp. 51-72.

⁶⁴⁶ Lors de la création de l'établissement public local ou de la régie financièrement autonome, une délibération municipale ou intercommunale fixe les statuts et le montant de la dotation initiale de la régie (CGCT, art. R. 2221-1), pouvant être constitué, de la part de la collectivité territoriale de rattachement, par des apports en nature (CGCT, art. R. 2221-13).

229. La situation financière des communes et de leurs groupements, titulaires de la majorité des compétences énergétiques locales, ne leur permet pas de prendre en charge directement une activité de service public énergétique. En effet, en 2010, les communes disposaient d'un ratio d'autofinancement de 89,1%⁶⁴⁷, elles ne peuvent financer leurs investissements. L'exercice d'activités énergétiques en régie ne peut être ainsi assuré que par une collectivité ou une intercommunalité financièrement aisée. Les intercommunalités bénéficiant d'une forte surface financière, métropole et communauté urbaine, peuvent exploiter, elles, un service public énergétique en régie car elles disposent de moyens financiers suffisants pour assurer les investissements nécessaires au service public et recruter un personnel spécialisé. En revanche, les intercommunalités plus petites, aux ressources économiques limitées, ne pourront exercer efficacement en régie une mission de service public énergétique. Le cas de la région est différent⁶⁴⁸ car elle dispose de certaines compétences énergétiques, de bonnes capacités de financement et de peu de personnel⁶⁴⁹. En témoigne, la création d'un service public de l'efficacité énergétique par la région Picardie exploité en régie dès 2014⁶⁵⁰.

230. Cette approche doit cependant être relativisée en raison d'un phénomène de remunicipalisation de services publics industriels et commerciaux observé depuis plusieurs années⁶⁵¹. La remunicipalisation désigne le processus de reprise en gestion directe d'une activité de service public jusqu'alors déléguée. Plusieurs exemples en attestent : la remunicipalisation du service public de l'eau à Grenoble, Rennes, Nice, Paris, Montpellier⁶⁵² ou la reprise en régie de la collecte des déchets dans l'ancienne métropole de Marseille Provence. Axé autour de la

⁶⁴⁷ DGCL, *Les disparités des situations communales, départementales et régionales*, 2010.

⁶⁴⁸ Les compétences économiques et énergétiques de la région lui attribuent la possibilité d'assumer certaines missions de service public énergétique en régie notamment (CGCT, art. L. 1412-1).

⁶⁴⁹ En effet, d'après la Direction générale des collectivités locales, les dépenses réelles de fonctionnement de la région sont 3,84 fois moins élevées que celles des communes, les dépenses d'équipement des communes sont 6,61 fois plus élevées que celles des régions et les dépenses en personnel pour la commune sont 3,1 fois plus élevées que celles de la région.

⁶⁵⁰ L'efficacité énergétique relève de la compétence régionale de rénovation urbaine. Précurseur, la région Picardie, a doté sa régie d'un budget de plusieurs millions d'euros et de dix salariés.

⁶⁵¹ v. en ce sens : S. Saunier, « La notion de remunicipalisation », *JCP A*, n° 10, mars 2014, 2066 ; égal. J.-C. Videlin, « La remunicipalisation des services publics : apparence ou réalité ? », *JCP A*, n° 10, mars 2014.

⁶⁵² J.-M. Gradt, « La gestion de l'eau : le secteur public gagne du terrain », *Les Echos*, 21 novembre 2014.

gestion du service public d'eau potable⁶⁵³, le retour en régie des services publics locaux pourrait être envisagé pour les services publics énergétiques, à l'exception de la distribution d'électricité et de gaz qui, elle, est gérée à l'échelle nationale par la loi. La perte de confiance partenariale détermine le retour à la gestion en régie : une hausse de tarification injustifiée, des situations concurrentielles factices qui augmentent le coût du tarif du service public et la situation de faiblesse dans laquelle peut se trouver une collectivité face à une grande entreprise⁶⁵⁴ sont autant d'arguments en faveur de la remunicipalisation⁶⁵⁵. Ce phénomène serait avant tout politique⁶⁵⁶ et ne semble pas se dessiner en matière énergétique, mais il témoigne d'une défiance des collectivités territoriales envers leurs prestataires que l'on retrouvera dans nos développements relatifs à la distribution d'électricité, dans la seconde partie de notre étude⁶⁵⁷.

231. Le législateur, prenant conscience du besoin des collectivités locales de sortir des contraintes de la régie, a transposé en droit français la société publique locale, issue des pays européens.

§2. *Les avantages restreints de la société publique locale*

232. Issue d'une proposition de loi sénatoriale⁶⁵⁸, la société publique locale est « un dispositif destiné à permettre aux collectivités locales, pour l'exercice de leurs compétences, d'intervenir dans le domaine concurrentiel, dans le respect des dispositions régissant ce champ »⁶⁵⁹. Votée à l'unanimité par les deux chambres, la loi du 28 mai 2010 crée la société

⁶⁵³ V. en ce sens : V. Chiu, « Vers la « remunicipalisation » du service public d'eau potable en France », *Pyramides*, n° 25, 2013, pp. 247-262.

⁶⁵⁴ F. Cafarelli, « Remunicipalisation et finances », *JCP A*, n° 10, 10 mars 2014, 2069.

⁶⁵⁵ La reprise en régie de ces services publics suivrait également un raisonnement économique visant à supprimer des coûts de transaction par le recours à un tiers, l'exploitant public ne cherchant pas à dégager un profit pour rémunérer ses actionnaires : « *Un des arguments déterminants en faveur du retour à la gestion publique est le prix de l'eau payé par l'utilisateur qui est bien plus élevé quand le gestionnaire est une entreprise privée* » (V. Chui, *op.cit.*).

⁶⁵⁶ D. Lochack, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. I.I.A.P.* 1978, p. 123 cité par S. Saunier, *op.cit.*; égal. H. Pauliat, « La remunicipalisation : obligation ou faculté ? », *JCP A*, n° 10, mars 2014, 2067.

⁶⁵⁷ *infra*. n° 444.

⁶⁵⁸ D. Raoul et a., proposition de loi n°253 pour le développement des sociétés publiques locales, Sénat, 5 mars 2009.

⁶⁵⁹ J. Mézard, rapport n° 430 sur la proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Sénat, 20 mai 2009.

publique locale⁶⁶⁰ autour de laquelle tous les acteurs politiques, nationaux et territoriaux se rassemblent⁶⁶¹. En effet, l'Association des régions de France, l'Association des maires de France, l'Assemblée des départements de France et la Fédération des entreprises locales l'encourageaient de leurs vœux car « *ce type d'entreprise publique locale, qui existe déjà dans différents pays de l'Union européenne, permettrait d'avoir un champ de compétences plus large que celui de la société publique d'aménagement et d'éviter des procédures de mise en concurrence selon les principes dégagés par la jurisprudence communautaire* »⁶⁶².

233. La loi du 28 mai 2010 entérine une situation que le Conseil d'Etat avait été amené à juger quelques années auparavant. Dans sa décision *Commune d'Aix en Provence* du 6 avril 2007⁶⁶³, le Conseil d'Etat juge ainsi que : « *Lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public* ».

234. Société anonyme réservée aux collectivités territoriales et à leurs groupements pour l'exercice de leurs compétences, la société publique locale réalise des opérations d'aménagement, de construction ou exploite des services publics industriels et commerciaux

⁶⁶⁰ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

⁶⁶¹ A. Marleix, secrétaire d'Etat à l'intérieur et aux collectivités territoriales, compte rendu intégral des débats, séance du 19 mai 2010, Sénat, session ordinaire 2009-2010, JORF du 20 mai 2010, p.3475 : « *Cette initiative parlementaire fédère les différents groupes politiques, je mesure donc la forte volonté du Parlement de proposer un nouvel outil aux collectivités territoriales* ».

⁶⁶² J. Mézard, *op.cit.*, p.16.

⁶⁶³ CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, n° 284736, *Rec.*

pour le compte de ses actionnaires exclusivement publics⁶⁶⁴. La société publique locale est la traduction institutionnelle de la théorie européenne *in house* ou prestations intégrées⁶⁶⁵ permettant d'attribuer l'exploitation ou la gestion d'un service public, et plus généralement d'une activité d'intérêt général, à une société sans procédures de mise en concurrence.

235. La société publique locale est présentée comme la structure plus adaptée aux réalités de la gestion d'un service public local : « *En France, compte tenu de la présence obligatoire d'au moins un actionnaire privé à leur capital, les sociétés d'économie mixte françaises ne peuvent prétendre à être dans une relation « in house » avec leur collectivité. Pourtant, nombre de sociétés d'économie mixte ne travaillent que pour leurs collectivités actionnaires. Il en va ainsi dans les domaines de la construction, de services, de l'eau et de l'assainissement* »⁶⁶⁶. Ces critères constitutifs permettent aux collectivités de disposer d'une structure tierce avec laquelle les relations de quasi-régie sont présumées.

236. La société publique locale répond aux exigences de l'intérêt public local dont les collectivités actionnaires sont les garantes, tout en mutualisant le coût de gestion de ces services publics. Créée pour déroger à la rigidité du régime de la régie locale (A), le régime de la société publique locale permet de s'affranchir des règles de mise en concurrence dans des conditions cependant très strictes (B).

A. La création de la société publique locale

237. L'objet de la société publique locale est limité par les compétences de ses actionnaires (1). La légalité de sa création dépend également de la présence d'un intérêt public local justifiant toute action publique économique (2).

⁶⁶⁴ Loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, art. 1^{er}.

⁶⁶⁵ Loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, exposé des motifs.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

1) L'objet social

238. L'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales dispose que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. La société publique locale est composée, au minimum de deux collectivités locales associées⁶⁶⁷.

239. L'objet social de la société publique locale est doublement encadré.

D'une part, l'objet de la société publique locale est limité par la loi aux opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme⁶⁶⁸, aux opérations de construction, à l'exploitation de services publics industriels et commerciaux ou de toutes autres activités d'intérêt général⁶⁶⁹.

D'autre part, il est limité par les compétences détenues par ses actionnaires⁶⁷⁰. Lorsque les collectivités actionnaires disposent de compétences identiques⁶⁷¹, leur association au sein d'une société publique locale ne pose pas de difficultés. En revanche, une complexité peut naître de la constitution d'une société publique locale entre communes et intercommunalités, leurs compétences étant différentes. La création de la société suppose alors de définir un objet social commun.

240. En matière énergétique, de nombreuses compétences sont partagées entre les intercommunalités et les communes. Par exemple, la compétence d'aménagement territorial, essentielle à la réalisation de la transition énergétique, est répartie entre les communes et l'intercommunalité en fonction de la présence d'un intérêt communautaire, établi par le conseil de

⁶⁶⁷ CGCT, art.L. 1531-1.

⁶⁶⁸ C. urb., art. L. 300-1 dispose que les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets 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 permettre le renouvellement urbain et de lutter contre l'insalubrité notamment.

⁶⁶⁹ CGCT, art. L. 1531-1 al. 2 : la délimitation par la loi de l'objet de la société publique local est très souple et n'emporte pas de réelles limites.

⁶⁷⁰ Ministère de l'intérieur, Direction générale des collectivités locales, circulaire n° COT/B/11/08052/C, Le régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement, 29 avril 2011.

⁶⁷¹ Les compétences peuvent être attribuées par la loi, être le résultat d'un transfert de compétences ou de l'usage de la clause générale de compétence dans le cas des communes.

l'intercommunalité à la majorité des deux tiers⁶⁷². Certaines compétences sont exercées, du fait de la loi, à la fois à l'échelon intercommunal et municipal suivant la présence d'un intérêt communautaire⁶⁷³. Le ministère de l'intérieur, par une circulaire datée du 29 avril 2011 relative aux régimes de la société publique locale, clarifie la situation : la constitution d'une société publique locale entre un établissement public de coopération intercommunale et ses communes membres est autorisée si l'objet social se rapporte « à une compétence partagée »⁶⁷⁴. Les actionnaires de la société publique locale sont alors titulaires de la même compétence mais ne l'exercent pas dans les mêmes circonstances.

241. Une question se pose alors : dans le cadre d'un objet social multiple, les actionnaires doivent-ils détenir la totalité des compétences de l'objet social ou la simple complémentarité de celles-ci suffit-elle ? La jurisprudence est partagée⁶⁷⁵. Toutefois, la complémentarité des compétences n'apparaît pas conforme aux exigences juridiques, les compétences n'ayant pas le même objet cela entraînerait une rupture d'égalité entre les actionnaires. En effet, si l'égalité entre actionnaires dépend de leur détention capitalistique, tous doivent pouvoir s'exprimer. Or, en cas de complémentarité des compétences, les communes ne pourraient s'exprimer sur les compétences exercées par l'intercommunalité dont elles ne partagent pas l'exercice. Elles seraient alors incompétentes pour voter certaines délibérations relatives à une compétence dont elles ne disposeraient pas et cela constituerait, selon nous, une rupture d'égalité entre les actionnaires.

⁶⁷² DGCL, *Guide pratique de l'intercommunalité*, décembre 2006 : la compétence d'aménagement du territoire est reconnue aux communautés de communes pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire (CGCT, art. L. 5214-16 I.1°), aux communautés d'agglomération (CGCT, art. L. 5216-5 2°) et communautés urbaines (CGCT, art. L. 5215-20 I. 2°). Le principe de l'intérêt communautaire est valable pour les opérations d'aménagement de la métropole sous le terme d'intérêt métropolitain (CGCT, art. L. 5217-2 2° a).

⁶⁷³ Autre ex. : le soutien aux actions de maîtrise de la demande en énergie et l'assainissement, également nécessaires à la transition énergétique, sont exercées par la communauté de communes si un intérêt communautaire le justifie.

⁶⁷⁴ Circulaire n° COT/B/11/08052/C, *op.cit.*

⁶⁷⁵ Deux conceptions s'opposent : en cas d'objet multiple de la société publique locale, toutes les collectivités et groupements adhérents doivent exercer l'intégralité des compétences entrant dans cet objet (CAA Nantes, 19 septembre 2014, *Syndicat intercommunal de la Baie*, n° 13NT01683, *inédit*) ou bien les collectivités ne doivent être titulaires que d'une partie des compétences composant l'objet social (TA Lille, ord. du 29 mars 2012, *Communauté de communes Sambre Avesnois*, n° 1201729).

242. La création de la société publique locale dépend également de la présence d'un intérêt public local, fondement de toute action publique économique.

2) L'intérêt public local

243. L'action économique des collectivités locales résultant de l'exercice de compétences énergétiques est subordonnée à la reconnaissance d'un intérêt public local. L'exercice d'une activité économique par une personne publique est en effet dérogatoire à la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁷⁶. Elle se justifie par la satisfaction des besoins locaux dont la collectivité est chargée.

244. L'attribution par la loi d'un service public industriel et commercial à une collectivité locale fait présumer de la présence d'un intérêt public local⁶⁷⁷. En revanche, lorsque que la collectivité décide d'assumer un service public industriel et commercial sans que la loi le lui attribue expressément, elle doit justifier d'un intérêt public local. La loi ne confiant pas de services publics industriels et commerciaux énergétiques aux collectivités territoriales sauf l'activité de distribution électrique que la loi attribue expressément aux communes et intercommunalités⁶⁷⁸, l'exercice de ces activités est donc subordonné à la présence d'un intérêt public local.

245. L'interdiction pour les collectivités publiques d'exploiter un service public industriel et commercial est fondée sur deux arguments majeurs : d'une part, la préservation des deniers publics et, d'autre part l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie issue des décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791⁶⁷⁹. L'apparition et l'avènement du socialisme municipal

⁶⁷⁶ La liberté du commerce et de l'industrie est reconnue comme principe général du droit par le Conseil d'Etat (CE, sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de Polynésie française*, n° 112409, *Rec.*).

⁶⁷⁷ CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, n° 87539, *Rec.* : « *Considérant qu'en regard aux dispositions législatives précitées autorisant l'office national des forêts à intervenir pour le compte des collectivités publiques, le syndicat requérant ne peut utilement invoquer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie* ». L'attribution d'une compétence par la loi fait présumer de la présence d'un intérêt public local.

⁶⁷⁸ CGCT, art. L. 2224-31.

⁶⁷⁹ CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n° 00590 / 02551, *Rec.*

à la fin du XIX^{ème} siècle encourage le juge administratif à s'adapter aux réalités locales et à assouplir les critères de l'intervention économique des personnes publiques⁶⁸⁰.

En effet, pour ne pas laisser au seul secteur privé l'initiative et la satisfaction des besoins publics locaux, le juge administratif a progressivement développé une jurisprudence favorable à l'action publique économique locale, tout en préservant les principes de la concurrence⁶⁸¹. Le développement d'activités économiques relevant en principe exclusivement de l'initiative privée⁶⁸², seules des circonstances exceptionnelles⁶⁸³ pouvaient justifier une intervention économique publique. En 1930, le juge administratif admet, dans sa décision *Chambre syndicale du commerce en détail de la ville de Nevers*, l'intervention économique de personnes publiques en cas de circonstances particulières de temps ou de lieu⁶⁸⁴. Les décisions suivantes clarifient les conditions de l'intervention publique : des circonstances particulières et un intérêt public local sont nécessaires pour admettre la légalité d'une telle intervention. L'intérêt public local peut alors être constitué par la carence de l'initiative privée, qualitative⁶⁸⁵ comme quantitative « y compris dans le domaine des activités récréatives⁶⁸⁶ mais aussi lorsque le service public est accessoire à une activité principale de service public⁶⁸⁷ »⁶⁸⁸. Dans certaines circonstances, l'in-

⁶⁸⁰ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.1, L.G.D.J., pt. 532 et suiv. ; égal. N. Droin, « Aux origines du socialisme municipal : César de Paepe », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2015/2, n° 42, pp. 167 à 198.

⁶⁸¹ La loi fait également preuve de souplesse, le gouvernement autorisant, par les deux décrets Poincaré des 5 novembre et 28 décembre 1926, les communes à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial.

⁶⁸² Décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

⁶⁸³ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580, *Rec.* : « que si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés ». L'emploi de la formule de circonstances exceptionnelles renvoie à des événements aussi graves que la guerre (CE, 28 juin 1918, *Heyries*, n° 63412, *Rec.* ; égal CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593, *Rec.*).

⁶⁸⁴ CE, sect, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n° 06781, *Rec.*

⁶⁸⁵ CE, sect, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435, *Rec.* p. 562. Si à la lecture de cette décision, il peut sembler que les circonstances de temps ou de lieu ne soient pas exigées, il ne faut pas s'y tromper. L'analyse de l'arrêt nous permet d'affirmer que le Conseil d'Etat se livre à une analyse des circonstances locales justifiant l'intervention publique locale : « Il résulte de l'instruction que la ville de Nanterre a eu pour but de permettre à la population locale, composée en grande majorité de salariés modestes de ne pas renoncer aux soins dentaires malgré la carence de l'équipement hospitalier et le nombre insuffisant de praticiens privés ; que cette initiative répondait, dans cette ville et à l'époque envisagée, à un besoin de la population, et par suite, à un intérêt local ».

⁶⁸⁶ CE, sect, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, n° 37883, *Rec.*

⁶⁸⁷ CE, sect, 10 février 1988, *Mézy*, n° 67019, *Rec.*

⁶⁸⁸ J.-M. Sauvé, Allocution d'ouverture du colloque « A quoi sert la concurrence ? » organisé par la revue *Concurrences*, Assemblée nationale, 4 décembre 2014.

térêt public local est avéré sans qu'il soit nécessaire de constater la carence de l'initiative privée : lorsque l'intervention est inhérente au rôle des pouvoirs publics⁶⁸⁹ ou lorsque les collectivités locales satisfont par leurs propres moyens à leurs besoins⁶⁹⁰.

246. Le Conseil d'Etat fait la synthèse de l'évolution de sa jurisprudence quant aux conditions d'intervention économique des personnes publiques lors de sa décision du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*⁶⁹¹. La juridiction administrative rappelle dans un premier temps que pour intervenir sur un marché, les personnes publiques doivent agir dans la limite de leurs compétences⁶⁹² et justifier d'un intérêt public local qui peut, notamment résulter de la carence de l'initiative privée⁶⁹³. Dans un second temps, le Conseil d'Etat rappelle la légalité des modalités d'intervention des collectivités territoriales : si le principe de l'intervention publique économique est licite, pour autant, la concurrence ne doit pas être faussée⁶⁹⁴.

Ainsi, les collectivités locales peuvent développer un service public industriel et commercial pour la réalisation de la transition énergétique sous la forme de société publique locale, conformément à leurs compétences, aussi longtemps qu'un intérêt public est présent et les règles de la concurrence respectées.

247. Les conditions de création de la société publique ayant été étudiées, l'exercice de son activité doit à présent être explicite.

⁶⁸⁹ Les communes sont autorisées à ouvrir un service de bains-douches pour améliorer le service public de l'hygiène : CE, Ass., 19 mai 1933, *Blanc*, *Rec.*

⁶⁹⁰ CE, 29 avril 1970, *Sté Unipain*, n° 77935, *Rec.*

⁶⁹¹ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, *Rec.*

⁶⁹² L'action publique locale est limitée par les limites territoriales de la collectivité.

⁶⁹³ En s'appuyant sur ce principe, le Conseil d'Etat a jugé de la légalité de la création d'un service de téléassistance local, même si des opérateurs privés exerçaient cette même activité, au motif que ce service était ouvert à tous sans conditions de ressources. v. en ce sens : CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, *Rec. T.*

⁶⁹⁴ Le Conseil d'Etat rappelle, dans le commentaire sur la décision d'Assemblée, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, qu'une fois l'intervention économique d'une personne publique admise dans son principe, les modalités d'exercice doivent respecter certaines limites et conditions. Ainsi à la suite de l'avis du 8 novembre 2000, *Société Jean Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec.*, le Conseil d'Etat juge qu'une intervention publique ne doit pas s'exercer selon des modalités qui placeraient la personne publique dans une situation de fausser la concurrence.

B. L'exercice par la société publique locale de son activité

248. Une distinction doit être opérée entre les éléments constitutifs de la société publique locale et les modalités de réalisation de son activité. La société publique locale, alors que les options des collectivités territoriales sont limitées entre la régie et la société d'économie mixte locale, constitue un nouvel outil alliant souplesse de la société anonyme et dérogation aux règles de mise en concurrence.

249. Les critères de la société publique ont été définis conformément à la jurisprudence européenne du contrat *in house*, contrat exclu du champ d'application des directives marchés publics⁶⁹⁵ et des règles de concurrence générales. En application des décisions de la Cour de justice des communautés européennes, *Teckal*⁶⁹⁶, *Stadt Halle*⁶⁹⁷ et *Asemfo*⁶⁹⁸, les collectivités locales actionnaires doivent, pour bénéficier de l'exemption des règles de concurrence, exercer sur leurs sociétés publiques locales un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs services (1) et l'activité de leur société doit être limitée à la satisfaction unique des besoins de ses actionnaires (2). Sous réserves de ces conditions, la société publique locale est considérée comme un démembrement de ses actionnaires publics locaux, autorisant l'absence de mise en concurrence pour l'exercice de leurs missions de service public. La qualité de société publique locale ne justifie pas à elle seule la dérogation aux règles de concurrence même si elle laisse présumer de la nature de quasi-régie des contrats qu'elle conclut.

1) Le contrôle de la collectivité territoriale

250. Le droit de l'Union européenne est le premier à connaître de l'hypothèse d'une entité publique qui, suivant ses conditions d'exercice, pourrait déroger au droit de la concurrence. Dès 1999 avec l'arrêt *Teckal*, la question est posée au juge européen de savoir

⁶⁹⁵ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 17.

⁶⁹⁶ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec.* CJCE 1999 définit les contours du « *in house* ».

⁶⁹⁷ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec.* CJCE 2005 : la participation même minoritaire d'une personne privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur exclut que ce dernier puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui sur ses propres services.

⁶⁹⁸ CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, *Rec.* CJCE 2007 : une entreprise dont le capital est détenu par une ou plusieurs personnes publiques et dont l'essentiel de l'activité est réalisé avec ces dernières constitue une opération *in house*, les directives marchés ne sont pas applicables.

« dans quelle mesure la directive 93/36 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures s'oppose à ce qu'une entité locale attribue directement la fourniture de produits à un groupement auquel elle participe »⁶⁹⁹. La Cour de justice des communautés européennes juge que la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle qu'une collectivité territoriale, conclut avec une entité distincte au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux. Toutefois, la cour juge qu'un contrat peut être exempté de l'application des dispositions de cette directive « 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 »⁷⁰⁰.

Ce critère du contrôle analogue a ensuite été repris dans les différentes directives marchés⁷⁰¹, marchés spéciaux⁷⁰² et concessions⁷⁰³, ainsi qu'à l'article 2 de la loi du 28 mai 2010 relative à la société publique locale⁷⁰⁴.

251. Suivant la jurisprudence européenne, un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée⁷⁰⁵. Ces critères appliqués à la société publique locale, société anonyme⁷⁰⁶, permettent de déterminer l'existence d'un contrôle analogue.

⁶⁹⁹ G. Cosmas, concl. sur CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec. CJCE* 1999, pt. 46.

⁷⁰⁰ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec. CJCE* 1999, pt. 50.

⁷⁰¹ 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, art. 12.

⁷⁰² Directive 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, art. 28.

⁷⁰³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art. 17.

⁷⁰⁴ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, art. 2.

⁷⁰⁵ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, *Rec. CJCE* 2005.

⁷⁰⁶ La référence à la société anonyme est voulue du fait de la nature de la société publique locale.

La société publique locale étant une société anonyme, les actionnaires exercent un contrôle organique (nomination au conseil d'administration, désignation des organes dirigeants) et matériel⁷⁰⁷. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Sea SARL/ Commune Di Ponte Nossa* du 10 septembre 2009⁷⁰⁸, la détention publique du capital par les pouvoirs adjudicateurs laisse présumer d'un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services. Généralement, le pouvoir des actionnaires exercé à travers le choix des administrateurs et la détention publique du capital suffisent à remplir le critère du contrôle analogue. Cependant, la cour européenne précise, dans son arrêt du 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*⁷⁰⁹ que la détention de l'intégralité du capital par les personnes publiques n'est pas un critère de l'existence d'un contrôle analogue, mais seulement un indice : la détention minoritaire du capital ne fait pas obstacle, de fait, à l'exercice d'un contrôle analogue lorsque ce dernier est exercé conjointement par les collectivités actionnaires⁷¹⁰.

252. Dans le cadre du droit français, la détention minoritaire du capital d'une société publique locale soulève deux questions : l'effectivité du contrôle analogue et l'existence d'une tutelle entre les collectivités actionnaires majoritaires et minoritaires.

L'exercice d'un contrôle ou d'une influence sur les objectifs stratégiques est nécessaire à la qualification du contrôle analogue. Le Conseil d'Etat juge qu'une commune qui détient une faible part du capital d'une société publique locale sans pouvoir de contrôle effectif (aucune représentation propre au sein d'un conseil d'administration, ni de possibilité d'inscription du

⁷⁰⁷ Le contrôle matériel sur les décisions de la société publique locale est la conséquence directe du contrôle organique des actionnaires, le conseil d'administration définissant la stratégie de la société publique locale.

⁷⁰⁸ CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SARL/ Commune Di Ponte Nossa*, C-573/07, Rec. CJCE 2009.

⁷⁰⁹ CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. CJCE 2006 : « La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicatrice tend à indiquer, sans être décisif, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

⁷¹⁰ CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, Rec. CJCE 2008 : « Pour apprécier si une autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que l'entité est soumise à un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité ». Le contrôle réalisé par la ou les collectivités ne doit pas être identique à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, tant qu'elles influencent de manière déterminante les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entité.

projet à l'ordre du jour) ne participe pas aux organes de direction de la société, ni n'exerce sur la société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services⁷¹¹.

Par ailleurs, l'article 5 de la loi constitutionnelle du 23 mars 2003⁷¹² prohibe la tutelle d'une collectivité sur une autre. Or, la majorité est la règle de principe au sein d'une société anonyme. Ainsi, dans le cadre d'une société publique locale, « *le système permet, par convention, d'attribuer à une collectivité territoriale un pouvoir s'exerçant sur les autres collectivités actionnaires* » expose P. Delvolvé⁷¹³. Suivant la jurisprudence européenne, le critère du contrôle analogue serait rempli alors même que l'actionnaire serait minoritaire et se verrait contraindre par les décisions de la collectivité majoritaire : la « *coopération est dominée alors même qu'elle a été consentie* »⁷¹⁴. Pour éviter la domination d'une collectivité sur une autre créant une tutelle, les statuts devraient prévoir une répartition différente des droits de vote. Mais cela semble difficilement acceptable pour les collectivités majoritaires au capital. La mise en place d'une majorité qualifiée pour les décisions concernant les institutions ou les choix stratégiques de la société publique locale apparaît alors comme une solution d'équilibre préservant les différents intérêts. L'hypothèse de la tutelle viendrait à disparaître si les collectivités, mêmes minoritaires, se voyaient reconnaître la possibilité d'exprimer un avis et si cet avis était pris en compte.

253. La notion de contrôle analogue repose également sur l'exclusion des capitaux privés. De jurisprudence constante, la Cour de justice de l'Union européenne exclut l'exemption des règles de concurrence lorsqu'une personne privée est présente au capital d'une société publique⁷¹⁵. Ainsi, lorsque l'article 1^{er} de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des

⁷¹¹ CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay la Côte*, n° 265079, *Rec.* : « *Considérant que la commune, qui ne détient que du capital de la société publique locale d'aménagement, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance prend les décisions importantes de la société, qu'elle ne peut participer directement à l'édition des décisions importantes de la société publique d'aménagement ; qu'elle ne peut donc être regardée comme exerçant, même conjointement avec les autres collectivités détenant le capital de la société, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dès lors qu'elle n'exerce, personnellement, aucun contrôle* ».

⁷¹² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, art. 5 : « *Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre* ».

⁷¹³ P. Delvolvé, « Les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2012, p.1069.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ CJUE, 10 septembre 2009, *Sea SARL/ Commune Di Ponte Nossa*, C-573/07, *Rec.*, pt. 46 : « *la participation, fut-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir*

sociétés publiques locales dispose que « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital* », le législateur français entend créer un régime répondant en tous points aux exigences du droit européen pour déroger aux règles de concurrence. Toutefois, la Commission européenne a assoupli son interdiction de principe relative aux capitaux privés avec la directive européenne 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession. La directive autorise la présence de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage au capital de société publique se réclamant d'une exemption des règles de concurrence. La condition du contrôle analogue est remplie si la participation de capitaux privés est la conséquence d'une obligation légale nationale, prise en conformité avec les traités⁷¹⁶.

254. En droit français, la présence de capitaux privés au capital d'une société publique locale transforme cette dernière en société d'économie mixte. L'Union européenne, en admettant la participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage (ce qui ne remet pas en question le critère du contrôle analogue⁷¹⁷), reconnaît la possibilité à une société d'économie mixte locale de se voir attribuer un marché sans procédure de mise en concurrence. L'admission de la participation de capitaux privés au sein d'une entreprise bénéficiant d'une exemption des règles de concurrence permet aux actionnaires privés de se voir remettre des dividendes sans que l'entreprise publique⁷¹⁸ à laquelle ils sont partie n'ait eu à relever d'une procédure de mise en concurrence. L'exemption des règles de concurrence devient sans objet

adjudicateur concerné, 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 » ; égal. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. CJCE 2005, pt. 50 : « *Tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente* ».

⁷¹⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, pt. 46.

⁷¹⁷ L. levain, M. Prats-Denoix, « Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP E.*, n° 16, 16 avril 2015.

⁷¹⁸ J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., pt. 817 et suiv. : la doctrine retient trois critères de l'entreprise publique : l'existence d'une personne morale l'exercice d'une activité de nature industrielle et commerciale et le pouvoir de la puissance publique. Dans le cas des sociétés, la puissance publique se traduit par la détention majoritaire du capital ou dans les organes de gestion de l'entreprise. La loi du 26 juillet 1983 de démocratisation du secteur public classe les entreprises publiques selon l'intensité du pouvoir patrimonial des personnes publiques, entre des entreprises publiques de premier rang et de second rang.

si une personne privée entre au capital d'une société publique même si le critère du contrôle analogue n'est pas remis, de fait, en question. La Fédération des entreprises publiques locales retient cette conception : « *si une situation de quasi-régie devait être remise en cause par l'entrée au capital d'une personne privée pendant la durée d'exécution du marché, la personne publique devrait constater la fin de la relation de quasi-régie et procéder à une remise en concurrence* »⁷¹⁹. Si des sociétés à capital mixte peuvent se voir exemptés, sous conditions, des règles de concurrence par le droit européen, le législateur français lui s'y refuse.

255. Le second critère constitutif d'une relation de quasi-régie dépend de l'activité réalisée par la société publique : l'entité contrôlée doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent⁷²⁰. Avant d'aborder les dispositions propres à la société publique locale, une clarification de ce critère et de ses évolutions lors des récentes directives marchés et concession doit être apportée, le régime de cette société étant calqué sur les critères européens de la quasi-régie.

2) L'action pour le compte de ses actionnaires publics locaux

256. La Cour de justice de l'Union européenne adopte une lecture souple de ce critère en imposant que l'essentiel de l'activité de la société soit exercé pour le compte des actionnaires. Le juge européen clarifie ce critère lors de l'arrêt *Commission c./ République italienne* du 17 juillet 2008 : « *une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* »⁷²¹. Dans le cas où le capital est partagé entre plusieurs personnes publiques, l'activité doit être appréciée au regard de l'ensemble des actionnaires : « *dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, ladite condition peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces dernières prises dans leur*

⁷¹⁹ A. Vigoureux, « *In house* : quand la doctrine est bonne ... », Fédération des EPL, 24 juin 2016, disponible en ligne : http://www.lesepl.fr/result_actu.php?ID=8634#.WfX5VEx7SuU

⁷²⁰ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec. CJCE* 1999, pt. 50 ; égal. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec. CJCE* 2005, pt. 49.

⁷²¹ CJCE, 17 juillet 2008, *Commission/République Italienne*, C-371/05, *Rec. CJCE* 2008.

ensemble »⁷²². L'entreprise liée n'a pas l'obligation d'exercer une activité pour chacun de ses actionnaires.

Les nouvelles directives européennes relatives aux concessions⁷²³ et marchés publics⁷²⁴ se font plus précises en introduisant un pourcentage d'activité en dessous duquel les entreprises liées peuvent exercer une activité accessoire sans porter atteinte à la concurrence et ainsi continuer à relever du régime de la quasi-régie. Ces dispositions prévoient que le critère matériel de la quasi-régie est rempli lorsque la personne morale contrôlée consacre plus de 80% de son activité à la réalisation des besoins de ses actionnaires⁷²⁵.

257. Le législateur français a retenu une lecture stricte de ces critères car les sociétés publiques locales sont créées pour répondre uniquement aux besoins de leurs collectivités actionnaires. En effet, seuls les critères de contrôle analogue et d'activité pour le compte de ses actionnaires la défendent d'être qualifiée d'opérateur de marché⁷²⁶. Ainsi, lors du vote de la loi du 28 mai 2010 pour le développement de la société publique locale, le législateur a opté pour une conception stricte du critère matériel en exigeant de ces sociétés, à la différence de la jurisprudence européenne, qu'elles exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur leurs territoires⁷²⁷.

258. La transposition des nouvelles directives européennes marchés⁷²⁸ et concessions⁷²⁹ introduisant un pourcentage d'activité a fait naître de nombreuses appréhensions quant

⁷²² CJCE, 11 mai 2006, *Cabotermo et Consorzio Alisei*, C-340/04, *Rec.* CJCE 2006, pt 70 cité par CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo/Tragsa*, C-295/05, *Rec.* CJCE 2007.

⁷²³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

⁷²⁴ Directive 2014/24/UE, *op.cit.*

⁷²⁵ Directive 2014/23/UE, *op.cit.*, pt. 46.

⁷²⁶ CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'informations de santé*, n° 300481, *Rec. conf.* à la jurisprudence issue de CE, 29 avril 1970, *Sté Unipain*, n° 77935, *Rec.*, qui juge que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'Etat satisfasse par ses propres moyens, aux besoins de ses services.

⁷²⁷ CGCT, art. L. 1531-1 al 3.

⁷²⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et directive 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.

⁷²⁹ Directive 2014/23/UE *op.cit.* transposée par ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions.

à l'exercice d'une concurrence déloyale des sociétés publiques locales sur le marché concurrentiel. Pour beaucoup, la société publique locale pourrait dorénavant opérer sur un marché concurrentiel en offrant ses services à hauteur de 20% de son activité totale⁷³⁰. Partant de cette compréhension, l'Union nationale des services publics industriels et commerciaux⁷³¹ a alors introduit le 30 mars 2016 un recours devant le Conseil d'Etat, à l'encontre de l'ordonnance de transposition de la directive concession⁷³² au motif que cette dernière « *consacre une lecture extensive de l'exception in house et de la dérogation applicables aux entreprises liées pour les concessions relevant de son champ d'application, ce qui implique que dans certains cas, les sociétés d'économie mixte locales pourraient se voir attribuer des contrats de concessions sans publicité ni mise en concurrence. En effet, certaines sociétés d'économie mixte peuvent probablement relever du régime des quasi-régies, puisque des formes de participation de capitaux privés sont désormais autorisées* »⁷³³. A l'heure où nous écrivons le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur ce recours. Ce raisonnement contient, selon nous, une erreur fondamentale : si les critères de constitution et le régime de la société publique locale sont identiques aux critères de la quasi-régie, la société publique locale est une société autonome⁷³⁴.

Lorsque le législateur français transpose la directive concession, il prévoit à l'article 16 de l'ordonnance de transposition⁷³⁵ l'exclusion des contrats réunissant deux critères : le contrôle analogue du pouvoir adjudicateur sur l'entreprise avec laquelle il contracte et, une activité réalisée à plus de 80% pour le pouvoir adjudicateur qui la contrôle. En aucun cas l'ordonnance relative aux contrats de concession ne prévoit que les contrats conclus avec une société publique locale soient exclus de son champs application. En effet, la lecture de cette ordonnance doit être complétée par celle de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales

⁷³⁰ Les dérogations prévues s'appliquent « *pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen total que l'entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années, en prenant en compte tous les services réalisés par ladite entreprise, proviennent de la prestation de services à l'entité adjudicatrice* ».

⁷³¹ L'Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) rassemble les principaux acteurs privés de la gestion déléguée de services publics.

⁷³² Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions.

⁷³³ « SEM et ord. Concessions : l'Unspic saisit le Conseil d'Etat », Entretien de M. Dubois, déléguée générale de l'Unspic, accordé le 29 janvier 2016, à l'Association pour l'achat dans les services publics (Apasp), disponible en ligne : Localtis.info, consulté le 12 août 2016.

⁷³⁴ Il existe en effet une confusion entre la société publique locale et la quasi-régie du fait de critères identiques, cependant la société publique locale peut conclure des contrats publics soumis au droit de la concurrence s'ils ne respectent pas les critères de la quasi-régie.

⁷³⁵ Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

qui prévoit que ces sociétés exercent exclusivement leur activité pour le compte et sur le territoire de leurs collectivités territoriales actionnaires. Il n'est pas prévu de pourcentage d'activité dans le cadre des dispositions de la société publique locale, y compris à la suite de la transposition de la directive concession. La société publique locale, par ses conditions de création et son régime, laisse présumer d'une relation de quasi-régie.

L'Union nationale des services publics industriels et commerciaux confond ainsi, lorsqu'elle introduit ce recours devant le Conseil d'Etat, le régime de la société publique locale et celui des contrats de quasi-régie qui ne sont pas identiques en tous points. L'inspiration des contrats de quasi-régie qui a guidé la création de la société publique locale ne crée pas pour autant une unité entre son régime et celui de la quasi-régie, il ne faut pas confondre l'institution et les contrats qu'elle conclut.

259. Par ailleurs, si le pourcentage d'activité n'est pas un critère applicable à la société publique locale, il semble également défendu qu'elle œuvre pour des collectivités territoriales autres que ses actionnaires⁷³⁶. Le critère matériel de la société publique locale est conçu strictement par le législateur français, elle doit réaliser la totalité de son activité pour ses actionnaires (la détention majoritaire n'ayant pas d'importance) et non pas l'essentiel de son activité comme la jurisprudence européenne le prévoit pour des contrats de quasi-régie.

260. A certains égards, le recours à la société publique locale pour exploiter un service public industriel et commercial s'avère intéressant. D'une part, les collectivités territoriales peuvent se réunir et réaliser en commun l'exploitation de leurs services publics, ce qui leur permet d'en diminuer les coûts d'exploitation. D'autre part, la société publique locale permet aux collectivités territoriales de garder le contrôle de leurs services publics. D'une certaine manière, nous pouvons considérer que le recours à la société publique locale permet aux col-

⁷³⁶ Si un raisonnement par analogie avec l'établissement public local aurait pu être entrepris, la loi du 28 mai 2010 pour le développement de la société publique locale établit un régime clair et strict. L'emploi du terme « exclusivement », laisse à penser que toute activité qui serait exercée pour d'autres collectivités locales ou groupement ne pourrait être réalisée, la société publique locale ne disposant alors pas de la capacité pour contracter.

lectivités territoriales de sanctuariser certains services publics en les excluant de la sphère concurrentielle et en les laissant uniquement à la gestion de personnes publiques, garantes de l'intérêt général.

261. Depuis sa création, la société publique locale a connu un succès relatif. La Fédération des entreprises publiques locales souligne l'accroissement des sociétés publiques locales dans les « métiers de l'eau, des déchets et de l'énergie »⁷³⁷ depuis 2013. Toutefois, en matière environnementale, ces structures ne représentaient, en 2015, que 16% des entreprises publiques locales⁷³⁸. Cette faiblesse s'explique, selon nous, par les contraintes juridiques et financières de la société publique locale. En effet, les sociétés publiques pour répondre aux besoins énergétiques de leurs collectivités actionnaires doivent disposer de toutes les ressources et expertises techniques. Or, l'actionnariat de ces sociétés publiques locales est majoritairement composé par des intercommunalités et des communes qui, ainsi que nous l'avons exposé lors des développements précédents consacrés à la régie, bénéficient d'une faible capacité de financement⁷³⁹. L'expertise requise pour l'exploitation d'un service public énergétique locale encourage alors les élus locaux à s'associer avec des opérateurs économiques spécialisés.

Section 2. Les avantages de la gestion publique indirecte

262. L'association au sein d'une structure de capitaux publics et privés se révèle le moyen le plus efficace pour réaliser la transition énergétique, la personne publique s'assurant de l'expertise de son cocontractant privé qui est rémunéré en fonction de la qualité de ses services. En effet, d'après J. Chevallier, « l'amélioration de la performance publique passerait par le recours aux valeurs et aux méthodes de gestion en vigueur dans le secteur privé »⁷⁴⁰. La satisfaction de l'intérêt général et la recherche de rentabilité se rencontrent ainsi au sein de la

⁷³⁷ Fédération des entreprises publiques locales, *Eplscope, Le baromètre de entreprises publiques locales*, 2015, p. 13.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ *supra.* n° 229.

⁷⁴⁰ J. Chevallier, *Science administrative*, Thémis droit, PUF, 5^{ème} éd., septembre 2013, p. 432.

société d'économie mixte. Société anonyme à majorité publique⁷⁴¹, elle réalise l'équilibre entre intérêt général et libre concurrence⁷⁴².

263. Le principe de l'entreprise publique locale à capitaux mixtes date des décrets-loi Poincaré de 1926⁷⁴³ qui autorisent les communes « à prendre des participations dans les sociétés de construction ou d'exploitation de services communaux. Cette autorisation est encore très restreinte : les prises de participation sont limitées à 40% du capital et font l'objet d'une approbation par décret en Conseil d'Etat »⁷⁴⁴. Le décret du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique⁷⁴⁵ élargit le champ de l'intervention publique : les collectivités locales sont désormais autorisées à prendre des participations⁷⁴⁶ dans des sociétés commerciales après accord ministériel⁷⁴⁷. Cette évolution s'explique par le contexte où « l'insuffisance de l'initiative privée susceptible de répondre à la pénurie de logement et aux nécessités de l'aménagement du territoire a favorisé un accroissement de l'intervention économique des collectivités locales »⁷⁴⁸. Mais, les facultés d'intervention sont encore insuffisantes pour permettre aux collectivités d'apporter un concours financier

⁷⁴¹ CGCT, art. L. 1522-1.

⁷⁴² J. Caillousse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA*, 2016, p. 761.

⁷⁴³ Décret-loi du 26 novembre et 28 décembre 1926.

⁷⁴⁴ P. Girod, Rapport n° 77 fait au nom de la commissions des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, Sénat, 15 novembre 2000.

⁷⁴⁵ Décret n° 55-759 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique.

⁷⁴⁶ J.-C. Nemery, « L'interventionnisme économique des collectivités locales », *Les Annales de la recherche urbaine*, n° 28, 1985, *Pouvoirs locaux*, p. 140 : le décret n° 55-759 du 20 mai 1955 dispose qu'est « légale l'intervention des communes dans le domaine économique et social, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière dans des organismes ou entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet la mise au point de projets, l'exécution de travaux présentant un caractère d'intérêt public, ou l'exploitation de services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ainsi que la réalisation d'amélioration rurales ».

⁷⁴⁷ Décret-loi n° 55-759 du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique, art. 2.

⁷⁴⁸ P. Girod, *op.cit.*

suffisamment large. En effet, l'intervention publique locale est encore considérée par la jurisprudence administrative comme exceptionnelle⁷⁴⁹ et donne lieu à un contrôle préfectoral⁷⁵⁰.

L'avènement de la société d'économie mixte locale dans les années 1950 est fortement encouragé par la Caisse des dépôts et consignations. Celle-ci crée en 1955 une filiale dédiée à l'équipement du territoire (SCET) qui conçoit les sociétés d'économie mixte locale comme des leviers pour l'action des collectivités territoriales⁷⁵¹. Les lois de décentralisation de 1982 et 1983⁷⁵² redéfinissent le régime des sociétés d'économie mixte suite à la suppression de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales. La société d'économie mixte locale, telle qu'on la connaît aujourd'hui, naît le 7 juillet 1983 par une loi adoptée à l'unanimité par les deux chambres du Parlement⁷⁵³.

264. La loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte dispose que les communes, départements, régions et groupements peuvent, dans le cadre de leurs compétences, créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement d'autres personnes publiques pour des opérations d'aménagement, construction, exploitation de services publics industriels ou commerciaux ou autre activité d'intérêt général⁷⁵⁴. Comme la société publique locale, l'objet de la société d'économie mixte dépend des compétences de la collectivité locale actionnaire. La participation des collectivités locales à une telle société exige, en outre, la présence d'un intérêt public local et le respect des

⁷⁴⁹ Les circonstances exceptionnelles exigées par le Conseil d'Etat en 1901 (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580, *Rec.*) ont cédé la place aux circonstances particulières de temps et de lieu (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de la ville de Nevers*, n° 06781, *Rec.*).

⁷⁵⁰ C. comptes, *Interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises*, rapport public particulier, novembre 1996, p. 8.

⁷⁵¹ J. Da Rold, *Les sociétés d'économie mixte locales : acteurs et témoins des politiques urbaines et territoriales. Quelle légitimité entre partenariat public privé et entreprise publique locale ?*, Thèse, Science de l'homme et société, Université Michel de Montaigne-Bordeaux III, 20 novembre 2008, p. 25.

⁷⁵² L'acte I de la décentralisation est composé de trois lois : la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales et la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

⁷⁵³ Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

règles concurrentielles⁷⁵⁵. En 2002, une loi de modernisation du statut de la société d'économie mixte locale⁷⁵⁶ a été votée afin d'améliorer le statut de la société d'économie mixte en comblant « *les lacunes, en définissant notamment la nature des concours financiers qui peuvent être attribués par les collectivités, en précisant le statut des mandataires des collectivités, en aménagement le régime de délégation de services public, et en renforçant le contrôle des collectivités locales* »⁷⁵⁷.

265. L'association des capitaux publics et privés au sein d'une structure sociale présente de nombreux avantages pour l'exploitation d'un service public énergétique. En Europe, ce modèle de gestion est privilégié pour l'exploitation de ces activités. L'Angleterre⁷⁵⁸ et l'Italie⁷⁵⁹ livrent des exemples intéressants de la coopération public-privé. Toutefois, la comparaison avec l'Allemagne est la plus adéquate en raison du rôle des communes dans l'organisation énergétique.

⁷⁵⁵ CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle*, n° 141877 /146693, *Rec. T.* ; égal. CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron*, n° 97449, *Rec.*

⁷⁵⁶ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 de modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locale issue d'une proposition de loi sénatoriale du 30 juin 2000 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

⁷⁵⁷ J. Darne, Rapport n° 3137 sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixtes locales au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, 13 juin 2001 ; v. égal. J. Bizet, P. Blanc et a, *Proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, exposé des motifs.

⁷⁵⁸ J. McEldowney, « Les autorités locales britanniques et la politique énergétique » in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013, pp. 277-285 : en Angleterre, les missions de fourniture énergétique sont historiquement dévolues aux communes. A la suite de la nationalisation en 1945 puis de la privatisation dans les années 1990 du secteur de l'énergie, la compétence communale de fourniture énergétique est extrêmement réduite jusqu'à l'adoption en 2010 d'un paquet législatif transférant de nouvelles missions et compétences énergétiques aux communes (*Localism Act, Green Deal et Energy Act*). Les autorités locales peuvent désormais faire commerce de l'énergie renouvelable qu'elles produisent. Si les entreprises communales anglaises n'occupent qu'une faible part dans la fourniture d'énergie, la législation anglaise offre la possibilité depuis 2010 de créer des partenariats locaux d'entreprises associant les autorités locales et les entreprises pour promouvoir le développement économique local. A travers la motivation économique, ces partenariats locaux soutiennent les initiatives énergétiques locales de vente énergétique.

⁷⁵⁹ A. Pontera, « Les politiques énergétiques locales en Italie » in G. Marcou (dir.), *op.cit.*, pp. 297-305 : en Italie, dans les années 1990 les collectivités territoriales avaient un rôle marginal dans la politique énergétique italienne, dominé par des structures monopolistiques étatiques. Le choc pétrolier entraîne une vague de libéralisation et les collectivités locales, par la création d'entreprises publiques – *municipalizzate* - réalisent de nouvelles missions énergétiques dans le secteur électrique et gazier. De nombreuses entreprises publiques locales voient le jour, avant d'être rassemblées et de devenir des acteurs nationaux, pour la production comme la distribution.

L'Allemagne a une longue tradition de gestion publique locale des services en réseaux : au début du XX^{ème} siècle, les secteurs du gaz et de l'électricité sont les premières structures publiques locales constituées, avant la distribution d'eau et les transports⁷⁶⁰. Ces groupes publics locaux sont chargés de réaliser ces activités d'intérêt général en créant des synergies entre elles et en mutualisant le coût de leur exploitation. Les critères de création de ces entreprises publiques locales sont similaires aux critères français⁷⁶¹ : la présence d'un intérêt public local⁷⁶² et la compétence de la personne publique actionnaire. Pouvant revêtir différentes formes sociales⁷⁶³, les *Stadtwerke*⁷⁶⁴ sont des entreprises publiques locales fortement intégrées pouvant exercer plusieurs activités (telles que l'énergie, l'eau et l'assainissement). Leur capital peut être exclusivement public ou mixte, cependant le contexte économique et le besoin de spécialisation technique encouragent la présence de capitaux privés⁷⁶⁵. La mixité du capital de la société d'économie mixte locale implique une gestion semi-publique, plus flexible, censée améliorer l'accès aux financements⁷⁶⁶.

266. La société d'économie mixte est un modèle d'équilibre répondant aux besoins de financement de l'action publique et aux exigences techniques des projets énergétiques, tout en préservant l'intérêt général et la rentabilité économique. Elle favorise l'actionnaire public sans porter, pour autant, atteinte aux intérêts du partenaire privé (§1). Son régime juridique

⁷⁶⁰ A. Fender, F-M Poupeau. « L'émergence d'un nouveau mode de gouvernement local des réseaux en Allemagne. Une ville moyenne et son Stadtwerke face au processus de libéralisation », *Sociologie du Travail*, Elsevier Masson, 2007, pp. 366-382.

⁷⁶¹ Loi communale du 30 janvier 1935 (*Deutsche Gemeindeordnung*), le § 67-I fixe les conditions de création des sociétés publiques allemandes.

⁷⁶² G. Marcou, « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », *RFDA*, 1995, p. 462.

⁷⁶³ G. Marcou, *ibid.* : il existe trois formes d'entreprises publiques à statut de droit public en Allemagne : la régie, semblable au modèle français (*Regiebetrieb*), l'entreprise propre (*Eigenbetrieb*) équivalente de la régie personnalisée et l'institution en forme d'entreprise propre (*Eigenbetriebsähnliche Einrichtung*) proche de l'entreprise propre et utilisée dans les *Landers* où la constitution d'une entreprise n'est pas permise. La gestion publique est également l'œuvre de société de droit privé en France comme en Allemagne, la société à responsabilité limitée (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* ou GmbH) et la société par actions (*Aktiengesellschaft*).

⁷⁶⁴ En allemand, *Stadt* signifie ville et *werke*, œuvre.

⁷⁶⁵ En effet, certaines communes ont fait le choix de vendre tout ou partie de leurs parts sociales de leur Stadtwerk à des acteurs privés. La vente peut se faire à une autre personne publique ou à un opérateur économique privé : exemple de la ville de Görlitz en Saxe dont la gestion des services municipaux a été confiée à Vivendi en 2001 par l'acquisition de 74,9% de actions de la Stadtwerke.

⁷⁶⁶ A. Fender, F.-M. Poupeau. *op.cit.*

veille à préserver le libre fonctionnement du marché par l'application du droit de la concurrence (§2).

§1. L'actionnaire public et la société d'économie mixte locale

267. En 2015, 142 sociétés d'économie mixte locale existaient dans le secteur de l'environnement et des réseaux, le nombre d'entreprises publiques locales dédiées à l'énergie étant en constante augmentation depuis 2012⁷⁶⁷. La société d'économie mixte fait la synthèse des intérêts publics et privés. En effet, les actionnaires de la société d'économie mixte ont des intérêts divergents : le partenaire privé espère, lorsqu'il investit dans une telle structure, obtenir un contrat public et la personne publique considère cette association comme un moyen efficace de répondre aux besoins locaux.

268. Toutefois, la volonté des actionnaires publics supplante celle du partenaire privé. La satisfaction de l'intérêt général constituant un objectif supérieur aux intérêts particuliers, l'actionnaire privé qui est minoritaire adhère au projet d'intérêt général porté par la collectivité locale (A). Néanmoins, le régime de la société d'économie mixte locale, qui relève du droit commercial, garantit un équilibre entre actionnariat public et privé. L'application du régime de droit commun atténue les appréhensions des partenaires privés lorsque ces derniers investissent aux côtés d'une personne publique⁷⁶⁸ (B).

A. L'adhésion des actionnaires minoritaires à l'intérêt général

269. La création de la société d'économie mixte locale, qui repose sur le respect des compétences des personnes publiques actionnaires⁷⁶⁹ et la présence d'un intérêt public local⁷⁷⁰, associe les collectivités territoriales et leurs groupements à des opérateurs économiques.

⁷⁶⁷ Fédération des entreprises publiques locales, *Eplscope, Le baromètre des entreprises publiques locales*, 2015.

⁷⁶⁸ Le caractère exorbitant du droit commun lié au service public provoque certaines réticences des acteurs de droit privé ; v. en ce sens : I. de Gaulmyn, « Les sociétés d'économie mixte analysent leur actionnariat privé », *Les Echos*, 22 octobre 1993.

⁷⁶⁹ CGCT, art. L. 1521-1.

⁷⁷⁰ CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine – Préfet de la région Moselle*, n° 141877 et 146693, *Rec. T.* ; égal CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux - d'Aveyron et autres*, n° 97449, *Rec.*

270. L'actionnariat public de ces sociétés, d'après la Fédération des entreprises publiques locales, est composé à 63% de collectivités territoriales dont 36% de communes, 27% d'intercommunalité et 20% de département⁷⁷¹. En matière énergétique, les communes et intercommunalités sont les principales actionnaires des sociétés d'économie mixte du fait de leurs compétences, le département pouvant également l'être lorsque l'objet social est lié à la précarité énergétique. Les régions sont moins présentes au capital de ces structures, leur compétence énergétique directe se limitant à la planification⁷⁷².

271. La volonté d'adhésion des actionnaires de droit commun⁷⁷³ au capital de ces sociétés d'économie mixte témoigne de leur volonté de participer à la réalisation d'une mission d'intérêt général portée par les actionnaires publics locaux. En effet, la détention majoritaire du capital par la personne publique relègue l'actionnaire de droit commun au statut d'adhérent et non de partenaire. L'actionnaire minoritaire choisit d'adhérer à la société d'économie mixte sans prendre part à la détermination de ses contours car l'objet social et le régime juridique sont définis par la collectivité locale, majoritaire, en fonction de ses compétences et des besoins locaux.

272. Ces actionnaires de droit commun se répartissent classiquement entre les institutions financières et les entreprises⁷⁷⁴, le terme d'institution financière désignant les organismes financiers privés et publics tel que la Caisse des dépôts et consignations, actionnaire historique de l'économie locale. En 2009, les institutions financières étaient présentes dans près

⁷⁷¹ Fédération des entreprises publiques locales, *op.cit.*

⁷⁷² Les régions représentent 4% de l'actionnariat des sociétés d'économie mixte d'après la Fédération des entreprises publiques locales. Par ailleurs, les régions disposent de la faculté de créer des sociétés de développement régional (société de capital-investissement) pour exercer leur compétence de développement économique, sans avoir recours à la société d'économie mixte locale (CGCT, art. L. 4211-1-8°).

⁷⁷³ Nous avons fait le choix de cette dénomination afin de distinguer l'actionnariat particulier que constitue celui des collectivités territoriales, actionnaires de droit public.

⁷⁷⁴ Fédération des entreprises publiques locales, *op.cit.* : les autres actionnaires des sociétés d'économie mixte locale représentent environ 37% du capital des sociétés d'économie mixte locale en moyenne. Sur ces 37%, les institutions financières représentent 20% de la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales, la participation des entreprises s'élevant à 8% de cet actionnariat.

de la moitié des sociétés d'économie mixte d'après la Fédération des entreprises publiques locales⁷⁷⁵. La Caisse des Dépôts est particulièrement impliquée dans l'économie mixte locale. Cependant cette implication relève d'avantage, d'après la Cour des comptes, d'une pratique de subventions⁷⁷⁶, la Caisse des Dépôts étant un « *actionnaire dormant, sans implication dans le fonctionnement de l'entreprise* »⁷⁷⁷. En effet, la participation au capital d'institutions financières poursuit généralement un objectif de rentabilité et non de partenariat, ces institutions ne prenant pas part à la gestion courante de l'entreprise⁷⁷⁸.

273. Or, l'article 1832 du code civil dispose qu'« *une société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Les cocontractants partagent une volonté commune également dénommée *affectio societatis* que la Cour de Cassation définit comme la volonté commune de collaborer à une activité « *dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité aux bénéfices tout en participant dans le même esprit aux pertes* »⁷⁷⁹.

Dans le cas de la société d'économie mixte locale, la définition de *l'affectio societatis* ne correspond pas à celle des sociétés de droit privé classiques, l'actionnaire de droit commun adhérant au projet d'intérêt général porté par la collectivité actionnaire. Cependant, le critère de l'intérêt commun constitutif de *l'affectio societatis* est rempli : la recherche de rentabilité dans l'exercice d'une activité d'intérêt général industrielle et commerciale correspond à la volonté des collectivités territoriales comme des actionnaires de droit commun.

⁷⁷⁵ J. Arthuis, Rapport d'information n° 726 sur l'enquête de la Cour des comptes relative aux participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale au nom de la commission des finances, Sénat, 28 septembre 2010, p. 7 : les participations de la Caisse des Dépôts consacrées à l'économie mixte représentaient 442 participations au capital de sociétés d'économie mixte locale et 320 au capital de sociétés créées par des sociétés d'économie mixte (notamment dans le secteur de l'énergie).

⁷⁷⁶ J. Arthuis, *ibid.*, p. 67.

⁷⁷⁷ G. Parleani, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Les actions délaissées », *Sociétés*, 1999, p. 715 et suiv. cité par S. Brameret, « Les sociétés d'économie mixte locales », *JCP A*, n° 51-52, 19 décembre 2011, 2397.

⁷⁷⁸ L'institution financière, dans l'hypothèse où elle agit en son nom, apporte des fonds propres à l'entreprise sans pour autant prendre part à l'administration courante, d'autant plus dans le cas d'une société d'économie mixte locale énergétique dont l'objet est très éloigné du métier de banquier. L'investissement en capital développement d'une banque lui permet de développer sa connaissance sur différents secteurs industriels et se faisant, à terme de limiter les risques en mutualisant ses connaissances, v. en ce sens : O. Pastré, « Le banquier-actionnaire », *Revue française de gestion*, 2002/5, n° 141, pp. 249-253.

⁷⁷⁹ Cass., com., 3 juin 1986, n° 85-12118, Bull. 1986 IV n° 116 p. 98.

En revanche, le critère d'égalité appelle une remarque. L'égalité au sein d'une structure sociale dépend de la participation au capital des actionnaires. Or, dans le cadre de la société d'économie mixte, la loi organise l'inégalité entre les actionnaires en imposant une participation publique majoritaire. Les actionnaires de droit commun ne peuvent détenir qu'entre 15% et 49% du capital social de ces sociétés⁷⁸⁰. P. Idoux évoque ainsi « *une alliance inégale autour d'un projet majoritaire* »⁷⁸¹.

Ces sociétés d'économie mixte remplissent les critères formels de constitution sans que l'absence d'un *affectio societatis* ne remette en question leur existence. Nous pouvons donc nous interroger sur le caractère constitutif de ce dernier. Dans le cas de la société d'économie mixte, la volonté d'adhésion des actionnaires est nécessaire, mais elle ne recouvre pas la même intention⁷⁸². L'actionnaire de droit commun ne cherche pas à exercer une activité à égalité avec l'actionnaire public, mais à participer à l'exécution d'une mission de service public rentable. La prédominance de l'actionnaire public se justifie par l'incarnation de l'intérêt général des personnes publiques qui ne saurait être mis sur le même pied d'égalité que l'intérêt privé.

274. Le recours à la société d'économie mixte locale permet de diversifier les risques en multipliant les actionnaires au capital⁷⁸³. Le service public énergétique repose sur des investissements importants que les collectivités locales auraient des difficultés à assumer seules. L'association avec des acteurs privés leur permet de s'assurer, d'une part, du financement et de l'expertise de partenaires privés et, d'autre part, de la réalisation d'un service public énergétique de qualité. En effet, le retour sur investissement de l'actionnaire de droit commun dépend des résultats de la société.

⁷⁸⁰ CGCT, art. L.1522-2 : *a contrario*, l'actionnaire public doit détenir entre 51% et 85% du capital de la société d'économie mixte locale.

⁷⁸¹ P. Idoux, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*, 2012, p. 1101. Cette citation appelle toutefois une remarque : l'inégalité « de fait » autour de ce projet majoritaire dépend essentiellement de la répartition du capital entre les différents actionnaires. Néanmoins, l'inégalité comprise strictement est avérée.

⁷⁸² L'*affectio societatis* au sein de la société d'économie mixte locale ne répond pas à la définition classique applicable aux sociétés de droit commun.

⁷⁸³ La société d'économie mixte est également conçue comme une structure de coopération locale permettant l'association de collectivités aux compétences différentes, telles que des communes et des établissements publics de coopération intercommunale ; v. en ce sens CGCT, art L. 1521-1 autorisant la commune à demeurer au capital de la société d'économie mixte à la condition qu'elle ait transféré à l'établissement de coopération intercommunale, plus des deux tiers des actions de ladite société d'économie mixte locale qu'elle détenait antérieurement.

275. La participation des actionnaires de droit commun à ces structures sociales où l'intérêt général prédomine est favorisée par le régime de droit commercial de la société d'économie mixte locale que l'actionnaire privé connaît et maîtrise.

B. La protection des actionnaires minoritaires

276. Société anonyme, la société d'économie mixte est soumise au régime de droit commun. En effet, ses règles de délibérations relèvent du droit privé (1) de même que celles qui gouvernent son développement (2).

1) Les règles de délibération

277. La prise de participations d'actionnaires de droit commun dans une entreprise publique dépend, selon nous, du régime juridique applicable à cette dernière. Le cocontractant de droit privé peut craindre, lorsqu'il adhère à une structure publique, l'application de règles exorbitantes du droit privé qu'il ne maîtrise pas⁷⁸⁴. La société d'économie mixte locale répond à ces appréhensions en étant constituée sous forme de société anonyme. Ainsi, les règles de délibération de la société d'économie mixte relèvent du régime de droit privé que les actionnaires de droit commun connaissent et maîtrisent.

278. En application du droit commun, l'actionnaire public⁷⁸⁵ détient la majorité des voix dans les organes délibérants de la société d'économie mixte en raison de sa détention majoritaire obligatoire du capital social⁷⁸⁶. L'actionnaire de droit commun alors minoritaire voit son influence au sein de la société varier en fonction de sa détention capitalistique, allant de 15% à 49% du capital⁷⁸⁷. L'application des règles de droit commun préserve l'actionnaire

⁷⁸⁴ I. de Gaulmyn, « Les sociétés d'économie mixte analysent leur actionnariat privé », *Les Echos*, 22 octobre 1993.

⁷⁸⁵ La qualité d'actionnaire exige apports et concours financiers de la part des collectivités territoriales actionnaires, comme pour tout actionnaire de droit commun. La société d'économie mixte est une société anonyme dont les règles d'apports sont fixées par le code de commerce aux dispositions relatives aux sociétés commerciales (C. com., art. L. 210-1, al 2, art. L. 225-3 et art. L. 225-12 ; égal. CGCT, art. L. 1522-4 et L. 1522-5).

⁷⁸⁶ CGCT, art. L. 1522-1 2°.

⁷⁸⁷ CGCT, art. L. 1522-2.

de droit commun, dont l'importance au sein de la société d'économie mixte dépend de sa participation au capital.

La détention majoritaire du capital social de la société d'économie mixte par l'actionnariat public local emporte la majorité de la représentation à l'assemblée générale des actionnaires ordinaire comme extraordinaire, les droits de vote étant proportionnels à la quotité de capital détenu⁷⁸⁸. L'actionnariat public étant majoritaire, les collectivités sont maîtres des décisions adoptées.

Cependant, les statuts des sociétés anonymes peuvent prévoir au sein de l'assemblée générale ordinaire, une limitation du nombre de voix par actionnaire pour protéger les petits actionnaires, à la condition que cette restriction s'applique à toutes les actions « *sans distinction de catégorie, autre que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote* »⁷⁸⁹. En fonction de la répartition du capital et des statuts de la société d'économie mixte, les actionnaires de droit commun peuvent prendre part de manière effective à l'adoption des délibérations ordinaires même s'ils ne détiennent que 15% du capital social⁷⁹⁰. La situation diffère pour les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire⁷⁹¹ : si l'actionnaire de droit commun ne dispose que de 15% du capital, il ne dispose pas de minorité de blocage et peut être soumis aux volontés de l'actionnariat public.

279. L'application des règles de droit commun explique que les actionnaires de droit commun détiennent rarement le minimum de capital social. En effet, la Fédération des entreprises publiques locales estime à 37% la part de capital de ces actionnaires au sein des sociétés d'économie mixte⁷⁹².

⁷⁸⁸ C. com., art. L. 225-122.

⁷⁸⁹ C. com., art. L. 225-125.

⁷⁹⁰ La loi impose une détention publique majoritaire, ainsi plusieurs collectivités territoriales et leurs groupements peuvent être actionnaires et se répartir au minimum 51% du capital (75% étant le capital maximum pouvant être détenu par des personnes publiques). En fonction de la répartition de l'actionnariat entre les personnes publiques, le ou les actionnaires de droit commun pourront être à égalité avec les collectivités territoriales actionnaires même en ne détenant que les 15% minimum de capital.

⁷⁹¹ C. com, art. L. 225-96 al. 3 : les règles de quorum et de vote sont différentes de l'assemblée générale ordinaire, les actionnaires présents devant représenter à minima un quart des actions et la majorité qualifiée des deux tiers des voix étant requise pour la modification des statuts.

⁷⁹² Fédération des entreprises publiques locales, *Eplscope, Le baromètre des entreprises publiques locales*, 2015, p. 13.

2) *La constitution de groupes publics énergétiques locaux*

280. La souplesse offerte par le régime de la société d'économie mixte locale, en encourageant l'investissement privé⁷⁹³, favorise la constitution de groupes publics locaux énergétiques. L'application des règles de droit commun permet à ces sociétés d'économie mixte de créer des filiales pour assumer plusieurs missions de service public énergétique⁷⁹⁴ à l'instar des *Stadtwerke*. La diversification des sociétés d'économie mixte permet aux collectivités territoriales de réaliser une politique publique énergétique locale dont ils maîtrisent la gestion. Cela leur permet également de développer des synergies entre les différentes missions de service public énergétique notamment entre la production renouvelable et la consommation énergétique, piliers de la transition énergétique.

281. La création d'un groupe d'économie mixte locale repose sur deux conditions : le respect des compétences des collectivités territoriales actionnaires et la complémentarité entre les filiales du groupe. Comme dans toute société commerciale de droit commun, la prise de participation ou la création d'une autre société commerciale est autorisée, sous réserve de sa complémentarité avec son objet social⁷⁹⁵. Les collectivités territoriales peuvent ainsi créer une société d'économie mixte locale - maison mère, dont la réalisation de la transition énergétique en serait l'objet social, qui posséderait plusieurs filiales et prises de participations dans des entreprises locales énergétiques. Ainsi, en 2015, près de 14% des filialisations et prises de participations des sociétés d'économie mixte locale sont réalisées dans le secteur de l'environnement et des activités en réseaux⁷⁹⁶, ce qui permet aux collectivités territoriales de contrôler « *l'ensemble d'un dispositif énergétique à l'échelle d'un territoire* »⁷⁹⁷.

⁷⁹³ L'actionnariat de droit commun est souvent composé par la Caisse des dépôts et consignations, des banques, chambres de commerce et d'industrie et ou encore de concessionnaires de services publics énergétiques.

⁷⁹⁴ En 2015, la Fédération des entreprises publiques locales relevait que plus de 25% des sociétés d'économie mixte locale étaient engagées dans une stratégie de diversification à travers des filialisations et prises de participation.

⁷⁹⁵ Le critère du complément normal et nécessaire (CE, sect., 18 décembre 1959, *Delansormes et autres*, n° 22536, *Rec.*) disparaît pour le critère unique de la complémentarité de l'activité ; v. égal : réponse ministérielle n° 7756, JO Sénat Q, 5 avril 1990, p. 723 sous CGCT, art. L. 1521-1.

⁷⁹⁶ La Fédération des entreprises publiques locales recense 578 filiales et prises de participations de sociétés d'économie mixte en 2015, dont 78 dans le secteur de l'environnement et réseaux pour l'année 2015 (Eplscope, *op.cit.*).

⁷⁹⁷ *Ibid.*

282. Cependant, ces possibilités de diversification sont encore trop peu exploitées dans le secteur énergétique. Certaines entreprises locales de distribution d'électricité ou de gaz développent des projets d'énergies renouvelables, en complément de leur activité principale de distribution avec l'éclairage public (23%), la gestion de l'eau (10%) et les réseaux de chaleur (5%)⁷⁹⁸, mais le mouvement est encore trop timide pour la réalisation d'une transition énergétique locale globale. Quelques exceptions sont cependant à souligner et à encourager comme GEG⁷⁹⁹, entreprise locale de distribution de Grenoble qui développe « *depuis plusieurs années, de la fourniture en offre de marché, et des moyens de production : cogénération, petit hydroélectricité, photovoltaïque, éolien, biogaz* »⁸⁰⁰ ou l'UEM⁸⁰¹ de Metz dont l'activité est fortement diversifiée en comprenant notamment l'éclairage public, le chauffage urbain, la production et la vente d'électricité⁸⁰².

283. La présence de capitaux privés au capital de ces entreprises publiques locales a pour conséquence directe l'application des règles de concurrence.

§2. Le droit de la concurrence et la société d'économie mixte locale

284. La création de la société d'économie mixte locale et son activité sont soumises aux règles du droit de la concurrence. D'une part, la constitution du capital de ces sociétés d'économie mixte doit se conformer à la législation des aides d'Etat, les autorités veillant à ce que la collectivité territoriale se comporte comme un investisseur avisé dans une économie de marché⁸⁰³ pour ne pas fausser le jeu de la concurrence (A). D'autre part, la société d'économie mixte, libre de candidater à tous les contrats publics énergétiques conformes à son objet social et aux compétences de ses actionnaires, est soumise pour l'attribution de contrats publics à une

⁷⁹⁸ Sia Partners, « Les entreprises locales de distribution, outil de la transition énergétique au cœur des territoires », janvier 2013, disponible en ligne : <http://www.energie.sia-partners.com/wpfiles/2013/03/Etude-ELD-Sia-Partners.pdf>

⁷⁹⁹ Gaz et Electricité de Grenoble.

⁸⁰⁰ O. Sala cité dans Sia Partners, *op.cit.*

⁸⁰¹ Usine d'Electricité de Metz.

⁸⁰² Sia Partners, *op.cit.*

⁸⁰³ Projet de communication de la commission relative à la notion d'aide d'Etat au sein de l'art. 197 §1 du TFUE, pt 79 cité dans *Vade-mecum des aides d'Etat, L'intervention de l'Etat comme opérateur privé en économie de marché*, 2015, disponible en ligne : economie.gouv.fr, consulté le 16 août 2016.

procédure de mise en concurrence. La détention publique majoritaire du capital n'exempte pas la société d'économie mixte de l'application des règles de mise en concurrence (B).

A. La création de la société d'économie mixte et les aides d'Etat

285. Lorsque les collectivités territoriales créent une société d'économie mixte locale, elles procèdent à un investissement. Cet investissement peut être considéré, du fait de la nature publique de leurs capitaux, comme une aide d'Etat. Le Traité de fonctionnement de l'Union européenne définit l'aide d'Etat comme « *les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »⁸⁰⁴. L'aide d'Etat est donc le fruit d'une intervention publique, y compris locale⁸⁰⁵, accordant à une entreprise⁸⁰⁶ un avantage concurrentiel. Ainsi, l'investissement d'une collectivité territoriale dans une société d'économie mixte peut relever de cette qualification. Par principe, ces aides d'Etat sont considérées comme incompatibles avec le marché intérieur dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres de l'Union européenne. Cependant certaines exceptions ont été introduites afin de permettre la réalisation d'objectifs d'intérêt général.

286. L'aide d'Etat est constituée lorsqu'elle affecte le bon fonctionnement du marché et crée des distorsions de concurrence en offrant un avantage sélectif à une entreprise qui n'en aurait pas bénéficié « *dans des conditions normales de marché* »⁸⁰⁷. Pour apprécier ce critère, la jurisprudence européenne a développé le critère de l'investisseur avisé dans une économie de marché dont l'appréciation relève de la compétence de la Commission européenne⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ TFUE, art. 107§1.

⁸⁰⁵ *Vade-mecum des aides d'Etat, op.cit.* : « Aux termes de la communication de 1984, sont à considérer comme des prises de participations publiques, les participations directes de l'Etat et des autres collectivités territoriales, ainsi que les prises de participation effectuées par des organismes financiers dont les fonds proviennent de ressources d'Etat ou sur lesquels l'Etat exerce une influence dominante ».

⁸⁰⁶ La Cour de justice des Communautés européennes définit l'entreprise comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 23 avril 1991, *Hofner et Elser*, C-41/90, Rec. CJCE 1991, pt. 21). L'activité économique est définie également par la Cour de justice des Communautés européennes comme une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (CJCE, 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. CJCE 1998, pt. 36 et CJCE, 11 juillet 2006, *FENIN / Commission*, C-205/03, Rec. CJCE 2006, pt. 24).

⁸⁰⁷ CJCE, 11 juin 1996, *SFEI et autres*, C-39/94, Rec. CJCE 1996.

⁸⁰⁸ TFUE, art. 108§1.

Une intervention publique « *peut constituer une mesure d'aide, si elle est effectuée à des conditions que n'aurait pas acceptées un investisseur privé agissant dans des conditions normales d'une économie de marché. Le critère se réfère principalement à la logique de rentabilité de l'opération* »⁸⁰⁹. La comparaison avec l'investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché « *est reconnue par la jurisprudence comme une émanation du principe d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé* »⁸¹⁰.

Le choix de l'investissement de la collectivité territoriale dans une société d'économie mixte locale à objet énergétique⁸¹¹ doit donc être comparable à celui d'un investisseur privé, même si les exigences de rentabilité ne sont pas identiques⁸¹².

287. En fonction du montant investi par la collectivité territoriale, la Commission européenne pourra également être amenée à considérer que l'investissement n'est pas constitutif d'une aide car il n'affecte pas le fonctionnement du marché. Ce seuil, dit *de minimis*, est d'un montant de 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux⁸¹³.

288. En dehors des aides dites *de minimis*, l'investissement public des collectivités locales dans une société d'économie mixte locale pourra être considéré comme une aide d'Etat. Ainsi que nous l'étudierons dans les développements ultérieurs consacrés au financement de la transition énergétique, l'investissement dans la transition énergétique n'est pas spontanément l'œuvre d'investisseurs privés en raison de l'intensité capitalistique et du délai de retour sur investissement⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ *Vade-mecum des aides d'Etat, op.cit.*

⁸¹⁰ TPICE, 12 décembre 1996, *Air France c./ Commission*, T-358/94, *Rec. CJCE* 1996.

⁸¹¹ La constitution d'une société d'économie mixte par une collectivité locale (CE, 17 janvier 1994, *Préfet du Département des Alpes-de-Haute-Provence*, n° 133837 / 133905, *Rec.*) déroge à l'interdiction de participation financière des collectivités locales au capital de sociétés commerciales (CGCT, art. L. 2253-2 ; égal. CE, 24 novembre 1989, *Commune d'Iffendic*, n° 68439, *Rec. T.*)

⁸¹² TPICE, 12 décembre 2000, *Alitalia*, T-296/97, *Rec.*, pt. 96 et TPICE, 11 juillet 2002, *HAMSA*, T-152/99, *Rec.*, pt. 126.

⁸¹³ Règlement de la Commission européenne du 18 décembre 2013 relatif à l'application des art. 107 et 108 TFUE aux aides *de minimis*, n° 1407/2013, art. 2. Par ailleurs, le règlement européen précise à l'art. 4 que « *les aides consistant en des apports de capitaux ne sont considérées comme des aides de minimis transparentes que si le montant total de l'apport de capitaux publics ne dépasse pas le seuil de minimis* ».

⁸¹⁴ Eu égard aux besoins d'investissement et à la durée du retour sur investissement, les acteurs privés ont besoin d'être encouragés pour investir dans la transition énergétique (*infra*. n° 547 et suiv.).

289. Cependant, la qualité d'aide d'Etat d'un investissement public ne remet pas pour autant en question sa légalité. La Commission européenne considère certaines aides comme compatibles avec le marché et les autorise. Le secteur de l'énergie relève de cette exemption conformément à l'article 107 § 3 du Traité de fonctionnement sur l'Union européenne⁸¹⁵. Les aides à destination de la transition énergétique relèvent de la catégorie des aides à la protection de l'environnement que la Commission européenne estime « *compatibles si elles permettent de contribuer davantage aux objectifs de l'Union européenne en matière d'environnement ou d'énergie* »⁸¹⁶.

290. Toutefois, ces aides publiques doivent remplir certains critères⁸¹⁷ :

- Une défaillance du marché nécessitant une intervention publique,
- La proportionnalité de l'aide avec les objectifs poursuivis,
- L'effet incitatif de l'aide,
- Une limitation des effets négatifs sur la concurrence et,
- La transparence de l'aide.

La défaillance du marché désigne l'impossibilité pour le marché de répondre aux besoins des opérateurs économiques⁸¹⁸. Dans le cadre de la transition énergétique, le marché ne parvient pas à y répondre efficacement, justifiant ainsi une intervention publique.

La présence majoritaire de la collectivité territoriale au capital de la société d'économie mixte locale répond aux critères de proportionnalité et de l'effet incitatif de l'aide en permettant à d'autres actionnaires de participer à l'entreprise publique énergétique locale. La limitation des effets négatifs sur la concurrence est respectée, la société d'économie mixte étant soumise aux

⁸¹⁵ Règlement n° 651/2014 de la Commission européenne du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. En effet, l'Union européenne s'est fixée des objectifs concernant la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique européenne et l'amélioration de l'efficacité énergétique. La réalisation de ces objectifs est progressive. L'énergie est donc un secteur qui doit bénéficier d'exemptions pour que l'Union européenne puisse répondre à ses objectifs.

⁸¹⁶ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, 2014/C - 200/01, p. 23 et suiv.

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ Règlement UE n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des art. 107 et 108 du traité.

règles de mise en concurrence comme tout opérateur économique. La transparence de l'aide vise celle « *dont il est possible de calculer précisément l'équivalent subvention-subvention brut*⁸¹⁹, *sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une analyse du risque* »⁸²⁰. Pour la transition énergétique, la Commission européenne pose une présomption de transparence des aides aux projets promouvant l'énergie renouvelable, l'efficacité énergétique des bâtiments et la cogénération à haut rendement⁸²¹.

291. En application de ces critères, la participation d'une collectivité territoriale à une société d'économie mixte locale réalisant des missions de service public énergétique est jugée compatible avec le marché par la Commission européenne.

B. La réalisation du service public énergétique par la société d'économie mixte locale et les règles de concurrence

292. Exerçant une activité économique⁸²² sur un marché, la société d'économie mixte locale est un opérateur économique⁸²³ agissant dans une économie de marché et soumise, au même titre que les opérateurs privés, aux règles de concurrence pour ne pas fausser le bon fonctionnement du marché. En effet, contrairement à la société publique locale, la société d'économie mixte locale n'est pas créée pour répondre exclusivement aux besoins de ses actionnaires⁸²⁴ : elle peut intervenir pour des personnes qui ne participent pas à son capital⁸²⁵. Par ailleurs, la présence d'un actionnaire privé⁸²⁶ au capital social prive l'actionnaire public de

⁸¹⁹ Règlement UE n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, *ibid.*, art. 2 : « *L'équivalent subvention brut correspond au montant auquel s'élèverait l'aide si elle avait été fournie au bénéficiaire sous la forme d'une subvention, avant impôts ou autres prélèvements* ».

⁸²⁰ Règlement UE n° 651/2014 de la Commission, *ibid.*, pt. 17.

⁸²¹ Règlement UE n° 651/2014 de la Commission, *ibid.*, art. 39 et suiv.

⁸²² Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (v. en ce sens : CJCE, 16 juin 1987, *Commission/Italie*, C-118/85, *Rec. CJCE* 1987 ; égal. CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, C-113/07, *Rec. CJCE* 2009., pt. 69).

⁸²³ Est opérateur économique, toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 27 avril 1991, *Hofner et Elser*, C-41/90, *Rec. CJCE* 1991).

⁸²⁴ CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, n° 77935, *Rec.*

⁸²⁵ CGCT, art. L. 1523-1.

⁸²⁶ Que sa présence soit effective ou future (CJCE, 10 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-29/04, *Rec. CJCE* 2005).

l'exercice d'un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services⁸²⁷. Le privilège des relations *in house* n'est alors pas applicable.

293. Les sociétés d'économie mixte locale sont admises à exercer toute activité économique sur un marché concurrentiel⁸²⁸ dans la limite de leur objet social. Aucun principe n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public, tant qu'elle n'utilise pas des avantages structurels dont elle pourrait être dotée du fait d'une capitalisation publique majoritaire⁸²⁹. Les pouvoirs adjudicateurs⁸³⁰ et entités adjudicatrices⁸³¹ ne peuvent confier, sans procédure de mise en concurrence, un contrat public à une société d'économie mixte locale, même dans l'hypothèse où ils en seraient actionnaires majoritaires⁸³². Mais l'obligation de procéder à la constitution de la société d'économie mixte avant de candidater à l'obtention du contrat public est un processus lourd

⁸²⁷ Exceptions faites des formes de participations de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

⁸²⁸ CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n° 308564, *Rec.*

⁸²⁹ CE, sect., avis, 16 octobre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec.* et CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054, *Rec.* Le Conseil d'Etat après avoir rappelé qu'aucun texte n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public d'un contrat de délégation de service public, souligne que lorsque ces personnes publiques candidatent à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public, elles doivent prendre en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'une part, et que le prix qu'elles proposent ne résulte pas des ressources et des moyens attribués au titre de sa mission de service public. Le Conseil d'Etat statue en l'espèce sur la candidature d'un établissement public, nous pouvons en déduire *a fortiori* que les mêmes règles s'appliquent aux sociétés d'économie mixte locale, d'autant plus que des capitaux privés sont présents au capital.

⁸³⁰ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 10 : « Les pouvoirs adjudicateurs sont : 1° les personnes morales de droit public ; 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont : a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composée de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».

⁸³¹ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 11 : « Les entités adjudicatrices sont 1° les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux, 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux » et ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *op.cit.*, art. 12 : « Sont des activités d'opérateurs de réseaux, la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport, ou de la distribution de gaz, de chaleur, d'électricité, d'eau potable ».

⁸³² CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec.* CJCE 2005 ; CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, *Rec.* CJCE 2005 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, *Rec.* CJCE 2005.

qui, s'il garantit le respect des règles de concurrence, ne garantit pas la performance de l'action publique.

294. Aussi, en complément de la société d'économie mixte locale, le législateur a créé une entité dérivée, la société d'économie mixte locale à opération unique. Issue d'une proposition de loi sénatoriale⁸³³, « *la société d'économie mixte - contrat est un instrument de gouvernance au service de l'action publique locale qui permet d'allier les valeurs de la gestion directe en redonnant à la collectivité la maîtrise de son service public et les atouts de la gestion déléguée en faisant appel aux compétences et à l'innovation d'un opérateur privé. La société ainsi créée, sur la base d'un contrat préalablement défini, jette les bases d'un partenariat juridique sécurisé et économiquement performant* »⁸³⁴. La création de cette structure permet d'alléger les procédures de mise en concurrence en offrant à la collectivité locale une mise en concurrence unique pour le choix de l'actionnaire privé de la société d'économie mixte et, l'attribution du contrat public concerné à l'entité nouvellement créée avec l'actionnaire sélectionné. Le partenariat n'est « *plus fondé uniquement sur la simple logique contractuelle mais sur une vision à plus long terme et des intérêts partagés qui se traduisent par la constitution d'une société commune* »⁸³⁵.

295. La société d'économie mixte à opération unique est créée par la loi du 1^{er} juillet 2014⁸³⁶ qui s'inspire de la communication de la Commission européenne relative aux partenariats publics-privés institutionnalisés⁸³⁷ et de la jurisprudence de la Cour de justice européenne autorisant cette procédure⁸³⁸. Le partenariat public privé institutionnalisé désigne la coopération entre des partenaires publics et privés établissant une entité à capital mixte pour répondre aux marchés publics et concessions⁸³⁹. Pour la Commission européenne, la mise en

⁸³³ Proposition de loi sénatoriale tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat présentée par J.-L. Dupont, H. Marseille et les membres du groupe UDI-UC au Sénat, 16 octobre 2013.

⁸³⁴ J.-L. Dupont et a., proposition de loi tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, Sénat, 16 octobre 2013, exposé des motifs.

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

⁸³⁷ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI), 2008/C 91/02.

⁸³⁸ CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, *Rec. CJCE* 2009.

⁸³⁹ Communication interprétative de la Commission, *op.cit.*

place d'un partenariat public privé institutionnalisé se traduit par la création d'une entité au capital conjointement détenu par une personne publique et un partenaire privé et, par l'attribution à cette entité nouvellement créée du marché public ou de la concession par la personne publique actionnaire⁸⁴⁰. La personne publique détient à la fois des parts dans la société et lui attribue le contrat public pour lequel elle a été créée.

296. La loi du 1^{er} juillet 2014 créant la société d'économie mixte à opération unique⁸⁴¹ poursuit trois objectifs identifiés : « *un contrôle étroit de l'opération de service public, le recours à l'expertise d'un partenaire économique et le partage des risques avec l'opérateur privé à hauteur de sa participation* »⁸⁴².

297. La création de cette structure offre aux actionnaires privés la certitude de se voir attribuer le contrat public pour lequel ils prennent part au capital de la société d'économie mixte. La société d'économie mixte à opération unique permet ainsi aux collectivités territoriales de maîtriser l'exploitation de leur service public tout en assurant aux actionnaires privés l'attribution d'un contrat public. En matière énergétique, les contrats étant généralement de longue durée, le recours à la société d'économie mixte à opération unique permet aux actionnaires privés d'engager d'importants volumes financiers⁸⁴³ sur le long terme en sachant qu'ils pourront bénéficier d'un retour sur leur investissement⁸⁴⁴.

298. La création de la société d'économie mixte à opération unique répond aux mêmes critères que la société d'économie mixte locale : « *dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupe-*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

⁸⁴² A. Vallini, compte rendu intégral, séance du 7 mai 2014, Assemblée Nationale, session ordinaire 2013-2014, JORF du 8 mai 2014, p. 2915.

⁸⁴³ La réalisation de la transition énergétique repose sur la mobilisation d'importants volumes d'investissement (*infra* n° 542 et suiv.).

⁸⁴⁴ En effet, la création d'une société d'économie mixte locale comprend un aléa puisque l'attribution des contrats publics est soumise à une procédure de mise en concurrence.

ment de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence, une société d'économie mixte à opération unique »⁸⁴⁵.

L'objet social de la société d'économie mixte à opération unique est déterminé par la loi : la réalisation d'une opération de construction, le développement du logement, la gestion d'un service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général⁸⁴⁶. La société d'économie mixte à opération unique est constituée pour une durée limitée déterminée en fonction du délai de réalisation de son objet social et de la nature du contrat public qui lui est attribué. De plus, comme toute entreprise publique locale, la création de cette société est limitée par la compétence de la collectivité territoriale actionnaire et l'existence d'un intérêt public local.

299. Cependant, à la différence de la société d'économie mixte locale qui impose une détention capitaliste majoritaire des personnes publiques, l'actionnaire privé peut être majoritaire dans une société d'économie mixte à opération. Cela permet à la collectivité de participer à l'exécution de ses missions de service public tout en étant minoritaire au capital. La loi impose un minimum de 34% de capitaux publics.

⁸⁴⁵ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, art. 1^{er}.

⁸⁴⁶ CGCT, art. L. 1541-1.

La majorité privée au capital empêche la société d'économie mixte à opération unique de relever de la qualité d'entité adjudicatrice⁸⁴⁷ ou de pouvoir adjudicateur⁸⁴⁸ en cas de subdélégation⁸⁴⁹. En fonction de la détention publique du capital, la société d'économie mixte à opération unique sera contrainte d'appliquer les règles de mise en concurrence pour sélectionner son prestataire. Cette obligation entrerait cependant en contradiction avec l'économie procédurale qui a présidé à la création de la société d'économie mixte à opération unique.

En effet, les créations récentes de sociétés d'économie mixte à opération unique sont à majorité privée : la ville de Dole a créé avec Suez, le 6 octobre 2015 deux sociétés d'économie mixte à opération unique pour la distribution d'eau potable et pour l'assainissement des eaux usées. Le capital social de cette structure, Doléa, est détenu à 49% par la ville de Dole et à 51% par l'entreprise Suez⁸⁵⁰. De même, la ville d'Amiens lorsqu'elle crée Amiens Energies, société d'économie mixte à opération unique d'exploitation et de développement du réseau de chaleur de la ville, adopte une configuration similaire : le capital est partagé entre la ville d'Amiens qui

⁸⁴⁷ L'entité adjudicatrice n'existe pas par nature, elle dépend d'un critère matériel et organique. Définie aux articles 11 de l'ordonnance marché n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et 10 de l'ordonnance concession n° 2016-65 du 29 janvier 2016, l'entité adjudicatrice désigne un pouvoir adjudicateur exerçant une activité d'opérateur de réseaux : la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz, de chaleur ou d'électricité notamment, une entreprise publique ayant une activité d'opérateurs de réseaux ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs lui réservant l'exercice d'une activité d'opérateurs de réseaux. La définition des activités d'opérateurs de réseaux est donnée par l'art.12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁸⁴⁸ Les pouvoirs adjudicateurs désignent les personnes morales de droit public ou de droit privé créées spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial, ou encore des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser des activités en commun (ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 10).

⁸⁴⁹ Si la société d'économie mixte à opération unique est une structure capitalisée, elle peut n'être qu'une enveloppe vide, sans personnel et déléguer alors à un tiers la mission qui lui a été confiée. En effet, les personnes privées actionnaires de ces structures n'affectent pas obligatoirement du personnel à ces structures qu'ils savent temporaires et à objet unique. La société d'économie mixte leur permettant uniquement de se voir attribuer le contrat public. Cependant cela n'est pas sans soulever la question d'une obligation de mise en concurrence, la société d'économie mixte à opération unique pouvant être considérée comme un pouvoir ou une entité adjudicatrice. L'intervention d'A. Vallini (compte rendu intégral des débats, séance du 7 mai 2014, Assemblée Nationale, session ordinaire 2013-2014, JORF du 8 mai 2014, p. 2932) résume cette situation : « *La question de leur mise en concurrence n'est susceptible de se poser que lorsque la société d'économie mixte aura elle-même le statut de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice* » ; v. égal ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 9 et suiv. et ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art.8 et suiv.

⁸⁵⁰ Fédération des entreprises publiques locales, « La ville de Dole et Suez créent les premières Semop de France », Communiqué de presse, 6 octobre 2015, disponible en ligne : http://www.lesepl.fr/result_actu.php?ID=8065#.WRRmDGWX-Rs

détient 34%, la Caisse des dépôts et consignations qui participe à hauteur de 15% et les 51% restants sont détenus par Cofely, filiale d'Engie⁸⁵¹.

A l'exception de la société d'économie mixte à opération unique, le principe demeure celui de la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte locale pour l'attribution de contrats publics.

300. En associant le secteur privé à la réalisation de ses missions de service public énergétique, la collectivité territoriale s'assure de conserver la gestion et le contrôle du service public tout en garantissant un service public de qualité. La défiance qui pouvait exister en cas de contrat de délégation à une société privée, et conduire dans certains cas à une remunicipalisation du service, est atténuée : les collectivités territoriales participant désormais à la réalisation de la prestation. La société d'économie mixte locale constitue le meilleur mode de gestion du service public énergétique local en réalisant la synthèse des intérêts publics et privés.

301. Les avantages du recours à la société d'économie mixte pour la gestion du service public énergétique ayant été présentés au cours de ce premier chapitre, il convient désormais d'étudier les modes de dévolution de ces missions de service public à ces sociétés. Si dans un premier temps, la réalisation des missions énergétiques locales était l'apanage de la délégation de service public, la recherche de performance de l'action publique a encouragé par la suite le recours aux marchés publics pour la réalisation et la gestion du service public énergétique.

⁸⁵¹ Fédération des entreprises publiques locales, « Une Semop pour faire d'Amiens une référence en EnR », interview, 17 janvier 2017, disponible en ligne : http://www.lesepl.fr/result_actu.php?ID=8947#.WalfEa3pORs

Chapitre 2. La gestion indirecte du service public énergétique

302. Ainsi que nous l'avons étudié, la gestion directe du service public énergétique n'est pas le mode de gestion le plus adapté, les contraintes techniques liées à la matière exigeant le recrutement de personnels spécialisés et les collectivités ne disposant pas toujours des moyens financiers adéquats.

303. L'externalisation de la réalisation des missions énergétiques s'exerce à travers le contrat, et non l'acte administratif unilatéral. Ce choix révèle une volonté d'instaurer des rapports de partenariat entre les opérateurs privés et l'administration⁸⁵². En effet, pour le Conseil d'Etat, le recours au contrat témoigne « *des importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000 : la modification des rapports entre l'Etat et le marché, la construction européenne qui a encadré l'exercice de leurs compétences par les Etats membres et totalement appréhendé la matière des contrats administratifs, l'ouverture à la concurrence mondiale et la pénétration croissante du droit anglo-saxon qui privilégie le contrat par rapport à l'acte unilatéral, la décentralisation qui a installé de nouvelles sources de légitimité concurrentes de celle de l'Etat, les évolutions de notre système juridique comportant notamment la reconnaissance, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle* »⁸⁵³. L'Etat cherche davantage le consensus, l'adhésion des acteurs privés à travers le contrat que l'autorité, caractérisant l'acte administratif unilatéral⁸⁵⁴.

304. La réalisation de la transition énergétique à travers le contrat public emprunte deux formes : un contrat dont l'objet est énergétique, comme la réalisation et l'exploitation d'un réseau de chaleur et un contrat dont le mode d'approvisionnement énergétique peut constituer

⁸⁵² Conseil d'Etat, Collectivités publiques et concurrence, rapport public, 2002, p. 318 cité par J. Caillosse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA* 2016, p. 761 : « *La réalité de la conduite de l'action publique montre le développement de formes non entièrement nouvelles, mais certainement plus fréquentes que par le passé, de partenariat entre personnes publiques, ainsi qu'entre personnes publiques et privées* ».

⁸⁵³ Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008.

⁸⁵⁴ *Ibid.*

un critère de sélection et non l'objet du contrat⁸⁵⁵. Dans le cadre de ces développements, nous avons choisi d'étudier le contrat public à objet énergétique. Ce contrat relève, le plus souvent, du marché public par lequel la collectivité territoriale confie la satisfaction de besoins identifiés à un opérateur économique ou de la concession lorsque la collectivité délègue la gestion et l'exploitation de ses missions de service public à un tiers.

305. Le service public énergétique est essentiellement réalisé à travers les contrats publics (section 1). Dans un contexte de baisse de l'investissement local et de raréfaction des fonds publics, les outils contractuels à la disposition des collectivités locales évoluent pour s'adapter aux besoins du service public. Le marché public peut désormais avoir pour objet la gestion d'une mission de service public ce qui permet aux collectivités territoriales de déléguer la gestion de leur service public énergétique tout en maîtrisant leur réalisation (section 2).

Section 1. La réalisation du service public énergétique à travers les contrats publics

306. En matière énergétique, la concession constitue le contrat public le plus fréquemment utilisé. Le Conseil d'Etat met en exergue le développement des grands services publics avec le recours à la concession qui « *connaît son apogée au XIX^{ème} siècle, époque où elle a été considérée comme le mode le plus approprié pour faire réaliser aux risques et périls d'entrepreneurs privés, sous certaines réserves classiques, les grandes infrastructures nationales (transport ferroviaire, réseaux de communications et énergie) mais aussi pour exploiter les services publics locaux de proximité (distribution de l'eau, de l'électricité ou du gaz, éclairage public)* »⁸⁵⁶.

307. La concession comme le marché contribuent à la réalisation du service public énergétique (§1). Sous l'influence du droit européen, ces contrats ont été amenés à évoluer afin de favoriser la concurrence en offrant aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de contrôler la bonne exécution contractuelle (§2).

⁸⁵⁵ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617. En 2013, les marchés publics comprenant des clauses environnementales représentaient 8,6% (d'après l'Observatoire économique de l'achat public).

⁸⁵⁶ Conseil d'Etat, *op.cit.* ; v. égal : J. Chevallier, *Le service public*, Que sais-je, PUF, p. 28-29.

§1. *Le marché et la concession, modalités du service public énergétique*

308. Le contrat public établit les règles et fixe les objectifs pour répondre aux besoins exprimés par la collectivité territoriale⁸⁵⁷. Le marché public, la concession de service et la concession d'aménagement constituent les principaux contrats publics réalisant ou contribuant à la réalisation du service public énergétique.

309. La concession d'aménagement, contrat de délégation de la compétence d'aménagement d'une collectivité locale à un aménageur privé ou public pour l'étude et la réalisation d'une opération d'aménagement⁸⁵⁸, permet la réalisation d'infrastructures énergétiques. L'aménagement désigne l'ensemble des actes des collectivités locales visant, dans le cadre de leur compétence, à conduire ou à autoriser la mise en œuvre d'un projet urbain ou d'une politique locale de l'habitat notamment⁸⁵⁹. Les infrastructures de production et les réseaux de distribution énergétiques participent à la réalisation de l'aménagement, sans constituer pour autant l'objet principal⁸⁶⁰. Notre étude porte sur les contrats publics pour la réalisation de la transition énergétique, à savoir le marché public et la concession qui ont été amenés à évoluer pour intégrer les exigences de performance imposées à l'action publique.

310. Le marché public « illustre l'une des fonctions principales et les plus anciennes du contrat : le contrat comme outil ou support de l'échange marchand »⁸⁶¹. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics le définit comme un « *contrat conclu à*

⁸⁵⁷ En fonction de l'appel d'offres de la collectivité locale, les opérateurs privés participent à l'élaboration de ce contrat. La procédure négociée et le dialogue compétitif permettent à l'opérateur économique de négocier le marché (ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 42).

⁸⁵⁸ Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, art.1^{er}.

⁸⁵⁹ C. urb., art. L. 300-1.

⁸⁶⁰ C. urb., art. L. 300-1 al.3 : « *Toute action ou opération d'aménagement faisant l'objet d'une évaluation environnementale doit faire l'objet d'une étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables de la zone, en particulier sur l'opportunité de la création ou du raccordement à un réseau de chaleur ou de froid ayant recours aux énergies renouvelables et de récupération* », l'établissement d'infrastructures énergétiques ne constitue pas obligatoirement un élément de la concession d'aménagement.

⁸⁶¹ CE, 11 décembre 1983, *Ville de Colombes*, n° 55972, *Rec* cité dans Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*

titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »⁸⁶².

311. Contrat historique de délégation de service en France, c'est uniquement en 2011 que la Commission européenne intègre la concession aux outils contractuels publics⁸⁶³ en la définissant comme la délégation par « *une autorité publique à un tiers, de la gestion totale (ou partielle) d'une activité économique qui relève normalement de sa responsabilité et pour laquelle ce tiers assume les risques d'exploitation* »⁸⁶⁴. La Commission européenne reconnaît son existence et encadre son exercice car « *l'absence de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur* »⁸⁶⁵. La Commission définit alors dans ses directives le régime commun de la gestion déléguée sous l'appellation de concession, la délégation de service public étant considérée comme une forme de concession⁸⁶⁶. La concession désigne le « *contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* »⁸⁶⁷. L'activité de service public et les risques inhérents à son exploitation sont transmis à un tiers pour une durée suffisamment longue qui lui permette d'amortir ses investissements⁸⁶⁸, la collectivité n'exerçant alors plus qu'un contrôle *a posteriori* plus ou

⁸⁶² Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 4.

⁸⁶³ Jusqu'alors seule la jurisprudence de la Cour de justice s'en préoccupait ; v. en ce sens : CJUE, 10 mars 2011, *Private Rettungsdienst*, C-274/09, *Rec.*, qui consacre pour la première fois la notion de risque opérationnel de l'exploitation pour définir la concession.

⁸⁶⁴ Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, JOUE C-121 du 29 avril 2000.

⁸⁶⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur l'attribution de contrats de concession (2011/0437).

⁸⁶⁶ P. Terneyre, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, n° spécial, juin 1996, p. 88 cité par O. Dubos, « Droit administratif et droit communautaire », *JCP A*, 5 décembre 2006 mis à jour le 1^{er} juillet 2015 : « *En employant volontairement ces termes, alors qu'il connaissait les subtilités de la conception française des concessions, le législateur communautaire n'a-t-il pas voulu signifier qu'une concessions c'est-à-dire « le » modèle de délégation de service public, pouvait être identifié à la condition nécessaire que le cocontractant soit chargé de l'exploitation de l'ouvrage* ».

⁸⁶⁷ CE, 30 mars 1916, *Cnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, *Rec.*, égal. ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, art. 5

⁸⁶⁸ V. en ce sens : Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op cit*

moins approfondi suivant les compétences techniques dont elle dispose⁸⁶⁹. La durée du contrat dépend du délai d'amortissement prévu des investissements réalisés ; les infrastructures énergétiques, par leur technicité, nécessitent un important volume d'investissement de départ qui repose sur un amortissement de longue durée⁸⁷⁰.

La catégorie « concession » regroupe plusieurs types de contrats dont les concessions de services et de travaux. Contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et une personne publique, l'objet de la concession de travaux publics peut être l'exécution ou l'exécution et la conception d'un ouvrage, en contrepartie du droit de l'exploiter, ou ce droit assorti d'un prix⁸⁷¹. La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 relative à l'attribution des contrats de concession définit la concession de service comme le contrat par lequel une personne publique confie la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux, en contrepartie du droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un prix⁸⁷².

312. La délégation de service public, le contrat d'affermage et la régie intéressée, contrats publics de droit français, relèvent de la catégorie européenne des concessions de service. La dévolution d'un service public constitue le point commun de ces contrats. Les services publics énergétiques sont principalement assumés à travers l'affermage et la délégation de service public⁸⁷³.

L'affermage a beaucoup été utilisé pour la distribution de l'eau⁸⁷⁴. A la différence de la délégation de service public, les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service ne sont pas

⁸⁶⁹ Dans le cadre d'une concession de service public énergétique, la collectivité territoriale concédante doit disposer des compétences techniques requises afin de contrôler efficacement l'activité du délégataire. Or toutes les collectivités ne disposent pas des ressources financières pour engager de manière continue un expert technicien (en fonction des différentes activités énergétiques).

⁸⁷⁰ 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, art. 40. Par ex., la durée initiale des conventions de concessions de distribution électrique allait de 20 à 30 ans (C. comptes, *Les concessions de distribution d'électricité*, p. 117).

⁸⁷¹ Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, art. 1^{er}.

⁸⁷² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art. 5.

⁸⁷³ La régie intéressée permet à la collectivité territoriale de déléguer le fonctionnement du service public tout en conservant le risque financier, ce qui ne présente aucun avantage.

⁸⁷⁴ En 1998, lorsque la gestion de l'eau est déléguée, les municipalités jusqu'à 20 000 habitants s'orientent de manière préférentielle vers l'affermage, alors que les grandes villes préfèrent d'autre forme de gestion déléguée, notamment la délégation de service public (Institut Français de l'environnement, *La gestion de l'eau potable en*

réalisés par le concessionnaire, appelé fermier, mais sont fournis par la collectivité. L'exploitation et parfois la modernisation et l'extension⁸⁷⁵ des ouvrages relèvent en revanche de l'œuvre du fermier. Le fermier est rémunéré par les usagers et verse une redevance à la collectivité pour l'amortissement des investissements opérés par ladite collectivité. L'affermage est d'une durée plus courte que la délégation de service public, car le fermier ne réalise pas d'investissements⁸⁷⁶.

La délégation de service public est le contrat le plus utilisé pour externaliser la gestion d'un service public. Le droit européen ne connaît que la concession, mais la définition de la délégation de service public est proche. Le délégataire comme le concessionnaire est chargé de la gestion effective du service public⁸⁷⁷. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service⁸⁷⁸ pour assumer la gestion du service public qui lui a été attribuée. La délégation de service public permet à la collectivité territoriale de déléguer une mission de service public énergétique dans son intégralité, le cocontractant assumant le risque d'exploitation⁸⁷⁹.

313. La distribution d'électricité est exploitée par le biais de la délégation de service public⁸⁸⁰ : les communes propriétaires des réseaux de distribution se sont vues obligées de déléguer, par la loi de nationalisation du 8 avril 1946⁸⁸¹, leurs compétences de distribution à un délégataire national unique, EdF⁸⁸². De même, les réseaux de chaleur et de froid urbains sont

France métropolitaine en 1998 – Enquête les collectivités locales et l'environnement, Etude et travaux, n° 40, 2003).

⁸⁷⁵ CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022, *Rec.*

⁸⁷⁶ Au regard des appels d'offres consultés, il semble que les contrats d'affermage soient conclus pour une dizaine d'années au maximum.

⁸⁷⁷ Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 6 et art. 58.

⁸⁷⁸ CGCT, art. L. 1411-1.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ L'architecture énergétique de la distribution est conforme aux traités européens (TFUE, art. 106§2).

⁸⁸¹ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁸⁸² A la suite de la séparation des activités énergétique, Enedis et Gaz Réseaux Distribution de France, filiales d'EdF et Engie, anciens établissements publics nationaux ont été créées. Les entreprises publiques locales de distribution sont résiduelles et assument près de 5% de la distribution énergétique d'électricité nationale.

souvent exploités par un contrat de délégation de service public : en 2014, un quart des réseaux de chaleur était exploité en affermage et 40% en délégation de service public⁸⁸³.

Le recours à la concession de service dans le secteur énergétique a permis aux collectivités locales de confier à un tiers la réalisation des infrastructures énergétiques et la gestion du service public y afférant. Cependant, l'évolution du contexte économique et social encourage désormais ces collectivités à participer à la réalisation de leurs services publics. En effet, une défiance s'est installée au sein des contrats publics, notamment dans le cadre des concessions de service, contrats de long terme. Certaines collectivités se sont aperçues de pratiques commerciales peu rigoureuses de la part de leur concessionnaire⁸⁸⁴ et ont choisi, soit de reprendre l'activité en régie soit, de s'impliquer davantage dans la gestion et d'exercer un contrôle plus approfondi des modalités de réalisation du service public délégué. L'affirmation de l'intercommunalité et des métropoles permet désormais aux établissements publics de coopération intercommunale de « monter en compétence » et de s'investir dans des sujets aussi techniques que la production ou la distribution énergétique locales.

314. Les récentes évolutions législatives⁸⁸⁵ ont pris en compte ce besoin d'implication grandissant des collectivités territoriales et ont étendu l'objet du marché public à la gestion de mission de service public. Ainsi, le marché de partenariat, qui est un marché public, permet de confier à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la réalisation et le financement d'infrastructures, d'une part, et « *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* », d'autre part⁸⁸⁶. A travers la création d'une société

⁸⁸³ Fédération des Services Energie Environnement (FEDENE) et Syndicat National du Chauffage Urbain (SNCU), « Enquête annuelle sur les réseaux de chaleur et de froid », 2014 : la maîtrise d'ouvrage des réseaux de froid est exercée à 71% en délégation de service public.

⁸⁸⁴ V. Chui, « Vers la remunicipalisation du service public d'eau potable en France », *Pyramides*, n° 25, 2013 ; v. aussi. *La Gazette des communes*, « Le SIPPEREC remporte une manche majeure contre son concessionnaire ERDF », 15 janvier 2014 : le refus des comptes rendus d'activité de concession de la distribution électrique par un certain nombre de délégataire a donné lieu à un contentieux relatif au non-respect des obligations contractuelles d'ERDF quant aux informations transmises aux délégataires pour l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle.

⁸⁸⁵ Nous évoquons ici les ordonnances de transpositions des directives marchés et concessions, l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions.

⁸⁸⁶ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, *ibid.*, art.67 III.

dédiée à la réalisation du projet, le marché de partenariat permet aux collectivités territoriales d'être associées de manière permanente à la réalisation, au financement et à la gestion du service public, objet du marché.

315. La concession de service et le marché public peuvent désormais, sous certaines conditions, avoir le même objet : la gestion d'un service public⁸⁸⁷. La confusion des objets interroge quant à la sécurité juridique en ouvrant la voie à une possible requalification des marchés publics en contrats de concession. Les modalités de rémunération deviennent alors le seul critère distinctif.

La rémunération, substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation, caractérise la délégation de service public⁸⁸⁸. Cette rémunération peut être composée d'une part fixe versée par la collectivité concédante, sans remettre en cause l'existence de la délégation de service public : le Conseil d'Etat juge que « *le fait qu'une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant conduit à regarder sa rémunération comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* »⁸⁸⁹. Dans le marché de partenariat, si le cocontractant est rémunéré par des paiements versés par la personne publique pendant toute la durée du contrat⁸⁹⁰, les risques sont cependant partagés entre la collectivité publique et le cocontractant⁸⁹¹. Le degré d'exposition du partenaire privé au risque d'exploitation détermine la requalification du marché en contrat de concession.

⁸⁸⁷ Il nous faut préciser que l'objet du marché de partenariat est double. L'article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *op.cit.* dispose qu'un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique, une mission globale ayant pour objet la construction d'ouvrages, d'équipements ou de biens nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de son financement. Cette mission globale 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.

⁸⁸⁸ CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459, inédit.

⁸⁸⁹ CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* : en effet, la rémunération du cocontractant dans le cadre, d'un marché public est constituée par un prix fixé au contrat, versé au cocontractant.

⁸⁹⁰ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *op.cit.*, art. 83 : « *La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur, à compter de l'achèvement des opérations de construction, transformation ou rénovation d'ouvrages nécessaires au service public, pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat* ».

⁸⁹¹ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, *op.cit.*, art.70 : « *Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire* »

316. Pour approfondir la concurrence et permettre aux acteurs publics de mieux contrôler la réalisation de leurs contrats publics, le législateur européen a introduit de nouvelles dispositions. Cependant, celles-ci ne peuvent s'appliquer aux contrats à objet énergétique.

§2. Concessions, marchés publics et contrôle des collectivités territoriales

317. Dans le cadre de la transition énergétique, l'efficacité de l'action publique se mesure à l'aune des résultats produits en termes de réduction des gaz à effet de serre, de l'amélioration de l'efficacité énergétique et du développement des énergies renouvelables dans le mix énergétique français. Ces axes sont issus du paquet énergie-climat voté par la Commission européenne en 2007 qui fixe des objectifs chiffrés par pays. Les Etats membres sont soumis à une obligation de résultat quant à ces objectifs de développement durable⁸⁹².

Cette obligation de résultat se traduit dans les rapports contractuels que les collectivités entretiennent avec leurs prestataires et partenaires⁸⁹³. Les collectivités territoriales souhaitent exercer un contrôle accru sur la réalisation des missions qu'elles ont externalisé, ce que leur permet la réforme des contrats publics de 2015 et 2016, issue de la transposition des directives européennes marchés et concession du 26 février 2014⁸⁹⁴. En instaurant une durée de principe du contrat de concession, la directive européenne du 26 février 2014 relative à l'attribution des contrats de concession encourage le contrôle des collectivités locales par une remise en concurrence quinquennale des concessions. Cependant, en matière énergétique, celle-ci est inopérante du fait du volume d'investissement initial du concessionnaire (A). Le contrôle de la bonne exécution contractuelle repose également sur la définition préalable des besoins énergétiques à

⁸⁹² Le paquet énergie climat fixe trois objectifs à réaliser pour 2020 (par rapport à 1990) : la réduction de 20% des émissions de gaz à effet de serre, une part de 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique et la réduction de 20% de la consommation énergétique.

⁸⁹³ L'emploi du terme de partenaire est valable dans le cadre des concessions de service où l'opérateur privé en charge de la réalisation d'une mission de service public, titulaire d'un contrat de long terme se trouve plus volontiers dans une relation de confiance, partenariale avec la collectivité concédante. En revanche, dans le cadre des marchés publics, les rapports entretenus jusqu'alors entre collectivités et opérateurs privés relevaient plus de la prestation de service pour répondre à un besoin spécifiquement identifié par la collectivité.

⁸⁹⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, directive 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 directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

satisfaisant. L'instauration d'objectifs mesurables au sein des contrats publics permet à la collectivité d'imposer un résultat à son cocontractant qui est rémunéré en fonction des objectifs atteints (B).

A. La durée des concessions énergétiques

318. La Commission européenne, lorsqu'elle définit le régime général de la concession, s'inspire fortement du modèle français de la délégation de service public, tout en établissant une durée de principe, absente du droit français⁸⁹⁵. La limitation de la durée vise à « éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement »⁸⁹⁶. Avant la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à l'attribution des contrats de concession, « les concessions de services étaient uniquement soumises aux principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »⁸⁹⁷.

319. La directive du 26 février 2014 relative aux concessions dispose que « la durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés »⁸⁹⁸. Sans fixer de durée de principe, les dispositions européennes estiment la durée moyenne d'une concession à cinq années. Pour celles « d'une durée supérieure, la durée maximale de la concession ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques »⁸⁹⁹. Eu égard à la nature du service public concédé, la durée du contrat varie. La courte durée du contrat de concession est réputée obliger le concessionnaire à maintenir une

⁸⁹⁵ Directive du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

⁸⁹⁶ Directive du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, pt. 52.

⁸⁹⁷ Fiche d'impact, projet de texte réglementaire de l'ord. relative aux contrats de concession, 17 novembre 2015.

⁸⁹⁸ Directive du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art.18.

⁸⁹⁹ Directive du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art.18 al. 2.

qualité de service pour amortir dans les délais les investissements réalisés. En effet, la rémunération du concessionnaire dépendant des usagers, ces derniers doivent y trouver une qualité de service justifiant la redevance. Par ailleurs, la durée quinquennale du contrat de concession permettrait à la collectivité d'exercer plus de rigueur dans ses relations avec le concessionnaire. En effet, plus la durée de la relation contractuelle est longue et plus le rapport de concédant à concessionnaire se dilue, la confiance prévalant dans le cadre des contrats de concession⁹⁰⁰.

320. Cependant, les concessions énergétiques dérogent à cette durée : ce sont des concessions de longue durée en raison du volume initial d'investissement⁹⁰¹. La durée de cinq ans n'est pas envisageable pour de tels objets contractuels. De manière plus générale, en droit français, établir une durée de principe dans les contrats de concessions n'améliorerait pas pour autant la concurrence, l'*intuitu personae* présidant dans l'attribution de ces contrats. Pour R. Chapus, « *la liberté de choix du concessionnaire est liée aux procédures de la concession. Quand la nature d'un contrat est douteuse, l'absence du libre choix exclut qu'il s'agisse d'un contrat de concession. Quand il s'agit certainement d'un tel contrat, on conclura qu'il doit y avoir libre choix. L'intuitu personae serait un véritable critère d'identification de la concession de service public* »⁹⁰². Confier à un tiers la réalisation d'une mission de service public exige un fort *intuitu personae*⁹⁰³, les collectivités locales ayant besoin d'avoir confiance en leur partenaire délégataire lorsqu'elles lui confient la réalisation de l'intérêt général. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé lors du choix du concessionnaire est toutefois aujourd'hui encadré par des obligations de mise en concurrence. Néanmoins, le choix de la pondération des

⁹⁰⁰ CE, 23 juillet 1909, *Combret* : « *Le principe de l'adjudication est incompatible avec la nature du traité de concession, le concessionnaire devant être choisi en considération de sa personne, de ses qualités et des garanties qu'il offre* » cité par H. Courivaud, « *La concession de service public à la française confrontée au droit européen* », *Revue internationale de droit économique* 2004/4, pp. 395-434.

⁹⁰¹ Nous parlons ici des concessions de distribution d'électricité, de gaz ou des concessions de réseaux de chaleur ou de froid urbains qui exigent d'importants volumes d'investissement au départ pour la construction des infrastructures et des coûts de fonctionnement relativement faibles (A. Rüdinger, « *Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique* », *Working papers*, n° 01/15, IDDRI, Paris, p. 11).

⁹⁰² R. Chapus, *Droit administratif général*, Précis Domat, 3^{ème} éd., 1987, Montchrestien, p. 463.

⁹⁰³ T. Alibert, « *L'intuitu personae dans la concession de service public : un principe en mutation ?* » *La Revue Administrative*, n° 258, 43^{ème} année, novembre-décembre 1990, pp. 507-512 : « *Le service public imprime son sceau à la concession. Et accorder par voie contractuelle à une personne privée la gestion d'un service public, c'est organiser ce dernier. Cette seule nécessité d'organiser le service public, compétence qui incombe à l'administration* ».

critères de sélection laisse une part belle à cet *intuitu personae*⁹⁰⁴. La volonté d'améliorer la concurrence par une limitation de la durée des concessions se heurte ainsi à la réalité des modalités d'attribution.

321. Par ailleurs, la réduction de la durée des contrats de concessions énergétiques ne renforce pas l'exercice du contrôle des personnes publiques sur l'accomplissement du service public. En effet, les concessions énergétiques étant conclues pour plusieurs dizaines d'années, le contrôle dépend de la personne publique concédante. L'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales prévoit 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. Pour ce faire, le code dispose que chaque distributeur concessionnaire tient à la disposition du concédant toutes les informations nécessaires. Le concessionnaire transmet ainsi annuellement un compte rendu recensant toutes les informations nécessaires au contrôle de la collectivité concédante.

322. Or, la réalisation de ce contrôle dépend de la capacité de la collectivité à analyser ce rapport. Pendant longtemps, le contrôle a été superficiel : « *le rapport de force déséquilibré et l'absence de comptabilité par concession expliquent dans une large mesure les limites du contrôle de gestion que peuvent exercer les autorités délégantes* »⁹⁰⁵. Plus encore, la compétence d'autorité concédante de la distribution d'électricité « *a pu se retrouver diluée parmi l'ensemble des compétences exercées par les communes, expliquant ainsi la faiblesse du contrôle exercée par l'autorité délégante sur son délégataire, maintes fois dénoncée par les chambres régionales des comptes* »⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.*

⁹⁰⁵ AMORCE, *Approvisionnement et distribution énergétiques : feuille de route pour 2020*, Rapport, octobre 2013, p.17 et suiv.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

La couverture intercommunale et le déploiement des métropoles, renforcent les moyens des collectivités locales pour contrôler leurs concessions⁹⁰⁷. Dans le cadre de la distribution d'électricité, les intercommunalités et les syndicats d'électricité ont fortement exprimé leur volonté de réappropriation des contrats de concession en entamant un « bras de fer » avec le distributeur national quant aux informations nécessaires à l'exercice de leur pouvoir de contrôle⁹⁰⁸. Nous étudierons spécifiquement le cas du contrôle de la concession de distribution d'électricité dans la seconde partie de cette étude consacrée au rôle des collectivités dans le système énergétique⁹⁰⁹.

323. La durée des contrats influence la nature du contrôle exercé par les collectivités concédantes qui entretiennent une relation de confiance avec leur concessionnaire. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une collectivité concédante voudrait résilier le contrat de concession qu'elle a attribué, elle se verrait obligée d'indemniser le concessionnaire et de reprendre les investissements réalisés. Au regard du montant des investissements énergétiques impliqués dans la transition énergétique, les conséquences d'une résiliation anticipée dissuadent la majorité des collectivités⁹¹⁰. La durée quinquennale d'une concession énergétique s'avère donc impossible.

324. Le contrôle des collectivités locales sur l'activité déléguée exige préalablement la définition précise des besoins énergétiques à satisfaire.

B. La définition des besoins publics énergétiques

325. La détermination des besoins est un préalable de l'action publique. L'efficacité des contrats publics pour la transition énergétique ne peut être mesurée que si des objectifs

⁹⁰⁷ Par ailleurs, un mauvais exercice des pouvoirs de contrôle et direction du marché par la collectivité publique peut constituer une faute ouvrant droit à indemnisation pour le cocontractant (CE, 6 janvier 2016, *Eiffage construction Alsace Franche-Comté et société Campenon Bernard Franche-Comté*, n° 383245, inédit)

⁹⁰⁸ CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.* ; v. égal CAA Paris, 25 mars 2013, *SIPPEREC*, n° 10PA04621, inédit.

⁹⁰⁹ *infra*. n° 367.

⁹¹⁰ Certaines collectivités ou établissements publics de coopération intercommunale comme les métropoles pourront probablement assumer cette indemnisation, mais la plupart des collectivités en sont dans l'incapacité. C'est notamment ce qui justifie au départ le recours à la concession de service.

ont été déterminés en amont (1). Suivant les objectifs définis, le contrat public peut déroger au principe de l'allotissement des marchés publics⁹¹¹ et prendre la forme d'un marché public global⁹¹²(2).

1) *L'évaluation des besoins publics énergétiques*

326. L'évaluation des besoins constitue la première étape nécessaire à toute action publique locale. L'ordonnance marché du 23 juillet 2015 dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* »⁹¹³. En matière énergétique, l'évaluation des besoins est essentielle afin de déterminer les objectifs énergétiques locaux avant de procéder à la délégation de leur réalisation⁹¹⁴. Les ressources, les besoins et les capacités économiques des collectivités locales doivent être évalués préalablement, avant de déterminer les modalités de leur exploitation. La collectivité locale détermine ses besoins à l'issue d'un diagnostic de ses ressources et capacités. Suivant les besoins locaux et l'estimation de leur montant, les procédures de passation contractuelle diffèrent⁹¹⁵.

327. Une détermination précise des besoins permet également d'éviter des procédures infructueuses, et une fois le contrat attribué, le recours à de nombreux avenants, source de contentieux⁹¹⁶. Par ailleurs, l'absence de détermination des besoins publics dans le cadre

⁹¹¹ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 32

⁹¹² Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 33 et suiv. La réalisation de prestations globales n'est valable que pour les marchés publics qui sont soumis en principe à l'allotissement pour protéger la concurrence. La concession relève d'un contrat global, le service public étant délégué ainsi que la conception et la réalisation des infrastructures (la concession de travaux peut également avoir pour objet la gestion des infrastructures, support du service public).

⁹¹³ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 31.

⁹¹⁴ La collectivité doit évaluer ses besoins qualitatifs comme quantitatifs pour déterminer la politique énergétique locale qu'elle développera. Dans le cas où elle ne procède pas à l'évaluation de ses besoins, elle peut faire appel, par le biais d'un marché public, à un assistant à maîtrise d'ouvrage.

⁹¹⁵ Les procédures de passation (règles de procédures et mise en concurrence) des marchés publics varient suivant l'objet et la valeur du contrat (décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 31 et suiv.).

⁹¹⁶ Syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales, *Guide pour la passation des marchés publics de fourniture d'électricité et de services associés*, mai 2015, en ligne : http://www.apasp.com/media/files/pdf/Guide_achat_Electricite/Guide_Electricite_2015.pdf

d'un marché public constitue une faute ouvrant droit à indemnisation au profit du cocontractant⁹¹⁷. Par ailleurs, la responsabilité administrative peut être engagée du fait de l'absence ou d'une mauvaise estimation des besoins.

328. Une fois les besoins définis, le choix du contrat par la collectivité résulte d'une évaluation entre les coûts et les avantages proposés par chaque régime contractuel⁹¹⁸. Les collectivités locales ayant recensé et établi leurs besoins au sein d'un contrat qu'elles ont souscrit⁹¹⁹, sont alors en mesure de contrôler sa réalisation.

2) La dérogation au principe de l'allotissement des marchés publics

329. Suivant les besoins définis par la collectivité territoriale, le choix du contrat public diffère entre la concession de travaux ou de service, le marché public répondant à un besoin spécifique et le marché public global.

330. L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que les marchés publics sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes⁹²⁰. Le principe de l'allotissement peut également ne pas être respecté dans le cas où les acheteurs ne sont pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination de ces différents marchés, ou si la dévolution en lots séparés restreint la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. L'allotissement est présumé favoriser la concurrence

⁹¹⁷ CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917, *Rec. T.* établit une possibilité de mise en œuvre de la responsabilité administrative si la personne publique a commis une faute, qui a entraîné des difficultés dans l'exécution d'un marché à forfait. La jurisprudence administrative confirme l'arrêt et définit plus précisément les contours de la faute de la personne publique comme une faute commise dans l'exercice des pouvoirs de contrôle et de direction du marché de la collectivité, dans l'estimation de ses besoins, ou dans la conception même du marché (CE, 12 novembre 2015, *Société Tonin/Commune de Saint-Saturnin-les Apt*, n° 384716, *Rec. T.* et CE, 6 janvier 2016, *Eiffage construction Alsace Franche-Comté et société Campenon Bernard Franche-Comté*, n° 383245, *Rec.*).

⁹¹⁸ Par ex., dans le cas du marché de partenariat, un bilan coût - avantage est obligatoire (ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art.75).

⁹¹⁹ La contractualisation de la réalisation de ces objectifs locaux n'est, en réalité, que la suite naturelle des différents documents et schémas de planification énergétique établis à l'échelle intercommunale et régionale. Les objectifs définis dans ces contrats reprennent les objectifs plus généraux définis dans ces documents de planification pour les réaliser ou les faire réaliser à travers le contrat public.

⁹²⁰ Le principe de l'allotissement ne peut être appliqué aux contrats de concession, la concession de service étant déjà un contrat global comprenant la réalisation et l'exploitation d'un service public.

et l'efficacité de la réalisation des besoins publics. Toutefois, la loi prévoit limitativement des cas de dérogation pour préserver la concurrence et l'efficacité de l'action publique. Cette dérogation à l'allotissement est expressément prévue pour le secteur énergétique par les dispositions européennes.

331. La Commission européenne considère le secteur énergétique comme devant faire l'objet d'une réglementation contractuelle particulière avec la directive marchés spéciaux⁹²¹. En effet, cette directive s'applique aux entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Les marchés publics conclus par une ou plusieurs entités adjudicatrices auprès d'opérateurs économiques pour la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux dans le domaine de la production, transport ou distribution de gaz, chaleur, électricité et eau, relèvent de ces dispositions. L'article 6 de la directive dispose que « *dans le cas de marchés destinés à couvrir plusieurs activités, les entités adjudicatrices peuvent décider de passer des marchés distincts pour chacune des différentes activités ou de passer un marché unique* »⁹²². Le droit applicable est alors celui de l'activité principale. Contrairement au droit français qui prévoit des cas limités de dérogation à l'allotissement, la directive 2014/25/UE relative aux marchés spéciaux laisse le choix aux entités adjudicatrices⁹²³ de procéder à un marché public simple ou global.

332. En dehors des cas généraux énoncés à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le droit français prévoit deux cas de dérogation à l'allotissement eu égard aux objectifs énergétiques du marché.

Le premier cas d'ouverture concerne les marchés publics de travaux. La réalisation d'ouvrages par les collectivités territoriales est soumise aux dispositions de la loi du 12 juillet

⁹²¹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁹²² Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, art. 6.

⁹²³ Pour rappel, l'entité adjudicatrice se définit comme un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique exerçant une activité d'opérateur de réseaux. L'activité d'opérateur de réseaux correspond à la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz, d'électricité, de chaleur ou d'eau potable. Dans le cadre de la transition énergétique, les collectivités territoriales sont entités adjudicatrices lorsqu'elles ont une activité énergétique à proprement parler (production, distribution, fourniture). En revanche, lorsqu'elles œuvrent pour la maîtrise de la demande, elles ont le statut de pouvoirs adjudicateurs.

1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. En effet, cette loi s'applique « à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation »⁹²⁴. Séparant la mission de maîtrise d'œuvre de celle de la réalisation l'ouvrage⁹²⁵, la loi prévoit une exception dans le cas où « des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ». Le marché public n'est pas encore global, il associe dans un cas particulier la conception de l'ouvrage à sa réalisation.

La loi de programmation du 3 août 2009 relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement pose les fondations des marchés publics globaux pour l'efficacité énergétique. Son article 5 prévoit ainsi que le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie 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 l'amélioration de l'efficacité énergétique est contractuellement garantie⁹²⁶. La dérogation au principe de l'allotissement est alors fondée sur l'objectif poursuivi et non plus sur les conditions de l'acheteur public⁹²⁷. Le droit de la commande publique prend en compte l'engagement contractuel de l'opérateur économique sur la réalisation d'objectifs de performance énergétique pour justifier la dérogation au principe d'allotissement⁹²⁸.

333. L'ordonnance du 23 juillet 2015 qui abroge le code des marchés publics reprend ces dispositions à l'article 34 en prévoyant la possibilité de recourir à des marchés publics

⁹²⁴ Loi n° 85-704 du 19 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, art. 1^{er}.

⁹²⁵ Loi n° 85-704 du 19 juillet 1985, art. 7.

⁹²⁶ Le principe établi par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique en son article 7 consiste en la séparation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur. Cependant, la loi prévoit une exception à l'art. 18 autorisant, dans des cas limitativement énumérés (motifs d'ordre technique ou engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique), le maître d'ouvrage à confier la mission de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur à un même opérateur.

⁹²⁷ L'acheteur public ne répond pas aux conditions dérogatoires générales fixées par l'art. 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, mais répond aux critères des marchés globaux de performance à savoir des conditions techniques particulières ou un engagement sur des critères de performance mesurables.

⁹²⁸ Le dispositif des marchés globaux n'est pas limité à la seule performance énergétique (Direction des affaires juridiques, *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 2015).

associant plusieurs prestations (l'exploitation ou la maintenance associée à la réalisation ou à la conception et réalisation) pour des motifs d'ordre technique ou pour la réalisation d'objectifs chiffrés de performance d'efficacité énergétique. Cette ordonnance prévoit également une dérogation au principe de l'allotissement dans le cadre de marché public de travaux à l'article 34 pour des motifs techniques ou en raison d'un engagement contractuel portant notamment sur l'amélioration de l'efficacité énergétique⁹²⁹.

Ces marchés publics permettent aux collectivités territoriales de confier à un opérateur économique la réalisation de plusieurs prestations afin de remplir des objectifs de performance énergétique définis et mesurables.

334. La possibilité introduite par la loi de recourir à un marché public pour confier la conception, la réalisation et l'exploitation d'une mission publique interroge sur la possibilité de confier la gestion d'un service public énergétique à travers le marché public, réservée jusqu'alors à la concession.

Section 2. Le marché public, contrat de gestion déléguée du service public énergétique

335. La concession de service qui a permis la création et le déploiement d'infrastructures énergétiques sur le territoire⁹³⁰ est aujourd'hui concurrencée par le marché public global. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics classe les marchés publics globaux en plusieurs catégories : les marchés publics de conception-réalisation⁹³¹, les marchés publics globaux de performance⁹³², les marchés publics globaux sectoriels⁹³³ et les marchés de partenariat⁹³⁴.

⁹²⁹ L'art. 33 de l'ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics vise spécifiquement les marchés publics de travaux, l'article 34 a une conception beaucoup plus large et s'applique à tous les marchés publics comportant des engagements de performance mesurables.

⁹³⁰ Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, 30 novembre 2007.

⁹³¹ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 33.

⁹³² Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 34.

⁹³³ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 35.

⁹³⁴ L'ord. du 23 juillet 2015 refonde le contrat de partenariat créée par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Le marché public de conception-réalisation désigne un marché de travaux qui confie à un opérateur économique une mission portant, à la fois, sur l'établissement d'études et sur l'exécution des travaux. Le marché public global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception et la réalisation de prestations ; le marché public global sectoriel s'appliquant à des personnes publiques particulières telles que la gendarmerie nationale ou les sapeurs-pompiers. Le marché de conception-réalisation comme le marché public global de performance ont été établis pour répondre à des objectifs chiffrés de performance et notamment d'efficacité énergétique⁹³⁵.

Le marché de partenariat, également marché public global, confie à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la construction d'ouvrages nécessaires au service public et tout ou partie de leur financement⁹³⁶. Cette mission globale pouvant inclure la gestion d'une mission de service public.

336. Au regard des dispositions législatives, l'objet du marché de partenariat et du marché public global de performance intègrent l'exploitation et la maintenance d'ouvrages énergétiques concourant à la réalisation du service public. Dans certains cas, ces ouvrages sont le support du service public énergétique. La gestion d'une mission de service public est alors l'objet de ces marchés publics globaux, qui constituent une alternative au contrat de concession (§1). Une confusion des objets contractuels naît ainsi entre la concession de service et le marché public global en laissant pour seul critère distinctif le mode de rémunération. L'exposition au risque d'exploitation constitue désormais le seul critère distinctif entre le marché public global et la concession (§2).

⁹³⁵ Conf. à l'art. 18 de la 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, le maître d'ouvrage peut confier une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Dans le cadre des développements successifs, nous nous concentrerons particulièrement sur les marchés publics globaux de performance, le marché de conception réalisation se concentrant sur les études et l'exécution des travaux, sans intégrer l'exploitation de l'ouvrage.

⁹³⁶ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 66 et suiv.

§1. La gestion du service public énergétique par le marché public global

337. Dès le XVI^{ème} siècle, le recours à la concession vise à « développer des infrastructures (canaux) et certains modes d'aménagement des villes (lotissements) et pour mettre en valeur le domaine public foncier »⁹³⁷. Les réseaux énergétiques ont été construits par voie de concession de service⁹³⁸, le recours au marché public s'effectuant « lorsque l'objet du contrat est parfaitement maîtrisé, connu et arrêté, qu'il s'agisse d'un service ou de la construction d'un ouvrage »⁹³⁹. Le recours au marché public ou à la concession dépendait alors de l'objet du contrat. La fin du XX^{ème} siècle voit se développer le besoin des personnes publiques de faire réaliser des infrastructures, sans les financer directement⁹⁴⁰. Jusqu'alors l'alternative était organisée entre la concession qui permettait à l'opérateur économique d'être rémunéré par les usagers en exploitant à ses risques et périls l'activité de service public et, le marché public dans lequel la personne publique finançait directement les infrastructures. L'avènement des marchés publics globaux associant à la conception, la réalisation et l'exploitation des ouvrages construits permet désormais à la collectivité publique de rémunérer le titulaire du marché tout au long de l'exécution du contrat, en contrepartie de l'exploitation de l'ouvrage et de l'atteinte des objectifs de performance définis. La personne publique finance la réalisation de ces travaux sur le long terme, en fonction des résultats produits par le cocontractant. Ainsi, dans le cadre de la transition énergétique, le recours au marché public global permet à la collectivité territoriale de conserver un contrôle *a priori* sur l'exécution des missions de service public qu'elle a déléguée. En effet, la rémunération de son cocontractant s'effectue par un paiement de la collectivité, justifié par la réalisation des objectifs énergétiques contractuellement établis.

338. Ces marchés publics globaux redéfinissent les catégories contractuelles en permettant aux collectivités territoriales de déléguer la réalisation et l'exploitation d'ouvrages énergétiques à des opérateurs économiques (A). Plus encore, en confiant l'exploitation d'un

⁹³⁷ H. Courivaud, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 2004/4, p.395-434 ; égal. X. Bezançon, « Une approche historique du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*, Hors-série 1995, Partenariat public-privé et développement territorial, p. 27-50.

⁹³⁸ Conseil d'Etat, *op.cit.*

⁹³⁹ X. Bezançon, *op.cit.*, p. 34.

⁹⁴⁰ H. Courivaud, *op.cit.*, p. 413.

ouvrage énergétique, la collectivité territoriale peut attribuer la gestion d'une mission de service public, apanage de la concession, par la voie du marché public (B).

A. La réalisation et l'exploitation d'ouvrages énergétiques : le recours au marché public global

339. Les marchés de partenariat et marchés publics globaux de performance permettent aux collectivités locales de déléguer la réalisation et l'exploitation d'ouvrages énergétiques sans recourir à la concession de travaux publics. Ces marchés publics présentent des qualités différentes : le marché public de partenariat présente l'avantage pour la collectivité territoriale de ne pas financer la réalisation des ouvrages. L'opérateur économique est rémunéré dès la fin des travaux par le versement d'un loyer payé par la collectivité territoriale⁹⁴¹ en fonction des objectifs de performance définis⁹⁴². Le marché public global, quant à lui, permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer du résultat produit par son cocontractant, engagé sur des objectifs de performance mesurables notamment en matière d'efficacité énergétique. A travers ces contrats, la collectivité territoriale s'assure de la réalisation d'objectifs énergétiques.

340. Le marché de partenariat est un marché public global permettant à la collectivité territoriale de s'assurer de la cohérence et de l'efficacité de la gestion du projet et de l'optimisation des coûts. En effet, l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que la procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, 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.

⁹⁴¹ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 83 : l'opérateur économique diminue ainsi ses risques en s'assurant d'être payé par la personne publique, à la différence du contrat de concession où sa rémunération dépend des usagers du service public exploité. Cependant, le risque est minoré lorsque la collectivité est en mesure d'assumer son engagement contractuel (C. comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, Rapport public annuel, février 2015, p. 171 et suiv.).

⁹⁴² Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 83.

Les collectivités territoriales recourent massivement à des contrats de partenariats : en août 2014, la mission d'appui aux partenariats publics privés recensait plus de 540 projets de contrats de partenariat depuis 2004, date de la publication de l'ordonnance⁹⁴³, dont près de 75% sont des contrats locaux⁹⁴⁴. Ces marchés de partenariat locaux sont utilisés pour l'équipement urbain à hauteur de 41%, le bâtiment représentait 22% de ces contrats et le secteur énergétique et le traitement des déchets 7%⁹⁴⁵. En 2017, les contrats de partenariat à objet énergétique représentent 13%⁹⁴⁶. Le recours au contrat de partenariat se prête particulièrement à la matière énergétique du fait de la complexité technique de ces projets. Ce contrat permet à la collectivité de faire réaliser des travaux d'efficacité énergétique ou des infrastructures de production énergétique renouvelable par un cocontractant privé qui en assure également le financement, ce qui évite à la collectivité de recourir à l'endettement pour financer son projet⁹⁴⁷. En effet, la différence entre le marché de partenariat et la concession de travaux⁹⁴⁸ repose sur le paiement de l'opérateur économique par la personne publique, le marché de partenariat transférant un risque limité à l'opérateur économique⁹⁴⁹. La collectivité locale rémunère l'opérateur privé par le versement de loyers contractuellement définis, une fois l'ouvrage réalisé. Le recours au marché de partenariat permet aux collectivités de se libérer de leurs contraintes budgétaires par un paiement échelonné de la prestation réalisée, tout en contrôlant l'exécution de la mission de service public confiée⁹⁵⁰. Cependant, les risques financiers pour la collectivité sont réels et continus,

⁹⁴³ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

⁹⁴⁴ C. comptes, *op.cit.*, p. 153 et suiv.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ Ces statistiques sont issues de la mission d'appui aux partenariats public-privé qui liste les projets de contrats de partenariats publiés au BOAMP (Bulletin officiel des annonces des marchés publics) depuis 2004.

⁹⁴⁷ S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI* 2015, p.8 : « *Le financement bancaire est, de loin, le principal mode de financement des infrastructures réalisées en PPP en France. Il s'agit toutefois, pour les banques, d'une activité de prêteur de long terme, qui leur impose, compte tenu des montants de liquidités et des très longues durées en cause, une politique de gestion spécifique* ».

⁹⁴⁸ Le marché de partenariat comme le contrat global de performance repose sur la construction d'un ouvrage. Ainsi la concession de travaux est ce qui s'en rapproche le plus, l'art. 6 de l'ord. du 29 janvier relative aux contrats de concession disposant que « *les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux* ».

⁹⁴⁹ En cas de transfert du risque d'exploitation, le contrat peut être requalifié en délégation de service public (CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.*).

⁹⁵⁰ Les collectivités territoriales peuvent prendre part de manière minoritaire à la société de projet, maître d'œuvre, dédiée à la réalisation du marché de partenariat (ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 80).

les marchés de partenariat étant des contrats de long terme⁹⁵¹. La collectivité locale doit par conséquent s'assurer de disposer de ressources financières suffisantes pour payer les loyers pendant toute la durée du marché⁹⁵². Etant donné le volume d'investissement nécessaire à la réalisation de la transition énergétique, le recours au marché de partenariat par les collectivités territoriales doit être l'œuvre d'une réflexion de long terme.

341. Le marché public global de performance, comme le marché de partenariat, est un marché public global associant, pour atteindre des objectifs de performance définis contractuellement, la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'ouvrages⁹⁵³. Le recours aux contrats publics globaux permet aux collectivités de s'assurer que le cocontractant atteigne les objectifs de performance, notamment énergétiques, fixés au contrat, tout en s'assurant de la cohérence du projet par le non allotissement de missions qui n'ont de sens qu'ensemble. La collectivité territoriale n'a pas à justifier de la dérogation au principe de l'allotissement, dès que les conditions du contrat de performance sont remplies⁹⁵⁴. A la différence du contrat de partenariat, le titulaire du marché public global de performance n'a pas la charge d'assurer le financement de l'objet du contrat⁹⁵⁵. Ainsi, la durée du marché n'est pas liée à l'amortissement des investissements réalisés mais à l'atteinte des objectifs de performance chiffrés établis au contrat⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ L'échantillonnage de l'étude de la Cour des comptes établi la moyenne du contrat de partenariat à 32 ans (C. comptes, *op.cit.*, p. 174 et suiv.) ; égal. S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaider pour une consolidation », *op.cit.*, p. 8.

⁹⁵² S. Braconnier le rappelle dans son article « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaider pour une consolidation » : le financement des partenariats publics-privés (précédant le marché de partenariat) est principalement assuré par la technique du financement de projet où « la garantie principale des prêteurs résulte de la cession à ceux-ci par la société de projet, des créances détenues sur la personne publique ». La transposition des directives européennes offre au législateur l'opportunité de réformer les dispositions des marchés de partenariat pour rationaliser leur emploi : un seuil est établi en dessous duquel le recours à ce type de marché est proscrit en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières et de l'intensité du risque encouru (ord. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 75).

⁹⁵³ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 34

⁹⁵⁴ V. en ce sens : Question écrite n° 50729 de F. Descamps-Crosnier, JO du 25 février 2014, p. 1743 et réponse écrite du ministère de la Réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, JO du 12 août 2014, p. 6905.

⁹⁵⁵ Le recours au marché public global de performance s'adresse principalement à des projets locaux de moindre ampleur que ceux des marchés de partenariat, où le paiement de l'opérateur est échelonné sur plusieurs dizaines d'années.

⁹⁵⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 92.

342. La rémunération de l'opérateur pour ses prestations d'exploitation ou de maintenance est liée à la réalisation des objectifs de performances édictés par la collectivité locale et s'effectue à l'achèvement des prestations. Les prestations de conception et de réalisation donnent lieu à paiement une fois réalisées, en application du droit commun des marchés publics⁹⁵⁷. L'introduction de critères de performance mesurables permet aux collectivités publiques de s'assurer de contrôler la bonne exécution du marché public, le paiement de l'opérateur dépendant de la réalisation des objectifs concernant l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments tel que proposé par la loi Grenelle I⁹⁵⁸, l'éclairage urbain, ou encore la garantie d'un niveau de production renouvelable pour certaines infrastructures de production énergétique comme un réseau de chaleur ou de froid urbains⁹⁵⁹. L'opérateur privé exploite ainsi l'ouvrage qu'il a réalisé jusqu'à atteindre les objectifs de performance mesurable qui lui ont été assignés.

343. Ces marchés publics globaux permettent à une collectivité de faire réaliser un ouvrage par un tiers et de lui déléguer son exploitation sans passer par les modalités de la concession de travaux. Or, dans certains cas, les ouvrages réalisés sont le support d'un service public. Le marché public global constitue alors le support d'une délégation de mission de service public. L'objet du marché public se confond avec celui de la concession de service. La réalisation et la gestion de missions de service public ne sont plus l'apanage de la concession de service ce qui interroge quant aux critères distinctifs de ces contrats.

⁹⁵⁷ V. en ce sens : Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement de la commande publique, art. 2.

⁹⁵⁸ V. loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 5.

⁹⁵⁹ Pour l'association AMORCE, dans le cadre d'un marché public global de performance pour une chaufferie bois sur réseau de chaleur, les objectifs de performance peuvent notamment porter sur les niveaux d'émissions atmosphériques, un rendement moyen annuel de distribution du réseau de chaleur, un taux mensuel et annuel de plaquettes forestières, ou un taux d'interruption local du service. En ligne, disponible sur <http://bo-rc.amorce.asso.fr/en-regie/le-contrat-de-conception/#la-definition-des-objectifs-de-performances> consulté le 16 mai 2017.

B. La gestion du service public énergétique, objet du marché public global

344. La gestion et l'exploitation d'un service public demeuraient l'apanage des contrats de concessions, cependant « *au regard des nouvelles directives⁹⁶⁰, les concessions ne se distinguent des marchés de travaux et de services que par le mode de rémunération du concessionnaire, puisqu'elles sont passées par les mêmes personnes et ont le même objet que les marchés publics* », remarque S. Braconnier⁹⁶¹. Le marché de partenariat confie à un opérateur économique la réalisation d'un ouvrage et tout ou partie de son financement. En complément de cet objet, la gestion d'une mission de service public ou l'exécution de prestations de service concourant à l'exercice par la personne publique de sa mission de service public peuvent y être associée⁹⁶². Le marché public global de performance est, quant à lui, principalement un marché de réalisation ou de conception et réalisation de prestations auquel l'exploitation ou la maintenance ont été adjoints pour répondre aux objectifs chiffrés de performance établis par l'acheteur public⁹⁶³. L'exploitation ou la maintenance de ces ouvrages peut correspondre à une mission de service public.

345. La gestion d'une mission de service public peut être liée à la réalisation de travaux publics⁹⁶⁴, objet principal du marché global. Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics établit la possibilité d'attribuer la gestion d'une mission de service public par le marché de partenariat, tel n'est pas le cas des marchés publics globaux de performance.

⁹⁶⁰ L'auteur fait référence aux directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, 2014/25/UE relative à la passation de marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

⁹⁶¹ S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI* 2015, p. 8.

⁹⁶² Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 67 : « *Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction d'ouvrages nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général, et tout ou partie de leur financement. Cette mission globale peut également avoir pour objet la conception des ouvrages, l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrage, une combinaison de ces éléments ou la gestion d'une mission de service public* ».

⁹⁶³ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 34

⁹⁶⁴ Lorsque des travaux sont l'objet d'un contrat de performance, ils peuvent être le support d'une mission de service public, comme dans le cadre d'une concession de travaux impliquant soit la réalisation, soit la conception et la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante. Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux (ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 6).

La gestion d'une mission de service public dans le cadre d'un marché public global de performance dépend de la construction d'un ouvrage et de sa qualification. L'activité de maintenance ou d'exploitation ne correspond pas, de fait, à la gestion d'une mission de service public.

L'exploitation d'un service public est possible pour les marchés publics globaux de performance à la condition que l'ouvrage soit le support d'une mission d'intérêt général, autrement dit, soit un ouvrage public⁹⁶⁵. Dans le cadre de la transition énergétique, l'objet du marché public global de performance se confond avec celui d'une concession de service public énergétique si l'ouvrage réalisé est le support d'une mission de service public énergétique. Il convient alors, dans un premier temps, de qualifier l'ouvrage avant d'étudier, dans un second temps, s'il est le support de la réalisation d'une mission de service public énergétique.

346. L'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession définit l'ouvrage comme « *le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique* »⁹⁶⁶. Dans le cadre de la transition énergétique, les marchés publics, qu'ils soient de performance ou de partenariat, ont pour objet la réalisation de travaux publics, c'est-à-dire de travaux immobiliers⁹⁶⁷ réalisés dans un but d'intérêt général⁹⁶⁸ pour le compte d'une personne publique.

347. La qualité de travaux publics n'emporte pas *de facto* la qualification d'ouvrage public. En l'absence de définition légale ou jurisprudentielle, l'ouvrage public pourrait être défini comme la réalisation de travaux supportant l'exécution d'une mission de service public. En effet, la qualification d'ouvrage public sous-entend une affectation au service public. Le Conseil d'Etat, dans l'avis contentieux *Béligaud* rendu par l'Assemblée du contentieux le 29 avril 2010, établit trois critères cumulatifs pour le qualifier⁹⁶⁹ : l'ouvrage public doit avoir

⁹⁶⁵ V. en ce sens : F. Melleray, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », note sous T. confl., 12 avril 2010, *Electricité réseau distribution de France c/ Michel*, n° 3718, Bull. 2010 T. confl. n° 9 et CE, Ass, avis cont., 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, n° 323179, *Rec.*

⁹⁶⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services citée dans P. Proot, fasc. 672, « Concession de travaux publics », *JCP A*, 2012.

⁹⁶⁷ CE, 14 décembre 1984, *Association Les amis du puits aux images*, n° 41065 / 46924, *Rec.* T. cité par Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 13^{ème} éd., L.G.D.J., p. 453

⁹⁶⁸ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n° 45681, *Rec.*

⁹⁶⁹ CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, *Beligaud*, n° 323179, *Rec.*

un caractère immobilier⁹⁷⁰, être le résultat d'un aménagement⁹⁷¹ et être affecté au service public. La qualification d'ouvrage public doit alors faire l'objet d'une application en matière énergétique afin de déterminer si, dans le cadre de la transition énergétique, les marchés publics globaux (c'est-à-dire marché public global de performance et marché de partenariat) peuvent avoir un objet identique à celui de la concession de service ou concession de travaux.

Dans un premier temps, l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception et la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Les prestations, objet du marché global de performance, doivent faire l'objet d'une appréciation casuistique afin d'en déterminer le caractère immobilier.

Ensuite, le critère de l'aménagement, pour être rempli, doit être confronté à l'objectif des collectivités locales lorsqu'elles concluent des marchés publics globaux de performance. En effet, l'aménagement, défini à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, « désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations définies et d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations ». Les opérations d'aménagement ont pour objet notamment la mise en œuvre d'un projet urbain ou d'une politique locale de l'habitat⁹⁷². Dans le cadre de la transition énergétique, les travaux entrepris par les collectivités territoriales par le recours à ces marchés publics visent principalement à développer des infrastructures de production énergétique renouvelable ou à réaliser des travaux de rénovation du bâti pour en améliorer l'efficacité énergétique. Ces objectifs correspondent à ceux d'une opération d'aménagement.

Enfin, le critère de l'affectation au service public, dans le cadre du service public énergétique, est aisément rempli. Comme évoqué précédemment, la participation à la sécurité de l'approvisionnement énergétique fonde le service public énergétique⁹⁷³.

⁹⁷⁰ C. civ, art. 517 et suiv.

⁹⁷¹ C. urb., art. L. 300-1.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ *supra* n° 217 ; égal. T. confl., 11 octobre 1993, *Société centrale sidérurgique de Richemont*, n° 02872, *Rec.*

348. Ces critères remplis, l'ouvrage construit relève du régime des ouvrages publics. Toutefois, cette qualification n'implique pas automatiquement pour le titulaire du marché public, la gestion d'une mission de service public. Afin de déterminer si le marché public global de performance et le marché de partenariat sont assimilables aux contrats de concession du fait de leur objet, la gestion d'un service public doit être définie.

L'exploitation d'un service public est caractérisée par le mode de rémunération du cocontractant. En effet, la directive concession du 26 janvier 2014 dispose que le droit d'exploiter implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique⁹⁷⁴. Ce texte redéfinit la notion de risque. Auparavant, le critère du risque d'exploitation était établi lorsque la rémunération du cocontractant était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Désormais, le risque d'exploitation se caractérise par l'exposition aux aléas du marché⁹⁷⁵, l'article 5 de la directive disposant que « *l'attribution d'une concession implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* ». Le cocontractant doit être exposé à un aléa du marché⁹⁷⁶, le mode de rémunération ne détermine plus l'existence d'un risque d'exploitation et donc celle d'une concession. Toutefois si le transfert du risque doit être réel⁹⁷⁷, sa limitation n'exclut pas la qualification de concession, « *le concédant peut garder à sa charge une part importante du risque pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation* »⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cons. 18 cité par S. Braconnier, *op.cit.*

⁹⁷⁵ Directive du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cons. 20.

⁹⁷⁶ T. Pez, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA* 2016, p. 237 : « *La référence aux aléas du marché pour définir le risque d'exploitation caractéristique de la concession est la reprise d'une formule du Conseil d'Etat dans sa décision du 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux : le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager* ».

⁹⁷⁷ Directive du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cons. 18.

⁹⁷⁸ T. Pez, *op.cit.*

349. Ainsi, les marchés de partenariat et les marchés globaux de performance permettent d'attribuer à un opérateur économique la gestion d'un service public énergétique à travers la réalisation d'un ouvrage public, si une exposition aux risques du marché est avérée. Le financement de ces marchés publics globaux devient alors un critère distinctif.

§2. Le financement des marchés publics globaux, critère distinctif des contrats de concession

350. Lorsque le marché public global (marché de partenariat et marché public global de performance) a pour objet complémentaire la gestion d'un service, la rémunération du cocontractant dépend du risque transféré⁹⁷⁹, conformément à la définition de l'exploitation d'un service. L'introduction par la directive concession du 26 février 2014 de l'exposition aux aléas du marché modifie les critères d'appréciation du transfert de risque d'exploitation. Désormais le risque d'exploitation de nature économique s'apprécie, selon S. Braconnier, à travers une « démarche qualitative centrée sur les aléas du marché. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit, pour que le contrat soit qualifié de concession, être exposé à un risque d'exploitation de nature économique, même minime directement lié au marché, c'est-à-dire à la demande, à l'offre ou aux deux »⁹⁸⁰. A l'appréciation quantitative de la « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »⁹⁸¹ se substitue une appréciation qualitative du transfert de risques.

351. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession transposant la directive concession du 26 février 2014 définit le risque réel d'exposition aux aléas

⁹⁷⁹ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, *Rec. CJCE* 2005 : « la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de service public ».

⁹⁸⁰ S. Braconnier, *op.cit.* ; égal. directive 2014/23/UE *op.cit.*, cons. 20.

⁹⁸¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi MURCEF), art. 3 qui dispose qu'une « délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service » ; égal. CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, n° 168325, *Rec.*; v. aussi CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.*

du marché « *de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* »⁹⁸².

352. Dans le cadre de la transition énergétique, la rémunération des opérateurs économiques titulaires de marchés publics globaux doit être étudiée afin de déterminer les risques de requalification.

Le marché public global de performance est un marché classique où la rémunération du cocontractant s'effectue par un paiement public non différé. Une partie de la rémunération peut intervenir à la réalisation des objectifs de performance fixés, sans constituer pour autant un paiement différé⁹⁸³. La réalisation des objectifs de performance donne lieu au paiement du prix contractuellement fixé. Cependant, dans le cas où ce marché public global intègre l'exploitation ou la maintenance de l'ouvrage public construit, l'opérateur économique assume des dépenses d'exploitation. Or, la rémunération du cocontractant dans ce marché est un prix dont le montant est contractuellement défini à la signature du marché. En fonction de l'infrastructure réalisée et de sa maintenance, les dépenses d'exploitation peuvent être supérieures au prix payé par la collectivité locale. Le Conseil d'Etat, dans une décision du 19 novembre 2010, *Marc Dingreville et Estelle Dingreville*, juge que le cocontractant doit être considéré comme supportant un risque d'exploitation dès lors que la rémunération globale est « *susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation* »⁹⁸⁴. L'hypothèse d'un déficit d'exploitation semble caractériser la présence d'un risque d'exploitation. Le marché public global de performance peut ainsi être requalifié de concession, si le cocontractant est exposé à un risque de déficit d'exploitation.

⁹⁸² Ord. n° 2016-64 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 5.

⁹⁸³ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 60 ; égal CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône / commune de La Ciotat*, n° 150931, *Rec.*

⁹⁸⁴ CE, 19 novembre 2010, *Marc Dingreville et Estelle Dingreville*, n° 320169, *Rec.* T. cité par G. Eckert, fasc. 700, « Notion de délégation de service public », *JCP A*, 30 septembre 2016, pt. 31.

Dans le cas de la transition énergétique, en fonction de la nature de l'ouvrage construit et des engagements de performance contractuels, le cocontractant peut aisément risquer le déficit d'exploitation⁹⁸⁵. Prenons l'exemple de la construction d'une chaufferie bois destinée à alimenter un réseau de chaleur urbain. L'opérateur s'engage à exploiter la chaufferie qu'il a réalisée en l'alimentant à hauteur de 50% minimum avec de la biomasse⁹⁸⁶, source renouvelable. Le prix versé par la collectivité territoriale pour l'exploitation de cette chaufferie inclut notamment le prix moyen estimé de la biomasse. Le prix de la biomasse dépend essentiellement de son taux d'humidité et le contrat d'approvisionnement prévoit un ajustement du prix en fonction du coût de la matière première. Eu égard à la qualité de la biomasse livrée et à l'objectif de performance, le coût d'exploitation est susceptible d'augmenter sans que le prix payé par la collectivité ne le couvre d'emblée. L'exploitant d'une chaufferie biomasse peut être alors exposé à un risque d'exploitation conformément aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, et potentiellement risquer de voir le marché public global en vertu duquel cette mission lui a été attribuée, requalifié en contrat de concession. L'exposition du cocontractant au risque d'exploitation dépend des objectifs de performance sur lesquels il s'est engagé et si leur réalisation dépend de facteurs extérieurs à l'opérateur économique.

353. A la différence du marché public global de performance, le marché de partenariat repose sur un partage des risques notamment financiers entre la collectivité publique et

⁹⁸⁵ Nous parlons bien ici d'exposition au risque, le risque peut ne pas se réaliser pour autant du fait de l'application de la révision pour imprévision des contrats publics (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, *Rec.*). La révision pour imprévision joue lorsque les événements qui la provoquent présentent un caractère anormal et imprévisible, indépendants de la volonté du cocontractant et entraînent un bouleversement économique du contrat jusqu'à faire naître une situation extracontractuelle (Y. Gaudemet, *Droit administratif général*, *TI*, L.G.D.J., p. 714 et suiv.). Cependant entre la révision pour imprévision et la stabilité du marché public, il existe une zone où l'exploitation est exposée à des aléas considérés comme normaux mais où l'exploitant risque un déficit d'exploitation. Par ailleurs, dans le cas de l'application de la révision pour imprévision, l'indemnité ne couvre pas la totalité du déficit subi par le cocontractant, la charge extracontractuelle est partagée entre l'administration et son cocontractant (Y. Gaudemet, *ibid.*).

⁹⁸⁶ Au sens de la réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement, la biomasse « *se présente à l'état naturel et n'est ni imprégnée, ni revêtue d'une substance quelconque* », ce qui inclut les produits composés d'une matière végétale agricole ou forestière susceptible d'être employée comme combustible en vue d'utiliser son contenu énergétique ainsi que les déchets végétaux agricoles et forestiers, les déchets végétaux du secteur industriel de la transformation alimentaire, les déchets de bois et autres. V. en ce sens : ADEME, *Les chaufferies au bois, Programme d'accompagnement des professionnels « Règles de l'Art Grenelle Environnement 2012 »*, décembre 2015.

l'opérateur privé⁹⁸⁷, qui se traduit dans la rémunération de l'opérateur. Les marchés de partenariat, selon la répartition des risques ou la définition d'une rémunération performantielle du partenaire, sont considérés comme des marchés publics. Ils pourraient cependant être requalifiés en contrats de concession si des risques liés à l'offre comme le risque environnemental, technique ou social sont laissés à la charge du cocontractant sans pouvoir être couverts par le pouvoir adjudicateur, analyse S. Braconnier⁹⁸⁸.

354. La définition du risque d'exploitation comme celle de l'exposition aux aléas du marché, aux risques de l'offre et de la demande, ouvre la voie à une requalification du marché de partenariat. Le risque lié à la demande, correspondant au risque portant sur la demande effective des travaux ou services objet du contrat⁹⁸⁹ ne peut être avéré étant donné la nature publique de la commande. En revanche, le risque lié à l'offre désignant « *le risque portant sur la fourniture des travaux ou services, objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne correspond pas à la demande* »⁹⁹⁰ peut être constitué si les prestations effectuées ne correspondent pas au contrat. Or, le marché de partenariat peut intégrer des objectifs de performance. Le prestataire, s'il ne répond pas à ces objectifs, ne sera pas rémunéré pour la totalité des prestations réalisées. En effet, le titulaire d'un marché de partenariat est rémunéré par le paiement d'un loyer par la collectivité, versé à compter de l'achèvement de l'ouvrage et pendant toute la durée du contrat, en fonction de la réalisation des objectifs de performance fixés pour chaque phase⁹⁹¹, le contrat de partenariat dérogeant à l'interdiction du paiement différé⁹⁹².

Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne souligne dans un arrêt du 21 mai 2015 que le risque d'exposition aux aléas du marché peut également se traduire par le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis⁹⁹³. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics tente de réduire ce risque d'exploitation lié à l'insolvabilité de la

⁹⁸⁷ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art.70 ; égal. décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 147.

⁹⁸⁸ S. Braconnier, *op.cit.*

⁹⁸⁹ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, cons. 20.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 83.

⁹⁹² Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 60.

⁹⁹³ CJUE, 21 mai 2015, *Kansanelakelaitos*, C-269/14 cité par G. Eckert, *op.cit.*

personne publique par l'obligation d'une évaluation préalable⁹⁹⁴ et de l'établissement d'un bilan coût-avantage⁹⁹⁵ justifiant le recours au marché de partenariat. Une étude de soutenabilité budgétaire⁹⁹⁶ y est adjointe afin de s'assurer que la collectivité est en mesure d'assumer la charge financière des loyers. Le risque lié au défaut de paiement de la personne publique est ainsi limité par les dispositions de l'ordonnance de transposition de la directive concession du 26 février 2014. Le risque de requalification est également constitué dans le cadre des marchés de partenariats en fonction de l'intensité du risque d'exposition aux aléas du marché.

355. La porosité entre le marché public global et la concession est avérée, rendant leur classification inopérante. Seul un examen cas par cas de l'exposition aux aléas du marché permettra de les définir. La dévolution des missions de service public énergétique peut ainsi faire l'objet d'une concession de service comme d'un marché public global.

La possibilité de recourir au marché public pour la réalisation du service public énergétique témoigne, selon nous, de l'évolution de l'action publique locale. Les collectivités territoriales sont à la recherche d'une meilleure maîtrise des services publics qu'elles délèguent et le marché public leur permet de contrôler leur réalisation, le paiement du cocontractant dépendant de la réalisation des objectifs fixés contractuellement. En effet, la concession de service public, contrat de longue durée, ne permet à la collectivité concédante que de contrôler *a posteriori* la réalisation des missions déléguées.

356. Au cours de la première partie de cette étude, nous avons défini les compétences énergétiques des collectivités locales et les modes de gestion auxquels elles recourent afin de réaliser leurs missions de service public énergétique. La seconde partie de notre recherche se concentre sur le rôle de ces collectivités territoriales au sein de l'organisation énergétique française, issue de la séparation des activités et de l'ouverture à la concurrence imposées par l'Union européenne.

⁹⁹⁴ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 74.

⁹⁹⁵ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 75.

⁹⁹⁶ Ord. du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 76.

Seconde partie : La recomposition du service public énergétique et le rôle des collectivités territoriales

357. La transition énergétique française s'opère dans le cadre européen de libéralisation du secteur énergétique. En 2015, la Commission européenne affirme ainsi « *que les énergies renouvelables, l'amélioration de l'efficacité énergétique, un bouquet énergétique durable générant des économies d'énergie et un marché intérieur de l'énergie permettant la libre circulation de l'énergie constituent des moyens importants pour garantir un système énergétique stable* »⁹⁹⁷. Elle estime que la création d'un marché intérieur « *capable de contribuer à la fois à la sécurité d'approvisionnement de l'Union européenne, à la compétitivité de son économie et à son développement durable* »⁹⁹⁸ constitue la première étape à la réalisation des objectifs énergétiques et environnementaux qu'elle a fixés aux Etats membres de l'Union européenne.

358. La création d'un marché unique repose sur le principe de libre circulation des biens, services et capitaux qui s'applique à l'électricité⁹⁹⁹, considérée par la Cour de justice de l'Union européenne comme une marchandise¹⁰⁰⁰. La libre circulation des marchandises au sein d'un marché intérieur dépend de l'ouverture à la concurrence du secteur. Ce processus d'ouverture a débuté en 1996 avec la directive du 19 décembre du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour la réalisation d'un marché intérieur de l'électricité¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁷ Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2015 sur la réalisation de l'objectif de 10% d'interconnexion dans le secteur de l'électricité – Un réseau électrique prêt pour 2020, n° 2015/2108.

⁹⁹⁸ C. comptes, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence : une construction inaboutie*, Rapport public annuel 2015, février 2015.

⁹⁹⁹ Pour rappel, dans le cadre de la transition énergétique, nous avons fait le choix de nous concentrer sur l'électricité, énergie de référence en France. En effet, environ 9100 communes françaises représentant 76% de la population française sont desservies en gaz naturel d'après le ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, alors que tout le territoire est desservi en énergie électrique.

¹⁰⁰⁰ La Cour de justice de l'Union européenne considère l'électricité comme une marchandise (CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, *Rec. CJCE* 1994) alors que pour certains Etats membres, l'absence de stockage de l'électricité en fait un bien sans existence économique propre (CJCE, 23 octobre 1997, *Commission / Italie*, C-158/94, *Rec. CJCE* 1997). V. en ce sens : G. Marcou, « Electricité, marché unique et transition énergétique : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales », in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013.

¹⁰⁰¹ Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité abrogée par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003.

Cette réalisation implique d'une part, la suppression des monopoles de fourniture et de production électrique et d'autre part, la garantie d'un accès égal aux réseaux de transport et de distribution, c'est à dire d'un accès non discriminatoire¹⁰⁰².

359. La garantie d'accès au marché implique la séparation stricte des activités énergétiques¹⁰⁰³. Pour assurer l'accès non discriminatoire au réseau, le bon fonctionnement de la concurrence et la réalisation du marché intérieur de l'électricité, la directive du 26 juin 2003 fixant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁰⁰⁴ dispose qu'il « *convient que les réseaux de transport et de distribution soient exploités par l'intermédiaire d'entités distinctes sur le plan juridique lorsque les entreprises sont verticalement intégrées* »¹⁰⁰⁵. Entamée en droit français dès la loi du 8 avril 1946 distinguant l'activité de distribution énergétique relevant des collectivités et l'activité de transport, compétence étatique, la séparation des activités doit désormais se traduire par une réalité organisationnelle. Cette séparation doit être garantie à l'égard des producteurs et des fournisseurs d'électricité, utilisateurs des réseaux. EdF, établissement public national industriel et commercial, est ainsi transformé le 17 novembre 2004 en société anonyme¹⁰⁰⁶ et chaque activité énergétique (production, transport, distribution et fourniture) est gérée par des entités juridiquement distinctes¹⁰⁰⁷. Les activités de transport et de distribution sont exercées par des sociétés indépendantes des fournisseurs et producteurs électriques, sans être ouvertes à la concurrence¹⁰⁰⁸. RTE et Enedis (anciennement ErDF), filiales

¹⁰⁰² Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996, cons. 25 et suiv.

¹⁰⁰³ En effet, il apparaît compliqué de contraindre le gestionnaire de réseaux par ailleurs fournisseur énergétique d'assurer un accès non discriminatoire à ses concurrents sur les réseaux qu'il gère.

¹⁰⁰⁴ Directive 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.

¹⁰⁰⁵ Directive 2003/54/CE, cons. 8. Une entreprise verticalement intégrée est une entreprise dont le contrôle découle de droits ou contrats, conférant la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise (règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises).

¹⁰⁰⁶ Décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France.

¹⁰⁰⁷ Aujourd'hui, l'activité de distribution est exercée par Enedis (ex-ErDF), filiale à 100% d'EdF SA créée le 1^{er} janvier 2008, et l'activité de transports est gérée par RTE, également filiale à 100% d'EdF SA (décret 2005-1069 du 30 août 2005 approuvant les statuts de la société RTE EDF Transport).

¹⁰⁰⁸ Il existe deux raisons principales justifiant le maintien de cette activité en monopole et dans le giron étatique : d'une part, en application de la théorie des infrastructures essentielles, il n'est pas possible de dupliquer ces réseaux et l'investisseur Enedis doit amortir les investissements qu'il a engagés pour réaliser et exploiter ces réseaux. D'autre part, l'ouverture à la concurrence de la distribution électrique pourrait potentiellement mettre à mal le principe de péréquation qui prévaut jusqu'alors dans la distribution : le prix payé par l'utilisateur du service public est le même pour tous, sans que sa situation géographique ne prévale. L'existence d'un gestionnaire unique de ces

d'EdF chargées respectivement du transport et de la distribution électriques, assurent de manière non discriminatoire l'accès aux réseaux à tous les fournisseurs et producteurs¹⁰⁰⁹. Cet accès repose sur la théorie des infrastructures essentielles définie par la chambre commerciale de la Cour de Cassation comme « *celui qui, en suite de monopole ou de domination sur un marché, détient une infrastructure essentielle, non reproductible dans des conditions économiques raisonnables, ressource dans laquelle des concurrents pourraient servir leurs clients ou exercer leur activité, peut être contraint de permettre à ses concurrentes d'accéder à cette ressource, afin de protéger le jeu de la concurrence sur un marché aval, amont ou complémentaire* »¹⁰¹⁰.

360. La séparation juridique et institutionnelle des activités énergétiques réalisée, la Commission européenne met fin aux monopoles étatiques électriques en ouvrant à la concurrence les activités de production et de fourniture¹⁰¹¹ électriques. En France, l'instauration d'une concurrence au sein de ces activités est progressive, la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité marque la dernière étape de l'ouverture effective du marché électrique français. Si les lois précédentes ouvraient en théorie ces activités à la concurrence, EdF était en situation de quasi-monopole du fait de l'existence de tarifs réglementés et de l'accès restreint de ses concurrents à des sources d'électricité aussi compétitives que le nucléaire¹⁰¹². La suppression progressive des tarifs réglementés¹⁰¹³ et l'instauration d'un

réseaux de distribution permet de maintenir, de manière simple, cette péréquation. Cependant, cette activité pourrait s'ouvrir à la concurrence et les gestionnaires de réseau pourraient se voir contraints à un tarif unique pour l'activité de distribution. Mais la complexité qui en résulterait ne semble pas nécessaire pour la réalisation de la transition énergétique (v. en ce sens : F.-M. Poupeau, « La fabrique d'une solidarité nationale. Etat et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs d'électricité en France », *Revue française de science politique* 2007/5, vol. 57, pp. 599-628).

¹⁰⁰⁹ v. schéma de la séparation des activités énergétique, p. 41. Cependant, si la séparation des activités est censée assurée un accès non discriminatoire, la réalité diffère parfois, v. en ce sens : Aut. Concu., 17 décembre 2013, décision n° 13-D-20 sanctionnant EdF pour abus de position dominante car ses pratiques avaient pour objet d'avantager ses filiales EdF Enr et EdF Enr solaire sur le marché du photovoltaïque.

¹⁰¹⁰ Cass, com., 12 juillet 2005, n° 04-12.388, Bull. 2005 IV n° 163, p. 174.

¹⁰¹¹ L'activité de fourniture correspond à la vente, y compris la revente d'électricité à des clients (directive 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, art. 2).

¹⁰¹² Commission de régulation de l'énergie, Glossaire, mot « Loi Nome », en ligne : <http://www.cre.fr/glossaire/loi-nome> consulté le 18 mai 2017.

¹⁰¹³ Les tarifs réglementés de vente d'électricité pour l'ensemble des clients ayant un contrat dont la puissance est supérieure à 36 kVA (tarifs jaunes et verts) ont disparu le 31 décembre 2015. Seul le tarif bleu, à destination des

droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique introduisent une « *vraie concurrence en aval et sur tous les segments de clientèle, particuliers et professionnels* »¹⁰¹⁴. Les consommateurs sont désormais libres de choisir leur fournisseur d'électricité, qui peut également être producteur d'énergie, les deux activités étant indépendantes¹⁰¹⁵.

361. L'ouverture à la concurrence du système électrique bouleverse les équilibres institués à la sortie de la Seconde guerre mondiale par la loi du 8 avril 1946 portant nationalisation de l'électricité et du gaz. Sous l'effet conjugué de l'ouverture à la concurrence imposée par l'Union européenne et la recherche d'un nouveau modèle énergétiquement sobre, les collectivités territoriales retrouvent leur place centrale au sein de ce système.

362. En impliquant la séparation des activités, l'ouverture à la concurrence offre aux collectivités territoriales la possibilité de passer d'une logique de contrainte¹⁰¹⁶ à l'affirmation progressive de leur rôle d'autorité concédante de la distribution dans le système énergétique français¹⁰¹⁷. En effet, les communes et leurs groupements, depuis la loi du 15 juin 1906 relative aux distributions d'énergie, sont responsables de la distribution d'électricité¹⁰¹⁸. La réalisation de la transition énergétique, qui repose sur la production renouvelable et l'efficacité énergétique, dépend des réseaux de distribution qui font le lien entre la consommation et la production électriques¹⁰¹⁹, et ainsi des collectivités territoriales qui en sont chargées. Plus encore, la place

ménages, a été conservé. La disparition des tarifs a été organisée par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ Le fournisseur vend l'énergie qu'il a produite, ou revend l'énergie qu'il a achetée sur les marchés énergétiques ou auprès du producteur nucléaire historique à un tarif spécial. En France, les fournisseurs peuvent acheter de l'électricité à EdF conf. à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) depuis la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

¹⁰¹⁶ La contrainte est issue de l'obligation légale de transférer la gestion de leurs réseaux de distribution à EdF, lorsqu'auparavant les communes les avaient concédées à des opérateurs privés.

¹⁰¹⁷ F.-M. Poupeau, *op.cit.*

¹⁰¹⁸ En 1906, les collectivités locales (communes et syndicats communaux) sont les autorités concédantes de la distribution d'électricité pour la clientèle des particuliers, des artisans et des petites entreprises, la loi ne concernant que la distribution d'électricité d'une tension inférieure à 63 000 volts. Pour les autres consommateurs, l'Etat est autorité concédante (F.-M. Poupeau, « Un néo-libéralisme centralisateur- les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, vol.18, n° 2, 2000, pp.1-24).

¹⁰¹⁹ P. Billet, « Collectivités territoriales et transition énergétique », *JCP A*, n° 41, 7 octobre 2013, 2296.

des collectivités territoriales dans le système énergétique est renforcée par l'évolution de l'organisation administrative qui institue l'intercommunalité en échelon de décentralisation et permet ainsi de rétablir un certain équilibre des pouvoirs entre le concessionnaire national, en situation de monopole, et l'échelon local¹⁰²⁰ (Titre 1).

La place centrale des collectivités territoriales doit également se traduire dans le financement de la transition énergétique. Si les collectivités territoriales sont en charge de la transition énergétique, elles doivent alors disposer de l'ensemble des outils nécessaires à sa réalisation y compris financiers. Or, les collectivités locales développent des dispositifs financiers additionnels à ceux développés par l'Etat conduisant à une perte de deniers publics et rendant illisible l'action publique en la matière (Titre 2).

¹⁰²⁰ P. Sokoloff, « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficacité des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Revue Energie-Environnement-Infrastructures*, n° 1, janvier 2016, dossier n° 3 ; égal. A. Berthonnet, « 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, p. 200 ; égal. C. Bouneau, « Les grands réseaux techniques pères fondateurs de l'Europe », *Politique internationale*, n° 137, automne 2012, p. 399 cité par C. Bouneau, J.-B. Vila, « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Revue Energie-Environnement-Infrastructures*, n° 1, janvier 2016, dossier n° 2 : « *L'architecture verticale production/transport/distribution laissait peu de place à la gouvernance des collectivités locales, malgré tous les efforts de la puissante FNCCR qui avait réussi à maintenir le régime de la concession et le statuts des régies et des syndicats d'électrification* ».

Titre 1. La gestion de la distribution d'électricité par les collectivités territoriales

363. Les réseaux de distribution d'électricité assurent l'équilibre du système énergétique en liant la consommation à l'offre d'électricité. La qualité et la continuité du service public électrique sont assurés par un équilibre constant entre l'offre et la demande d'électricité¹⁰²¹. La maîtrise de la demande énergétique et la production d'énergie renouvelable, piliers de la transition énergétique française, dépendent de l'activité de distribution : la demande énergétique transitant par les réseaux de distribution et la production d'énergie renouvelable étant injectée dans ces mêmes réseaux. La relation contractuelle entre le distributeur et les collectivités territoriales concédantes vise à maintenir la qualité de ce service public par une politique d'investissement soutenue, tout en promouvant la réalisation de la transition énergétique.

364. Pour rappel, la loi du 8 avril 1946¹⁰²² en nationalisant le secteur de l'électricité et du gaz transfère la gestion de l'activité de distribution à l'établissement public qu'elle crée. Si la création d'EdF emporte nationalisation et concession de l'activité de distribution, la loi maintient néanmoins dans les textes le pouvoir local des communes : l'article 36 dispose que « *sauf convention expresse contraire, les collectivités locales restent propriétaires des installations qui leur appartiennent, ou de celles qui, exploitées sous le régime de l'affermage ou de la concession, devraient leur revenir gratuitement à l'expiration du contrat* ». Le législateur

¹⁰²¹ La Commission de Régulation de l'énergie indique que « *l'électricité ne se stocke pas. À tout moment, sur le réseau, la quantité d'électricité injectée doit être égale à la quantité d'électricité soutirée. Du côté physique, l'équilibre entre production et consommation, soumis aux aléas de consommation ou de production est assuré en temps réel par RTE. Du côté financier, les écarts entre injection et soutirage ont un coût, assumé par les responsables d'équilibre des réseaux* », en ligne, disponible à <http://www.cre.fr/operateurs/responsables-d-equilibre> consulté le 18 mai 2017.

¹⁰²² Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

de 1946 a ainsi cherché à ménager les sensibilités locales en maintenant la propriété des collectivités territoriales, les régies locales de distribution¹⁰²³ et le soutien à l'électrification rurale¹⁰²⁴.

Toutefois, F.-M. Poupeau souligne que la création d'EdF « *limite considérablement l'exercice d'un réel pouvoir local, les collectivités ne pouvant avoir recours à d'autres concessionnaires, ni créer leur propre régie. D'autre part, le statut public du nouvel opérateur, la nature des liens que celui-ci entretient avec l'Etat rendent incertain l'exercice d'une réelle gestion locale du service public de l'électricité* »¹⁰²⁵. De plus, l'existence de la tutelle sur les actes des collectivités locales jusqu'aux lois de décentralisation¹⁰²⁶ annihile toute possibilité de négociation¹⁰²⁷ des contrats de concessions jusqu'à « *la quasi-disparition de la liberté contractuelle* »¹⁰²⁸.

La décentralisation administrative et l'ouverture à la concurrence du secteur électrique ont permis aux collectivités territoriales de retrouver une relative marge de manœuvre dans leur relation avec le distributeur national en situation de monopole¹⁰²⁹. Cependant, l'affirmation de leur rôle d'autorité concédante a entraîné de fortes tensions et donné lieu à quelques contentieux avec le distributeur Enedis¹⁰³⁰.

¹⁰²³ La loi autorise le maintien des entreprises locales de distribution dont le capital est détenu par des collectivités locales. L'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz établit que les distributeurs non nationalisés sont les seuls gestionnaires de la distribution électrique sur leur zone de desserte. D'après l'Association nationale des régies de service public et des organismes constitués par les collectivités locales ou avec leur participation (ANROC), 160 entreprises locales de distribution assurent aujourd'hui 5% de la distribution d'électricité dans 2800 communes et desservent ainsi près de 3,5 millions d'habitants.

¹⁰²⁴ F.-M. Poupeau, « Un néo-libéralisme centralisateur- Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, vol.18, n° 2, 2000, p. 4 et suiv.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ; et 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 précisent les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales.

¹⁰²⁷ Par ex : CE, 7 juin 1995, *Lagourgue et autres*, n° 143647 / 143648, *Rec.*

¹⁰²⁸ J.-M. Pontier, « Les entreprises locales de gaz et d'électricité » cité par G. Marcou, « Electricité, marché unique et « transition énergétique » : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales » in G. Marcou (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013.

¹⁰²⁹ F.-M. Poupeau, *op.cit.*, p.12 ; égal. G. Marcou, *ibid.* : « *C'est l'environnement concurrentiel des réseaux qui a conduit à redonner de la substance aux concessions des distributions locales, dont le maintien aurait pu être considéré comme une survivance de peu de portée dans le cadre d'une organisation nationale des réseaux* ».

¹⁰³⁰ De nombreux comptes rendus annuels de concession ont été rejetés par les autorités concédantes et un contentieux important est né entre Enedis, le distributeur et le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les

365. L'étude de l'évolution de la relation contractuelle entre les autorités concédantes de la distribution d'électricité et le concessionnaire exige l'examen préalable du cadre juridique de l'activité de distribution et notamment de la nature concessive de son contrat de gestion décrit par F.-M. Poupeau comme relevant à de nombreux égards de « *la fiction juridique* »¹⁰³¹ (chapitre 1). L'évolution de la relation contractuelle est liée à l'introduction des technologies numériques au sein des réseaux de distribution permettant au concessionnaire de délivrer toutes les informations utiles à l'autorité concédante pour son contrôle de l'exécution du service public et la définition de ses politiques énergétiques locales (chapitre 2).

Chapitre 1. Le renouveau du cadre juridique de l'activité de distribution d'électricité

366. Activité indépendante¹⁰³² depuis la séparation des activités énergétiques¹⁰³³, la distribution est au cœur de la transition énergétique. Interface entre les usagers du service public électrique, les collectivités locales propriétaires des réseaux, les producteurs énergétiques nationaux et locaux, les fournisseurs et le transporteur d'électricité national, la distribution est la clé de voute du système énergétique français dans la mesure où elle assure l'adéquation permanente de l'offre électrique aux besoins de la consommation locale. En effet, l'article 2 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service

énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC). Nous aborderons l'évolution des relations contractuelles dans les développements suivants (*infra.* n° 457).

¹⁰³¹ F.-M. Poupeau, *op.cit.*, p. 6.

¹⁰³² L'emploi du terme « indépendante » vise à souligner qu'elle n'est plus rattachée à aucune des autres activités énergétiques auparavant exercée au sein de l'établissement public national EDF, à savoir la production ou la fourniture.

¹⁰³³ Une dissociation comptable des activités de production, de transport et de distribution d'électricité doit être établie (loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 25 ; loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, art. 13 ; égal. directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, art. 19 et directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité). La séparation comptable est complétée par une séparation juridique des gestionnaires de réseaux, « *il doit être indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution* » (directive du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, art. 15 transposée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité, art.13).

public de l'électricité dispose que les réseaux publics de distribution assurent la desserte rationnelle du territoire national et l'interconnexion avec les pays voisins, ainsi que le raccordement et l'accès aux réseaux dans des conditions non discriminatoires.

367. L'activité de distribution est définie par la Commission de régulation de l'énergie comme l'activité de desserte électrique à moyenne ou basse tension aux consommateurs finaux. L'organisation du système énergétique repose sur « *un maillage selon une logique arborescente, acheminant l'énergie de ces grands sites de production vers les consommateurs* »¹⁰³⁴. L'activité de distribution représente le dernier maillon du circuit d'acheminement électrique composé d'un réseau de transport interconnecté pour les grandes quantités d'énergie et de réseaux « *régionaux de répartition* » qui alimentent les réseaux de distribution. Cette organisation verticale du système électrique est « *unidirectionnelle* »¹⁰³⁵ : la production d'énergie assurée par les centrales nucléaires est gérée à l'échelon central par EDF avant d'être transportée par les réseaux à très haute tension et distribuée par les réseaux de distribution à moyenne et basse tension. Les modalités de délégation de l'activité de distribution reflètent cette organisation : les collectivités territoriales ne peuvent négocier avec le concessionnaire en situation de monopole, dont le seul engagement consiste en la fourniture d'électricité sans interruption aux usagers.

368. La production d'énergie renouvelable, par nature décentralisée en raison de l'utilisation de ressources naturelles, annonce la naissance d'un nouveau système électrique communicant, permettant l'intégration de la production d'électricité renouvelable au réseau tout en maintenant la qualité du service public électrique. En effet, le caractère intermittent des énergies renouvelables doit être géré afin que la quantité d'électricité circulant sur le réseau corresponde toujours à la consommation. Les réseaux de distribution d'électricité, s'ils continuent à desservir tout le territoire en électricité, doivent également s'adapter à l'injection de

¹⁰³⁴ M. Derdevet, *Energie, l'Europe en réseaux – Douze propositions pour une politique commune en matière d'infrastructures énergétiques*, Rapport à F. Hollande, Président de la République, La Documentation Française, Paris, 2015.

¹⁰³⁵ La communication entre la production et la consommation ne s'effectue que dans un seul sens : l'électricité produite suit un seul circuit, de son site de production central à son lieu de consommation local. La production d'électricité ne prend pas en compte la possibilité de gestion de la consommation électrique locale.

l'électricité renouvelable produite localement. Le consommateur d'électricité est désormais un producteur potentiel d'électricité renouvelable et la maîtrise de sa consommation d'énergie lui permet également de prendre part à la gestion de l'équilibre du réseau¹⁰³⁶.

369. Chargée de réaliser l'équilibre entre la production et la demande électrique tout en assurant la qualité et la continuité du service public, la concession de l'activité de distribution déroge au droit commun (section 1). Grâce aux évolutions technologiques, le concessionnaire fournit des informations précises et utiles aux collectivités territoriales pour l'exercice de leurs compétences, et la relation concessive évolue vers une forme de partenariat entre collectivités locales concédantes et concessionnaire permettant la réalisation d'une transition énergétique performante (section 2).

Section 1. La concession de distribution électrique, un contrat dérogatoire au droit commun

370. L'activité de distribution électrique peut être exercée sous différentes formes¹⁰³⁷. Le système électrique français repose sur « *une cohabitation pour le moins insolite* »¹⁰³⁸ entre les communes et leurs groupements, propriétaires des réseaux de distribution, et l'Etat qui coordonne la distribution et la production et assure aux usagers un accès égal à l'électricité.

371. La distribution d'électricité est une activité de service public concédée à un gestionnaire en situation de quasi-monopole couvrant 95% du territoire, les entreprises locales de

¹⁰³⁶ Par ailleurs, un mécanisme de capacité est développé pour encourager l'effacement de la consommation (fait de modérer volontairement sa consommation) et favoriser l'investissement dans de nouveaux moyens de production qui permettront de satisfaire la demande supplémentaire lors des pointes de consommation (EDF.fr, « Mieux comprendre le mécanisme de capacité en 3 questions clés », *Le Mag*, 29 novembre 2016).

¹⁰³⁷ M. Derdevet, *Energie, l'Europe en réseaux, Douze propositions pour une politique commune en matière d'infrastructures énergétiques*, La Documentation française, 2015, p.19 : l'organisation de la distribution italienne est similaire à celle de la France, où un opérateur (Enel Distribuzione) dessert 85% du marché italien et des concessions locales réparties entre 150 distributeurs, propriétaires des ouvrages. En Allemagne, la distribution est assurée par 880 distributeurs, dont les tarifs sont régulés par l'agence fédérale des réseaux, sans péréquation tarifaire. Les communes, par le biais des entreprises communales sont « fréquemment » gestionnaires des réseaux. En Belgique, la distribution est organisée entre des entreprises publiques communales (Intercommunales) mixtes, dont Electrabel est associé, et des entreprises publiques pures.

¹⁰³⁸ F.-M. Poupeau, « Un néo-libéralisme centralisateur- Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, vol. 18, n° 2, 2000, p. 3.

distribution assurant les 5% restants de la desserte¹⁰³⁹. Cette activité est régulée par la Commission de régulation de l'énergie, autorité administrative indépendante créée par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité¹⁰⁴⁰, qui garantit l'indépendance des gestionnaires de réseaux¹⁰⁴¹ et le droit d'accès aux réseaux publics de distribution d'électricité¹⁰⁴², et veille notamment à leur bon fonctionnement¹⁰⁴³.

372. Les concessions de distribution d'électricité offrent une exploitation unifiée du service public de distribution électrique, une optimisation des coûts et une péréquation tarifaire du coût d'acheminement de l'électricité¹⁰⁴⁴, cependant elles ne répondent pas aux critères de la concession de service. L'attribution obligatoire de ce contrat de distribution à un opérateur de droit privé unique et son régime juridique déroge aux principes de la commande publique (§1). Si historiquement la gestion de la distribution d'électricité était déléguée par des contrats de concession, l'évolution de l'appréciation du critère de risque d'exploitation, caractéristique de la concession, qui résulte de la directive concession interroge quant à sa qualification (§2).

§1. Le caractère obligatoire de la concession

373. L'article 1^{er} de la loi de modernisation et de développement du service public de l'électricité du 10 février 2000 dispose que le service public de l'électricité a pour objet la garantie

¹⁰³⁹ Chiffres issus de la Commission de régulation de l'énergie.

¹⁰⁴⁰ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'énergie, art. 28.

¹⁰⁴¹ La CRE approuve, après avis de l'Autorité de la concurrence, les règles comptables de séparation des activités entre production, transport, distribution et autres activités des opérateurs intégrés d'électricité (C. ener., art. L. 111-86), elle peut saisir l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont elle a connaissance (C. ener., art. L. 134-16).

¹⁰⁴² La CRE fixe ainsi le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (C. ener., art. L. 341-3), est destinataire des contrats conclus entre les opérateurs de réseaux et leurs utilisateurs, fournisseurs énergétiques (C. ener., art. L. 111-91), est compétente pour les litiges concernant l'accès aux réseaux entre les utilisateurs et le gestionnaire (C. ener., art. L. 134-19) et également pour prononcer des sanctions en cas de manquements à ses obligations de la part du gestionnaire, d'une exploitation, d'un opérateur ou d'un fournisseur (C. ener., art. L. 134-25).

¹⁰⁴³ La CRE est destinataire du programme annuel d'investissement des gestionnaires de réseaux qu'elle approuve. Elle veille à la réalisation de ces investissements nécessaires au développement des réseaux (C. ener., art. L. 321-6).

¹⁰⁴⁴ C. comptes, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence : une construction inaboutie*, Rapport public annuel 2015, février 2015, p. 108 et suiv. Le maintien de la péréquation tarifaire n'est pas la conséquence du maintien du monopole, les choses sont décorrélées. S'il est vrai que le maintien du monopole permet une structure simplifiée de la péréquation tarifaire, plusieurs entreprises de distribution pourraient aussi très bien assurer une péréquation tarifaire (D. Rousseau, consultation relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie, en ligne, disponible sur www.cler.org).

de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national¹⁰⁴⁵. Pour répondre à cet objectif, les acteurs en charge de ce service public assurent le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution, qui desservent le territoire national ainsi que le raccordement et l'accès à ces réseaux, de manière non discriminatoire¹⁰⁴⁶. L'activité de distribution est définie par la directive du 13 juillet 2009 établissant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité comme « *le transport d'électricité sur des réseaux de distribution à haute, à moyenne et à basse tension aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture* »¹⁰⁴⁷. Activité déléguée à l'établissement public national EDF depuis la loi du 8 avril 1946, ce contrat de concession déroge au droit commun. La séparation des activités créant le distributeur national Enedis ne remet pas en question l'attribution de ces contrats à cet opérateur unique, sans procédure de mise en concurrence.

374. En raison de la nature particulière de l'activité de distribution¹⁰⁴⁸, le contrat de concession liant les collectivités concédantes, communes et intercommunalités, au distributeur national Enedis déroge aux principes de droit commun des contrats du fait de l'obligation légale de délégation de l'activité (A). Par ailleurs, le maintien d'un monopole public au sein du secteur énergétique interroge quant à sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne (B). Pour finir, l'obligation de contracter avec le seul distributeur national sans pouvoir exercer cette activité en régie porte atteinte au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales (C).

A. L'obligation de délégation

375. L'activité de distribution est déléguée par la loi au distributeur national, Enedis, qui conclut avec les communes des contrats de concession. La qualification de contrat de concession

¹⁰⁴⁵ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 1^{er}.

¹⁰⁴⁶ Loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 2.

¹⁰⁴⁷ Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, art. 2.

¹⁰⁴⁸ La distribution est un service public à la fois local, les réseaux de distribution appartenant aux communes autorités concédantes, et national, la gestion du service étant assurée par un concessionnaire unique à l'échelle nationale.

date de la loi du 8 avril 1946 qui dispose, à l'article 36, que les établissements auxquels sont transférées les concessions d'électricité nationalisées devront observer les dispositions des cahiers des charges en vigueur.

376. L'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales fixe les règles de la gestion de l'activité de distribution et établit que les communes et leurs établissements de coopération intercommunale, en tant qu'autorités concédantes de la distribution électrique, négocient et concluent les contrats de concession et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public établies au cahier des charges.

Cet article dispose, par ailleurs, que les communes et les établissements publics à qui la compétence relative à la distribution d'électricité a été déléguée sont autorités organisatrices de la distribution d'électricité. A ce titre, elles exploitent le réseau de distribution en régie ou par le recours à la concession. La qualité d'autorité organisatrice de la distribution n'emporte pas automatiquement celle d'autorité concédante : les collectivités territoriales exerçant l'activité de distribution en régie sont autorités organisatrices sans en être concédante¹⁰⁴⁹. L'emploi du terme « autorité » désigne le pouvoir légitime de commandement¹⁰⁵⁰ des collectivités territoriales en matière de distribution électrique, que leur confère la propriété des réseaux. Le terme « organisatrice » fait, quant à lui, référence à la volonté originelle des communes d'établir des structures pour distribuer l'électricité. En effet, d'après G. Cornu, l'action d'organiser requiert l'établissement de structures en vue de l'exercice d'une activité¹⁰⁵¹. La qualité d'autorité organisatrice de la distribution d'électricité offre donc aux communes et intercommunalités la possibilité de gérer leurs missions de service public selon les modalités qu'elles souhaitent.

377. Cependant, la loi de nationalisation du 8 avril 1946 supprime toute liberté contractuelle¹⁰⁵² aux collectivités territoriales en matière énergétique en les obligeant à concéder cette

¹⁰⁴⁹ Il est vrai cependant que ces collectivités représentent environ 5% de l'activité de distribution et que dans la quasi-majorité des cas, l'autorité organisatrice de la distribution d'électricité est également autorité concédante.

¹⁰⁵⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, mot « autorité », PUF, 8^{ème} éd., mai 2008.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, mot « organisation ».

¹⁰⁵² Le Conseil constitutionnel reconnaît expressément la liberté contractuelle des communes à l'occasion de la décision du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC. Pour D. Rousseau, la liberté contractuelle protège deux aspects du contrat : la naissance du contrat et son exécution.

activité de service public à l'établissement public national EdF¹⁰⁵³. L'article 6 dispose que l'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale, la production, le transport ou la distribution d'électricité est intégralement transférée à EdF. La loi conserve néanmoins les droits des collectivités locales résultant de la loi de 1906 relative aux distributions d'énergie : les collectivités locales demeurent propriétaires des infrastructures¹⁰⁵⁴. Les entreprises titulaires de contrats de concession de distribution publique d'électricité sont nationalisées et rassemblées au sein de l'établissement public EdF qui devient titulaire de leurs contrats de concession.

Les collectivités territoriales voient ainsi leurs contrats de concession transférés de plein droit à EdF qui assure désormais l'activité de distribution. La nationalisation de l'activité de distribution publique interdit aux collectivités territoriales de l'exercer en régie. Les collectivités sont alors, en théorie, autorités organisatrices de la distribution d'électricité mais dans le cadre d'une obligation de concession ne leur laissant, dans les faits, aucune marge de manœuvre pour organiser leur service public. La nature monopolistique et centralisée de l'établissement public EdF réduit à néant toutes capacités de commandement ou de négociation des communes et intercommunalités concédantes.

La qualité d'autorité organisatrice n'a pas de réalité, elle se confond avec le statut d'autorité concédante de la distribution d'électricité. Toutefois, une exception a été prévue à l'article 23 de la loi de nationalisation pour les régies ou les sociétés de distribution à économie mixte préexistantes dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détenaient la majorité du capital. Ces sociétés sont maintenues dans leur situation, tant que leur caractère public de leur capital est conservé. Egalement appelées distributeurs non nationalisés, ces entreprises locales de distributions représentent aujourd'hui environ 5% de la distribution d'électricité sur le territoire métropolitain.

378. Ainsi, le gestionnaire de l'activité de distribution exerce de plein droit sa mission en lieu et place des entreprises préexistants au sein d'une zone de desserte exclusive correspondant

¹⁰⁵³ Le choix de la nationalisation des contrats de concession permettait probablement au législateur de conserver la propriété des communes des infrastructures de réseaux tout en gérant leur activité de distribution sans avoir à recourir à une procédure d'expropriation.

¹⁰⁵⁴ La propriété publique locale est garantie qu'elle soit *ab initio* ou qu'elle ne le soit qu'à l'expiration du contrat de délégation.

aux frontières géographiques de l'autorité concédante de la distribution d'électricité¹⁰⁵⁵. Ses missions sont définies par le contrat de concession : la définition et la mise en œuvre des politiques d'investissement et de développement des réseaux pour le raccordement des installations et l'interconnexion aux autres réseaux, la conception et la construction des ouvrages ainsi que la maîtrise d'œuvre des travaux (entretien et maintenance¹⁰⁵⁶) sur les réseaux.

379. Les collectivités territoriales, communes et intercommunalités exerçant l'activité de distribution sont donc dans une situation particulière car tout en étant propriétaires des réseaux, elles n'en ont pas les attributs. L'article 544 du code civil dispose que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, or en l'espèce, les collectivités ne sont pas libres d'user de leurs biens comme elles l'entendent, la gestion ayant été transférée de plein droit à un distributeur national pour une durée illimitée.

380. Le maintien de ce monopole de distribution, à la suite de la séparation des activités énergétique et de l'ouverture à la concurrence du secteur, interroge sa compatibilité avec les directives européennes.

B. L'obligation de délégation, l'organisation de la distribution et le droit de l'Union

381. L'attribution obligatoire des concessions de distribution à un opérateur national unique¹⁰⁵⁷, tant au regard du maintien d'un monopole que de l'absence d'une procédure de mise en concurrence pour l'attribution de ces contrats publics¹⁰⁵⁸, questionne son « euro-compatibilité ».

382. L'Union européenne, dans le cadre de la réalisation du marché commun, s'est attaquée aux monopoles de droit et de fait dans le but de développer la concurrence dans ces secteurs afin de favoriser la libre circulation des biens et marchandises. L'article 15 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes

¹⁰⁵⁵ C. ener., art. L. 111-52.

¹⁰⁵⁶ C. ener., art. L. 322-8 et suiv.

¹⁰⁵⁷ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement de l'électricité, art. 18.

¹⁰⁵⁸ C. Cabanes, B. Neveu, « L'absence de mise en concurrence des concessions de distribution d'électricité confortée par le juge administratif – CAA Paris, 25 février 2013, n° 12PA00593 », *Complément Services Publics*, Le Moniteur, avril 2013.

pour le marché intérieur de l'électricité dispose alors que lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il doit être indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision des autres activités non liées à la distribution. De plus, conformément au principe fondamental de non-discrimination issu de la jurisprudence européenne *TelAustria*¹⁰⁵⁹, l'attribution de contrats publics est soumise à des procédures de mise en concurrence.

Toutefois, pour éviter de bouleverser l'organisation énergétique des Etats membres entre l'obligation de séparation des activités et la mise en concurrence des concessions de distribution d'électricité, la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur prévoit à son article 24, la possibilité pour les Etats membres de désigner « *pour une durée à déterminer par les Etats, un ou plusieurs gestionnaires de réseaux de distribution* »¹⁰⁶⁰. Le droit de l'Union européenne introduit ainsi une exception aux règles de mise en concurrence en permettant aux Etats membres de créer temporairement un monopole au profit d'un gestionnaire de réseaux pour gérer l'activité de distribution¹⁰⁶¹. A la différence de l'obligation de séparation des activités, l'obligation de mise en concurrence est aménagée.

383. S. Nicinski s'interroge alors sur la légalité de cette disposition au regard des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne¹⁰⁶². En effet, l'article 106 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soumet les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général aux règles fondamentales des traités, y compris à celles relatives à la concurrence tant qu'elles ne font pas obstacle à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ CJCE, 7 décembre 2000, *TelAustria et Telefonadress*, C-324/98, *Rec. CJCE* 2000 : les contrats, s'ils ne sont pas l'objet d'une directive, doivent respecter les règles fondamentales du traité et le principe de non-discrimination qui implique une obligation de transparence, consistant à garantir, en faveur de tout soumissionnaire, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

¹⁰⁶⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, art. 24.

¹⁰⁶¹ Les Etats membres désignent ou demandent aux entreprises propriétaires ou responsables de réseaux de distribution de désigner ces gestionnaires de réseaux.

¹⁰⁶² S. Nicinski, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité », *AJDA*, 2010 p. 1737.

¹⁰⁶³ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec. CJCE* 2003, cons. 14.

Les services d'intérêt économique général relèvent de la catégorie des services d'intérêt général, activités de service à objet commercial ou non, considérées comme indispensables à la vie quotidienne par les autorités publiques et soumises à des obligations spécifiques de service public¹⁰⁶⁴. Le droit européen légifère sur les services d'intérêt économique général sans en définir les contours¹⁰⁶⁵ : la définition provient de la pratique communautaire. Le *Livre vert sur les services d'intérêt général* de la Commission européenne du 21 mai 2003 les définit comme des services de nature économique que les Etats membres ou l'Union européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un caractère d'intérêt général¹⁰⁶⁶. Ces services couvrent les activités de réseaux comme le transport, l'énergie ou encore les services postaux¹⁰⁶⁷. L'électricité relève de cette catégorie européenne de service public¹⁰⁶⁸. La directive européenne 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, autorisant la désignation par l'Etat d'un gestionnaire temporaire de réseaux de distribution sans procédure de concurrence, est alors conforme au droit primaire européen.

384. Cependant, l'autorisation de monopole temporaire instituée par cette directive du 13 juillet 2009 ne répond pas en tous points à la situation française où le monopole du distributeur est institué depuis 1946. La situation française relève uniquement de l'article 106 § 2 TFUE¹⁰⁶⁹ qui impose le respect des règles concurrentielles tant qu'elles ne font pas obstacle à l'accomplissement de la mission de service public confiée à l'opérateur. Les restrictions concurrentielles doivent alors

¹⁰⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions accompagnant la communication intitulée « Un marché unique pour l'Europe du 21^{ème} siècle : Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », Bruxelles, 20 novembre 2007.

¹⁰⁶⁵ En effet, l'art. 106§2 TFUE dispose uniquement que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence.

¹⁰⁶⁶ Livre vert n° COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, *Les services d'intérêt général*, p.7 et suiv.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ La situation française ne relève pas de la directive européenne du 13 juillet 2009 qui prévoit la possibilité d'instituer un monopole temporaire à un opérateur de réseaux. Cependant, pour des raisons de démonstration, il nous semblait opportun de partir des directives particulières instituant le marché intérieur de l'énergie avant d'aborder le cas particulier de la France, qui relève du droit primaire de l'Union européenne.

s'avérer nécessaires à la réalisation de cette mission de service public : la Cour de justice des communautés européennes juge qu' « à cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations particulières en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise »¹⁰⁷⁰.

385. En France, l'activité de distribution d'électricité a pour objet la desserte de l'ensemble des usagers au même tarif, sans considération de leur localisation géographique¹⁰⁷¹. L'objet de la distribution ne fait pas obstacle à la mise en concurrence. En revanche, l'introduction d'un tarif unique d'utilisation des réseaux publics d'électricité limite la mise en concurrence de ces concessions de distribution¹⁰⁷². La distribution peut être ouverte à la concurrence mais les opérateurs économiques se verront imposer un tarif unique pour leur activité de distribution, sans modulation suivant la zone géographique dans laquelle ils opèrent¹⁰⁷³. L'institution de la péréquation tarifaire encourage celui du monopole.

386. L'exemption d'ouverture à la concurrence de l'activité de distribution confirme le maintien du monopole d'Enedis. En effet, les autorités organisatrices de la distribution d'électricité, à la fin de leur contrat de concession, n'ont d'autres choix que de pérenniser leur relation contractuelle avec le distributeur national. La loi du 8 avril 1946 limite également toute possibilité de reprise en régie de cette activité par les collectivités concédantes¹⁰⁷⁴. L'atteinte au principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales se pose alors.

¹⁰⁷⁰ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, *Rec. CJCE* 1994, cons. 49.

¹⁰⁷¹ L'acheminement de l'électricité a un prix supérieur en zones rurales, éloignées des zones urbaines, dont la densité de population est moindre. Pour l'établissement d'un tarif unique pour tous les usagers, le coût de l'acheminement de l'électricité fait l'objet d'une péréquation tarifaire sur tout le territoire. Cette péréquation est assurée par le mécanisme du tarif d'utilisation des réseaux publics d'énergie.

¹⁰⁷² Dans une décision concernant la distribution de gaz (applicable à la distribution d'électricité, étant donné leurs similitudes), le Conseil Constitutionnel a jugé que l'atteinte à la liberté contractuelle des collectivités locales était justifiée par la nécessité d'assurer la cohérence du réseau concédé et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux (Cons. const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, DC n° 2006-543).

¹⁰⁷³ Il paraît peu envisageable que des opérateurs économiques souhaitent se lancer dans cette activité, car en fonction des zones géographiques, la distribution d'électricité s'effectue à un coût nettement supérieur, et si le gestionnaire ne peut pas compenser avec des zones plus rentables, l'exercice de cette activité risque de présenter un déficit d'exploitation.

¹⁰⁷⁴ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946, art. 23 : « *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* ».

C. L'obligation de délégation et la libre administration des collectivités territoriales

387. Si la centralisation de la gestion de la distribution d'électricité par un opérateur unique en situation de monopole semble se justifier pour distribuer de l'électricité à un tarif unique sur tout le territoire, la réalisation de la transition énergétique remet en question cette organisation. Le développement des énergies renouvelables et des actions de maîtrise de l'énergie, d'une part, et le renforcement de l'intercommunalité, d'autre part, encouragent les communes à « remunicipaliser » l'activité de distribution afin de s'assurer d'une cohérence entre toutes leurs politiques publiques locales énergétiques.

Mais le Conseil d'Etat défend la possibilité d'une reprise en régie de l'activité de distribution lorsqu'elle a été concédée au distributeur national. La distribution en régie ou par une entreprise publique locale ne peut avoir lieu que dans les limites géographiques de la distribution non nationalisée : « *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 ; que ces dispositions font, d'autre part, 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 soit modifié* »¹⁰⁷⁵. Le phénomène de remunicipalisation ne peut pas s'appliquer à la distribution d'électricité en l'état actuel du droit.

La question de la constitutionnalité des dispositions de la loi du 8 avril 1946 obligeant le renouvellement de la concession avec le distributeur national et interdisant la reprise en régie de la distribution d'électricité a alors été posée à deux reprises au Conseil constitutionnel.

388. Le vote de la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a donné lieu à une première saisine du Conseil constitutionnel pour un contrôle *a priori*. En l'espèce, la question concernait la constitutionnalité des dispositions relatives à la distribution du gaz et à la transformation de l'établissement public national GdF en société de droit privé, face aux principes de libre

¹⁰⁷⁵ CE, 27 novembre 2002, *SICAE de la région de Péronne*, n° 246764, *Rec. T.* cité par S. Nicinski, *op.cit.*, p. 1737.

administration des collectivités territoriales¹⁰⁷⁶ et de liberté contractuelle¹⁰⁷⁷. Le raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel qui prévaut dans cette décision pour le distributeur de gaz s'applique par analogie à la situation du distributeur d'électricité, l'organisation de l'activité étant similaire, le distributeur national assumant avec quelques entreprises locales de distribution, la distribution de gaz¹⁰⁷⁸.

Les parlementaires requérants soutenaient « *qu'en maintenant de façon illimitée l'obligation, faite aux collectivités territoriales ayant concédé à Gaz de France la distribution publique de gaz naturel, de renouveler leur concession avec cette entreprise, tout en privant cette dernière de son caractère public, le législateur a porté à la libre administration des collectivités et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée que ne justifie aucun motif d'intérêt général* »¹⁰⁷⁹. Les saisissants estimaient que « *la libre administration des collectivités territoriales, promue par l'article 72 de la Constitution, ne saurait être pareillement restreinte que si le concessionnaire obligé est une entreprise publique* »¹⁰⁸⁰. Or les capitaux publics sont minoritaires dans l'entreprise GdF¹⁰⁸¹, à la différence d'EdF.

Répondant à cet argument, le juge constitutionnel reconnaît l'atteinte à la liberté contractuelle et à la libre administration des collectivités locales qu'il justifie par « *la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution* »¹⁰⁸². Ce raisonnement est applicable à la distribution électrique qui répond aux mêmes principes que celle du gaz, à la seule différence qu'Enedis, filiale d'EdF à 100%, est une entreprise publique du fait de la détention majoritaire des capitaux d'EdF par l'Etat¹⁰⁸³. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne fait nullement état dans son raisonnement du caractère public ou privé de l'entreprise pour apprécier la proportionnalité des atteintes à la libre administration

¹⁰⁷⁶ Cons. const., 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 2010-12 QPC ; égal. Cons. const., 8 juillet 2011, *Département des Landes*, n° 2011-146 QPC.

¹⁰⁷⁷ Cons. const., 19 juillet 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle Calédonie et dépendances*, n° 83-160 DC.

¹⁰⁷⁸ La loi du 8 avril 1946 nationalise également l'activité du gaz, de manière identique à celle de l'électricité.

¹⁰⁷⁹ Cons. const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, cons. 28 et suiv.

¹⁰⁸⁰ Cons. const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, comm., *Cah. c. const.*, n° 22, juin 2007.

¹⁰⁸¹ Conf. à la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, l'Etat doit détenir à tout moment plus du tiers du capital de la société.

¹⁰⁸² Cons. const., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 31

¹⁰⁸³ Au 31 décembre 2015, l'Etat détenait 84,9% d'EdF.

des collectivités territoriales et à la liberté contractuelle. Le juge constitutionnel privilégie les exigences d'intérêt général dans son raisonnement sans prendre en considération la composition capitalistique du concessionnaire obligé. Si l'atteinte au principe de libre administration et de liberté contractuelle est justifiée dans le cadre d'une concession obligée à une entreprise privée, il semble *a fortiori* que cela sera également le cas avec une entreprise publique.

389. En lien direct avec la distribution publique d'électricité, le Comité de liaison pour les énergies renouvelables (CLER) a tenté, à l'occasion de la signature en 2009 par la mairie de Paris d'un avenant de prolongation du contrat de concession de distribution avec ErDF (devenue Enedis), d'introduire une question prioritaire de constitutionnalité. Le requérant demandait l'annulation de la délibération du conseil municipal de Paris, autorisant la signature de l'avenant de prolongation. Se prévalant d'une consultation de D. Rousseau¹⁰⁸⁴, le requérant soutenait que l'article L. 111-52 du code de l'énergie, qui fixe l'organisation de l'activité de distribution entre le distributeur et les entreprises locales de distribution, serait contraire au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales¹⁰⁸⁵, au principe de liberté contractuelle et au principe d'égalité¹⁰⁸⁶.

L'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales serait constituée par le choix imposé du concessionnaire. Conformément à la décision du Conseil constitutionnel, *loi relative au secteur de l'énergie* du 30 novembre 2006, l'atteinte à ce principe ne saurait être justifiée que pour des raisons d'intérêt général, en l'espèce la péréquation tarifaire et la cohérence du réseau. D. Rousseau réfute l'argument au motif que la situation d'un monopole ne garantit pas la péréquation tarifaire et que la cohérence du réseau pourrait également être assurée par plusieurs entreprises, dans un cadre défini par le législateur. Pour D. Rousseau, la liberté contractuelle des collectivités territoriales est malmenée par l'obligation de contracter une concession de service, « *ce qui s'apparente en tout point au régime de l'unilatéralité, de la décision imposée d'en haut* »¹⁰⁸⁷. Quant au

¹⁰⁸⁴ D. Rousseau, consultation relative à la constitutionnalité de l'article L. 111-52 du code de l'énergie, 15 mars 2012, en ligne, disponible à www.cler.org

¹⁰⁸⁵ Le principe de libre administration des collectivités territoriales inscrit à l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 relève des droits et libertés que la Constitution garantit et peut ainsi faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ; v. en ce sens : Cons. const., 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 2010-12 QPC.

¹⁰⁸⁶ v. en ce sens : Cons. const., 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, n° 87-232 DC.

¹⁰⁸⁷ D. Rousseau, *op.cit.*

principe d'égalité, D. Rousseau estime qu'il existe une différence de traitement entre les communes qui peuvent gérer la distribution de l'électricité par le biais de leurs entreprises locales de distribution et les autres qui doivent confier au distributeur la gestion de leurs réseaux. De plus, cette rupture d'égalité ne serait pas justifiée par une différence de situation.

L'instance introduite devant le Tribunal administratif de Paris puis la Cour administrative d'appel connaît la même fin : la question prioritaire de constitutionnalité est rejetée¹⁰⁸⁸ au motif que le requérant s'appuie sur des dispositions issues de l'ordonnance du 9 mai 2011 portant codification du code de l'énergie pour contester une délibération municipale du 15 décembre 2009.

390. Toutefois, les arguments soulevés par cette requête appellent quelques remarques.

Nous pouvons considérer, à l'instar du raisonnement du Conseil constitutionnel au sujet de la distribution de gaz, que l'atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales est avérée dans le cadre de la distribution d'électricité. Il est vrai également que le monopole ne garantit pas obligatoirement la péréquation tarifaire. Cependant, la possibilité pour les collectivités concédantes de reprendre en régie l'activité de distribution risquerait de porter atteinte à la qualité du service public et à sa continuité, assurées jusqu'à présent par Enedis. Le métier de distributeur exige de nombreuses compétences d'ingénierie que toutes les collectivités ne possèdent pas. Par ailleurs, la péréquation tarifaire du service de distribution, si elle n'est pas directement liée au maintien du monopole d'Enedis, évite la constitution d'un système énergétique plus complexe encore. Le principal argument justifiant ces limitations à la libre administration des collectivités territoriales, à la liberté contractuelle et au principe d'égalité réside, selon nous, principalement dans l'exigence de continuité et de qualité du service public.

Mais, l'argument n'est pas irrévocable et la loi devrait organiser la possibilité de reprise en régie après examen des conditions présentées par les collectivités territoriales par la Commission de régulation de l'énergie pour s'assurer qu'elles présentent des caractéristiques similaires à celles des entreprises locales de distribution existantes. La question est actuelle car nombre de concessions arrivent prochainement à terme, « *la majorité des concessions locales de distribution d'électricité*

¹⁰⁸⁸ TA Paris, 30 novembre 2011, *Claustre / ErDF*, n° 1011598/7-2 ; égal. CAA Paris, 25 février 2013, *Claustre / ErDF*, n° 12PA00593, inédit.

renouvelées dans les années 1990 sur la base du nouveau cahier des charges de juin 1992 a une durée de vie moyenne de l'ordre de 26 années »¹⁰⁸⁹.

391. La péréquation tarifaire au cœur du service public de la distribution électrique s'appuie sur un tarif unique d'utilisation des réseaux publics d'électricité payé par tous les consommateurs d'électricité. Le concessionnaire des réseaux de distribution est rémunéré par ce tarif déterminé pluri-annuellement par la Commission de régulation de l'énergie qui couvre les charges de son activité de distribution¹⁰⁹⁰. La présence d'un risque d'exploitation, critère constitutif du contrat de concession, se pose alors.

§2. Le risque d'exploitation dans la concession de distribution électrique

392. Le cahier des charges de la concession de distribution électrique établit des obligations contractuelles réciproques¹⁰⁹¹ : « *l'autorité concédante garantit au concessionnaire le droit exclusif d'exploiter le service de distribution d'énergie électrique sur le territoire et d'y établir les ouvrages nécessaires* », le concessionnaire étant « *responsable du fonctionnement du service et de sa gestion conformément au cahier des charges. Il l'exploite à ses risques et périls. La responsabilité résultant de l'existence des ouvrages et de l'exploitation du service concédé lui incombe* ». Le contrat prévoit la possibilité pour le concessionnaire de percevoir un prix auprès des usagers pour

¹⁰⁸⁹ S. Nicinski, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité », *AJDA*, 2010 p. 1737.

¹⁰⁹⁰ N. Foulquier, F. Rolon, « Constitution et service public », *Cah. c. const.* n° 37, octobre 2012 ; égal. CE, 9 mai 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, n° 92004, *Rec.* ; v. aussi. CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 / 88148, *Rec.* : « *Considérant que la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu à différentes catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ». Dans le cas de la distribution d'électricité, le choix a été fait, pour assurer l'électrification de tout le territoire, d'instituer une forme de solidarité entre les zones urbaines où l'acheminement de l'électricité se fait à coûts faibles et dans les zones rurales, où la distribution, pour des raisons de densité de population, a lieu à un coût supérieur.

¹⁰⁹¹ Avant les lois de décentralisation, les cahiers des charges sont établis conformément à un cahier des charges type approuvé par décret (décret n° 56-1225 du 28 novembre 1956 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 37 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, approuvant le cahier des charges type de la concession à EDF du réseau d'alimentation générale en énergie électrique, et fixant les conditions de mise en vigueur du cahier des charges de ladite concession).

La décentralisation et la suppression de la tutelle administrative abrogent l'obligation d'un cahier des charges unique. Les collectivités locales sont désormais libres de négocier leur concession avec le concessionnaire, même si l'existence d'un concessionnaire unique limite l'exercice de cette liberté (F.-M. Poupeau, « Un néo-libéralisme centralisateur-Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, vol. 18, n° 2, 2000, p. 9-10).

couvrir les obligations mises à sa charge¹⁰⁹². Le transfert au cocontractant du risque d'exploitation du service public détermine la nature concessive du contrat¹⁰⁹³.

393. L'existence d'un tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité fixé par la Commission de régulation de l'énergie à partir des prévisions d'investissement du concessionnaire « afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux »¹⁰⁹⁴ interroge quant à une exposition du concessionnaire à un risque d'exploitation¹⁰⁹⁵. Les modalités d'élaboration du tarif d'utilisation des réseaux publics d'énergie (A) et le fractionnement de la maîtrise d'ouvrage sur les réseaux (B) remettent en question la nature concessive du contrat de distribution d'électricité en limitant l'exposition au risque du concessionnaire.

A. La limitation du risque d'exploitation et le tarif d'utilisation des réseaux

394. Créée par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité témoigne de l'institutionnalisation progressive de la péréquation géographique tarifaire¹⁰⁹⁶. En effet, le principe de péréquation tarifaire préexiste au tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité qui n'est que la manifestation du principe d'égalité garanti jusqu'alors par l'établissement public national EdF¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Par ex., l'art. 1^{er} du cahier des charges de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique du Cher.

¹⁰⁹³ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cons. 18 : « le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitant à l'opérateur tout risques de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat » ; v. égal. S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI* 2015, p. 8.

¹⁰⁹⁴ C. ener, art. L. 341-2.

¹⁰⁹⁵ Ord. n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 5.

¹⁰⁹⁶ F.-M. Poupeau, « La fabrique d'une solidarité nationale. Etat et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », *Revue française de science politique*, 2007/5, vol. 57 ; v. égal. loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 5.

¹⁰⁹⁷ L'instauration du tarif d'utilisation des réseaux publics d'énergie (TURPE) vise à couvrir les dépenses du transport et de la distribution d'électricité qui étaient auparavant gérées par l'établissement public national EdF. Le TURPE est créé dans le cadre de la séparation des activités et l'ouverture à la concurrence de la fourniture et de la production

395. La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie qui confie aux communes l'activité de distribution d'électricité entraîne la cohabitation de nombreux tarifs locaux de distribution¹⁰⁹⁸. Le rassemblement des communes en syndicats départementaux d'électrification marque la première étape de l'institutionnalisation de la péréquation tarifaire : les communes transfèrent leur compétence aux syndicats chargés d'établir un tarif unique de distribution pour leurs adhérents¹⁰⁹⁹.

La création de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies dans les années 1930¹¹⁰⁰ constitue une étape importante de l'instauration de la péréquation tarifaire au soutien du développement des usages de l'électricité en zone rurale¹¹⁰¹. Cependant, l'établissement d'une péréquation départementale et « *a fortiori nationale, n'est pas encore à l'ordre du jour* »¹¹⁰². L'harmonisation des grilles tarifaires de distribution entre zones rurales et urbaines par une catégorisation des communes est alors la voie retenue pour réduire les écarts de tarifs¹¹⁰³. Les différences tarifaires entre urbains et ruraux demeurent cependant importantes¹¹⁰⁴ et une réforme des tarifs est entreprise au début des années 1950¹¹⁰⁵ à l'initiative de la Fédération nationale des collectivités concédantes

d'électricité afin que tous les nouveaux concurrents contribuent aux coûts de distribution pour maintenir ce principe d'égalité.

¹⁰⁹⁸ F.-M. Poupeau, « De quand date la péréquation des tarifs domestiques de l'électricité en France ? Retour sur quelques fausses évidences », note pour le groupe n° 5 « Gouvernance » du Débat national sur la transition énergétique, 2012 - 2013, p. 2.

¹⁰⁹⁹ La création des premiers syndicats d'électrification rurale à partir du début des années 1920, première forme d'intercommunalité française marque le premier mouvement de péréquation géographique tarifaire. Le tarif appliqué est valable pour tout le ressort territorial du syndicat. Le mouvement demeure cependant, infra-départemental, les sociétés privées et les élus refusant l'établissement d'une solidarité départementale. Le rapport Génissieu en 1934 « *fait état d'une forte disparité tarifaire entre régions mais aussi au sein même des départements, conséquence directe de ces réticences locales à une plus forte intégration* » (F.-M. Poupeau, *ibid.*).

¹¹⁰⁰ La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) est une association de collectivités territoriales, créée en 1933, pour l'organisation de services publics (énergie, eau, numérique, déchet). La création de la FNCCR repose sur l'idée que « *les communes ne sont plus en mesure de faire face à des concessionnaires de plus en plus concentrés, lesquels imposent de fait leurs conditions financières* », *Bulletin FNCCR* n° 2, octobre-novembre 1934, cité par F.-M. Poupeau, « La fabrique d'une solidarité nationale. Etat et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », *op.cit.*

¹¹⁰¹ Le développement des usages de l'électricité en zone rurale dépend des prix, qui sont encore trop élevés dans les années 1930 (F.-M. Poupeau, *ibid.*).

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ Le classement des communes est organisé par le décret-loi du 16 juillet 1935 tendant à l'abaissement du prix de l'électricité et le décret-loi du 17 juin 1938 relatif aux mesures destinées à assurer le développement de l'équipement électrique en France.

¹¹⁰⁴ Le rapport serait de 1,6 pour l'éclairage et de 1,7 pour la force motrice entre Paris et les communes de moins de 2000 habitants d'après F.-M. Poupeau, *op.cit.*

¹¹⁰⁵ En 1946, lors de l'élaboration de la loi de nationalisation, Paul Ramadier, rapporteur de la loi confie « qu'il serait vain, et d'ailleurs injuste, de rechercher un tarif unique ». L'établissement d'un tarif unique est alors considéré par les élus locaux comme une atteinte à leurs prérogatives locales (F.-M. Poupeau, *ibid.*).

et régies qui promeut le développement des usages électriques en zones rurales comme symbole de modernité¹¹⁰⁶. Une péréquation tarifaire départementale est alors créée, permettant l'instauration d'une réelle harmonisation des tarifs tout en laissant aux autorités concédantes plus de liberté qu'une péréquation nationale pour déterminer leurs tarifs¹¹⁰⁷. Mais pour EdF, une fois accepté le principe d'effacer « *les principales distorsions de coûts qui concernaient les différences de desserte entre villes et campagnes* »¹¹⁰⁸, la péréquation doit aller plus loin. Une péréquation tarifaire régionale est ainsi progressivement mise en place dès 1963¹¹⁰⁹ avant de procéder à l'uniformisation nationale des tarifs domestiques au début des années 1990¹¹¹⁰.

396. La création du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité intervient lors de la séparation des activités et de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique. Le coût de la distribution jusqu'alors supporté par l'établissement public national EdF est désormais partagé entre les différents fournisseurs d'électricité. L'instauration d'un tarif unique d'utilisation des réseaux pour tous les fournisseurs d'électricité vise à « *garantir un accès transparent et non discriminatoire aux réseaux publics, afin de permettre une concurrence non faussée entre les fournisseurs d'électricité* »¹¹¹¹ et à assurer le raccordement de l'ensemble des consommateurs et des producteurs d'électricité.

Ce tarif, calculé de manière non discriminatoire à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux, finance les charges engagées par le distributeur pour l'exploitation, le développement et l'entretien des réseaux¹¹¹². Le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité couvre le coût de l'acheminement de l'électricité aux usagers¹¹¹³. Il répartit de façon non discriminatoire les coûts

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ La FNCCR souhaite préserver le pouvoir de négociation des autorités locales concédantes, l'établissement d'une péréquation nationale « *ferait le jeu des centralisateurs et viderait les contrats de concessions d'une bonne partie de leur substance* » (*ibid.*).

¹¹⁰⁸ F-M. Poupeau, *ibid.*, p. 4.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ C. ener., art. L. 341-2 ; égal. CRE, Tarifs d'accès au réseau et prestations annexes, disponible en ligne : <http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes> consulté le 31 août 2016.

¹¹¹² C. ener., art. L. 322-8.

¹¹¹³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 4.

entre les consommateurs d'électricité raccordés aux réseaux qui prélèvent de l'électricité et les producteurs raccordés aux réseaux qui y injectent l'électricité qu'ils produisent¹¹¹⁴. Le coût de l'utilisation du réseau est facturé aux fournisseurs d'électricité qui le répercutent ensuite aux consommateurs finaux d'électricité¹¹¹⁵. Ce tarif couvre « *l'ensemble des coûts supportés* » par les gestionnaires de réseaux de distribution (Enedis et les entreprises locales de distribution), indépendamment des résultats de l'exploitation de l'activité concédée.

397. L'instauration d'un tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité repose sur une répartition non discriminatoire du coût de l'acheminement de l'électricité visant à garantir un égal accès aux usagers à travers le principe de la péréquation tarifaire (1). La recherche d'efficacité guidant la détermination de ce tarif (2) et les coûts couverts par ce dernier (3) ne font pas état d'une exposition à un risque d'exploitation, critère de qualification du contrat de concession¹¹¹⁶.

1) Le principe de la péréquation tarifaire

398. L'article L. 121-1 du code de l'énergie dispose que le service public de l'électricité, « *matérialisant le droit de tous à l'électricité, est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts et d'efficacité économique, sociale et énergétique* ». L'instauration d'une péréquation géographique tarifaire est présentée comme la manifestation du principe d'égalité du service public de l'électricité¹¹¹⁷ : le tarif d'acheminement de l'électricité (traduit dans le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité) est identique pour tous les usagers, sans différence de situation entre la desserte électrique en zones urbaines et rurales. Tous les fournisseurs payent le même tarif d'utilisation qu'ils répercutent ensuite auprès de leurs consommateurs de manière identique.

¹¹¹⁴ Décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, art. 3.

¹¹¹⁵ CRE, Tarifs d'accès au réseau et prestations annexes, en ligne, disponible à : <http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes> consulté le 31 août 2016.

¹¹¹⁶ CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T., AJDA*, 2008, p. 2454, note L. Richer : le risque peut être limité, tant qu' « *une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ». Or, en l'espèce, la rémunération du concessionnaire n'est pas liée aux résultats de son exploitation mais déterminée en amont.

¹¹¹⁷ Y. Simonnet, fasc. 154, « Electricité », *JCP A*, 20 juillet 2012.

399. Le Conseil d'Etat a fixé les règles de traitement des usagers du service public à l'occasion de sa décision du 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* relative à la fixation de tarifs de péage différents suivant la qualité de résident. Le juge administratif considère que « *la fixation de tarifs différents applicables pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ».

F.-M. Poupeau applique ce principe à la distribution d'électricité : « *à conditions de desserte identiques, tout usager doit être traité comme un autre, ce qui laisse la voie ouverte à une différenciation tarifaire si des contraintes d'exploitation et de gestion le justifient* »¹¹¹⁸. Dans le cadre de la distribution d'électricité, les contraintes d'exploitation entre les zones rurales et urbaines ne sont pas identiques, le coût réel d'acheminement de l'électricité variant selon la géographie et la densité de population¹¹¹⁹. Toutefois, le choix a été de traiter tous les usagers de manière identique et de créer une « *forme de solidarité territoriale* »¹¹²⁰. La décision est politique : les frais d'acheminement de l'électricité sont partagés, de manière égale entre tous les usagers, sans discrimination géographique¹¹²¹.

400. Cette décision est d'autant plus politique que l'instauration d'une égalité entre les usagers du service public de l'électricité par l'établissement d'une péréquation tarifaire renforce la centralisation et le monopole de l'activité de distribution électrique¹¹²².

¹¹¹⁸ F.-M. Poupeau, « De quand date la péréquation des tarifs domestiques de l'électricité en France ? Retour sur quelques fausses évidences », *Revue française de science politique*, 2007.

¹¹¹⁹ Eu égard à la distance parcourue par l'énergie entre le site de production et le site consommateur.

¹¹²⁰ F.-M. Poupeau, « La fabrique d'une solidarité nationale. Etat et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », *Revue française de science politique*, 2007/5, n° 57, pp. 599-628.

¹¹²¹ Le choix de cette égalité artificielle cherche, par ailleurs, à limiter l'exode rural. Les zones rurales ne doivent pas cumuler les inconvénients face aux territoires urbains. L'objectif de la péréquation tarifaire est de lisser les différenciations géographiques ressenties dans le prix d'acheminement (F.-M. Poupeau, *ibid.*).

¹¹²² La péréquation tarifaire justifie également la suppression du fractionnement de la maîtrise d'ouvrage étant donné que le TURPE couvre toutes les dépenses liées à l'exercice du service public de la distribution électrique, cependant pour des raisons politiques, la maîtrise d'ouvrage et le fonds d'amortissements des charges d'électrification ont été maintenu ; v. en ce sens : G. Bouvier, « Enjeux géopolitiques autour de la distribution d'électricité en France », *Hérodote*, n° 110, pp. 71 – 87.

2) *La recherche d'efficacité dans la détermination du tarif d'utilisation des réseaux*

401. L'élaboration du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité par la Commission de régulation de l'énergie est guidée par trois principes tarifaires : la tarification dite « *du timbre-poste* » (la distance parcourue par l'énergie est indépendante de la tarification)¹¹²³, le principe de la péréquation tarifaire et le principe de la couverture des coûts¹¹²⁴. Les modalités de calcul du tarif sont élaborées de manière à couvrir l'ensemble des coûts supportés par Enedis et les entreprises locales de distribution tant qu'ils correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace¹¹²⁵. Le tarif d'utilisation des réseaux est fixé pluri-annuellement sur la base d'une estimation de coûts des gestionnaires des réseaux de distribution établis suivant les trajectoires prévisionnelles des charges d'exploitation et de capital¹¹²⁶.

402. Le code l'énergie dispose que le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité ne couvre que l'activité efficace d'un gestionnaire de réseaux de distribution¹¹²⁷, sans que les contours en soient définis en droit français comme en droit de l'Union européenne¹¹²⁸. « *Qui produit l'effet qu'on en attend* »¹¹²⁹ telle est la définition d'une action efficace livrée par le Grand Robert de la langue française. Appliquée à la distribution d'électricité, l'activité du gestionnaire serait efficace à partir du moment où elle répond aux objectifs qui lui sont assignés. Le distributeur serait ainsi soumis à une obligation de résultat¹¹³⁰. En effet, les gestionnaires de réseaux conçoivent et exploitent ces réseaux de façon à assurer une desserte en électricité d'une qualité régulière, définie et

¹¹²³ Règlement CE 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, art. 14 al. 1 : « *Les redevances d'accès aux réseaux ne sont pas fonction de la distance* ».

¹¹²⁴ CRE, Tarifs d'accès au réseau et prestations annexes, <http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes>, consulté le 01 septembre 2016.

¹¹²⁵ C. ener., art. L. 341-2.

¹¹²⁶ Les charges d'exploitation couvrent l'exploitation et la maintenance des réseaux, la compensation des pertes sur les réseaux, la relève des compteurs et la réalisation des interventions techniques, les charges de capital couvrant le coût des investissements réalisés par les gestionnaires de réseaux (l'amortissement industriel des biens et la rémunération des capitaux immobilisés).

¹¹²⁷ C. ener., art. L. 341-2.

¹¹²⁸ La recherche de la définition en droit de l'union européenne se justifie au regard de la création d'un marché intérieur de l'électricité.

¹¹²⁹ Le Grand Robert de la langue française en ligne, mot « efficace ».

¹¹³⁰ Une obligation est de résultat lorsque le débiteur a promis de parvenir à un résultat déterminé. L'inexécution de cette obligation est caractérisée lorsque le résultat en question n'a pas été atteint, seul le cas de force majeure peut délivrer le cocontractant de son obligation de résultat. En l'espèce, le distributeur est chargé de distribuer une électricité de qualité sur tout le territoire, à défaut, des pénalités sont prévues, sauf en cas de force majeure. L'article 1231-1 du

compatible avec les utilisations usuelles de l'énergie électrique¹¹³¹. Les articles L. 322-8 et suivants du code de l'énergie énumèrent les différentes missions du gestionnaire pour répondre à cette obligation de desserte électrique de qualité. Tant que le gestionnaire de réseau honore son obligation de résultat, ses coûts sont légitimes et couverts par le tarif d'utilisation des réseaux¹¹³².

403. L'efficacité de la gestion des réseaux de distribution engendre le versement du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité aux opérateurs. Le Président de la Commission de régulation de l'énergie, P. de Ladoucette, en audition devant le conseil d'administration de la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies, le 22 septembre 2016, rappelle que les tarifs d'utilisation des réseaux « *n'ont jamais eu et n'ont pas vocation à apporter la trésorerie nécessaire à la réalisation des investissements. Il revient à l'actionnaire de s'assurer que le distributeur dispose des moyens financiers pour les réaliser. En contrepartie, une rémunération est versée par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité tout au long de la durée de vie des investissements. Le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité ne peut compenser les moyens financiers que l'actionnaire EDF refuserait de mettre à disposition de sa filiale Enedis, alors même que le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité assure la rémunération sur le long terme de ces investissements* ». Le distributeur assume les investissements dont la rentabilité est assurée par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité. Ainsi le contrôle de l'efficacité de la gestion peut être opéré, les investissements réalisés ne dépendant pas des fonds issus du tarif d'utilisation des réseaux. La Commission de régulation de l'énergie a donc les moyens de ne pas intégrer certains investissements réalisés dans le calcul du tarif si elle estime qu'ils ne correspondent pas à ceux d'un gestionnaire efficace.

code civil fonde l'obligation de résultat en disposant que le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. En effet, l'art. L. 322-12 c. ener. dispose que les gestionnaires de réseaux conçoivent et exploitent les réseaux de façon à assurer une desserte en électricité d'une qualité régulière, définie et compatible avec les utilisations usuelles de l'énergie électrique. Les niveaux de qualité et les prescriptions techniques en matière de qualité qui doivent être respectées par les gestionnaires sont définis par voie réglementaire (M. Latina, « Les obligations de moyens et de résultat », en ligne, Dalloz, consulté le 24 mai 2017).

¹¹³¹ C. ener., art. L. 322-12.

¹¹³² L'annulation du TURPE fondée sur le défaut d'efficacité ne s'est pas encore présentée. Le seul cas d'annulation du TURPE par le Conseil d'Etat était fondé sur de la méthode comptable appliquée « *erronée en droit* » (CE, 28 novembre 2012, *Société Direct énergie et autres*, n° 330548, Rec. T.).

404. Cependant, le gestionnaire n'est pas pour autant exposé un risque d'exploitation. L'article 5 de la directive du 26 février 2014 relative à l'attribution de contrats de concession dispose que l'attribution d'une concession de service implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces services. Le risque est constitué lorsqu'il existe « *une incertitude sur le fait que les recettes engendrées par l'exploitation ajoutées aux éventuelles subventions fournies par le pouvoir adjudicateur ne couvrent pas les investissements ou les coûts supportés pour cette exploitation* »¹¹³³. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions normales de marché, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des services qui font l'objet de la concession. Or, dans le cas de la distribution d'électricité, aussi longtemps que le concessionnaire remplit les missions qui lui ont été attribuées par la loi¹¹³⁴, le risque d'exploitation n'est pas constitué car le concessionnaire est assuré de bénéficier du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité. En effet, le distributeur est assuré d'amortir les investissements qu'il a réalisés car le tarif d'utilisation des réseaux est établi sur ses prévisions d'investissement. Il n'existe pas d'incertitude quant au fait que les recettes couvrent les coûts de l'exploitation de distribution, puisqu'elles sont déterminées à l'avance en fonction des charges d'exploitation estimées par le distributeur.

405. Au regard des principes guidant l'élaboration du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité, les gestionnaires de réseaux ne sont pas exposés à un risque d'exploitation, caractéristique du contrat de concession. Cependant, l'élaboration du calcul du tarif, qui repose sur les prévisions d'investissements des gestionnaires des réseaux pour l'exercice de leurs missions de service public, doit être étudié.

¹¹³³ S. Braconnier, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI*, 2015, p. 8.

¹¹³⁴ C. ener., art. L. 322-8 : le concessionnaire exerce sept missions principales à savoir la définition et la mise en œuvre des politiques d'investissement et de développement des réseaux, la conception et la construction des ouvrages, la conclusion et la gestion des contrats de concession, l'ouverture de l'accès aux réseaux, l'exploitation et la maintenance des réseaux et l'exercice d'activité de comptage pour les utilisateurs raccordés à son réseau.

3) *Le coût de l'activité de distribution et le tarif d'utilisation des réseaux*

406. Le tarif d'utilisation des réseaux couvre la totalité des charges nettes comptables du gestionnaire auxquelles s'ajoutent la rémunération des capitaux propres comptables¹¹³⁵ et l'apurement du solde du compte de régulation des charges et des produits¹¹³⁶. Suivant la définition de ces postes de dépenses, le gestionnaire des réseaux de distribution peut être confronté à un risque d'exploitation si un aléa lié à l'offre ou à la demande existe.

a) *Les charges nettes comptables du distributeur*

407. Les charges nettes comptables supportées par les gestionnaires de réseau correspondent aux données variables du calcul du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité : elles dépendent des usagers du service public. Elles sont réparties en trois postes principaux : une composante de gestion, de comptage et de soutirage¹¹³⁷.

408. La composante de gestion désigne les coûts liés à l'accueil, la gestion et la facturation des utilisateurs du réseaux. La composante de comptage correspond aux coûts des mesures, de l'entretien et du renouvellement des matériels de comptage. Ces deux composantes constituent la part prévisible du tarif d'utilisation, elles varient en fonction du nombre d'utilisateurs raccordés au réseau. La composante de soutirage, destinée à couvrir les charges d'exploitation et d'investissement des infrastructures de réseau, dépend du niveau de tension de raccordement. Son volume est variable en fonction de l'énergie soutirée sur le réseau (en raisons notamment des conditions météorologiques). Cette composante inclut également le rachat des pertes sur le réseau¹¹³⁸ qui, en 2009,

¹¹³⁵ Décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution, art.2 : les coûts inclus dans le calcul du TURPE comprennent en particulier les coûts de gestion et d'exploitation des réseaux publics, les coûts des pertes d'énergies, les coûts liés au comptage et à la facturation, les coûts de maintenance, de développement et de renforcement des réseaux publics, la rémunération du capital investi.

¹¹³⁶ Consultation publique de la Commission de régulation de l'énergie du 5 février 2013 relative à l'élaboration des tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT à la suite de l'annulation par le Conseil d'Etat des troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, 5 février 2013.

¹¹³⁷ V. en ce sens le site de la CRE : <http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes> consulté le 01 septembre 2016.

¹¹³⁸ L'acheminement de l'électricité est une opération qui consomme en elle-même de l'énergie, correspondant à des dissipations de chaleur par échauffement des conducteurs (CRE, *Les dispositifs de couverture des pertes d'énergies des réseaux publics d'électricité*, Rapport de synthèse, mars 2010).

représentaient 6% de l'énergie distribuée¹¹³⁹. Ces pertes, assumées par le gestionnaire, dépendent du dimensionnement, de la qualité et des usages du réseau. Elles constituent une variable importante dans le calcul du tarif¹¹⁴⁰.

409. Ces charges nettes comptables pourraient correspondre à un aléa lié à la demande (en fonction des raccordements et soutirages sur le réseau), cependant en raison du principe de couverture intégrale des coûts liés à l'activité de service public par le tarif d'utilisation des réseaux, le critère du risque d'exposition n'est pas constitué.

b) La rémunération des capitaux propres

410. Les capitaux propres correspondent aux apports, primes d'émission et primes assimilées, résultats d'exercice, subventions d'investissement, provisions réglementées et réserves¹¹⁴¹. La rémunération de ces capitaux correspond à leur rentabilité. Cette rémunération est une charge de capital que le tarif d'utilisation couvre en la calculant sur une base d'actifs régulés¹¹⁴².

411. Le calcul et la couverture par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité de la rémunération de ces capitaux vise à encourager les actionnaires à investir en capitaux propres, à la place du recours à l'endettement pour financer les investissements nécessaires à l'exercice de leur mission de service public¹¹⁴³. En effet, la Commission de régulation de l'énergie, lors de la

¹¹³⁹ ERDF, *Présentation aux membres du groupe de travail de la CRE sur les pertes, La compensation des pertes à ERDF*, avril 2009.

¹¹⁴⁰ En 2009, lors de l'élaboration du troisième tarif d'utilisation des réseaux publics, la CRE prévoyait un coût annuel des pertes sur le réseau d'environ 2,1 milliards d'euros, soit plus de 13% des charges couvertes par le tarif. En effet, les gestionnaires de réseaux sont chargés d'assurer l'équilibre entre l'offre et la demande électrique sur les réseaux et pour compenser les pertes dues au transport, ils achètent l'énergie nécessaire à la compensation des pertes, qu'ils répercutent ensuite aux consommateurs (CRE, *op.cit.*, p. 8).

¹¹⁴¹ Banque de France, Direction des entreprises, *Référentiel des financements des entreprises, Les différentes sources de financement des entreprises*, fiche n° 102, mars 2010.

¹¹⁴² La méthode de calcul établie par la délibération du 12 décembre 2013 relative au TURPE 4 HTA-BT correspond à la somme d'une « *marge sur actif sur la valeur total de la base d'actifs régulés procurant au gestionnaire de réseau une marge raisonnable* » avec une rémunération des capitaux propres régulés, des charges financières éventuelles et de l'ensemble des dotations aux amortissements et aux provisions pour renouvellement. Si la rémunération des actifs régulés doit être raisonnable pour prendre en compte l'exploitation aux risques et périls du concessionnaire, la détermination préalable de cette rémunération, sans supprimer le risque d'exploitation, le limite fortement. Combiné au compte de régulation des charges et produits, la concession de distribution n'est pas réellement exposée à un risque d'exploitation au regard de ce que le TURPE couvre.

¹¹⁴³ CRE, délibération du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT, p.17 : e TURPE ne détermine pas le niveau des investissements, « *mais au*

délibération du 17 novembre 2016 relative au cinquième tarif d'utilisation, a reconduit la méthode de calcul des charges de capital du quatrième tarif en réévaluant les paramètres financiers. Les investissements financés par les capitaux propres d'Enedis sont alors rémunérés à un taux de 6,7% pour inciter le financement des investissements nécessaires à la gestion et au développement des réseaux de distribution par l'actionnaire, c'est à dire EdF¹¹⁴⁴.

412. A chaque nouveau tarif, la Commission de régulation de l'énergie détermine le taux de rémunération des capitaux propres investis. Ainsi, toute exposition aux risques de marché ne peut être constitué par cette composante du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité.

c) Le compte de régulation des charges et produits

413. Le compte de régulation des charges et produits est un compte « où sont imputés, pour des postes préalablement identifiés, les écarts entre les charges et produits réels du gestionnaire de réseaux publics et les charges et les produits sur la base desquels les délibérations tarifaires de la Commission de régulation de l'énergie sont fondées »¹¹⁴⁵. Le mécanisme de ce compte permet de mesurer et de compenser, pour des postes identifiés, les écarts entre les réalisations et les prévisions¹¹⁴⁶ et de recouvrer les charges et les produits « difficilement prévisibles et non maîtrisables » lors de l'utilisation des réseaux publics électriques¹¹⁴⁷.

414. Les charges d'exploitation (achat de pertes, accès au réseau public de transport, valeur nette comptable des immobilisations démolies) et les produits d'exploitation (recettes de prestations et contribution de raccordement) constituent les deux postes éligibles au compte de régulation des charges et produits. Pour la Commission de régulation de l'énergie, ce mécanisme permet ainsi au gestionnaire d'être « assuré de recouvrer l'amortissement et la rémunération du capital

contraire, c'est la trajectoire prévisionnelle des investissements communiquée par Enedis qui sert à déterminer le niveau du tarif ».

¹¹⁴⁴ CRE, *ibid.*, p. 6.

¹¹⁴⁵ CRE, consultation publique du 5 février 2013 relative à l'élaboration des tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA et BT à la suite de l'annulation par le Conseil d'Etat des troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, p. 3.

¹¹⁴⁶ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie portant projet de décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT, 13 novembre 2013, p. 9.

¹¹⁴⁷ V. le site de RTE France : <http://www.rte-france.com/fr/article/un-modele-stable-pour-agir-dans-la-duree> consulté le 1^{er} septembre 2016.

associés aux investissements réalisés. Il ne court donc pas de risque financier même dans l'hypothèse où les investissements dépassent les hypothèses retenues »¹¹⁴⁸.

Ce compte de régulation est apuré lors des évolutions annuelles du tarif d'utilisation des réseaux¹¹⁴⁹. La contribution du compte de régulation des charges et produits à la variation annuelle des tarifs est limitée à plus ou moins 2%¹¹⁵⁰. En fonction de l'état de ce compte, l'apurement entraînera des diminutions ou des augmentations de charges à recouvrer par le tarif d'utilisation au cours des années suivantes. Ce compte de régulation permet l'ajustement annuel des tarifs d'utilisation des réseaux pour la couverture des coûts non prévus lors de l'élaboration du tarif. Ainsi, le gestionnaire n'est pas non plus exposé à un risque d'exploitation par cette composante du tarif d'utilisation des réseaux.

415. Il apparaît que les principes et les composantes du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité couvrent le risque d'exploitation que le concessionnaire est supposé supporter. Ce risque d'exploitation est d'autant plus limité que les investissements sur le réseau sont partagés entre les collectivités organisatrices de la distribution d'électricité et le distributeur. En effet, la construction du tarif par la Commission de régulation de l'énergie vise à couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de réseaux de distribution (Enedis et les entreprises locales de distribution) comprenant notamment les investissements sur le réseau¹¹⁵¹. Le partage de la maîtrise d'ouvrage sur les réseaux allège le risque d'exploitation du concessionnaire qui, d'une part, voit ses investissements financés par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité et, d'autre part, n'est pas responsable de la totalité des investissements.

¹¹⁴⁸ CRE, délibération du 12 décembre 2013 portant décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT.

¹¹⁴⁹ Les tarifs d'utilisation des réseaux sont définis pour une durée quadriennale et sont soumis à une évolution mécanique au 1^{er} août de chaque année en fonction de l'évolution de l'inflation et de l'apurement du compte de régulation des charges et des produits, v. en ce sens CRE, consultation publique relative à l'évolution annuelle au 1^{er} août 2016 des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTB, HTA et BT, 3 mai 2016.

¹¹⁵⁰ CRE, délibération du 13 novembre 2013 portant projet de décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT.

¹¹⁵¹ C. ener., art. L. 341-2 et suiv.

B. La répartition des risques et le fractionnement de la maîtrise d'ouvrage

416. Les gestionnaires de réseaux sont chargés de distribuer une électricité de qualité, dépendant de la continuité d'alimentation, de la qualité de l'onde de tension et de la qualité de service. Les gestionnaires de réseaux doivent ainsi respecter des seuils relatifs à la continuité d'alimentation et au niveau de tension¹¹⁵². En cas de non-respect des critères, un abattement tarifaire les sanctionne¹¹⁵³.

Pour répondre à ces exigences qualitatives, un investissement continu, correspondant aux travaux de raccordements des utilisateurs des réseaux et des producteurs énergétiques, à l'extension et au renforcement des lignes de distribution et aux travaux de maintenance ou d'enfouissement des réseaux¹¹⁵⁴, est nécessaire. En fonction de la nature des réseaux (moyenne ou basse tension) et de leur localisation géographique (zone urbaine ou rurale), ces travaux sont exercés sous deux maîtrises d'ouvrage différentes : celle de la collectivité concédante de la distribution d'électricité ou celle du distributeur. Le partage de la maîtrise d'ouvrage diminue d'autant les charges d'exploitation du concessionnaire et limite son exposition au risque car il n'assume pas la totalité des investissements sur le réseau.

417. La loi du 15 juin 1906 dispose que le concessionnaire est le maître d'ouvrage de principe de l'ensemble des travaux d'établissement, d'entretien et de renouvellement des ouvrages¹¹⁵⁵ : l'article 10 dispose ainsi que « *la concession confère à l'entrepreneur le droit d'exécuter sur les voies publiques et leurs dépendances tous travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages en se conformant aux conditions du cahier des charges, des règlements de voirie et des règlements d'administration publique* ». L'article L. 322-8 du code de l'énergie issu de l'ordonnance de codification du code de l'énergie du 9 mai 2011¹¹⁵⁶ le réaffirme : le gestionnaire du réseau de distribution a pour mission « *d'assurer la conception et la construction des ouvrages ainsi*

¹¹⁵² V. le site de la CRE : <http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/qualite-de-l-electricite>, consulté le 31 août 2016.

¹¹⁵³ Décret n° 2014-1492 du 11 décembre 2014 modifiant le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

¹¹⁵⁴ Chapitre II du cahier des charges type de la concession de distribution électrique relatif aux travaux intéressant le réseau concédé.

¹¹⁵⁵ J.-F. Vaquieri, « Qui doit exercer la maîtrise d'ouvrage ? Le point de vue de l'opérateur historique », *Contrats publics*, n° 109, avril 2011.

¹¹⁵⁶ Ord. n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

que la maîtrise d'œuvre des travaux réalisés à ces réseaux, en informant annuellement l'autorité organisatrice de la distribution de leur réalisation ».

L'article 36 de la loi de nationalisation du 8 avril 1946 repris à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales et à l'article L. 322-6 du code de l'énergie introduit cependant une exception : « 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 »¹¹⁵⁷. Le régime de la maîtrise d'ouvrage de la distribution d'électricité déroge ainsi au droit commun de la concession : la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau est fractionnée entre le concessionnaire et l'autorité organisatrice de la distribution d'électricité¹¹⁵⁸.

418. Le fractionnement de la maîtrise d'ouvrage résulte des stipulations du cahier des charges¹¹⁵⁹. En leur absence, le concessionnaire est responsable de l'exécution de tous les travaux sur le réseau concédé¹¹⁶⁰. L'étude de différents cahiers des charges de concession de la distribution électrique¹¹⁶¹ montre que le fractionnement de la maîtrise d'ouvrage dépend des zones géographiques. En milieu urbain, le concessionnaire réalise la majeure partie des travaux sur le réseau : les travaux de développement, de renforcement et de maintenance. En milieu rural, le concessionnaire

¹¹⁵⁷ C.ener., art. L. 322-6 ; égal. CGCT, art. L. 2224-31.

¹¹⁵⁸ Le partage de la maîtrise d'ouvrage a lieu uniquement entre la commune ou intercommunalité concédante et le gestionnaire, l'usager du service public d'électricité ne peut se substituer à l'autorité organisatrice du réseau ou à son concessionnaire pour faire réaliser des travaux de raccordement (T.A. Basse Terre, 19 février 2015, *Sté Jim*, n° 1301643).

¹¹⁵⁹ Cahier des charges de la concession, art. 10 : « L'exploitation des ouvrages de la concession est assurée par le concessionnaire, à ses frais et sous sa responsabilité. Les travaux que l'autorité concédante pourrait être amenée à réaliser, en application de l'article 36 de la loi 8 avril 1946, feront l'objet d'une convention particulière avec le concessionnaire ».

¹¹⁶⁰ CAA Lyon, 3^{ème} ch., 8 janvier 2013, *SIEEN*, n° 11LY02198 : « Considérant qu'il résulte de ces stipulations que, à l'exception des droits que l'autorité concédante s'est expressément réservés, les parties à la convention ont entendu confier au concessionnaire la réalisation de l'ensemble des ouvrages nécessaires à l'exploitation du service de distribution d'énergie électrique ; qu'aucune stipulation contractuelle ne confiant expressément à l'autorité concédante la maîtrise d'ouvrage des travaux de raccordement au réseau des producteurs d'énergie, celle-ci doit être regardée comme incombant à ERDF ».

¹¹⁶¹ Plusieurs cahiers des charges ont été étudiés : ceux des concessions signées entre le distributeur et le syndicat départemental des collectivités concédantes d'électricité et de gaz du Cher, le syndicat mixte d'électrification du département des Bouches du Rhône, le syndicat départemental d'électricité de Meurthe et Moselle, le syndicat d'électricité de la Drôme, le syndicat d'électricité du département de l'Oise, le syndicat intercommunal d'électricité d'Indre et Loire, la commune de Le Trait.

assure l'exploitation, l'entretien et la maintenance du réseau de distribution basse tension¹¹⁶² ainsi que les travaux de renforcement et le renouvellement des réseaux de moyenne tension, la collectivité organisatrice de la distribution assurant la maîtrise d'ouvrage des travaux de renforcement et d'extension sur le réseau basse tension¹¹⁶³, ainsi que les travaux d'esthétisme (enfouissement des réseaux)¹¹⁶⁴.

419. Le partage de la maîtrise d'ouvrage en zone rurale résulte des débuts de l'électrification rurale. Au XIX^{ème} siècle, lorsque l'électricité se développe dans les villes, les campagnes en sont exclues¹¹⁶⁵. Développer l'électricité dans les campagnes est un enjeu pour répondre à la crise agricole, augmenter le confort et allonger l'espérance de vie. Cependant, « *tandis que l'électricité industrielle prend son envol et améliore rapidement ses performances, l'électricité agricole ne décolle pas et sa consommation stagne jusqu'au premier conflit mondial* »¹¹⁶⁶. Le développement de l'électricité en zone rurale n'intéresse pas les capitaux privés des entreprises d'électricité. Les notables ruraux, favorables à l'électrification, mobilisent alors l'autorité communale qui assume les travaux¹¹⁶⁷. Depuis, le maintien du partage de la maîtrise d'ouvrage résulte de l'influence des syndicats d'électrification rurale¹¹⁶⁸ : « *les syndicats d'électricité sont jaloux de leur pouvoir de maîtrise d'ouvrage car c'est précisément sur les travaux de renforcement ou d'enfouissement des réseaux que le pouvoir local des présidents de syndicats ou des membres du bureau syndical s'exprime et prospère le mieux. La programmation des investissements et la conduite des travaux provoquent un jeu d'influence qui pourrait dériver vers un clientélisme électoral* »¹¹⁶⁹. Le financement de ces

¹¹⁶² Les lignes de basse tension électrique alimentent les habitations, les lignes moyenne tension transportent l'électricité du réseau de transport à très haute tension jusqu'aux clients industriels et grosses entreprises.

¹¹⁶³ Ces travaux bénéficient d'une aide lorsqu'ils sont effectués sur les communes dont la population totale est inférieure à deux mille habitants et qui ne sont pas comprises dans une unité urbaine dont la population est supérieure à cinq mille habitants. On appelle unité urbaine, une commune ou un ensemble de communes présentant une zone de bâti continu (sans coupure de plus de 200 mètres entre deux constructions) comptant au moins deux mille habitants d'après l'INSEE.

¹¹⁶⁴ Les travaux d'esthétisme sont également, pour partie sous maîtrise d'ouvrage du concédant en régime urbain.

¹¹⁶⁵ En 1918, seulement 20% des 38 014 communes françaises sont raccordées au réseau électrique : il s'agit de communes urbaines.

¹¹⁶⁶ A. Berthonnet, « L'électrification rurale ou le développement de la « fée électricité » au cœur des campagnes françaises dans le premier XX^{ème} siècle », *Histoire et sociétés rurales*, 2003/1, Vol. 19, p. 200.

¹¹⁶⁷ R. Massé, *Histoire de l'électrification rurale en France*, Edition « Etudes et travaux en ligne » du Gret, décembre 2002.

¹¹⁶⁸ G. Bouvier, « Enjeux géopolitiques autour de la distribution d'électricité en France », *Hérodote* 2003/3, n° 100, p.76.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

travaux ruraux est assuré par des subventions pour l'électrification rurale issues du fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE)¹¹⁷⁰, qui permettent aux autorités organisatrices de la distribution d'électricité en zone rurale de continuer à assurer la maîtrise d'ouvrage sur le réseau basse tension¹¹⁷¹. La maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau électrique en zone rurale est un enjeu existentiel des syndicats d'électrification car elle justifie leur maintien¹¹⁷².

420. Il s'avère ainsi que le risque d'exploitation n'est pas constitué au sein des contrats de délégation de l'activité de distribution électrique. Or, la constitution de ce risque est essentielle à la qualification de concession ce que rappelle le Commissaire du Gouvernement N. Boulouis dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 7 novembre 2008, *Département de la Vendée* : « si vous êtes fixés sur l'idée d'un lien réel avec les résultats de l'exploitation, c'est pour signifier que seuls sont des délégations de service public, les contrats dans lesquels existe pour l'exploitant une incertitude, ou si l'on préfère un risque sur l'existence ou le niveau de sa rémunération ; incertitude ou risque engendrés par la gestion du service »¹¹⁷³. La directive concession 2014/23/UE du 26 février 2014 relative aux contrats de concession modifie la substance du risque d'exploitation qui se caractérise désormais par une exposition aux aléas du marché¹¹⁷⁴. Eu égard aux composantes du tarif d'utilisation des réseaux et au fractionnement de la maîtrise d'ouvrage des investissements,

¹¹⁷⁰ Le financement des travaux sur réseaux électriques en zone rurale sous maîtrise d'ouvrage du concédant est assuré par le fonds d'amortissement des charges d'électrification, créé en 1936. Le fonds est alimenté par une contribution annuelle des gestionnaires des réseaux publics de distribution suivant la quantité d'électricité distribuée en basse tension. Les subventions du fonds sont réparties suivant la nature des travaux entrepris : extension et renforcement des réseaux basse tension, amélioration esthétique des réseaux, sécurisation des lignes aériennes basse tension, maîtrise de la demande d'électricité et production de proximité, renforcement des ouvrages de distribution endommagés par les intempéries. Les aides apportées par le fonds d'amortissement s'élèvent à 65% du montant des travaux aidés.

¹¹⁷¹ Le fonds d'amortissement des charges d'électrification a été maintenu malgré l'introduction d'un tarif de péréquation nationale. Le tarif unique permet aux communes urbaines de contribuer au développement de l'électrification rurale, qui était l'objet du FACE, « qui fonctionnaire alors comme une caisse de compensation entre les communes urbaines et rurales pour supporter les coûts de construction des réseaux basse tension dans les campagnes » (G. Bouvier, *op.cit.*).

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ N. Boulouis, concl. sur CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* cité par S. Nicinsky, « A propos des concessions locales de distribution d'électricité », *AJDA* 2010, p. 1737. L'appréciation de l'exposition au risque est souple, la juridiction européenne considérant qu'un risque est transféré même s'il reste limité par un environnement réglementaire strict offrant une certaine sécurité au cocontractant. Le Conseil d'Etat fait également preuve de souplesse en considérant, dans sa décision *Commune d'Andeville* du 20 octobre 2006, n° 289234, *Rec.*, que même « lorsque la rémunération est versée par la personne publique, il suffit qu'elle varie en fonction de la consommation pour qualifier une délégation ».

¹¹⁷⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative aux contrats de concession, cons. 18 et suiv.

le concessionnaire n'est pas exposé à un aléa du marché¹¹⁷⁵. Il semblerait que la gestion de l'activité de distribution relèverait donc plus d'un marché public global de performance où la réalisation, l'exploitation et la maintenance sont attribuées à un opérateur unique auquel des objectifs de performance sont assignés¹¹⁷⁶. Toutefois, le législateur maintient la qualification de concession de distribution d'électricité. Ce choix est politique : la notion de concession de service implique celle de service public que le législateur tient, selon nous, à conserver. En effet, la qualité de service public de la distribution implique un principe d'égalité d'accès à l'électricité sur lequel le système électrique a été fondé.

421. Le service public de la distribution d'électricité est ainsi géré selon des modalités particulières. La nature centralisée et monopolistique du distributeur entraîne des rapports conflictuels avec ses collectivités concédantes, demeurant obligées de contracter avec lui sans pouvoir réellement exercer de pouvoir de contrôle et de sanction.

Section 2. La concession de distribution électrique, des relations contractuelles conflictuelles

422. Dès le XIX^{ème} siècle, l'électricité entre dans le « *giron de la puissance publique* »¹¹⁷⁷. La nationalisation du secteur énergétique par la loi du 8 avril 1946, les lois de décentralisation de 1982 et 1983¹¹⁷⁸ supprimant la tutelle administrative et l'ouverture du service public

¹¹⁷⁵ Même s'il existe une régulation incitative développée par la CRE, en cas de défaut de réalisation seule le montant de la prime sera impacté. Le déploiement de Linky, les compteurs communicants d'Enedis en est un bon exemple. La CRE par une délibération du 2 juillet 2014 portant projet de décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension BT \leq 36 kVa, développe une régulation incitative pour s'assurer d'un déploiement de Linky dans les délais impartis et aux coûts prévus. A la fin du déploiement, en fonction de la réussite de ce projet, le distributeur aura une prime mais cela ne constitue aucunement un risque d'exploitation puisqu'il en a la maîtrise.

¹¹⁷⁶ La rémunération particulière de la concession de distribution assise sur le paiement par les usagers du service public constitue le seul critère encore favorable à l'appellation de concession.

¹¹⁷⁷ F.-M. Poupeau, « Un néo-libéralisme centralisateur- Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, 2000, vol. 18, n° 2, p. 5.

¹¹⁷⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ; 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 et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, et loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

électrique à la concurrence par la loi du 3 janvier 2003¹¹⁷⁹, ont marqué les relations contractuelles entre le concessionnaire monopolistique Enedis et les autorités publiques locales.

423. La nationalisation du secteur électrique maintient un caractère local artificiel de l'organisation du service public de l'électricité¹¹⁸⁰. Pour F.-M. Poupeau, la nature des liens du nouvel opérateur EdF avec l'Etat « *rend incertain l'exercice d'une réelle gestion locale du service public de l'électricité* »¹¹⁸¹. Au sein de cette organisation électrique centralisée, les collectivités locales sont reléguées au second plan¹¹⁸². Si la création de la Fédération nationale des autorités concédantes et régies était censée promouvoir les intérêts des collectivités locales, elle ne fait, en réalité, que renforcer la centralisation du système en encourageant les pouvoirs publics à entamer une politique d'harmonisation départementales nationale des tarifs de distribution¹¹⁸³ au profit des communes rurales¹¹⁸⁴. En effet, cette ambition lui permet d'asseoir sa légitimité en tant qu'unique fédération représentative des collectivités locales. L'électrification rurale est alors considérée « *une caution versée au monde local contre la centralisation qui s'opère et à laquelle participe une FNCCR soucieuse de maintenir son influence* »¹¹⁸⁵. Le régime de l'électrification rurale fonde l'existence de cette fédération de collectivités concédantes qui « *maîtrise le processus d'allocation des ressources vers le local* »¹¹⁸⁶.

Les lois de décentralisation de 1982 et 1983 font évoluer l'organisation de la distribution électrique : la tutelle ayant été supprimée, les collectivités locales sont libres de négocier certaines

¹¹⁷⁹ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ EdF est créée sous la forme d'établissement public industriel et commercial national, l'Etat étant son autorité de rattachement, la question du pouvoir des collectivités locales est légitime (F.-M. Poupeau, *ibid.*, p. 6).

¹¹⁸² F.-M. Poupeau, *ibid.*, p. 7.

¹¹⁸³ *Ibid.* ; égal. F.-M. Poupeau, « De quand date la péréquation des tarifs domestiques de l'électricité en France ? Retour sur quelques fausses évidences », *Revue française de science politique*, 2007.

¹¹⁸⁴ La création du fonds d'amortissements des charges d'électrification et par la suite, de la péréquation tarifaire établit une compensation des zones urbaines aux zones rurales pour leur électrification.

¹¹⁸⁵ F.-M. Poupeau, *ibid.* : « *En la faisant pourvoyeur de crédits, le régime lie fortement la fédération au modèle centralisé d'administration du secteur électrique* ». Par ailleurs, l'existence de la FNCCR est justifiée par le monde rural, son intérêt n'est pas à l'émancipation des grandes villes, entraînant dans leur sillage les communes rurales, ce qui explique que la FNCCR soutenue par EDF ait encouragé à la constitution des syndicats intercommunaux de taille départementale pour négocier avec EdF et faire face aux grandes villes.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

clauses dans le contrat avec le distributeur mais le maintien du monopole d'EdF ampute fortement l'exercice de cette liberté contractuelle¹¹⁸⁷.

La volonté européenne d'ouverture à la concurrence du système énergétique¹¹⁸⁸ contraint EdF à « redistribuer des pouvoirs aux collectivités locales par la négociation de nouveaux contrats de concessions »¹¹⁸⁹ pour préserver ce modèle électrique centralisé¹¹⁹⁰. Sous l'influence de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies, l'objectif de ces renégociations vise à « désamorcer tout forme d'émancipation potentielle des villes¹¹⁹¹ et à préserver pour un temps, un système de distribution centralisé »¹¹⁹².

424. L'ouverture à la concurrence du système électrique marque une nouvelle étape dans les relations entre le distributeur Enedis, né de la séparation des activités¹¹⁹³, et les autorités concédantes de la distribution. La concession de distribution électrique devient un enjeu pour les collectivités concédantes en raison de l'affirmation de leurs compétences énergétiques renforçant leur pouvoir local et modifiant durablement les équilibres institutionnels. Les collectivités concédantes expriment de nouvelles ambitions qui les conduisent à affirmer leur rôle au sein de l'activité de distribution¹¹⁹⁴. Elles se positionnent « en véritables gardiens du service public en reléguant EdF au statut d'entreprise concessionnaire parmi d'autres »¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁷ F.-M. Poupeau, *ibid.*, p. 11.

¹¹⁸⁸ La politique communautaire de libéralisation du secteur énergétique date de mai 1987.

¹¹⁸⁹ F.-M. Poupeau, *op.cit.*, p. 13.

¹¹⁹⁰ A partir de 1992, le processus de renégociation des concessions de distribution électrique commence et fin 1992, plus d'une dizaine de signature sont enregistrées. Fin 1994, 56% des communes françaises ont signé le nouveau cahier des charges et fin 1997, 84% des communes ont adopté le nouveau cahier des charges.

¹¹⁹¹ F.-M. Poupeau, *ibid.*, p. 16 : La renégociation des cahiers des charges de la concession de distribution d'électricité s'effectue entre EdF et de « vastes ensembles intercommunaux pour réduire les risques d'immixtion des grands groupes de services ». La FNCCR encourage l'intercommunalisation au profit des syndicats d'électrification rurale de taille départementale, « considérés comme le moyen de faire contrepoids aux velléités d'émancipation des grandes villes et de renforcer le pouvoir du monde rural vis à vis d'EdF ou des futurs opérateurs locaux ».

¹¹⁹² *Ibid.* ; égal. G. Bouvier, « Enjeux géopolitiques autour de la distribution d'électricité en France », *Hérodote* 2003/3, n° 100, p. 77.

¹¹⁹³ Loi n° 2000-208 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

¹¹⁹⁴ G. Bouvier, *op.cit.*, p. 79.

¹¹⁹⁵ G. Bouvier ajoute que « l'ouverture des marchés et l'éventuelle ouverture du capital de l'entreprise, consécutive à la transformation de son statut d'établissement public industriel et commercial en société anonyme offrent aux collectivités des arguments de poids ».

425. Dans le cadre de l'évolution de la relation concessive liant Enedis aux collectivités locales, les communes et intercommunalités affirment leur qualité d'autorités concédantes en exigeant du concessionnaire qu'il réponde aux obligations contractuelles qui lui sont imposées. La difficile coordination des investissements (§1) et la difficile information de l'autorité concédante (§2) sont alors, dans ce cadre, sources de conflits.

§1. La difficile coordination des investissements sur le réseau de distribution

426. L'exercice de la maîtrise d'ouvrage par les autorités organisatrices de la distribution d'électricité évoqué dans les développements précédents¹¹⁹⁶ doit être coordonné avec le distributeur pour assurer la cohérence des investissements sur le réseau. Par ailleurs, le partage de la maîtrise d'ouvrage des investissements sur le réseau induit celui de ses coûts de financement. A travers le paiement des redevances de concession, le distributeur finance environ 40% des dépenses d'investissement des collectivités concédantes qui contribuent à l'exercice de sa mission de service public. Or, le distributeur ne peut orienter ces dépenses. L'absence de coordination des investissements rend certaines redevances de concession indues car elles ne contribuent pas à l'exercice de la mission de service public confiée au distributeur.

427. L'article L. 323-1 du code de l'énergie dispose que la concession de distribution d'électricité confère au concessionnaire le droit d'exécuter sur les voies publiques et leurs dépendances tous les travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages, conformément au cahier des charges et règlements de voirie. La concession de distribution s'apparente à une occupation privative du domaine public¹¹⁹⁷ et fait l'objet d'une redevance¹¹⁹⁸. En effet, « *si la loi du 15 juin 1906 a eu pour objet de conférer à titre permanent aux entreprises concessionnaires du réseau de distribution et de transport d'électricité le droit d'occuper sans autorisation les voies publiques afin d'y réaliser leur mission de service public, ses dispositions n'instaurent pas une*

¹¹⁹⁶ *supra* n° 416 et suiv.

¹¹⁹⁷ Le domaine public affecté à l'usage collectif du public peut être le siège d'occupation privative, soit de la part de concessionnaire (canalisations des services de distribution) soit de simples particuliers (Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 13^{ème} éd., L.G.D.J., 2008, p. 233 et suiv.).

¹¹⁹⁸ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2125-1 : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu au paiement d'une redevance* ».

dérégulation au principe du paiement d'une redevance pour l'occupation du domaine public », rappelle le Conseil d'Etat¹¹⁹⁹. L'article 9 de la loi du 15 juin 1906 relative aux distributions d'énergie qui interdit de faire peser sur le concessionnaire une charge autre que celles prévues au contrat, dispose qu'en échange des dépenses supportées par l'autorité concédante pour le service public, le concessionnaire paye une redevance¹²⁰⁰.

428. Suivant la répartition de la maîtrise d'ouvrage prévue au cahier des charges de la concession¹²⁰¹, les collectivités concédantes financent une partie des ouvrages de la concession¹²⁰². Le financement des ouvrages réalisés par les autorités concédantes est assuré par le consommateur final à travers la redevance de concession et le fonds d'amortissement des charges d'électrification (FACE) pour les travaux en zone rurale¹²⁰³ qui sont intégrés dans le calcul du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité¹²⁰⁴.

La redevance de la concession se décompose en plusieurs éléments : une redevance de fonctionnement (R1) finançant les dépenses annuelles de structure supportées par le concédant pour l'accomplissement de sa mission, une redevance d'investissement (R2) dont le montant est établi en fonction des investissements réalisés par le concédant sur les installations du réseau¹²⁰⁵ et une

¹¹⁹⁹ CE, 1^{er} février 2012, *SA RTE EDF Transport*, n° 338665, *Rec. T.*

¹²⁰⁰ Annexe 1 du cahier du modèle du cahier des charges, art. 2 et 4 cité par M.-P. Viard, concl. sur CAA Bordeaux, 4 novembre 2008, *ERDF venant aux droits de la SA EdF et a.*, n° 07BX00314, 06BX02003 et 06BX02056 : la redevance établie est « la contrepartie de dépenses supportées par l'autorité concédante au bénéfice du service public faisant l'objet de la présente concession ».

¹²⁰¹ La répartition des travaux entre concessionnaire et l'autorité concédante dépend du classement des communes en régime urbain ou rural que nous avons évoqué en amont lors des développements sur le partage de la maîtrise d'ouvrage (*supra* n° 416 et suiv.).

¹²⁰² C. comptes, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, rapport public annuel, février 2013, p. 112.

¹²⁰³ Le financement des travaux sur réseaux électriques en zone rurale sous maîtrise d'ouvrage du concédant est assuré par le fonds d'amortissement des charges d'électrification, créée en 1936. Le fonds est alimenté par une contribution annuelle des gestionnaires des réseaux publics de distribution suivant la quantité d'électricité distribuée en basse tension. Les subventions du fonds sont réparties suivant la nature des travaux entrepris : extension et renforcement des réseaux basse tension, amélioration esthétique des réseaux, sécurisation des lignes aériennes basse tension, maîtrise de la demande d'électricité et production de proximité, renforcement des ouvrages de distribution endommagés par les intempéries. Les aides apportées par le fonds d'amortissement s'élèvent à 65% du montant des travaux aidés (loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, art. 33).

¹²⁰⁴ C. comptes, *ibid.*, p.131 : « Ces contributions sont versées par ERDF aux autorités concédantes, mais sont intégrées dans le calcul du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité : in fine, elles sont donc à la charge du consommateur final d'électricité ».

¹²⁰⁵ La redevance est due lorsque le montant des travaux réalisés au cours de l'année est supérieur au produit de la taxe locale sur l'électricité perçue par la collectivité de cette même année (C. comptes, *op.cit.*, p. 132).

redevance d'intégration des ouvrages dans l'environnement. Le concessionnaire participe à hauteur de 40% du coût des travaux réalisés sous maîtrise d'ouvrage des collectivités concédantes¹²⁰⁶.

429. Le concessionnaire n'a qu'« *une faible latitude sur le montant de ces redevances contractuelles* »¹²⁰⁷, même « *en l'absence de contrepartie effective de la part de l'autorité concédante* »¹²⁰⁸. Dès 1979, le Premier président de la Cour des comptes, B. Beck, constatait que « *des redevances se cumulent parfois sous des appellations différentes et dont les justifications apparaissant très incertaines oubliant une exigence qui va de soi : le concessionnaire ne saurait être obligé de verser certaines sommes sans une cause* »¹²⁰⁹. La redevance doit, en effet, être « *la contrepartie effective des services rendus par l'autorité concédante ou des sujétions qui lui sont imposées du fait de la concession* »¹²¹⁰. Les investissements réalisés par les autorités concédantes doivent s'intégrer aux investissements du concessionnaire nécessaires à l'exercice de sa mission de service public. Or, ces investissements ne sont pas coordonnés.

Dans le cadre du fractionnement de la maîtrise d'ouvrage, Enedis, responsable de l'exploitation et de l'entretien des réseaux de distribution¹²¹¹, ne dispose pas « *des moyens d'orienter l'ensemble des investissements qui concourent à améliorer la qualité* »¹²¹² de ce service public. Les autorités concédantes sont libres de choisir les travaux dont elles exercent la maîtrise d'ouvrage conformément aux stipulations du cahier des charges, sans obligation de concertation préalable avec le distributeur.

430. La Cour des comptes, dans son rapport thématique publié en février 2013 consacré aux concessions de distribution de l'électricité, souligne la nécessité de coordonner et de réguler les investissements sur le réseau de distribution. En effet, le distributeur est soumis à une obligation de

¹²⁰⁶ V. annexe 1 du modèle de cahier des charges de la concession de distribution de 1992, art. 3 ; égal. C. comptes, *op. cit.*, p. 132 ; égal. L. Phan-Van, « Un utile rappel des principes qui doivent gouverner les redevances de concessions pour la distribution publique d'électricité », *RJEP*, n° 661, février 2009.

¹²⁰⁷ C. comptes, *op. cit.*, p. 133.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ M.-P. Viard, concl. sur CAA Bordeaux, 4 novembre 2008, *ERDF venant aux droits de la SA EdF et a*, n° 07BX00314, 06BX02003 et 06BX02056.

¹²¹⁰ Circulaire interministérielle du 27 juillet 1993, JO 11 septembre 1993 cité par M.-P. Viard, *ibid.*

¹²¹¹ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 18.

¹²¹² C. comptes, *op. cit.*

résultat assortie d'un système de bonus/malus, alors qu'environ un quart des investissements sont réalisés par les autorités concédantes, sans qu'il ne puisse les orienter¹²¹³. D'autant plus que, d'après la Cour des comptes, la capacité de financement des autorités concédantes est comparable à celle du concessionnaire : le pilotage des investissements des collectivités concédantes constitue ainsi un enjeu stratégique pour le concessionnaire¹²¹⁴.

La Cour des comptes propose alors deux solutions¹²¹⁵ : la première serait un pilotage national des investissements avec une maîtrise d'ouvrage entièrement dévolue au concessionnaire, tout en assurant la sécurisation des investissements en zone rurale. La seconde possibilité évoquée serait l'accroissement de l'autonomie des collectivités locales pour qu'elles satisfassent à leurs besoins. Toutefois, approfondir la décentralisation de la distribution électrique conduirait à une mise en concurrence des concessions suivant leur capacité financière et semble, pour cette raison, devoir être écartée au regard de l'histoire de l'électrification française¹²¹⁶. En effet, les communes et leurs groupements se trouvent dans des situations financières hétérogènes : certaines ne disposent pas de ressources suffisantes pour assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux et risquent « *d'intervenir avec un mauvais rapport coût/efficacité* »¹²¹⁷. D'autres sont dans des situations financières très favorables leur permettant d'investir sur leurs réseaux, sans prendre en compte l'orientation du distributeur¹²¹⁸. La régulation nationale des investissements semble alors limiter les risques de fracture territoriale énergétique liés à la disparité des situations financières locales.

¹²¹³ C. comptes, *op.cit.*, p. 137.

¹²¹⁴ En plus des redevances et du fonds d'amortissement des charges d'électrification (dont le volume est comparable à celui de l'investissement d'ERDF sur le réseau), les autorités concédantes possèdent des ressources propres qu'elles peuvent mobiliser pour investir sur le réseau. Le concessionnaire ne dispose d'aucun levier financier pour orienter les investissements.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ Si le concessionnaire assume environ 40% des investissements des collectivités concédantes, le reste est à leur charge et les ressources des collectivités territoriales diffèrent en fonction de leur population imposable.

¹²¹⁷ C. comptes, *op.cit.*, p. 129. Le syndicat intercommunal d'électricité de Longny-au-Perche en est un exemple, il ne disposait pas des ressources suffisantes pour assurer la maîtrise d'ouvrage, le juge a été contraint d'annuler la procédure de passation d'un marché car le syndicat ne disposait pas de véritables compétences en matière de marchés publics. L'annulation du marché a conduit au gel des travaux sur le réseau pendant une année et demie.

¹²¹⁸ La Cour des comptes donne l'exemple de plusieurs autorités concédantes dans des situations financières favorables : le syndicat intercommunal d'électrification de Dorceau ou le syndicat mixte d'énergies, d'équipements et de e-communication du Jura disposant d'un fonds de roulement élevé et d'un encours de dette nul.

La Commission de régulation de l'énergie s'inscrit dans cette première hypothèse : « *l'ampleur du défi national de sécurisation des réseaux et le contexte actuel de dégradation de l'alimentation en électricité plaident pour une approche nationale de la question. Le pilotage des investissements au niveau national est, en outre, d'autre plus légitime que la tarification de l'acheminement est peréquée et repose, donc sur des principes d'équité territoriale* »¹²¹⁹. Par ailleurs, la Cour des comptes souligne le besoin croissant d'investissement sur les réseaux de distribution « *dans le cadre des réseaux intelligents* »¹²²⁰ et la coordination grâce à une régulation nationale devrait permettre d'optimiser les dépenses tout en hiérarchisant les investissements à réaliser.

431. Pour répondre à ce défaut de coordination des investissements sur les réseaux de distribution, le législateur a suivi la Commission de régulation de l'énergie et fait le choix du pilotage national des investissements. La loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité du 7 décembre 2010¹²²¹ dispose à l'article 21 qu'un « *bilan détaillé de la mise en œuvre du programme prévisionnel des investissements envisagés sur le réseau de distribution* »¹²²² est établi en concertation par les autorités concédantes et le distributeur, au cours d'une conférence départementale sous l'égide du préfet¹²²³. Ainsi, une programmation prévisionnelle des investissements est établie sur tout le territoire avant de donner lieu à un compte rendu de la politique d'investissement et de développement des réseaux dressé par le distributeur¹²²⁴. Les investissements du concessionnaire étant déjà régulés par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité¹²²⁵, les conférences instituées par la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité constituent les premiers pas vers la régulation des investissements des autorités concédantes.

Toutefois, cette régulation des investissements des collectivités concédantes doit être renforcée afin de garantir une meilleure coordination avec ceux du concessionnaire. L'existence de

¹²¹⁹ CRE, *Rapport sur la qualité de l'électricité : diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité*, octobre 2010.

¹²²⁰ C. comptes, *op.cit.*, p. 138. Les réseaux de distribution intelligents représentent une opportunité de transition énergétique que nous développerons au cours de la seconde section (*infra* n° 498 et suiv.).

¹²²¹ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, art. 21.

¹²²² CGCT, art. L. 2224-31- I al. 3.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ *Ibid.*

¹²²⁵ Comme étudié en amont, le distributeur établit pour une période quadriennale les prévisions d'investissements sur le réseau, qui sont ensuite prises en compte dans l'élaboration du TURPE.

conférences départementales dépend de la volonté des élus¹²²⁶, le législateur n'imposant aucune régularité à ces conférences. Certains investissements peuvent donc être réalisés par les collectivités concédantes sans avoir fait préalablement l'objet d'un échange avec le distributeur. La Cour des comptes propose alors plusieurs options telles « *le resserrement de la définition des travaux éligibles aux contributions financées par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité, ou le plafonnement des redevances versées par le concessionnaire sur la base de ce tarif d'utilisation* »¹²²⁷. Ces modalités présentent l'avantage de pouvoir être déterminées par la Commission de régulation de l'énergie lors de l'élaboration du tarif d'utilisation des réseaux, ce qui confirmerait l'existence d'une régulation nationale de l'investissement sur les réseaux de distribution.

Pour le moment, « *dans un souci d'amélioration de la qualité et d'optimisation des ressources concourant au financement de la distribution* »¹²²⁸, la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies et le distributeur, ErDF devenu Enedis, ont conclu un protocole d'accord le 18 septembre 2013¹²²⁹, pour la période tarifaire 2014-2017 prévoyant le lissage de la redevance due par Enedis aux autorités concédantes et le renforcement des conférences départementales relatives à l'investissement. Ce protocole prévoit également de compléter le dispositif des conférences départementales créées par la loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation des marchés de l'électricité par des « *programmes communs de développement et de modernisation des réseaux, prévisionnels, calés sur une période de quatre années* »¹²³⁰.

432. La coordination des investissements sur les réseaux de distribution dépend de la bonne connaissance des autorités concédantes et du distributeur de l'étendue du patrimoine concédé, ce que le partage de la maîtrise d'ouvrage ne facilite pas.

¹²²⁶ C. comptes, *op.cit.*, p.138.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ C. comptes, *op.cit.*, p. 2 et suiv.

¹²²⁹ Protocole d'accord sur la période tarifaire 2014-2017, « Renforcer les relations entre les autorités concédantes et le concessionnaire ERDF au service de la qualité du service concédé – Programmation et coordination des investissements, évolution de la redevance de concession, échange de données financières, patrimoniales et cartographiques », 18 septembre 2013, Paris.

¹²³⁰ La définition de ces programmes communs de développement est ainsi calée sur la période quadriennale du TURPE.

§2. La difficile information de l'autorité concédante

433. La coordination des investissements sur le réseau de distribution dépend de la connaissance du patrimoine concédé par le concessionnaire comme par le concédant. La Cour des comptes met en exergue la connaissance lacunaire du patrimoine des concessions de distribution publique d'électricité par le concédant du fait de l'inexistence d'inventaire et d'une absence de suivi des immobilisations réalisées par le concessionnaire¹²³¹ (A). Ces lacunes conduisent à la transmission d'une information opaque aux autorités concédantes, source de conflits avec le distributeur (B). Mais, le concessionnaire est pris dans un étau : d'un côté, il est tenu de fournir au concédant toutes les informations utiles à l'exercice de ses compétences, de l'autre, il doit préserver la confidentialité des informations susceptibles de porter atteinte à la concurrence. L'information du concédant connaît des limites légales (C).

A. La connaissance lacunaire du patrimoine concédé

434. La collectivité concédante doit avoir pleine connaissance de la composition du patrimoine de la concession qu'elle a accordée¹²³² afin de fixer, notamment, le montant de la redevance¹²³³. Dans le cadre des contrats de concession de distribution d'électricité, l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales dispose que le concessionnaire transmet toutes les informations relatives aux biens de la concession¹²³⁴ afin que l'autorité concédante puisse contrôler

¹²³¹ C. comptes, *op.cit*, p. 118.

¹²³² C. comptes, *La comptabilité patrimoniale des collectivités territoriales, l'exemple de la ville de Paris*, Rapport public annuel, 2005 : p. 715 : « La connaissance par les collectivités publiques de la composition et de la valeur de leur patrimoine est très souvent restée lacunaire » ; v. égal : La Banque Postale Collectivités locales, « Le patrimoine des collectivités locales », *Accès territoires*, n° 2, juin 2015, p. 3, disponible en ligne : https://www.labanquepostale.com/content/dam/groupe/actus-pub/pdf/etudes/finances-locales/2015/acces-territoires/Access-Territoire-n2_20150602.pdf

¹²³³ C. comptes, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, rapport public annuel, février 2013 confirme l'exigence d'une information fiable pour « déterminer les redevances dues par des délégataires de service public auxquels sont affectés des immobilisations ou fixer des loyers du patrimoine privé d'une collectivité ».

¹²³⁴ CGCT, art. L. 2224-31 : « Un inventaire détaillé et localisé de ces ouvrages est mis, à la demande de l'autorité concédante, à la disposition de chacune des autorités concédantes, pour ce qui concerne la distribution d'électricité. Cet inventaire distingue les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres ».

l'activité déléguée : « *le concessionnaire gère, l'administration contrôle* »¹²³⁵. Cependant, la connaissance du patrimoine concédé par le concessionnaire est lacunaire¹²³⁶ en raison de la régulation nationale des investissements, d'une part, et d'une propriété communale des réseaux, d'autre part.

Le maire de Lille souligne cette situation à l'occasion de son audition par la Cour des comptes à propos des concessions de distribution d'électricité : « *la valorisation du patrimoine concédé par ERDF s'appuie sur des clés de répartition à partir du patrimoine national qui ne permettent pas aux autorités concédantes d'avoir une évaluation précise du patrimoine au niveau local* »¹²³⁷. La régulation nationale des investissements du distributeur ne permet pas « *de garantir un recensement et une valorisation précise des actifs concédés à la maille d'une concession* »¹²³⁸. Par ailleurs, la séparation de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau ne favorise pas à l'établissement d'un inventaire précis par le concessionnaire.

Si les communes sont propriétaires des réseaux de distribution électrique¹²³⁹, des incertitudes demeurent quant aux « *contours exacts de ce patrimoine, dans la mesure où le concédant et le concessionnaire se disputent la propriété de certains biens essentiels. De plus, il n'existe pas d'inventaire exhaustif des biens de la concession* »¹²⁴⁰. L'existence d'un inventaire des biens de la concession dépend des biens considérés comme entrant dans le périmètre du contrat. Les ouvrages concédés sont déterminés par l'article 2 du cahier des charges de la concession de distribution et comprennent l'ensemble des installations affectées à la distribution publique de l'énergie dans le périmètre de la concession. Cependant, les contours n'étaient pas assez précis et cela a donné lieu à un contentieux juridictionnel.

435. Le Conseil d'Etat est venu préciser les contours et le régime des biens de la concession de distribution d'électricité à l'occasion d'un contentieux entre la commune de Douai et

¹²³⁵ Commissaire du gouvernement Josse, concl. sur CE, 18 juillet 1930, *Cnie PLM*, RDP 1931, p. 142 cité par G. Eckert, « Droit à l'information du concédant », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, février 2013.

¹²³⁶ C. comptes, *op.cit.*, p. 118.

¹²³⁷ C. comptes, *op.cit.*, p. 160.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ C. ener. art. L. 322-4 ; égal. CGCT, art. L. 2224-31-IV.

¹²⁴⁰ Cour Régionale des comptes, *Rapport d'observations définitives – Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (Sipperec)- Exercices 2006 et suiv.*, septembre 2012, p.13 et suiv.

ErdF¹²⁴¹. Les biens de concession sont soumis à trois régimes différents : celui des biens de retour, des biens de reprises et des biens propres. Les biens de retour désignent ceux devant être retournés gratuitement¹²⁴² au concédant à la fin du contrat de concession¹²⁴³, la collectivité devant être regardée comme le propriétaire *ab initio*¹²⁴⁴. Les biens de reprise correspondent à ceux relevant de la propriété du concessionnaire et que le concédant peut choisir de reprendre à l'expiration du contrat¹²⁴⁵. Les biens propres appartiennent et demeureront la propriété du concessionnaire¹²⁴⁶. A l'occasion de ce litige, la Cour administrative d'appel a interprété les stipulations du cahier des charges et déclare que « *les immeubles et ouvrages affectés à l'activité de distribution concédée ainsi que leurs dépendances constituent des biens de retour dont font partie les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements, les autres immeubles constituant également des biens de retour sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution* »¹²⁴⁷. Toutefois, l'information des collectivités concédantes ne se limite aux seuls biens indispensables à l'activité de service public. Le Conseil d'Etat, à l'occasion du même litige revenu en cassation pour la seconde fois, juge que l'autorité concédante doit avoir connaissance de l'ensemble des biens affectés à la concession et non uniquement de ceux nécessaires à son fonctionnement¹²⁴⁸. L'inventaire doit ainsi faire état des

¹²⁴¹ L'activité de distribution est concédée depuis 1923 à la société saint-quentoise d'éclairage dans un premier temps, puis après la nationalisation de 1946 à EdF. EdF a décidé de vendre une partie de ce qu'elle estime relever de son patrimoine immobilier. La commune estime que ces biens sont des biens de retour de la concession et introduit une instance auprès du tribunal administratif.

¹²⁴² CE, 9 novembre 1895, Ville de Paris, *Rec.*

¹²⁴³ CE, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, n° 68505 / 72434, *Rec.*

¹²⁴⁴ B. Dacosta, concl. sur CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.* ; v. égal. : CE, Section des travaux publics, avis, 9 avril 2005, n° 371.234 à propos de remontées mécaniques ; CAA Bordeaux, 28 juin 1994, *Ministre du Budget*, n° 92BX00920, *inédit*.

¹²⁴⁵ CE, 8 juin 1928, *Communes de Barges, Gesincourt, Cemboing et Combeaufontaine c/ société d'intérêt collectif agricole électrique de Ray-Cendrecourt*, *Rec.* ; égal. T. confl., 2 décembre 1968, *Electricité de France c/ Dame veuve Faucher*, n° 01919, *Rec. T* ; v. aussi CE, 5 février 2014, *Communauté de communes de Saint-Dizier, Der et Blaise*, n° 371121, *inédit*.

¹²⁴⁶ V. en ce sens : J.-B. Vila, « L'extinction du contrat de délégation de service public », septembre 2015, *Folio*, n° 3132.

¹²⁴⁷ CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.*, cons. 9.

¹²⁴⁸ CE, 11 mai 2016, *Commune de Douai*, n° 375533, *Rec. T*.

biens propres, biens de reprise et biens de retour de la concession de distribution pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle¹²⁴⁹.

436. Cet inventaire est indispensable au suivi de l'ensemble des immobilisations du patrimoine concédé¹²⁵⁰ et « à la préparation du renouvellement de ces contrats de concession »¹²⁵¹. Le suivi des immobilisations permet à la collectivité concédante de contrôler l'activité du concessionnaire¹²⁵² et notamment les investissements effectués comme le rappelle le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC) : « 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 ses intérêts patrimoniaux »¹²⁵³. En effet, les immobilisations réalisées par le concessionnaire, indispensables à l'exécution du service public, entrent dans le patrimoine des collectivités concédantes¹²⁵⁴ et représentent la majorité des investissements (raccordement, renforcement, et extension de réseau)¹²⁵⁵. De plus, l'article L. 2224-31 du code général des collectivités locales dispose que le concessionnaire communique toutes informations utiles à l'exer-

¹²⁴⁹ CGCT, art. L. 2224-31 : « Les autorités concédantes exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, par les cahiers des charges de ces concessions. Elles assurent également le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité ».

¹²⁵⁰ C. comptes, *op.cit.*, p. 209.

¹²⁵¹ Assemblée Nationale, amendement n° 1781 à l'art. 42 de la loi relative à la transition énergétique pour une croissance verte ; égal. Cour régionale des comptes, *op. cit.*, p. 2 : « L'absence d'inventaire de la concession faisant apparaître les biens propres, les biens de retour par origine de financement (concédante, concessionnaire, provisions pour renouvellement) rend impossible le contrôle de la dotation aux provisions de renouvellement et le calcul d'un éventuel ticket de sortie de la concession ».

¹²⁵² CE, Ass, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.* : « Dans le cadre d'une délégation de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique ».

¹²⁵³ SIPPEREC, Premières réflexions sur les concessions de distribution d'électricité en France à l'occasion de l'enquête nationale diligentée par la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes, janvier 2013, p. 33.

¹²⁵⁴ Lorsque ces immobilisations sont nécessaires à la réalisation du service public (CE, Ass, 20 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.*).

¹²⁵⁵ La Cour des comptes estime les immobilisations à hauteur de 80% des actifs régulés d'Enedis. Les immobilisations, dans le cadre de concession de distribution d'électricité, sont corporelles et correspondent aux actifs physiques de la concession appartenant aux collectivités. Les immobilisations du domaine propre d'ERDF sont constituées des postes sources (C. ener., art. L. 322-4) et des ouvrages nécessaires à leur exploitation (CRE, Consultation publique sur les quatrièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, 9 juillet 2013, p. 5).

cice des compétences des autorités concédantes sous la forme d'un compte rendu annuel de concession, comportant notamment « *la valeur brute ainsi que la valeur nette comptables, la valeur de remplacement des ouvrages concédés pour la distribution d'électricité* »¹²⁵⁶. S'ajoute à cela, la possibilité pour les collectivités concédantes de demander un inventaire détaillé et localisé des ouvrages affectés à la distribution d'électricité distinguant les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres.

437. « *Il est certain que pour assurer un contrôle et le pilotage d'un contrat de concession il y a un préalable qui est celui de connaître le contenu et les enjeux* », rappelle un rapport d'observation de la concession de distribution dans le département du Rhône¹²⁵⁷. Le suivi des immobilisations n'est possible que si les autorités concédantes sont en possession d'un inventaire « *précis* »¹²⁵⁸ des biens du patrimoine concédé. Le recensement des biens de la concession est d'autant plus nécessaire dans le contexte où de nombreuses concessions arrivent à terme¹²⁵⁹ et où le rôle de l'autorité concédante évolue pour répondre aux besoins de la transition énergétique¹²⁶⁰.

De nombreuses autorités concédantes déplorent la carence de l'information relative aux biens de leur concession¹²⁶¹ fournie par le distributeur. Du fait de l'absence d'inventaire précis des biens de la concession, les collectivités concédantes sont « *tributaires des informations fournies par le concessionnaire* »¹²⁶² pour exercer leurs compétences et leur contrôle sur l'activité de service qu'elles ont déléguée.

¹²⁵⁶ CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.*

¹²⁵⁷ Rapport d'observations définitives relatif à l'enquête sur la concession de distribution d'électricité du département du Rhône, exercices 2004 et suivants, intervention de M. Havard.

¹²⁵⁸ CE, Ass, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *Rec.*

¹²⁵⁹ Cour régionale des comptes, *op.cit.*, p. 14 : « *L'autorité concédante se trouve nécessairement handicapée dans l'exercice de ses attributions légales en matière de contrôle de la concession, lequel porte, entre autres, sur le respect par le concessionnaire de son obligation contractuelle de remettre les ouvrages et le matériel de la concession en état normal de service (art.31 du contrat de concession)* ».

¹²⁶⁰ La Cour régionale des comptes note l'existence de divergence sur les systèmes cartographiques du réseau concédé, dont nous verrons par la suite, qu'ils sont importants pour le développement de politiques publiques locales de transition énergétique (exemple du développement d'unités de production énergétique décentralisées).

¹²⁶¹ Lors du rapport public annuel de la Cour des comptes relatif aux concessions de distribution, la mairie de Lille, la ville de Paris, et le SIPPAREC (autorité concédante de la distribution d'électricité pour la périphérie parisienne) confirment le défaut d'informations relatives aux biens de la concession, transmises par le concessionnaire.

¹²⁶² C. comptes, *op.cit.*, p. 118.

438. La Cour des comptes prend l'exemple des provisions pour renouvellement des ouvrages pour appuyer ce constat : au sein de chaque concession et pour chaque ouvrage, des provisions pour renouveler l'ouvrage sont constituées¹²⁶³. L'inventaire et le suivi des immobilisations étant lacunaires, le concédant ne peut vérifier si le concessionnaire, conformément au cahier des charges, a établi des provisions pour chacun des ouvrages de sa concession. La gestion nationale des actifs concédés empêche le concessionnaire d'avoir une vision précise des ouvrages concédés par concession et de constituer les provisions nécessaires à leur renouvellement car il ne connaît pas l'étendue du patrimoine qu'il gère. Pour la Cour des comptes, « *la politique de renouvellement d'ERDF ne tient pas compte de la constitution de ces provisions et de leur montant, un ouvrage est renouvelé dès lors qu'il est défectueux* »¹²⁶⁴. La gestion nationale des actifs concédés du fait de l'instauration du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité ne permet pas au distributeur de disposer de données à la maille de la concession, de constituer des provisions par ouvrage et de les inventorier. Les données fournies par le concessionnaire sont calculées à « *partir de données comptables nationales ou régionales lesquelles sont ensuite réparties selon la clef la plus représentative, soit au prorata du nombre de clients ou au prorata des kWh ou encore au prorata de la valeur nette comptable des ouvrages s'agissant des dotations* »¹²⁶⁵. Or, comme le rappelle la Cour des comptes, « *la fiabilisation des immobilisations constitue un enjeu central pour le distributeur et pour sa relation avec les autorités concédantes* ». En effet, d'une part, la rémunération du concessionnaire par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité dépend de ces investissements sur le réseau et, d'autre part, le distributeur, en application de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, est tenu de fournir aux autorités concédantes les informations nécessaires à l'exercice de leur contrôle.

439. La gestion nationale des actifs favorise une information incomplète de l'autorité concédante et conduit à des situations conflictuelles avec le concessionnaire Enedis.

¹²⁶³ Les provisions de renouvellement sont établies en fonction de la durée de vie comptable des infrastructures. Elles prennent en compte la différence entre la valeur d'origine de l'ouvrage et la valeur de remplacement à l'identique, estimée à partir de l'évolution des coûts et des techniques (C. comptes, *op.cit.*, p. 119).

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ CAA Paris, 6^{ème} ch., 25 mars 2013, *SIPPEREC*, n° 10PA04621, inédit confirmé par CE, 4 décembre 2013, *Sté ERDF*, n° 369889, *Rec. T.*

B. Une information opaque

440. Le contrôle exercé par l'autorité concédante de la distribution d'électricité prend deux formes : la nomination d'un agent de contrôle, distinct du gestionnaire choisi par l'autorité concédante¹²⁶⁶ et le compte rendu annuel de la concession. Dans le cadre de ces développements, nous nous sommes concentrés sur le contrôle de l'activité de distribution à travers le compte rendu annuel de concession car cela a donné lieu à différents contentieux.

441. Les informations et données relatives à la concession sont transmises à l'autorité concédante par un compte rendu annuel dont le contenu est fixé par le décret du 21 avril 2016 relatif au compte rendu annuel d'activité des concessions d'électricité¹²⁶⁷ et par les stipulations du cahier des charges de la concession¹²⁶⁸. L'article 1^{er} du décret du 21 avril 2016 dispose que ce document, communiqué au plus tard le 1^{er} juin de chaque année¹²⁶⁹, retrace les conditions d'exécution du contrat de concession au cours de l'année civile écoulée et comprend une analyse de la qualité du service aux usagers, de la politique d'investissement et de maintenance des réseaux¹²⁷⁰, des éléments financiers liés à l'exploitation de la concession, de la consistance du patrimoine concédé et des évolutions juridiques, économiques ou commerciales notables¹²⁷¹.

La mauvaise qualité de l'information se révèle dans le compte rendu annuel de concession qui rassemble, en théorie, toutes les informations nécessaires au contrôle de l'activité par le concédant. Or, tel que nous l'avons évoqué, le concessionnaire ne disposant pas d'informations à la maille

¹²⁶⁶ CGCT, art. L. 2224-31 al. 2. Le cahier des charges fait également état de la nomination d'un agent de contrôle : « Les agents de contrôle désignés par l'autorité concédante peuvent à tout moment procéder à toutes vérifications utiles pour l'exercice de leur fonction, et en particulier, effectuer les essais et mesures prévus au cahier des charges » (art. 32 A. du cahier des charges de la concession de distribution d'électricité du syndicat mixte d'électrification du département des Bouches du Rhône, p. 65).

¹²⁶⁷ Décret n° 2016-496 du 21 avril 2016 relatif au compte rendu annuel d'activité des concessions d'électricité prévu à l'art. L. 2224-31 CGCT.

¹²⁶⁸ Exemple tiré du cahier des charges de la concession de distribution d'électricité du syndicat d'électrification des Bouches du Rhône, art. 32 C.

¹²⁶⁹ En cas de « non production » du compte rendu annuel de concession conf. au cahier des charges, le concédant peut mettre en demeure le concessionnaire de les produire, à défaut sous réserves de pénalités.

¹²⁷⁰ Correspond aux travaux entrepris sur le réseau.

¹²⁷¹ Par ex., le cahier des charges de la concession de distribution d'électricité du syndicat d'électrification des Bouches du Rhône, art. 32 C.

concessive, son compte rendu annuel est incomplet car les informations ne font pas précisément état de l'évolution de la concession¹²⁷².

La mauvaise qualité d'information peut être assimilée à un défaut d'informations, les collectivités n'étant pas en mesure d'exercer leur contrôle sur l'activité du concessionnaire. Les autorités concédantes, contraintes dans une relation contractuelle de longue durée dont elles ne peuvent sortir¹²⁷³, font désormais preuve d'une exigence renforcée auprès du distributeur ; l'avènement de la transition énergétique et l'ouverture du marché énergétique légitimant leur action¹²⁷⁴. G. Bouvier résume ainsi cette évolution : « *aujourd'hui ce sont à nouveau les collectivités locales et leurs syndicats qui souhaitent se repositionner en véritables gardiens du service public en reléguant EDF au statut d'entreprise concessionnaire parmi d'autres* »¹²⁷⁵. Ce défaut d'information a mené à des situations de conflits entre le concessionnaire et les autorités organisatrices de la distribution.

442. Ainsi, de nombreuses collectivités concédantes ont refusé le compte rendu annuel de concession du distributeur au motif de sa non-conformité aux contrats de concession. Plusieurs éléments ont conduit à ces refus : la modification unilatérale de la méthode comptable de la durée d'amortissement des immobilisations concédées¹²⁷⁶, pour certains, et le manque de précision du compte rendu annuel, pour d'autres.

Le concessionnaire s'assure régulièrement de « *la pertinence des principaux paramètres de comptabilisation des immobilisations dont les durées d'utilité, valeurs de remplacement ou maille de gestion* »¹²⁷⁷. La modification unilatérale de la durée de vie comptable d'un investissement

¹²⁷² *supra* n° 434.

¹²⁷³ C. comptes, *op.cit.*, p. 117 : « *Du fait de la durée initiale des conventions de concession (de 20 à 30 ans), et en l'absence de renégociation ou d'avenants significatifs, le cadre contractuel finit par devenir inadapté. Il en a résulté, au cours de la période récente, des différends entre concédant et concessionnaire, qui pâtissent, dans certains cas, de désaccords sur la répartition de la maîtrise d'ouvrage des travaux et la propriété des biens de la concession. Ces divergences sont aggravées par des carences en matière d'inventaire des biens et de comptabilisation des créances réciproques entre les parties* ».

¹²⁷⁴ G. Bouvier, « Enjeux géopolitiques autour de la distribution d'électricité en France », *Hérodote*, n° 110, p.78 : « *Le contrôle de la bonne conduite du service public est renforcé par la perspective de l'ouverture des marchés et de la multiplication des fournisseurs d'électricité. Le pouvoir concédant, même s'il est traversé par différentes sensibilités, monte en puissance dans ses relations et ses exigences vis à vis d'EDF* ».

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ Ce fut le cas des syndicats départementaux d'énergie de la Seine-Maritime, de la Dordogne et d'Eure et Loir notamment.

¹²⁷⁷ Par ex., le compte rendu annuel de concession 2012 de la Fédération départementale d'électricité de l'Yonne, p. 39.

« rompt l'équilibre économique et financier du contrat de concession »¹²⁷⁸. Les autorités concédantes refusent d'enregistrer tout changement de méthode de calcul de la durée de vie de leurs ouvrages sans avoir été consultées auparavant, même dans l'hypothèse où ils auraient été validés par la Commission de régulation de l'énergie¹²⁷⁹.

Le refus du compte rendu annuel de concession pour manque de précision témoigne de l'exigence accrue des concédants qui exigent de disposer de toutes les informations nécessaires à la maille de leur concession pour exercer le contrôle du bon accomplissement des missions de service public qu'elles ont déléguées. L'exemple emblématique, par la qualité du concédant et par les conséquences de ce refus est celui du SIPPAREC, le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication¹²⁸⁰. Le syndicat a considéré que le compte rendu annuel de concession établi par le concessionnaire ne répondait pas aux stipulations établies par le cahier des charges, qu'il « *était insuffisamment précis* »¹²⁸¹ et lui a enjoint de lui transmettre un compte de résultat détaillé à la maille de la concession. En effet, les éléments financiers des concessions sont issus de données nationales ensuite réparties en fonction du nombre de clients de la concession ou au *pro rata* de l'énergie soutirée sur le réseau¹²⁸². Le contentieux entre ErDF et le SIPPAREC se cristallise lorsque le syndicat émet un titre exécutoire pour le recouvrement des pénalités pour la non production de comptes détaillés, conformément à l'article 32 du cahier des charges de la concession parisienne. La Cour administrative d'appel de Paris par un arrêt du 25 mars 2013 confirmé par le Conseil d'Etat le 18 décembre 2013¹²⁸³, juge que les éléments fournis ne sont pas des « *éléments financiers et économiques précis, et par suite, ne peuvent être regardés comme constituant des données comptables et financières significatives au sens des stipulations du cahier*

¹²⁷⁸ Le Syndicat d'énergie d'Eure-et-Loir a également été confronté à un changement unilatéral de la durée de vie des investissements. ERDF a reporté de 40 à 50 ans la durée de vie de certaines canalisations. Le changement de durée a un impact financier car « *les provisions pour renouvellement d'ouvrages correspondant sont repoussées au-delà du terme de la concession* » (motion du syndicat départemental d'énergies d'Eure et Loir, 10 octobre 2012).

¹²⁷⁹ Délibération du comité du Syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie, le 17 janvier 2013.

¹²⁸⁰ Le SIPPAREC est un syndicat intercommunal mixte ouvert rassemblant plus d'une centaine de collectivités franciliennes créé en 1924. En plus de la compétence d'électricité, le SIPPAREC exerce également les compétences relatives aux réseaux urbains de communication électroniques et communication audiovisuelle, le développement des énergies renouvelables, et le système d'informations géographique. La concession de distribution d'électricité concerne 7 millions de personnes.

¹²⁸¹ CAA Paris, 6^{ème} ch., 25 mars 2013, SIPPAREC, n° 10PA04621, inédit.

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ CE, 18 décembre 2013, Société Electricité réseau distribution France (ERDF), n° 369889.

des charges »¹²⁸⁴. Le compte rendu annuel de concession doit permettre à la collectivité concédante de connaître la situation économique réelle de la concession et de contrôler l'exécution du service public qu'elle a concédé : « *en tant que propriétaires des réseaux de distribution d'électricité, les collectivités locales et les syndicats d'électricité qui les représentent ont un droit légitime à l'information car c'est une condition nécessaire à l'exercice de leur pouvoir de contrôle et à leur participation à la définition des priorités en matières d'investissement* »¹²⁸⁵ rappelle la présidente du SIPPEREC et maire de Bobigny, C. Peyge. Cette décision est d'autant plus justifiée qu'ErDF n'allègue pas d'une impossibilité matérielle de fournir ces données à la maille de la concession.

443. Afin de limiter les recours contentieux et pour sortir d'une situation difficile pour le concessionnaire¹²⁸⁶, le protocole établi par ErDF et la FNCCR, le 18 septembre 2013, acte de « *la nécessité de poursuivre la démarche d'amélioration de la précision des données financières et patrimoniales de la concession transmises par le concessionnaire à l'autorité organisatrice* »¹²⁸⁷. Le concessionnaire s'engage à délivrer « *dans la mesure du possible* », les informations à la maille concessive. L'introduction des réseaux intelligents, que nous étudierons dans un second chapitre, permet au concessionnaire de transmettre des informations beaucoup plus précises aux frontières de la concession locale¹²⁸⁸.

444. Cette obligation d'information du concédant place le distributeur dans une situation complexe car, lorsqu'il transmet ces informations, ce dernier doit également veiller « *à préserver la confidentialité des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication serait de nature à porter atteinte à la concurrence libre et loyale*

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ O. Schneid, « Le Sipperec remporte une manche majeure contre son concessionnaire ERDF », *La Gazette des Communes*, 15 janvier 2014.

¹²⁸⁶ En effet, ERDF est un concessionnaire et les autorités concédantes, propriétaires des réseaux de distribution, exercent leurs droits à l'information sur l'activité et les infrastructures concédées.

¹²⁸⁷ Protocole d'accord sur la période tarifaire 2014-2017, « Renforcer les relations entre les autorités concédantes et le concessionnaire ERDF au service de la qualité du service concédé : Programmation et coordination des investissements, évolution de la redevance de concession, échanges de données financières, patrimoniales et cartographiques ». Ce document prévoit l'établissement « *de façon concertée* », d'un bilan national d'application du protocole de valorisation comptable des ouvrages construits sous maîtrise d'ouvrage des autorités concédantes, en vue de son renouvellement, pour une information comptable plus précise des biens de la concession.

¹²⁸⁸ *infra*. n° 466 et suiv.

et de non-discrimination imposées par la loi »¹²⁸⁹. Toutes les informations ne peuvent pas être accessibles à l'autorité concédante.

C. Les limites légales à l'information

445. L'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales dispose que « *chaque organisme de distribution d'électricité tient à la disposition de chacune des autorités concédantes dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financières ou techniques utiles à l'exercice des compétences de celle-ci* ». La nature utile de l'information est déterminée par le concédant¹²⁹⁰. Dans le même temps, le concessionnaire est soumis à une obligation de confidentialité de certaines informations afin de ne pas porter atteinte à la vie privée et aux règles de concurrence et de non-discrimination imposées par la loi¹²⁹¹. L'information transmise doit alors être le résultat d'un équilibre entre informations commercialement sensibles¹²⁹² liées à la préservation des règles de concurrence, d'une part, et informations utiles à l'exercice des compétences de l'autorité concédante, d'autre part.

446. Le décret du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations détenues par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité énumère les données dont la confidentialité doit être préservée : elles concernent principalement les conditions de raccordement aux réseaux, les programmes d'approvisionnement et de consommation, les puissances enregistrées, les volumes d'énergie consommés ou produits, les conditions de vente et de paiement de chaque fournisseur et la durée des contrats¹²⁹³.

¹²⁸⁹ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement de l'électricité, art. 20

¹²⁹⁰ Le concessionnaire ne peut pas décider de la nature de l'utilité des informations à destination du concédant (CE, 11 mai 2016, *Commune de Douai*, n° 375533, *Rec. T.*, cons. 6).

¹²⁹¹ C. ener., art. L. 111-72.

¹²⁹² La CRE propose de définir l'information commercialement sensible comme toute information concernant un utilisateur de réseau identifiable dont la communication à un tiers au contrat permettrait, directement ou indirectement, d'établir les conditions de réalisation de son activité ; v. en ce sens : CRE, avis du 25 avril 2007 sur le projet de décret modifiant divers décrets d'application de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relatif aux relations entre utilisateurs de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

¹²⁹³ 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 en application des art. 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, art. 1^{er}.

Le distributeur est uniquement autorisé à communiquer aux utilisateurs du réseau les informations relatives à leur activité¹²⁹⁴. La communication aux tiers de ces informations par le gestionnaire requiert une autorisation de l'utilisateur et concerne uniquement son activité¹²⁹⁵. Toutefois, le décret du 16 juillet 2001 précise que ces informations doivent être communiquées « *sous une forme agrégée respectant le secret statistique, et ne portant pas atteinte aux règles de concurrence libre et loyale* »¹²⁹⁶. En effet, l'Autorité de la concurrence souligne que, si la diffusion d'information « *peut améliorer l'efficacité économique lorsqu'elle renseigne les opérateurs sur l'état de la demande ou qu'elle accroît l'efficacité de leur production. Dans d'autres situations, elle peut conduire à une atténuation du jeu concurrentiel en entraînant un risque de collusion* »¹²⁹⁷. La diffusion de ces informations peut encourager des entreprises à coordonner leurs comportements, ce que l'article L. 420-1 du code de commerce prohibe en disposant que « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sont interdites lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». La Cour de justice européenne pose le principe du comportement autonome des opérateurs économiques : « *tout opérateur économique doit prendre ses décisions seul, sans connaître la situation de ses concurrents. Il ne peut pas plus évaluer ses propres positions par rapport aux leurs qu'adapter son comportement sur le marché, puisqu'il ignore celui ou ceux des autres* »¹²⁹⁸. Le concessionnaire doit veiller, en utilisant des données agrégées, à ne pas porter atteinte aux règles de la concurrence par la diffusion de données que les opérateurs économiques ne possèderaient pas. En cas de divulgation d'informations commercialement sensibles, le distributeur encourt une condamnation.

447. Cependant, certaines de ces informations peuvent s'avérer nécessaires à l'exercice des compétences des autorités concédantes¹²⁹⁹. La notion d'utilité de l'information n'étant pas définie par le droit positif, le distributeur est confronté à un risque contentieux important.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, art. 2.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ *Ibid.*, art. 3.

¹²⁹⁷ Aut. concu, *Rapport annuel 2009*, Etudes thématiques, p. 105 et suiv.

¹²⁹⁸ C. Grynfoegel, « Droit français des ententes - Art. L. 420-1 du Code de commerce », *JCP E*, décembre 2012, pt. 116.

¹²⁹⁹ La connaissance du volume de l'énergie consommée est utile aux collectivités locales qui développent des services publics de l'efficacité énergétique, toutes les données de consommation servent aux collectivités locales lorsqu'elles souhaitent. A ces besoins s'ajoutent les obligations contractuelles issues du cahier des charges de la concession établissant les informations transmises au concédant au titre de l'exploitation comme l'état des consommations d'électricité

Deux conceptions peuvent alors être envisagées : une information serait utile si elle est nécessaire à l'exercice des compétences de l'autorité concédante ou certaines informations seraient utiles par nature. En l'état actuel du droit positif, l'information utile par nature n'est pas prévue. L'utilité des informations transmises dépend alors des compétences exercées par les autorités concédantes. Dans le cadre de l'activité de distribution, la définition de la planification énergétique locale¹³⁰⁰, le développement d'actions d'efficacité énergétique et la production d'énergies renouvelables constituent les principales compétences pour lesquelles les informations du distributeur s'avèrent utiles.

448. Par ailleurs, conformément à l'article 2 du décret du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations détenues par les gestionnaires de réseaux, les collectivités concédantes sont tierces à la relation contractuelle entre usager et gestionnaire du réseau et doivent, par conséquent, demander une autorisation d'accès aux informations auprès des utilisateurs. Les données qui leur sont transmises de manière agrégée, afin de préserver la concurrence, ne sont pas automatiquement établies à la maille de la concession¹³⁰¹ et donc leur utilité est relative. L'information de l'autorité concédante est, par conséquent, juridiquement et physiquement limitée.

449. En l'absence de définition, la frontière entre informations commercialement sensibles et informations utiles est obscure. Deux définitions ont alors été proposées.

La Commission de régulation de l'énergie propose, lors d'un avis relatif aux relations entre utilisateurs de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité du 27 avril 2007, de définir l'information commercialement sensible comme toute information relative à un utilisateur du réseau identifiable dont la communication à un tiers au contrat permettrait, directement ou indirectement,

ou des indications sur la qualité du service (exemple de l'art. 32 C. du cahier des charges de la concession du syndicat mixte d'électrification du département des Bouches-du-Rhône).

¹³⁰⁰ Le concessionnaire communique des données de consommation et de production agrégées à la maille communale pour l'élaboration des plans climat air énergie territoriaux conf. à loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 179 III 3°.

¹³⁰¹ Les données transmises sont établies à la maille IRIS qui est la maille communale lorsque la commune n'est pas découpée en îlots regroupés pour l'information statistique (décret n° 2016-973 du 18 juillet 2016 relatif à la mise à disposition des personnes publiques de données relatives au transport, à la distribution et à la production d'électricité). Or, les concessions de distribution d'électricité ne correspondent pas aux frontières d'une seule commune en raison du transfert de la compétence de distribution à de nombreuses intercommunalités (métropole et communauté urbaine) ou à des syndicats d'électrification (*supra* n° 395).

d'établir : les prix de transaction de l'électricité, l'identité des parties, les données financières, les conditions, volume et prévision de consommation et la durée des contrats de fourniture¹³⁰².

La seconde définition est suggérée par la Commission d'accès aux documents administratifs qui, dans un avis du 15 mars 2015, propose une approche simplifiée : si l'information ne figure pas dans la liste des informations commercialement sensibles¹³⁰³, le concessionnaire est alors tenu de la transmettre¹³⁰⁴. Pour l'heure, les informations commercialement sensibles sont définies comme des informations dont la révélation pourrait porter atteinte aux règles de concurrence et de non-discrimination¹³⁰⁵.

En l'absence de définition de l'information utile et commercialement sensible, le concessionnaire risque de voir se développer une jurisprudence défavorable car l'information du concédant est inhérente au contrat de concession. De plus, l'avènement de la transition énergétique et du rôle des collectivités locales exigent la communication des informations relatives à la consommation et à la production locale. La marge de manœuvre du distributeur, quant à l'information transmissible aux autorités concédantes, est en réalité très faible. A court terme, la communication de données à la maille concessive prévue par le protocole d'accord entre le distributeur et la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies devrait améliorer la qualité des informations utiles délivrées et ainsi la relation du distributeur avec ses collectivités concédantes. Cependant, une intervention législative est nécessaire afin d'éclairer ces notions et ainsi limiter le risque contentieux pour le distributeur.

¹³⁰² CRE, avis du 25 avril 2007 sur le projet de décret modifiant divers décrets d'application de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée et relatif aux relations entre utilisateurs de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

¹³⁰³ Les informations commercialement sensibles sont listées au 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 en application de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

¹³⁰⁴ CADA, avis n° 20150278 du 5 mars 2015 : « *un dossier de justification technico-économique ne figure pas, en tant que tel, au nombre des éléments définis par le décret n° 2001-630 du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations détenues par les gestionnaires de réseaux comme information commercialement sensibles. Seules celles des informations contenues dans ce dossier qui correspondraient à l'une des catégories d'informations énumérées par le décret revêtiraient le caractère d'information commercialement sensible dont le gestionnaire doit, en application de l'art. L. 111-73 du code de l'énergie, assurer la confidentialité* ».

¹³⁰⁵ ERDF, « La confidentialité des données gérées par ERDF », communiqué de presse, novembre 2008.

450. Pour conclure ce premier chapitre consacré à l'activité de distribution électrique, il nous semble important d'insister sur la relation conflictuelle entre les autorités concédantes et le distributeur national Enedis en situation de monopole. Ces tensions sont dues, d'une part, à l'organisation particulière de cette activité, entre régulation nationale et contrôle local de l'activité concédée et, d'autre part, à l'absence d'ouverture à la concurrence de cette activité. En effet, le contrôle de l'activité de distribution est inopérant, les informations transmises étant lacunaires et la possibilité de sanction par le non renouvellement du contrat faisant défaut. Par ailleurs, l'autorité concédante ne peut procéder à une reprise en régie de l'activité de distribution électrique qu'elle a déléguée. De ce fait, la relation entre le distributeur et les autorités concédantes est source de tensions : les collectivités se sentent enfermées dans une relation contractuelle où elles disposent de peu de marges de manœuvre et le distributeur, soumis à une obligation de résultat, préfère privilégier la qualité de son activité à celle de ses relations contractuelles.

451. La qualité de l'information demeure la principale source de conflits. Une approche de droit comparé permet de prendre conscience des différences qu'il peut exister entre distributeurs, en raison de la mise en concurrence de leur activité. Ainsi, l'organisation concurrentielle de la distribution d'électricité en Allemagne a encouragé les distributeurs allemands à fournir le plus d'informations possibles à leurs concédants¹³⁰⁶. L'Allemagne comptabilise environ 880 distributeurs¹³⁰⁷ qui, afin de maintenir leurs parts de marché, s'engagent à la plus grande transparence à l'égard de leur autorité concédante. La situation évolue en France : la crainte de voir, un jour, l'activité de distribution s'ouvrir à la concurrence encourage le distributeur à fournir de nombreux efforts pour améliorer sa relation avec ses autorités concédantes. En témoigne le protocole d'accord signé entre le distributeur et la Fédération nationales des collectivités concédantes, le 18 décembre 2013.

¹³⁰⁶ Le gestionnaire du réseau de distribution de Leipzig rend public les données du réseau (puissances appelées, pertes sur le réseau, nombre de branchements, de postes sources, de transformateurs), le distributeur de la ville de Berlin ou encore celui de Munich, mettent également à disposition toutes les informations énergétiques en leur possession, sans restriction d'accès.

¹³⁰⁷ M. Derdevet, *Energies, l'Europe en réseaux, Douze propositions pour une politique commune en matière d'infrastructures énergétiques, Rapport à François Hollande, Président de la République Française*, La documentation française, 2015, Paris, p. 19.

452. L'évolution des besoins et des usages électriques liés à la transition énergétique ouvre une nouvelle ère des relations contractuelles entre le distributeur et les collectivités concédantes. L'accélération du déploiement des énergies renouvelables, le rôle accru des territoires dans la transition énergétique, la *digitalisation* et les nouveaux usages électriques sont autant de nouvelles données avec lesquelles le distributeur doit interagir. La distribution d'électricité caractérisée par une relation verticale, entre l'offre et la demande d'énergie, évolue vers la constitution d'un « *système de distribution* »¹³⁰⁸, où la distribution est à l'origine de la production renouvelable comme de la maîtrise énergétique, qui sont, pour rappel, les piliers de la transition énergétique.

¹³⁰⁸ P. Monloubou, président du directoire d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF), compte rendu d'audition, Commission des affaires économiques, Assemblée Nationale, 2 février 2016, compte rendu n° 43, session ordinaire 2015-2016.

Chapitre 2. L'évolution de la relation concessive sous l'influence de la transition énergétique

453. L'activité de distribution repose sur une organisation verticale du système électrique : l'électricité produite de manière centralisée par les centrales nucléaires¹³⁰⁹ alimente les réseaux de transport pour être ensuite distribuée aux ménages à travers les réseaux de distribution. Cette organisation évolue sous l'influence de la transition énergétique. L'objectif de 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique à l'aube de 2020 encourage le développement des énergies renouvelables, production par nature décentralisée. Le réseau de distribution qui transportait l'électricité nucléaire dans un sens unique, de la production aux foyers de consommation, doit désormais intégrer les productions renouvelables locales¹³¹⁰. De son côté, le consommateur prend part à l'activité de distribution en modulant sa consommation en fonction des besoins du réseau¹³¹¹, il devient un acteur sur le réseau de distribution. L'usage du réseau de distribution évolue ainsi avec l'avènement de la transition énergétique.

454. Le Président du directoire d'Enedis, P. Monloubou, souligne l'enjeu des réseaux de distribution dans la transition énergétique lors de son audition devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, le 2 février 2016 : « *les réseaux de distribution ont un rôle fondamental dans la transition énergétique qui passe par l'intelligence des réseaux, des investissements accrus et l'intégration des ressources propres aux territoires* »¹³¹². Enedis assume aujourd'hui un rôle de « *distribution system operator* »¹³¹³ : le distributeur, qui était chargé de la gestion de la distribution d'électricité par la mise à disposition de réseaux, est désormais responsable de la gestion des flux (injection de l'électricité produite localement et soutirage dans les foyers de

¹³⁰⁹ Le nucléaire représente 81,5% de la production énergétique primaire et 42% de la consommation énergétique primaire (Ministère de l'environnement, *Chiffres clés de l'énergie*, 2016).

¹³¹⁰ Pour la plupart des productions renouvelables, la puissance de ces productions ne leur permet pas d'être raccordées au réseau de transport, elles injectent leur production dans le réseau de distribution qui l'achemine vers les points de consommation. Cependant, les grandes fermes photovoltaïques ou les parcs éoliens peuvent être raccordés directement au réseau de transport suivant le volume de leur production.

¹³¹¹ V. en ce sens le mécanisme de capacité créé par l'art. 6 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité. Pendant les périodes de pointes de consommation, certains consommateurs régulent leur consommation en fonction des besoins des gestionnaires de réseaux en différant leurs usages électriques.

¹³¹² P. Monloubou, président du directoire d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF), compte rendu d'audition, Commission des affaires économiques, Assemblée Nationale, 2 février 2016, compte-rendu n° 43, session ordinaire 2015-2016.

¹³¹³ *Ibid.*

consommation) sur ces réseaux en assurant un équilibre permanent entre l'offre et la demande d'électricité. La conception systémique de la distribution intègre une dimension intelligente nécessaire à la réalisation de la transition énergétique.

455. L'intelligence d'un réseau désigne la mise en relation de nombreuses données de consommation et de production électrique que le distributeur possède avec les enjeux énergétiques territoriaux¹³¹⁴. La mise en relation de l'ensemble de ces données est permise grâce à l'intégration de technologies numériques sur les réseaux de distribution. A partir de ces données, le distributeur est apte à gérer plus finement l'équilibre entre la production et la consommation, à assurer la sécurité des réseaux, à intégrer les énergies renouvelables produites et à réduire les coûts d'exploitation grâce à une optimisation du système. En effet, ces capteurs installés permettent un contrôle des flux électriques en temps réel, une communication instantanée entre les réseaux de transport et de distribution et une gestion active des consommations individuelles grâce aux compteurs communicants. L'interdépendance et la communication de l'ensemble des acteurs du système électrique constitue un *système de distribution*.

456. La naissance d'un *système de distribution* résulte de la conjugaison de plusieurs phénomènes, explique P. Monloubou : le rôle accru des territoires dans la réalisation de la transition énergétique, l'accélération du déploiement des énergies renouvelables, la digitalisation avec l'avènement de l'*open data*¹³¹⁵ et le développement des nouveaux usages électriques avec notamment les voitures électriques. L'introduction des technologies de l'information et de la communication nécessaires à la constitution de réseaux intelligents également dénommés *smart grid* a permis l'émergence de ce système de distribution. Ces réseaux intelligents se caractérisent par la quantité et la qualité des données qu'ils génèrent. A partir de ces données, les collectivités territoriales sont en mesure de déployer une action énergétique plus efficace et des politiques publiques mieux ciblées

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ La digitalisation des informations permet aux personnes publiques, dans le cadre d'une politique publique d'ouverture des données, de mettre à la disposition des acteurs économiques, sur une plateforme électronique, un certain nombre de données brutes. Nous aborderons la politique publique d'ouverture des données publiques dans le cadre des développements relatifs à la création d'un service public local de la donnée (*infra* n° 485 et suiv.).

telles que la lutte contre la précarité énergétique¹³¹⁶. P. Monloubou insiste sur l'importance des données pour la réalisation de la transition énergétique : « *la production et la diffusion des données, données ouvertes ou open data et mégadonnées ou big data, révolutionnent l'exploitation même des systèmes électriques ; sans elles, il ne saurait y avoir de transition énergétique car ce sont elles qui permettent l'intégration des énergies renouvelables au réseau, en France et dans le reste de l'Europe* ». L'ouverture et la gestion des données publiques associées au déploiement des réseaux intelligents permettent de développer des actions énergétiques performantes.

457. La production de données énergétiques et l'ouverture des données publiques influencent la relation contractuelle en renforçant le pouvoir concédant des autorités organisatrices de la distribution (section 1). Plus encore, elles permettent également aux collectivités territoriales de renforcer leur action publique locale énergétique (section 2).

Section 1. Les réseaux intelligents et la revalorisation du pouvoir de l'autorité concédante

458. La Commission européenne définit le réseau intelligent comme « *un réseau capable d'intégrer au meilleur coût les comportements et les actions de tous les utilisateurs qui y sont reliés : producteurs, consommateurs ainsi que ceux qui sont les deux à la fois. L'objectif est d'assurer au système électrique d'être durable et rentable, avec des pertes faibles et avec des niveaux élevés de sécurité, de fiabilité et de qualité de la fourniture* »¹³¹⁷.

« *Rendre un réseau intelligent* » signifie introduire des technologies de l'information et de la communication au sein des réseaux de distribution afin de les rendre communicants pour permettre aux acteurs du système électrique d'assurer une desserte électrique de qualité, tout en améliorant leur réactivité et le développement de services énergétiques associés¹³¹⁸. Le déploiement de

¹³¹⁶ *infra*. n° 538 et suiv.

¹³¹⁷ Définition donnée par « Taskforce for Smart Grids » citée par L. Poniatowski, J. Desessard, *Le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête, T.1, n° 667, Sénat, 2011-2012, p. 172.

¹³¹⁸ Définition des *smart grids* donnée par la CRE, disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr>, consulté le 17 septembre 2016

ces réseaux intelligents vise à améliorer la gestion de l'équilibre entre la production et la consommation d'électricité à travers une meilleure maîtrise de la demande électrique.

459. L'équilibre fondé sur l'adaptation des capacités de production aux prévisions de consommation est aujourd'hui dépassé. En effet, les prévisions de consommations permettaient aux centrales nucléaires d'adapter leurs productions, la production nucléaire ne pouvant répondre à la variabilité de la consommation électrique. Les pics de consommation, lorsqu'ils se présentaient en hiver notamment¹³¹⁹, étaient alors couverts par une production électrique supplémentaire à partir d'énergies fossiles (charbon, gaz ou fioul)¹³²⁰. Les objectifs définis par le paquet énergie-climat européen, qui impose une réduction de 20% des émissions de gaz à effet de serre, une amélioration de 20% de l'efficacité énergétique et 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique, impliquent une évolution quant aux modalités de production et de consommation. Les volumes de production électriques demeurent le fait de prévisions mais lorsque ces dernières varient et ne correspondent plus aux besoins réels, la consommation s'adapte. La production électrique par énergies fossiles, fortement émettrice de gaz à effet de serre, est ainsi réduite, les pics de consommation étant absorbés par le consommateur. Les sites de consommations gèrent activement leurs consommations « *pour rendre service au système électrique* »¹³²¹. De même, dans le cas des énergies renouvelables, l'intermittence de leur production est compensée par l'adaptation de la consommation afin de maintenir un équilibre entre l'offre et la demande électrique sur le réseau. La gestion de l'équilibre sur le réseau se fait par la demande d'électricité.

460. La communication entre les différents points de réseaux grâce au déploiement des réseaux intelligents crée une interaction entre tous les acteurs du système en vue de la préservation de l'équilibre entre l'offre et la demande, d'une part, et permet une réactivité et une fiabilité renforcée des réseaux, d'autre part (§1). Afin d'assurer cet équilibre, les réseaux intelligents multiplient

¹³¹⁹ G. Russel, « Vague de froid : risque-t-on des coupures d'électricité ? », *Le Figaro*, 3 janvier 2017.

¹³²⁰ En 2016, la production électrique était assurée à 72,3% par l'énergie nucléaire, 12% par l'énergie hydraulique et 8,6% par les énergies thermiques à combustible fossile (données provenant de RTE sur le site du Ministère de la Transition écologique et solidaire, disponible en ligne : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/production-delectricite> consulté le 18 août 2017).

¹³²¹ CRE, « L'importance de la flexibilité de la demande pour la gestion du système électrique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=flexibilite-demande-systeme-electrique> consulté le 18 août 2017.

les informations disponibles qui permettent au concessionnaire de communiquer à l'autorité concédante toutes les informations nécessaires à son contrôle. La relation concessive évolue désormais vers une relation de partenariat (§2).

§1. Les réseaux de distribution électrique intelligents

461. L'intelligence du réseau dépend de l'intégration de technologies de communication aux infrastructures de distribution. Ces technologies favorisent une interaction entre l'ensemble des acteurs du système électrique¹³²². Les raisons d'être du réseau intelligent pour la transition énergétique doivent être présentées (A) avant d'étudier leur déploiement au sein des réseaux de distribution électrique (B).

A. Les raisons d'être du réseau intelligent

462. L'introduction de technologies de l'information et de la communication¹³²³ au sein des réseaux de distribution vise à améliorer l'intégration et la gestion des productions renouvelables décentralisées, dont l'intermittence les rend difficilement pilotables au sein d'un réseau conçu de manière centralisé et unidirectionnel¹³²⁴, l'électricité allant uniquement des lieux de production à ceux de consommation¹³²⁵. Pour cause, Enedis prévoit pour la période 2015-2030 un triplement

¹³²² En témoigne l'art.199 de la loi n° 2015- 992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte et le 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 qui offrent aux autorités concédantes la possibilité de créer avec des producteurs et des consommateurs locaux, un service de flexibilité local sur des portion de réseau pour réduire les besoins d'investissements ou les coûts de gestion du réseau public de distribution tout en assurant un bénéfice pour le système électrique. Ce service « *a pour objet d'optimiser localement la gestion des flux d'électricité entre un ensemble de producteurs et un ensemble de consommateurs raccordés au réseau public de distribution d'électricité. si le service permet de réduire les coûts d'investissements ou de gestion du réseau, le gestionnaire de réseau rémunère l'autorité organisatrice de la distribution d'électricité à hauteur de coûts évités* » ; v. égal : CRE, « La flexibilité de la demande, une des clés pour la transition énergétique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?rubrique=dossiers&srub=flexibilite&action=imprimer>, consulté le 24 mai 2017.

¹³²³ Par ex., les technologies de géolocalisation.

¹³²⁴ Pour la CRE, il s'agit « *d'interagir avec la production décentralisée en développement les fonctions d'automatisation (réglages de la tension et de la puissance), voire d'agréger les productions décentralisées à travers une centrale virtuelle locale (forme de coopérative associant des producteurs et mettant en commun les différentes sources d'énergie disponibles afin de jouer sur le foisonnement de ces sources multiples et de compenser la variabilité inhérente à certaines EnR). Il faut alors concevoir des infrastructures de communication et de gestion des données pour intégrer la production décentralisée dans la conduite du système* ».

¹³²⁵ CRE, « Contexte et enjeux du développement des énergies renouvelables », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=integrationenr>, consulté le 18 septembre 2016. La nature unidirectionnelle du secteur énergétique fait référence à une conception, aujourd'hui datée, qui est celle que l'électricité ne circulerait que dans un sens

des puissances des installations de production éoliennes terrestres, le quintuplement des puissances des installations de production photovoltaïques raccordées et une flotte de près de sept millions de véhicules électriques rechargeables¹³²⁶. Les réseaux doivent donc être rendus bidirectionnels, c'est à dire intégrer le fait que l'énergie renouvelable est produite localement et qu'elle peut donc être injectée sur le réseau à la maille locale.

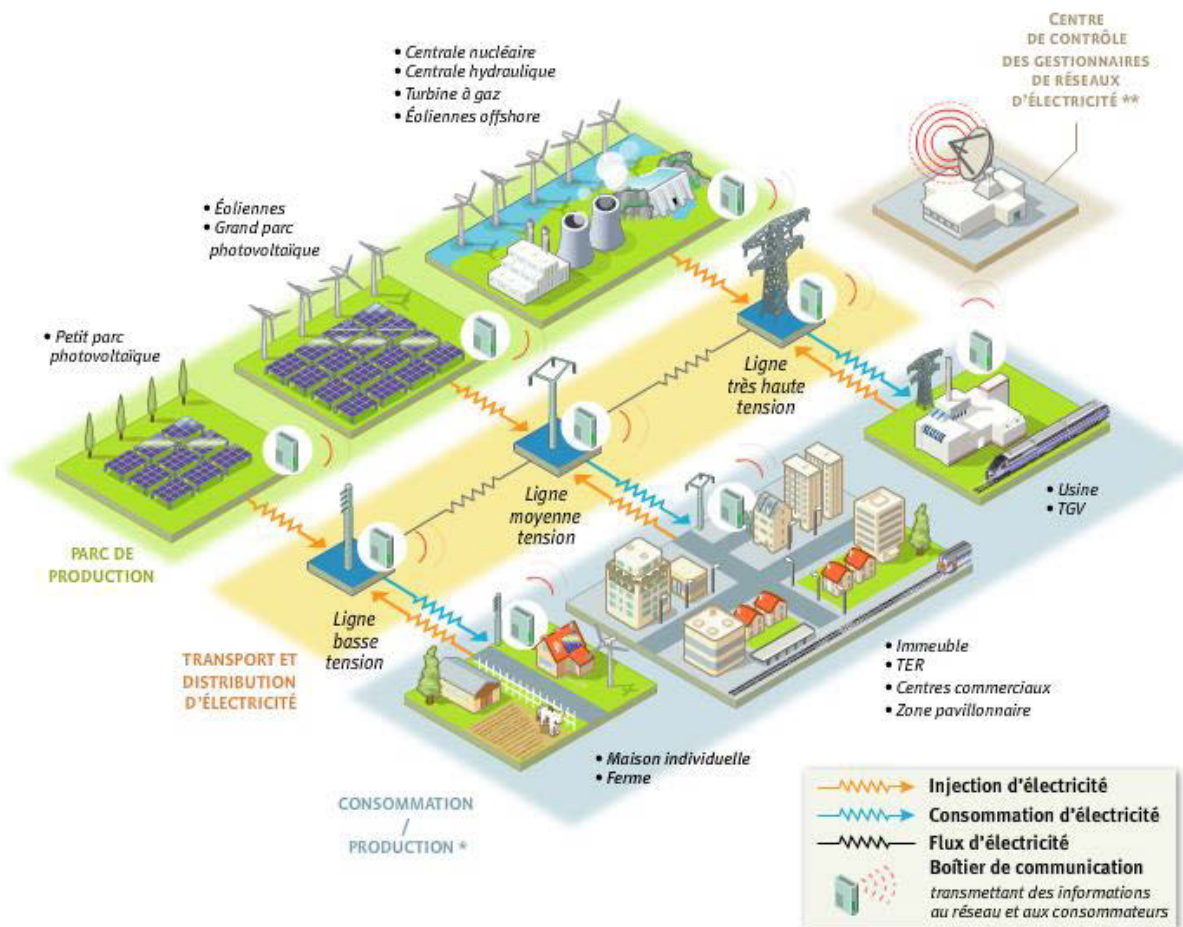


Figure 2 : Système électrique et réseaux intelligents - Source : Commission de régulation de l'énergie

unique, du lieu de production à celui de consommation. Or, l'avènement de la production renouvelable crée une production décentralisée dans laquelle certains foyers de consommation se trouvent également être des lieux de production et ainsi, le réseau distribue l'électricité produite à l'échelon central par les centrales nucléaires, mais achemine également l'électricité produite localement vers d'autres foyers de consommation locaux. L'intégration de l'électricité sur le réseau peut ainsi être réalisée à l'échelle centrale comme locale.

¹³²⁶ CRE, « Les services apportés par la flexibilité de la demande aux réseaux publics de distribution d'électricité », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=flexibilite-demande>, consulté le 27 juin 2016.

463. L'intégration de la production renouvelable au réseau de distribution n'est pas fonction de la demande mais de la réalisation de conditions naturelles. Le gestionnaire du réseau doit prendre en compte la nature intermittente de la production renouvelable due à la variation des conditions météorologiques afin de maintenir la qualité de l'électricité distribuée. Pour garantir cette qualité, le distributeur encourage les consommateurs à gérer activement leur consommation par l'émission de signaux tarifaires : l'objectif poursuivi étant de limiter les consommations en période de pointe et de les reporter en période creuse afin que la demande d'électricité corresponde à l'offre et qu'ainsi l'équilibre entre les deux soit assuré pour garantir la desserte d'une électricité de qualité. En effet, l'électricité produite par les énergies renouvelables étant intermittente et ne pouvant être stockée d'une part, et l'obligation de maintenir un équilibre entre production et consommation sur le réseau électrique, d'autre part, le gestionnaire encourage l'effacement de certaines consommations afin de préserver l'équilibre du système¹³²⁷. Le concessionnaire peut ainsi lisser la courbe de charge, c'est à dire la demande d'électricité sur le réseau, par la technique l'effacement¹³²⁸ de la consommation qui correspond à « *la coupure momentanée, autorisée et ciblée (usages électriques reportables ou annulables sans impact sur le confort) de l'alimentation électrique de certains équipements* »¹³²⁹. Ainsi, lors d'importantes périodes de pointe de consommation électrique, certains consommateurs¹³³⁰ interrompent leur consommation : « *Il s'agit, par exemple, d'interrompre brièvement, mais de façon synchronisée, l'alimentation de radiateurs ou de climatiseurs situés dans des logements pour réduire la consommation d'électricité d'une région ou du pays* »¹³³¹.

¹³²⁷ Ces consommations sont ensuite déclenchées lors des périodes creuses, c'est à dire lorsque que la demande d'électricité est relativement faible sur le réseau (CRE, « Les technologies de smart grids : une réponse pour faciliter l'intégration des EnR sur les réseaux électriques », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=integration-smart-grids>, consulté le 18 septembre 2016).

¹³²⁸ Pratique également appelée délestage.

¹³²⁹ Gimélec, *Livre blanc des industriels au service de l'intelligence énergétique, Réseaux électriques intelligents*, mars 2011, p. 20.

¹³³⁰ Les entreprises comme les ménages peuvent souscrire à ces contrats d'effacement.

¹³³¹ M.-N. Battistel, *Les enjeux et impacts de l'effacement électrique diffus*, Rapport d'information n° 3690 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques, Assemblée Nationale, 26 avril 2016.

464. La pratique de l'effacement dépend des consommateurs et de leur niveau d'information de l'activité du réseau. Les entreprises, notamment électro-intensives connaissent et maîtrisent cette pratique, qui peut leur rapporter jusqu'à plusieurs millions d'euros par année¹³³². En revanche, le ménage est moins au fait de ce dispositif car son information dépend des dispositifs de comptage évolués. Pour la Commission de régulation de l'énergie, la production de cette information implique, d'une part, la mise en place de compteurs communicants capables de stocker les informations résultant des mesures d'énergie et, d'autre part, l'établissement de système de transmission de données permettant la circulation rapide et fiable des informations contenues dans les compteurs entre les utilisateurs, les gestionnaires de réseaux et les fournisseurs¹³³³. Ainsi, la directive européenne du 13 juillet 2009 relative à l'établissement de règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹³³⁴ impose aux Etats membres la mise en place de systèmes intelligents de mesure pour favoriser la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité. L'article 18 de la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 reprend et adapte cette obligation au système français : « *Les objectifs d'efficacité et de sobriété énergétiques exigent la mise en place de mécanismes d'ajustement et d'effacement de consommation d'énergie de pointe. La mise en place de ces mécanismes passera notamment par la pose de compteurs intelligents pour les particuliers, d'abonnement avec effacement des heures de pointes. Cela implique également la généralisation des compteurs intelligents afin de permettre aux occupants de logements de mieux connaître leur consommation d'énergie en temps réel et ainsi de*

¹³³² D. Pialot, « L'effacement électrique, une source de revenus pour les industriels », *La Tribune*, 18 janvier 2017.

¹³³³ CRE, « Les caractéristiques du comptage évolué en électricité », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=compteurs-caracteristiques>, consulté le 24 mai 2017.

¹³³⁴ Annexe I relative aux mesures sur la protection des consommateurs issues de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement et du Conseil européen concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE. Ces dispositions de la directive ont été transposées en droit français au code de l'énergie, à l'art. L. 341-4 disposant que « *les gestionnaires de distribution mettent en œuvre des dispositifs permettant aux fournisseurs de proposer à leurs clients des prix différents suivant les périodes de l'année ou de la journée, et incitant les utilisateurs de réseaux à limiter leur consommation pendant les périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée* ». La directive souligne le rôle de ces dispositifs dans la transition énergétique au considérant 27 : « *Les Etats membres devraient encourager la modernisation des réseaux de distribution, par exemple en introduisant des réseaux intelligents qui devraient être mis en place de façon à encourager la production décentralisée et l'efficacité énergétique* ».

la maîtriser »¹³³⁵. L'Union européenne et la France s'accordent ainsi sur le diagnostic et les solutions nécessaires à l'intégration des énergies renouvelables sur le réseau et la maîtrise de la demande électrique. Le réseau intelligent dépend alors du déploiement des compteurs intelligents.

B. Le déploiement des réseaux intelligents : le compteur évolué

465. Les compteurs évolués permettent d'effectuer à distance et à intervalles réguliers le relevé des données de consommation. Ils fournissent également aux consommateurs comme au distributeur de nombreuses informations quant à leur consommation et à leur production (lorsque ces producteurs sont reliés au réseau de distribution et y injectent l'électricité renouvelable qu'ils produisent). L'introduction de technologies numériques dans les compteurs permet au gestionnaire, délégataire de ces infrastructures¹³³⁶, de les gérer à distance et en temps réel. Les compteurs évolués peuvent avoir alors soit, pour seule fonction la relève à distance des données de consommations¹³³⁷ soit, une fonction de relève à distance et la fourniture de prestations annexes¹³³⁸.

466. La directive du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques¹³³⁹ dispose que les Etats membres veillent à ce que les clients finaux reçoivent à un prix concurrentiel des compteurs individuels qui mesurent avec précision leur consommation effective et qui fournissent des informations sur le moment où l'énergie a été utilisée. Dans un premier temps, l'Union européenne encourage le déploiement des compteurs évolués pour une facturation à la consommation réelle. En effet, la plupart des tarifs de fourniture étaient établis *a priori* en fonction d'une puissance maximale souscrite. Le déploiement d'un comptage évolué

¹³³⁵ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 8.

¹³³⁶ Le cahier des charges de la concession de distribution établit à l'art. 19 que les appareils de mesure et de contrôle mis en œuvre pour la tarification et la facturation sont fournis, posés et entretenus par le concessionnaire. Ils font partie du domaine concédé. Les compteurs sont la propriété des collectivités concédantes (v. en ce sens : A. Lenormand, « Energie – Propriété du compteur électrique Linky : les collectivités dénoncent les propos du P-DG d'EdF », en ligne : <https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/LOCActu/ArticleActua-lite&cid=1250262707849>).

¹³³⁷ Correspond au relevé des compteurs à distance.

¹³³⁸ Ces prestations annexes peuvent correspondre à la coupure et l'autorisation de rétablissement à distance, à l'enregistrement de plusieurs index de consommation pour le fournisseur ou encore la détection de la fraude.

¹³³⁹ Directive 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.

permet aux fournisseurs de proposer *a priori* une offre en adéquation avec les usages énergétiques et ensuite une facturation liée à la consommation réelle¹³⁴⁰. Dans un second temps, la directive du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité dispose que les Etats membres veillent à la mise en place de systèmes intelligents de mesure qui favorisent la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité. Ainsi, la gestion active de la consommation et la participation des consommateurs finaux au système électrique dépendent du déploiement des compteurs évolués.

467. La modernisation des compteurs en droit interne est encadrée par trois textes principaux.

L'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoit que les gestionnaires de réseaux publics d'électricité mettent en œuvre des dispositifs pour permettre aux fournisseurs d'électricité de proposer plusieurs offres de prix et d'inciter les utilisateurs à limiter leur consommation dans les périodes de pointe. En effet, le gestionnaire des réseaux assure l'activité de comptage, la fourniture et la pose des compteurs ainsi que la gestion des données¹³⁴¹.

L'article 18 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative au Grenelle de l'environnement impose la mise en place de compteurs intelligents chez les particuliers pour répondre aux objectifs d'efficacité et de sobriété énergétiques.

Le décret du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité applique les obligations définies par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité¹³⁴². D'une part, les informations transmises

¹³⁴⁰ La facturation de la consommation dépend des index de consommation. L'index mesure la quantité d'énergie consommée dans le logement pour établir la facturation. La facture varie suivant les périodes de consommation (heures pleines/ heures creuses). Les index sont relevés bi-annuellement par le distributeur puis transmis aux fournisseurs pour la facturation. La facturation est donc établie sur une estimation de consommation, les relevés n'intervenant que deux fois par an. Le compteur communicant Linky permet de disposer de dix index de consommation mesurés à intervalles de 30 minutes et relevés à distance une fois par jour afin d'établir une facturation fondée sur la consommation réelle.

¹³⁴¹ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, art. 13.

¹³⁴² Décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application du IV de l'art. 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

grâce aux compteurs garantissent aux consommateurs une meilleure connaissance de leur consommation, une gestion active de celle-ci¹³⁴³ et favorisent la réalisation d'actions d'efficacité énergétique¹³⁴⁴ dans le but de réduire la facture énergétique. En effet, la Commission de régulation de l'énergie, dans une délibération du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes des distributeurs électriques, estime « *essentielle* »¹³⁴⁵ la collecte, la mise à disposition et la transmission des données de consommation à l'utilisateur, afin qu'il puisse bénéficier des opportunités permises par les compteurs évolués dont la facturation de sa consommation réelle¹³⁴⁶. D'autre part, le comptage évolué permet au gestionnaire de réseaux d'optimiser ses dépenses d'exploitation grâce au recensement des événements affectant la qualité du service pour « *une gestion technique plus fine du réseau* »¹³⁴⁷. Le compteur évolué permet de réaliser à distance de nombreuses opérations (comme le relevé périodique des compteurs, le changement de puissance ou la remise en service de l'accès) diminuant les déplacements d'agents et ainsi certains coûts d'exploitation¹³⁴⁸.

468. La nature spécifique du déploiement des compteurs communicants, tant par sa durée de réalisation¹³⁴⁹ que par l'ampleur de l'investissement¹³⁵⁰, nécessite conformément à l'article L. 341-3 du code de l'énergie¹³⁵¹, des mesures incitatives encourageant le gestionnaire des réseaux

¹³⁴³ Le compteur Linky doté de sept contacts paramétrables (la fonction d'un contact est d'actionner ou d'interrompre des appareils à des moments différents de la journée en fonction d'un signal tarifaire) permet de piloter les appareils du logement en fonction de signaux tarifaires.

¹³⁴⁴ Les actions d'efficacité énergétique sont diverses. Elles vont de la gestion automatique de l'éclairage, du chauffage, de l'eau chaude sanitaire, au déploiement de panneaux photovoltaïques, de production de chaleur avec la mise en place de pompes à chaleur, ou le remplacement des fenêtres entre autres (Gimélec, *Classification des actions d'efficacité énergétique dans le cadre de la rénovation des bâtiments*, janvier 2011).

¹³⁴⁵ CRE, délibération du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité, p. 5.

¹³⁴⁶ Une meilleure maîtrise de la consommation et une facturation sur index réel sont permises par les compteurs évolués.

¹³⁴⁷ Fiche technique de la CRE relative aux objectifs à atteindre par le déploiement d'un système de comptage évolué.

¹³⁴⁸ La diminution des coûts d'exploitation a une incidence sur la facturation des prestations annexes effectués par le distributeur comme la mise en service ou la modification de la puissance souscrite. Par ailleurs, l'évolution des compteurs permet de réduire les délais de réalisation de ces prestations.

¹³⁴⁹ CRE, délibération du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité : le projet de comptage Linky dans le domaine de basse tension a pour objectif le déploiement de 35 millions de compteurs communicants, à partir du quatrième trimestre 2015 jusqu'à la fin de l'année 2020, avec l'atteinte d'un taux d'équipement de 90% (nombre de compteurs/nombre total de ménages).

¹³⁵⁰ Le coût global du déploiement de Linky est estimé à 5 milliards d'euros (V. Le Billon, « ERDF lance le déploiement du compteur évolué Linky », *Les Echos*, 10 novembre 2015).

¹³⁵¹ La CRE fixe également les méthodologies utilisées pour établir les tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de ces réseaux.

de distribution à maîtriser les coûts d'investissement, le calendrier prévisionnel et à garantir la performance des compteurs évolués¹³⁵². Ainsi, une prime incitative a été instaurée : « *toute dérive de performance globale viendra diminuer cette prime et, au-delà d'un certain niveau de contreperformance, conduira à une rémunération du projet inférieur au taux de rémunération de base, dans la limite d'un plancher* »¹³⁵³. Cette prime dépend majoritairement de la « *performance d'ERDF en termes de coûts d'investissement et de respect du calendrier de déploiement* »¹³⁵⁴ et de manière secondaire, de la performance du système de comptage « *en termes de qualité de service* »¹³⁵⁵. Enedis assure le financement initial du déploiement des compteurs évolués par le recours à l'endettement¹³⁵⁶. Considérés comme des infrastructures de réseaux, les compteurs évolués *Linky* sont financés par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité. La Commission de régulation de l'énergie a défini un cadre tarifaire particulier¹³⁵⁷ : le choix a été fait de ne facturer le déploiement de ces compteurs évolués au consommateur à travers le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité que lorsque la quasi-totalité des foyers en seront équipés (90% des foyers, soit 35 millions de compteurs)¹³⁵⁸. En attendant l'intégration du coût du compteur au tarif d'utilisation des réseaux, la Commission de régulation de l'énergie a mis en place un compte régulé de lissage où les coûts du déploiement des compteurs sur les charges d'exploitation et de capital sont temporairement inscrits¹³⁵⁹. Une fois la quasi-totalité des ménages équipés de compteurs évolués, ce compte régulé de lissage

¹³⁵² CRE, délibération du 2 juillet 2014 portant projet de décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension BT \leq 36 kVA ; égal. CRE, délibération du 17 juillet 2014 portant décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension \leq 36 kVA : « *ERDF, qui assurera le déploiement, porterait sa part des risques inhérents à ce projet et à son calendrier. ERDF doit être responsabilisé et incité à la bonne réussite du projet en termes de qualité de service, de respect des coûts et du calendrier de déploiement et qu'il devra, à ce titre, assumer les conséquences financières d'éventuelles dérives* ».

¹³⁵³ CRE, délibération du 17 juillet 2014 portant décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension \leq 36 kVA.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ CRE, délibération du 2 juillet 2014 portant projet de décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension BT \leq 36 kVA, p.14 : « *ERDF prévoyant de recourir à des emprunts pour financer le projet Linky* » ; égal. rep. min. à la QE n° 00159 de F. Marc du 5 juillet 2012, JO Sénat du 21 août 2014, p. 1956.

¹³⁵⁷ CRE, délibération du 12 décembre 2013 portant décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT indique qu'elle est disposée « *à accueillir favorablement la demande de disposer d'un cadre de régulation adapté, assurant une répartition dans le temps de la couverture des coûts, de manière à la faire coïncider avec la période de réalisation des gains attendus du projet* ».

¹³⁵⁸ V. en ce sens : <http://www.enedis.fr/compteur-communicant> consulté le 18 septembre 2016.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

sera progressivement apuré dans le calcul du tarif d'utilisation des réseaux¹³⁶⁰. Ainsi, les consommateurs ne paieront l'utilisation de ces compteurs qu'une fois tous déployés sur le territoire.

469. Le déploiement du compteur évolué, Linky, a débuté en décembre 2015 avec la volonté d'équiper 90% des utilisateurs en décembre 2021. Le déploiement de Linky a été réalisé en deux temps. Préalablement à sa généralisation sur les réseaux de distribution¹³⁶¹, une phase d'expérimentation locale a été réalisée sur 270 000 compteurs de mars 2010 à mars 2011 à Lyon et en Indre-et-Loire¹³⁶². Au regard des résultats et des études technico-économiques réalisées en 2011¹³⁶³, ce dispositif de comptage a été généralisé à l'échelle nationale. Linky, mesure l'énergie produite, relève à distance et à intervalles réguliers les consommations électriques¹³⁶⁴ et permet au consommateur d'avoir accès gratuitement¹³⁶⁵ à ses données de consommation et de les gérer¹³⁶⁶.

¹³⁶⁰ Ce mécanisme permet au TURPE de ne « porter l'impact du projet Linky », tant que l'ensemble des utilisateurs n'est pas équipé des compteurs évolués. La CRE, dans son projet de délibération du 2 juillet 2014, établit que les montants sont imputés chaque année jusqu'en 2012, année de fin théorique du déploiement des compteurs Linky, l'année 2022 assure la transition entre l'imputation dans le compte régulé de lissage et le début de l'apurement dudit compte. A compter de 2023, le compte de régulé de lissage devrait commencer à être apuré.

¹³⁶¹ Les réseaux de transport d'électricité, pour des questions de sécurité d'approvisionnement, sont déjà équipés de ces infrastructures de communication.

¹³⁶² Décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application de l'art. 4 de la loi du 10 février 2010 confirme l'expérimentation demandée au gestionnaire par la CRE ; égal. CRE, délibération du 11 février 2010 portant orientations sur les modalités de réalisation et d'évaluation de l'expérimentation d'ERDF en vue de l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance ; v. aussi L. Poniatowski, *Le compteur électrique évolué*, rapport d'information n°185 fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, Sénat, 15 décembre 2010.

¹³⁶³ CRE, délibération du 7 juillet 2011 portant communication sur les résultats de l'expérimentation d'ERDF relative au dispositif de comptage évolué Linky.

¹³⁶⁴ Gimélec, *Des industriels au service de l'intelligence énergétique, Réseaux électriques intelligents*, mars 2011, p. 36 et suiv. ; égal. CRE, « Les caractéristiques du comptage évolué en électricité », <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=compteurs-caracteristiques>, consulté le 18 septembre 2016.

¹³⁶⁵ C. conso., art. L. 121-92 ; égal. C. ener., art. R. 341-5 ; et directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, art. 11 : « Les Etats membres veillent à ce que les clients finaux reçoivent sans frais toutes leurs factures et les informations relatives à la facturation pour leur consommation d'énergie et à ce qu'ils aient également accès sans frais et de manière appropriée aux données relatives à leur consommation ».

¹³⁶⁶ P. Monloubou, président du directoire d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF), compte rendu d'audition, Commission des affaires économiques, Assemblée Nationale, 2 février 2016, compte-rendu n° 43, session ordinaire 2015-2016, p.15 « Le compteur Linky n'est pas une box qui transmet les informations en temps réel sur la consommation, bien qu'il offre déjà beaucoup de fonctionnalités nouvelles. S'il en était une, son coût serait prohibitif et sa durée de vie n'attendrait pas les vingt ans prévus. Le compteur Linky met à la disposition des clients, sur leur smartphone, leur ordinateur ou leur télévision, les informations relatives à leur consommation électrique de la veille, avec des alertes de consommation en kilowattheures ». La gestion de la consommation passe par la communication des courbes de charge (vision précise du profil de consommation d'un site de consommation) et des index de consommation quotidiens notamment. Ces derniers servent à mesurer la quantité d'énergie consommée dans le logement pour la facturation. Aujourd'hui, il existe deux index, en fonction de la consommation en heures pleines/heures creuses. Les compteurs

470. Le déploiement des compteurs intelligents modifie les rapports entre les autorités concédantes de la distribution d'électricité et le gestionnaire des réseaux, Enedis. D'après la Commission de régulation de l'énergie, « *le dispositif Linky permettra d'accroître les capacités d'ERDF à fournir des données, agrégées à un périmètre intéressant les collectivités* »¹³⁶⁷ ce qui leur permettra de développer des politiques publiques énergétiques locales plus efficaces¹³⁶⁸. Jusqu'à présent le gestionnaire, tenu par la loi¹³⁶⁹ et le cahier des charges de la concession¹³⁷⁰ de mettre à disposition de la collectivité concédante un certain nombre d'informations¹³⁷¹, ne parvenait pas à honorer ses obligations. Le déploiement de ces compteurs permet au gestionnaire de traiter des données précises, qu'il peut désormais communiquer aux collectivités locales concédantes, sous réserve de la législation relative à la protection de la vie privée¹³⁷² et aux données commercialement sensibles¹³⁷³.

§2. L'évolution de la relation concessive sous l'influence des réseaux intelligents

471. Le développement des réseaux intelligents transforme la relation de concession entre la collectivité et le distributeur en une relation de partenariat. L'activité de distribution ne se limite plus à la mise à disposition d'infrastructures de réseaux, mais comprend désormais toutes les opérations de maîtrise de la demande et de gestion des productions renouvelables raccordées au

Linky permettront de disposer de dix index pour les fournisseurs, mesurés à intervalle de 30 min, et relevés à distance, une fois par jour. Les fournisseurs pourront établir une facturation sur la consommation réelle et non plus sur la consommation estimée, fondée sur des historiques de comptage. Les fournisseurs développeront également des offres et services diversifiés, adaptés aux besoins des consommateurs (CRE, « Les caractéristiques du comptage évolué en électricité », <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=compteurs-caracteristiques>, consulté le 19 septembre 2016).

¹³⁶⁷ CRE, « Des données au bénéfice de la collectivité et des acteurs du système électrique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=gestion-donnees-benefice-collectivite-acteurs>, consulté le 18 septembre 2016.

¹³⁶⁸ Les informations transmises doivent permettre d'élaborer et d'évaluer les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie et les plans climat-énergie territoriaux, qui sont des outils d'établissement des politiques publiques locales énergétiques.

¹³⁶⁹ CGCT, art. L. 2224-31.

¹³⁷⁰ Art. 32 du cahier des charges type d'une concession de distribution d'électricité.

¹³⁷¹ CGCT, art. L. 2224-31 : toutes les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique nécessaires à l'exercice des compétences des collectivités concédantes, et les informations relatives à la concession à savoir la valeur brute, nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés, ainsi que les informations visant à l'établissement des schémas de planification énergétique.

¹³⁷² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹³⁷³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative au développement et à la modernisation du service public de l'électricité, art. 20.

réseau. La multiplication des informations fournies par les réseaux intelligents permet au distributeur d'être transparent et de regagner la confiance des autorités concédantes en leur communiquant toutes les informations relatives à leur concession. Ainsi, le distributeur n'est plus prestataire de service mais devient, sous l'influence des *smart grids* et des données énergétiques qu'ils produisent, le partenaire énergétique des collectivités territoriales.

472. Grâce à la multiplication et la précision des informations générées et communiquées par les réseaux intelligents au distributeur, les collectivités concédantes sont informées précisément de l'état de leur réseau et participent à la définition des investissements en collaboration avec le distributeur¹³⁷⁴ (A). Par ailleurs, les collectivités concédantes peuvent valoriser les données énergétiques qui leur sont transmises, dans le cadre de l'ouverture des données publiques, par la création d'un service public local de la donnée. Ce service public, en mettant à disposition les informations énergétiques transmises par le distributeur, encourage le développement d'activités économiques et énergétiques locales (B).

A. La place des collectivités locales dans la définition des investissements

473. L'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales dispose que les collectivités territoriales ou leurs établissements de coopération intercommunale négocient et concluent les contrats de concession et contrôlent le bon accomplissement des missions de service public fixées par le cahier des charges des concessions. Pour ce faire, chaque organisme de distribution tient à la disposition des autorités concédantes toutes les informations nécessaires au contrôle de son activité¹³⁷⁵. Or, ainsi que nous l'avons exposé précédemment, la régulation nationale des investissements du fait de la centralisation du distributeur et du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité ne permettent pas au concessionnaire de disposer de ces informations de manière suffisamment précise afin que le concédant puisse exercer un véritable contrôle¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ Le défaut d'informations des collectivités locales concédantes est un frein à la coordination des investissements sur le réseau nécessaire du fait d'un partage de la maîtrise d'ouvrage (*supra* n° 416 et suiv.).

¹³⁷⁵ A ces informations d'ordre économique, industriel, financier et technique, un inventaire détaillé et localisé des ouvrages de la concession doit également être fourni au concédant.

¹³⁷⁶ *supra* n° 434 et suiv.

474. La situation évolue avec l'intégration des technologies numériques au sein des réseaux de distribution. Les données énergétiques à la disposition du distributeur sont multipliées. Ces réseaux intelligents permettent, après analyse et traitement des données par le gestionnaire, de répondre favorablement aux exigences d'informations des collectivités concédantes.

475. Dans le cadre de sa mission de développement des réseaux de distribution, le distributeur a une meilleure connaissance des besoins des utilisateurs du réseau grâce aux informations générées par les réseaux intelligents (1). Ces informations transmises à l'autorité concédante, conformément à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, permettent à cette dernière de coordonner ses investissements avec ceux du distributeur en vue du développement et du renforcement de ses réseaux de distribution (2).

1) Une connaissance accrue des besoins sur le réseau concédé

476. Les réseaux intelligents modifient le volume des données récoltées par le gestionnaire en entraînant « *un afflux massif de données, qui lui permettent d'améliorer la gestion du réseau et de l'adapter aux nouvelles contraintes induites par l'intégration des énergies de sources renouvelables et le développement de nouveaux usages* »¹³⁷⁷. L'amélioration de la gestion du réseau dépend de la connaissance de la concession. Grâce aux données générées par les compteurs communicants et plus généralement par les réseaux intelligents, le distributeur Enedis acquiert « *au fur et à mesure une meilleure vision de l'ensemble du patrimoine à une échelle très fine* »¹³⁷⁸.

477. Les données recueillies par le distributeur sont répertoriées en plusieurs catégories : les données de comptage, les données clients, les données relatives à la qualité du réseau et celles liées à la gestion du réseau¹³⁷⁹. Les données de comptage désignent les puissances de consommation et de production relevées, les puissances maximales atteintes quotidiennement et d'autres mesures comme la tension moyenne. Les données clients correspondent aux données techniques relatives à l'ensemble des clients finaux et des producteurs d'électricité, comme la puissance

¹³⁷⁷ CRE, « L'impact des données sur les métiers de la distribution », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=gestion-donnees-impact-distribution> consulté le 21 septembre 2016

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ *Ibid.*

installée, le domaine de tension ou le type de compteur. Les données relatives à la qualité des réseaux mesurent quant à elles la continuité de l'alimentation électrique et la qualité de l'onde électrique. Enfin, les données liées à la gestion du réseau correspondent au système d'information géographique, décrivant le réseau public de distribution d'électricité.

478. A partir de l'ensemble de ces données, l'exploitation des réseaux de distribution est améliorée grâce à une connaissance de la consommation et de l'état des infrastructures de distribution permettant au distributeur d'orienter ses investissements pour le développement et le renforcement des réseaux. Le distributeur anticipe ainsi la réalisation d'événements sur le réseau en mettant au point « *des modèles d'estimation du soutirage et de l'injection aux différentes mailles du réseau et des modèles d'analyses de risques et de coûts* »¹³⁸⁰. Le distributeur considère qu'avec l'ensemble des données recueillies, il est en capacité d'anticiper les investissements nécessaires à la sécurité et au fonctionnement du réseau public de distribution¹³⁸¹. Les données des réseaux intelligents permettent ainsi au distributeur de gérer localement les investissements nécessaires au maintien de la qualité de l'électricité sur le réseau en anticipant les risques.

479. Ces données énergétiques sont également transmises à la collectivité concédante dans le cadre de l'exercice de son contrôle conformément à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales¹³⁸². La précision des informations délivrées aux collectivités concédantes favorise l'instauration d'un dialogue équilibré avec le concessionnaire et de contrôler efficacement son activité.

Prenons à nouveau l'exemple de la constitution des provisions pour renouvellement¹³⁸³ : en 2013, la Cour des comptes constatait que « *la politique de renouvellement des ouvrages ne tient*

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² Le distributeur communique à l'autorité concédante de la distribution des nombreuses informations relatives à la description des ouvrages concédés et sa cartographie, les travaux réalisés sur le réseau, la qualité de l'alimentation et les données comptables et financières de la concession notamment.

¹³⁸³ *supra* n° 438.

pas compte de ces provisions »¹³⁸⁴ et que le concessionnaire établissait des provisions pour renouvellement sans disposer de la trésorerie pour les réaliser¹³⁸⁵. Les données issues des réseaux intelligents et la modélisation des risques et des coûts offrent désormais au concessionnaire la possibilité d'attribuer des provisions pour renouvellement à certaines infrastructures en fonction de leur état, ce que la collectivité concédante peut contrôler car elle dispose des mêmes informations¹³⁸⁶. Le distributeur rend compte précisément de la gestion du réseau public de distribution grâce à la multiplication des données issues des réseaux de distribution. Une relation de confiance avec les autorités concédantes peut alors être rétablie.

480. L'amélioration de la gestion du réseau public de distribution est également le fait d'une meilleure coordination des investissements sur le réseau entre l'autorité concédante et le distributeur.

2) Réseaux intelligents et coordination des investissements

481. L'article L. 322-8 du code de l'énergie dispose que « *le gestionnaire de réseaux de distribution est chargé, dans sa zone de desserte exclusive de définir et de mettre en œuvre des politiques d'investissement et de développement des réseaux de distribution afin de permettre le raccordement des installations de consommateurs et de producteurs, de fournir aux utilisateurs des réseaux les informations nécessaires à un accès efficace aux réseaux, d'exercer les activités de comptage pour les utilisateurs raccordés à son réseau et d'assurer la gestion des données produites par les compteurs* »¹³⁸⁷. Ces missions concourent à « *l'équilibre des flux d'électricité, à l'efficacité, à la sécurité et à la sûreté du réseau qu'il exploite* »¹³⁸⁸. Le fractionnement de la maîtrise d'ouvrage nuit à la coordination des investissements pour la réalisation de ces missions. Rappelons que la Cour

¹³⁸⁴ CRE, « L'impact des données sur les métiers de la distribution », *op.cit.*

¹³⁸⁵ C. comptes, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, rapport public annuel, février 2013, p. 119 : « *Les provisions pour renouvellement au bilan d'ErDF de 11 Md€ ne constituent pas des disponibilités à la disposition d'ERDF pour investir sur les réseaux. L'encours annuel moyen de trésorerie et d'actifs financiers d'ERDF oscille entre 2 et 3 Md€* ».

¹³⁸⁶ C. comptes, *ibid.*, p. 120 : « *La politique de renouvellement d'ERDF ne tient en réalité par compte de la constitution de ces provisions et de leur montant : un ouvrage est renouvelé dès lors qu'il est défectueux et un ouvrage n'est pas renouvelé du seul fait qu'une provision a été constituée à cet effet s'il est en bon état* ».

¹³⁸⁷ C. ener., art. L. 322-8.

¹³⁸⁸ C. ener., art. L. 322-9.

des comptes souligne, dans son rapport annuel de 2013 relatif aux concessions d'électricité, le manque de coordination des investissements sur le réseau de distribution, en raison du partage de la maîtrise d'ouvrage : « *le pilotage des investissements est insuffisant pour améliorer la qualité de la desserte en électricité : ERDF et les autorités concédantes sont indépendants en matière de travaux sur le réseau de distribution, et la coordination des interventions dépend uniquement des bonnes relations établies locales* ». La Cour dénonçait alors « *l'absence de pilote unique et la multiplicité des maîtrises d'ouvrages dans les zones relevant du régime d'électrification rurale qui nuisent à la cohérence des actions menées, et peuvent conduire à privilégier des travaux moins prioritaires pour la sécurisation du réseau* »¹³⁸⁹.

482. Le législateur a tenté d'y remédier dans un premier temps par la création de conférences départementales relatives à l'investissement sur les réseaux de distribution¹³⁹⁰. Lors de ces conférences, un programme prévisionnel d'investissement comprenant notamment le montant et la localisation des travaux était défini. Chaque organisme de distribution transmettait ensuite aux autorités concédantes un compte rendu de la politique d'investissement et de développement des réseaux qui donnait lieu ensuite à un bilan détaillé de la mise en œuvre du programme prévisionnel des investissements¹³⁹¹. Cependant, si la Cour des comptes estime que ces conférences départementales « *semblent apporter une première réponse au besoin de coordination et de programmation locales des investissements du concession et des autorités concédantes* »¹³⁹², leur absence de régularité¹³⁹³ les laisse tributaires des « *bonnes relations établies localement* »¹³⁹⁴. La coordination des investissements à travers les conférences départementales dépend des contingences locales.

¹³⁸⁹ C. comptes, *op.cit.*

¹³⁹⁰ Le législateur a institué ces conférences à travers la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, art. 21. La création de ces conférences vise à pallier les carences du compte rendu annuel de concession censé contenir toutes les informations relatives à la gestion des réseaux de distribution conf. à l'art. L. 2224-31 CGCT.

¹³⁹¹ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, art. 21.

¹³⁹² C. comptes, *op.cit.*

¹³⁹³ L'art. L. 2224-31 CGCT dispose que le 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 de autorités concédantes.

¹³⁹⁴ C. comptes, *op.cit.*, p. 129.

483. L'amélioration de la connaissance des biens de la concession de distribution offerte par les réseaux intelligents permet de coordonner les investissements sur le réseau afin de maintenir la qualité de l'électricité distribuée. Les maîtres d'ouvrages, collectivités concédantes et distributeur, ont ainsi connaissance de l'état des infrastructures du réseau et peuvent, en coopération, définir une politique d'investissement. Les conférences départementales permettraient alors de déterminer un programme d'investissement fondé sur l'état du réseau et les usages locaux de l'électricité et de répartir le coût des travaux entre les deux maîtres d'ouvrages. Le gestionnaire des réseaux, responsable de la qualité de l'électricité distribuée serait alors en mesure d'orienter et de hiérarchiser les investissements nécessaires à la sécurisation du réseau. Ainsi, les redevances versées par le concessionnaire à l'autorité organisatrice seraient alors justifiées, la collectivité contribuant à la mission de service public réalisée par le distributeur. Les collectivités concédantes et le distributeur définiraient ensemble la politique d'investissement sur le réseau concédé dans le but d'assurer une distribution électrique plus sécurisée¹³⁹⁵.

484. Le déploiement des réseaux intelligents modifie l'activité du distributeur en « *impliquant la collecte d'un nombre considérable et varié de données* »¹³⁹⁶. Une fois ces données transmises aux collectivités concédantes conformément à l'article L.2224-31 du code général des collectivités territoriales, elles peuvent être valorisées par la constitution d'un service public local de la donnée. Encouragé de ses vœux par la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies pour favoriser la création de nouveaux services énergétiques « *intelligents* »¹³⁹⁷, la mise à disposition de ces données énergétiques constitue un enjeu stratégique local.

¹³⁹⁵ Toutefois, une régularité des conférences départementales devrait être instituée. Nous pouvons imaginer qu'une fois le TURPE défini, les conférences départementales suivent. Ces conférences seraient alors pluriannuelles et pourraient donner lieu à une conférence de suivi chaque année.

¹³⁹⁶ CRE, « Les données relatives à la distribution publique d'électricité en France », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=gestion-donnees-distribution-electricite-france> consulté le 21 septembre 2016.

¹³⁹⁷ CRE, « L'analytique : une rénovation incontournable pour les acteurs de l'énergie », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=gestion-donnees-analytique> consulté le 21 septembre 2016.

B. Le service public local de la donnée

485. Les données et informations transmises aux collectivités concédantes pour l'exercice de leur pouvoir de contrôle peuvent être rassemblées et mises à disposition des opérateurs économiques à travers la création d'un service public local de la donnée permettant aux opérateurs économiques de développer de nouveaux services énergétiques. La création de ce service public de la donnée exige une définition précise de la donnée énergétique (1) avant d'aborder la gestion de ce service public (2).

1) La donnée énergétique

486. Il n'existe pas, en droit interne, de définition unique de la donnée publique¹³⁹⁸. Une donnée désigne une « *information collectée ou produite sur n'importe quel support, pas seulement informatique* »¹³⁹⁹. Le caractère public de la donnée dépend de son origine, si elle est « *collectée sur fonds publics, par une personne publique, détenue par elle et destinée à être mise à la disposition du public* »¹⁴⁰⁰.

La création d'un service public local de la donnée s'inscrit dans le contexte d'ouverture des données publiques, l'*open data*, favorisant l'usage et la réutilisation de ces données par les opérateurs économiques¹⁴⁰¹. La donnée constitue désormais un enjeu pour les entreprises et les administrations afin de « *proposer de nouveaux services ou améliorer l'efficacité de ceux déjà en place* »¹⁴⁰².

487. Avant d'aborder plus précisément la notion de donnée publique, il nous est apparu important d'évoquer le contexte dans lequel la question de la création du service public de la donnée se pose. Dans le cadre de la création du marché intérieur européen, la Commission européenne s'est rapidement positionnée sur la question de la libre circulation des données publiques. En effet, dès 1995, le droit communautaire s'est engagé en faveur de l'accès et de la libre circulation des données

¹³⁹⁸ M. Gaudemet, fasc.2700, « Diffusion des données publiques », *JCP Communication*, 31 décembre 2009, p. 22.

¹³⁹⁹ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

¹⁴⁰⁰ M. Gaudemet, *op.cit.*

¹⁴⁰¹ FNCCR, *Réussir la révolution numérique : des réseaux, des services et des données au profit des citoyens, des services publics et de l'économie*, Livre blanc, juin 2016, p. 37.

¹⁴⁰² *Ibid.*

en adoptant la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données. La directive préserve la vie privée tout en encourageant la libre circulation des données¹⁴⁰³. La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public¹⁴⁰⁴ régit la réutilisation des informations publiques pour le développement de nouvelles activités. Ces informations sont qualifiées « *d'essentielles* »¹⁴⁰⁵ par les opérateurs économiques. La directive n'établit encore aucune obligation pour les Etats membres d'ouvrir leurs données. Une étape est franchie avec la directive PSI (public sector information) du 26 juin 2013¹⁴⁰⁶ qui impose aux Etats membres, l'« *obligation générale, d'autoriser la réutilisation à des fins commerciales ou non de leurs informations publiques librement accessibles* »¹⁴⁰⁷. Le cadre réglementaire de la réutilisation de ces données est parachevé par le règlement communautaire adopté le 27 avril 2016 relatif au traitement des données personnelles et à leur circulation¹⁴⁰⁸. Ces directives européennes sont complétées en droit interne par plusieurs dispositions relatives à la protection des données personnelles, notamment la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978¹⁴⁰⁹.

488. Dans le cadre de la distribution d'électricité, de nombreuses données transitent par les réseaux de distribution conformément aux dispositions de la loi sur la protection des données

¹⁴⁰³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁴⁰⁴ Directive 2003/98 du 17 novembre 2003 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

¹⁴⁰⁵ FNCCR, *op.cit.*, p. 39.

¹⁴⁰⁶ Directive 2013/37/UE du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public transposée en droit interne par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

¹⁴⁰⁷ FNCCR, *ibid.*

¹⁴⁰⁸ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁴⁰⁹ Il existe plusieurs lois concernant la protection des données : loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite loi « CNIL », loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dite loi « CADA » qui établit le principe de la communication de tous documents détenus par une administration, loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives et la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public posant le principe de la gratuité de la réutilisation d'informations publiques.

personnelles¹⁴¹⁰ et à celles relative aux informations commercialement sensibles¹⁴¹¹. La préservation des informations commercialement sensibles ayant déjà été étudié, notre étude porte sur les dispositions relatives aux données personnelles.

La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est le texte de référence concernant la protection des données personnelles. Constitue une donnée à caractère personnel, toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement par référence à un numéro d'identification ou à plusieurs éléments qui lui sont propres¹⁴¹². La collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification correspondent à des opérations de traitement de données qui sont réglementées¹⁴¹³. Le traitement des données à caractère personnel doit respecter cinq principes exposés à l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 : loyauté et licéité de la collecte, finalité¹⁴¹⁴, pertinence et proportionnalité, qualité et limitation de la durée de conservation. De plus, la loi dispose que le traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire, notamment, à l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement.

489. Le déploiement des réseaux intelligents et des compteurs évolués ont fait naître de nombreuses préoccupations quant à la protection de la vie privée « *tant au regard du nombre très important de données qu'ils permettent de collecter, que des problématiques qu'ils soulèvent en termes de sécurité et de confidentialité de ces données* »¹⁴¹⁵. En effet, les données énergétiques

¹⁴¹⁰ L'art. 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que « *constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement* ». Ainsi, les données de comptage (de consommation et de production) collectées sont des données à caractère personnel.

¹⁴¹¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; égal. décret n° 2001-630 du 16 juillet 2001 relatif à la confidentialité des informations par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution, pris en application des art. 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.

¹⁴¹² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2.

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ Les données sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.

¹⁴¹⁵ CNIL, délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommations détaillées collectées par les compteurs communicants.

ouvertes doivent préserver, d'une part, la vie privée des consommateurs finaux et, d'autre part, la concurrence¹⁴¹⁶. Toutes les données générées par les réseaux intelligents ne sont pas soumises à la procédure de contrôle prévu par la loi informatique et libertés car toutes ne permettent pas l'identification de l'abonné. Seules les données issues des compteurs évolués sont soumises à un contrôle spécifique car la courbe de charge¹⁴¹⁷ et les relevés d'index de consommation¹⁴¹⁸ fournissent une connaissance précise de la consommation des ménages grâce à un relevé à intervalles réguliers de la consommation de l'abonné. Or, la précision des informations générées par le compteur évolué peut, dans certains cas, permettre l'identification du consommateur par le recoupement de différentes informations. De nombreuses informations relatives à la vie privée des consommateurs finaux peuvent alors en être déduites.

490. Dès 2012, la Commission nationale de l'informatique et des libertés émet une recommandation, lors d'une délibération du 15 novembre 2012¹⁴¹⁹, quant aux traitements des données collectées par les compteurs communicants. En application des principes de la loi informatique et libertés, la Commission nationale informatique et libertés estime que les données liées à la courbe de charge collectées par les gestionnaires de réseaux de distribution, par l'intermédiaire des compteurs communicants dont ils assurent la gestion, ne peuvent être collectées que pour répondre à trois objectifs déterminés : la maintenance du réseau, la mise en place de tarifs adaptés par les fournisseurs d'énergie et la fourniture de services complémentaires par des sociétés tierces. Les données collectées à partir de la courbe de charge varient alors en fonction des finalités poursuivies : pour la gestion du réseau de distribution, les données de la courbe de charge ne peuvent être collectées que lorsque des problèmes d'alimentation ont été détectés, la collecte systématique n'apparaissant pas

¹⁴¹⁶ CRE, délibération du 2 juin 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la confidentialité des informations détenues par les opérateurs exploitant des ouvrages de transport, de distribution ou de stockage de gaz naturel ou des installations de gaz naturel liquéfié et par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ; égal. décret n° 2016-973 du 18 juillet 2016 relatif à la mise à disposition des personnes publiques de données relatives au transport, à la distribution et à la production d'électricité, de gaz naturel et de biométhane, de produits pétroliers et de chaleur et de froid.

¹⁴¹⁷ La courbe de charge désigne la représentation graphique de l'évolution de la consommation énergétique sur une période définie.

¹⁴¹⁸ Un index de consommation mesure la quantité d'énergie consommée la facturation. Pour chaque période tarifaire, il peut y avoir plusieurs index (exemple de l'index heures pleines / heures creuses).

¹⁴¹⁹ CNIL, *op.cit.*

proportionnelle à la finalité poursuivie. Concernant la mise en place de tarifs adaptés à la consommation des ménages et la fourniture de services complémentaires, le relevé de la courbe de charge doit faire l'objet d'un consentement express des personnes concernées et il ne peut se faire que dans un « *pas de temps* » le plus protecteur de la vie privée des abonnés¹⁴²⁰. Une fois ces données de consommation collectées, leur diffusion repose sur le consentement express des personnes concernées¹⁴²¹.

491. Les données collectées sont également limitées par les dispositions issues du code général des collectivités territoriales. Dans le cadre de la concession de distribution d'électricité, les données transmises aux autorités concédantes par le distributeur doivent servir à fournir une analyse de la qualité du service rendu aux usagers. La loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République rappelle que la transmission de données n'est autorisée que « *si elles sont utiles à l'accomplissement des compétences exercées par ces personnes publiques* »¹⁴²². En l'espèce, les données de consommation sont utiles à la collectivité concédante dans l'exercice de sa compétence de planification énergétique locale. En effet, en fonction du volume et de la localisation de la consommation, les autorités concédantes peuvent prévoir de développer en priorité certaines productions renouvelables par exemple.

492. Une fois ces données collectées et transmises aux collectivités concédantes, ces dernières peuvent décider de les valoriser économiquement en ouvrant leur accès aux opérateurs

¹⁴²⁰ La CNIL recommande que les paramètres de réglages soient les plus protecteurs possibles et à cette fin, propose que des mesures techniques mises en œuvre dans les compteurs rendent strictement impossible la collecte de la courbe de charge à un intervalle de moins de 10 minutes.

¹⁴²¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 7 dispose que le traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement. Dans le cadre de la distribution publique d'électricité, le gestionnaire des réseaux qui est le responsable du traitement de ces données personnelles n'a pas besoin d'avoir communication de la courbe de charge à intervalle régulier pour exercer sa mission de service public (CNIL, délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommations détaillées collectées par les compteurs communicants).

¹⁴²² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 179 III.

économiques¹⁴²³. L'article 17 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique¹⁴²⁴ dispose que lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable, les données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat. L'autorité concédante ou un tiers désigné peut alors extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation.

493. La mise à disposition de ces données dans le cadre d'un service public local de la donnée constituerait une interface pour les acteurs économiques « *impliqués en matière d'urbanisme, de développement économique, dans la recherche d'optimisation, d'efficacité et de sobriété énergétique* »¹⁴²⁵.

2) La gestion du service public local de la donnée

494. Pour Henri Verdier, ancien directeur de la mission Etalab¹⁴²⁶ auprès du Premier ministre, « *le service public [de la donnée] a pour mission de garantir l'accès à ces données au niveau de qualité requis par les innovateurs. La volonté affichée est bien celle d'un service public avec une ambition de qualité et d'accessibilité de la donnée et la prise en compte des devoirs d'égalité, de continuité et de mutabilité* »¹⁴²⁷. Dans ce contexte d'ouverture et d'accès aux données publiques, la création d'un service public de la donnée permettrait aux personnes publiques de mettre

¹⁴²³ L'art. 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que le responsable du traitement des données est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données, et notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès.

¹⁴²⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁴²⁵ CRE, délibération du 2 juin 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la confidentialité des informations détenues par les opérateurs exploitant des ouvrages de transport, de distribution ou de stockage de gaz naturel ou des installations de gaz naturel liquéfié et par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité.

¹⁴²⁶ La mission Etalab créée en 2011 coordonne la politique d'ouverture et de partage des données publiques, développe et anime la plateforme d'open data de l'Etat et elle contribue à l'ouverture des données. Elle est rattachée à la Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de la communication de l'Etat auprès du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique.

¹⁴²⁷ H. Verdier, administrateur général des données, interview du 12 avril 2016 cité par FNCCR, *Réussir la révolution numérique : des réseaux, des services et des données au profit des citoyens, des services publics et de l'économie*, Livre blanc, juin 2016, p. 46.

à disposition toutes les données énergétiques dont elles sont destinataires dans le cadre de la concession de distribution d'électricité. A partir de ces données, les opérateurs économiques pourraient alors développer de nouveaux services énergétiques à destination des usagers, du distributeur ou de l'autorité concédante.

495. Au regard des critères retenus par la jurisprudence administrative, il s'agit bien d'un service public dès lors qu'un intérêt général et un critère organique existent¹⁴²⁸. La volonté d'encourager le développement économique et territorial par la diffusion et la réutilisation de données publiques énergétiques¹⁴²⁹ remplit aisément le critère de l'intérêt général dont nous savons la souplesse de ses contours. Le critère organique repose, quant à lui, sur la nature publique de ces créateurs. En l'espèce, les communes et intercommunalités, autorités organisatrices de la distribution d'électricité sont fondées à créer et développer ce service public local administratif de la donnée. En effet, la mise à disposition de données publiques ne s'apparente pas à une activité industrielle et commerciale du fait de sa gratuité érigée en principe par l'article 5 de la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public¹⁴³⁰.

496. Si la question de la constitution de ce service public local ne pose pas de difficulté au regard de ses critères constitutifs, la définition de sa gouvernance soulève quelques interrogations. La Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies proposait, dans son livre blanc de juin 2016, *Réussir la révolution numérique : des réseaux, des services et des données au profit des citoyens, des services publics et de l'économie*, la création d'une instance nationale de gouvernance et de coordination du numérique sous la forme d'un établissement public administratif. Cet établissement, chargé de l'ensemble des dispositifs de développement du numérique, aurait

¹⁴²⁸ CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, n° 72002, *Rec.* ; CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, n° 69867 / 72160, *Rec.*

¹⁴²⁹ L'ouverture des données permet également à des collectivités territoriales, autres que les autorités organisatrices de la distribution d'électricité d'y avoir accès, ce qui leur permet de développer une politique locale énergétique plus performante par l'analyse des données énergétiques collectées (CRE, « Des données au bénéfice de la collectivité et des acteurs du système électrique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=gestion-donnees-benefice-collectivite-acteurs>, consulté le 25 septembre 2016).

¹⁴³⁰ L'art. 5 de la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public pose le principe de la gratuité de la réutilisation des informations publiques. La possibilité d'établir une redevance de réutilisation est prévue lorsque les administrations qui ouvrent leurs données sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public.

alors un correspondant local qui gèrerait le service public local de la donnée à la maille régionale. L'organisation de ce service public serait alors calquée sur le modèle de la déconcentration administrative.

Or, dans le cadre de la transition énergétique et de la mise à disposition des données énergétiques aux opérateurs économiques, la création d'une structure nationale ne présente, selon nous, aucun intérêt¹⁴³¹. D'une part, ce sont les collectivités territoriales qui exercent les différentes compétences énergétiques, l'échelon national se contentant de définir les grandes orientations. D'autre part, la création d'une structure nationale pour gérer des données résultant de contrats locaux risque de manquer de réactivité eu égard à la quantité de données collectées.

497. Les autorités organisatrices de la distribution d'électricité apparaissent alors comme les plus aptes à gérer ce service public local de la donnée. Cependant, une question se pose quant à la préservation des données personnelles. En effet, l'ouverture des données à la maille communale fait craindre un risque d'atteinte à la vie privée des consommateurs finaux. La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies propose alors une gouvernance régionale pour « *une visibilité étendue* »¹⁴³². De plus, l'article 1^{er} de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 7 août 2015¹⁴³³ attribue aux régions la mission de « *coordination, au moyen d'une plateforme de services numériques qu'elle anime, de l'acquisition et de la mise à jour des données géographiques de référence nécessaires à la description détaillée de son territoire ainsi qu'à l'observation et à l'évaluation de ses politiques territoriales, données dont elle favorise l'accès et la réutilisation* ».

Toutefois, si la coordination des informations et des données énergétiques peut être réalisée à l'échelle régionale, les opportunités énergétiques résident, avant tout, à l'échelle intercommunale. L'intercommunalité, ayant le statut d'autorité organisatrice de la distribution d'électricité¹⁴³⁴ et étant

¹⁴³¹ Nous avons fait le choix d'aborder la création du service public de la donnée uniquement sous l'angle énergétique. Il est possible que la gestion nationale de ce service public de la donnée présente un intérêt si son objet est plus vaste que celui des données énergétiques.

¹⁴³² FNCCR, *Réussir la révolution numérique : Des réseaux, des services et des données au profit des citoyens, des services publics et de l'économie*, Livre blanc, juin 2016, p. 48.

¹⁴³³ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation du territoire de la République.

¹⁴³⁴ La plupart des établissements de coopération intercommunale à fiscalité propre exercent la compétence de distribution à l'exception des communautés de communes et communauté d'agglomération dont l'attribution n'est pas de droit mais doit résulter d'une volonté de l'établissement public de coopération intercommunale.

titulaire des compétences énergétiques principales¹⁴³⁵ constitue, selon nous, le bon échelon pour gérer la diffusion des données énergétiques à destination des acteurs économiques¹⁴³⁶. La préservation des données personnelles peut être assurée à l'échelon intercommunal, la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République du 5 août 2015 prévoyant un minimum de 15 000 habitants pour la constitution d'une intercommunalité à fiscalité propre¹⁴³⁷. La diffusion des données de consommation à la maille intercommunale préserverait ainsi la confidentialité des données et permettrait aux acteurs économiques de développer des services ciblés en fonction des besoins locaux, l'échelle intercommunale permettant d'identifier les zones de consommation les plus énergivores sur un territoire et de proposer des actions de maîtrise de l'énergie ciblée par exemple.

498. Ainsi, le développement des réseaux intelligents associé au mouvement d'ouverture des données publiques institue une nouvelle coopération locale entre les acteurs énergétiques locaux. D'une part, le distributeur informe précisément l'autorité concédante de l'état du réseau concédé et des investissements nécessaires. D'autre part, les acteurs économiques ont accès aux données publiques énergétiques ce qui leur permet de développer une offre de service ciblée, en fonction des besoins énergétiques locaux identifiés à partir de ces données. A partir de la transmission de ces données énergétiques, les collectivités concédantes sont désormais en mesure de définir et prioriser leurs politiques publiques énergétiques locales grâce au croisement des données de consommation avec celles relatives à l'état de leur réseau.

¹⁴³⁵ CGCT, art. L. 2224-34 : « Les établissements publics de coopération intercommunale, lorsqu'ils ont adopté le plan climat-air-énergie, sont les coordinateurs de la transition énergétique. Ils animent et coordonnent sur leur territoire, des actions dans le domaine de l'énergie, en cohérence avec les objectifs du plan climat-air-énergie territoriale et avec le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie ».

¹⁴³⁶ CGCT, art. L. 2224-34 : les établissements publics de coopération intercommunale peuvent réaliser des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie de réseau des consommateurs finaux desservis en chaleur ou en basse tension électrique, et accompagner des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie sur leur territoire.

¹⁴³⁷ En fonction de la densité géographique des dérogations sont apportées, sans toutefois descendre en dessous du seuil de 5000 habitants (loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 33).

Section 2. Les réseaux intelligents et le renforcement de l'action publique locale

499. Rappelons que, de la conférence de Rio en 1992¹⁴³⁸ à la conférence de Paris en 2015¹⁴³⁹, les accords internationaux successifs n'ont eu de cesse de promouvoir la réduction des émissions de gaz à effet de serre, à l'origine du réchauffement climatique. Les objectifs internationaux de réduction de ces émissions sont retranscrits en droit européen par le paquet énergie-climat adopté lors du conseil européen du 12 décembre 2008 qui fixe trois objectifs pour 2020¹⁴⁴⁰ : une réduction de 20% des émissions de gaz à effet de serre, un volume de 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique et un objectif de 20% d'amélioration d'efficacité énergétique pour 2020¹⁴⁴¹. Dans le cadre de la transposition du paquet énergie-climat de l'Union européenne, 23% du mix énergétique français doit être assuré par des énergies renouvelables à l'aune de 2020¹⁴⁴². Toutefois, à l'approche de 2020, ces objectifs ont été réévalués pour 2030¹⁴⁴³ : ils prévoient désormais la réduction des émissions de gaz à effet de serre d'au moins 40%¹⁴⁴⁴, une part des énergies renouvelables d'au minimum 27% du mix énergétique et l'amélioration de l'efficacité énergétique d'au moins 27% également par rapport aux niveaux de 1990.

¹⁴³⁸ Le sommet de la Terre, également appelé Conférence de Rio, a rassemblé, du 3 au 14 juin 1992, sous l'égide des Nations Unies, 182 états invités à dialoguer sur l'avenir de la terre. Lors de cette conférence, la notion de développement durable est définie dans la déclaration de Rio, par 27 principes.

¹⁴³⁹ La COP 21 s'est tenue du 30 novembre au 12 décembre 2015 à Paris. L'accord ratifié par les 195 états présents établit la volonté de limiter le réchauffement climatique sous 2°C. Pour se faire, les émissions de gaz à effet de serre doivent continuer à être réduites.

¹⁴⁴⁰ B. Deflesselles, J. Lambert, Rapport d'information n° E3452, E3494, E3756, E3772, E3774 et E3780 sur *Le paquet énergie-climat* déposé par la Commission chargée des affaires européennes, Assemblée Nationale, 18 novembre 2008 ; égal. 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.

¹⁴⁴¹ En comparaison avec les données de l'année 1990.

¹⁴⁴² Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art.2. Pour l'atteindre, la France a établi un scénario de référence fixant des objectifs de production renouvelable par filières (v. Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables pour la période 2009-2020 en application de l'article 4 de la directive 2009/28/CE de l'Union européenne, pp. 4 et 10). La chaleur, l'électricité et les transports ont des objectifs respectifs de 33%, 27% et 10,5% d'origine renouvelable.

¹⁴⁴³ Le Conseil européen a adopté le 23 octobre 2014, le cadre pour le climat et l'énergie à l'horizon 2030, disponible en ligne : <http://www.horizon2020.gouv.fr/cid83421/adoption-du-paquet-energie-climat-2030.html> consulté le 27 septembre 2016.

¹⁴⁴⁴ Un point important est à relever : la réduction des émissions de gaz à effet de serre dépend des modes de production énergétique et de la consommation. La France, grâce à son parc nucléaire est le 20^{ème} pays le plus émetteur au monde et le 3ème à l'échelle de l'Union européenne d'après Eurostat.

500. Afin de répondre à ces objectifs de réduction d'émissions de gaz à effet de serre, l'Etat a encouragé les collectivités territoriales à développer des actions environnementales¹⁴⁴⁵. Cependant, la baisse continue de l'investissement local et la diminution des dotations nationales¹⁴⁴⁶ ont rendu plus difficile la mobilisation des collectivités territoriales en faveur de la transition énergétique¹⁴⁴⁷. Des programmes nationaux ont alors été développés comme le label « territoire à énergie positive » créé par la loi de transition énergétique du 17 août 2015, à destination des territoires engagés dans une démarche d'équilibre entre la consommation et la production d'énergie à l'échelle locale. Un territoire à énergie positive favorise « *l'efficacité énergétique, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la diminution de la consommation des énergies fossiles et viser le déploiement d'énergies renouvelables dans son approvisionnement* »¹⁴⁴⁸. Les collectivités labellisées se voient alors octroyer des « *subventions pour financer l'audit énergétique de leurs bâtiments, la création d'un logement témoin de rénovation énergétique ou la pose de panneaux photovoltaïques* »¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁵ Par ex., la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 5 : « *L'Etat incitera les collectivités territoriales, dans le respect de leur libre administration, à engager un programme de rénovation de leurs bâtiments en matière d'économie d'énergie* », ou encore l'art 7 de cette même loi qui dispose que « *le rôle des collectivités publiques dans la conception et la mise en œuvre des programmes d'aménagement durable doit être renforcé* ».

¹⁴⁴⁶ Créée par la loi n° 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales, la dotation globale de fonctionnement est en baisse depuis plusieurs années. Si cette diminution est réelle, la Cour des comptes dans son rapport relatif aux dépenses des collectivités locales relativise ses conséquences ; v. égal. M. Quiret, « Collectivités locales : la Cour des comptes anticipe une dérive des dépenses », *Les Echos*, 15 octobre 2014 : « *La démographie et l'urbanisation des territoires continuent, d'une part, à élargir mécaniquement les bases qui servent de calcul des impôts locaux. D'autre part, Didier Migaud rappelle que les parlementaires revalorisent chaque année ces bases lors des débats budgétaires* ».

¹⁴⁴⁷ L'on peut considérer que si les collectivités territoriales ne sont pas encouragées à réaliser des actions en faveur de la maîtrise d'énergie ou de la production d'énergie renouvelable, elles se contenteront de réaliser leurs compétences de planification énergétique.

¹⁴⁴⁸ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 1^{er} II°.

¹⁴⁴⁹ Ministère de l'environnement, du climat et de la mer, « Les actions prioritaire des territoires », 20 février 2015, <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-actions-prioritaires-des-42335.html>, consulté le 01 octobre 2016. Le programme TEPOS « Territoires à énergie positive » encourage également la maîtrise de l'éclairage urbain qui représente 18% de la consommation énergétique des villes. Le Grenelle de l'environnement a procédé à un état des lieux des installations d'éclairage, et a fait apparaître d'importants besoins de rénovation : la moitié du parc est composée de matériels obsolètes. La CRE estime qu'à l'échelle européenne, l'investissement dans les technologies d'éclairage public intelligent pourrait représenter une réduction d'environ 64% de la consommation d'énergie par l'éclairage public (v. en ce sens le projet E-Street cité par CRE, « L'éclairage public et le mobilier urbain intelligents », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?rubrique=dossiers&srub=eclairage-mobilier-intelligents&action=imprimer>, consulté le 01 octobre 2016).

501. L'encouragement des collectivités territoriales par l'Etat dans la transition énergétique est nécessaire. Cependant, la création de programmes comme celui des territoires à énergie positive manque d'ambition. En effet, il apparaît, selon nous, peu probable que la création d'un logement témoin énergétiquement efficace soit suffisant à la mobilisation des ménages pour rénover énergétiquement leurs logements. Ce type d'approche de la transition énergétique locale par le développement de programmes nationaux doit être remplacé par une méthode analytique prenant en compte chaque contexte local. Le développement des réseaux intelligents et des compteurs évolués permet de dresser localement un état des lieux nécessaire à la définition de politiques publiques énergétiques locales efficaces.

502. Les réseaux de distribution enrichis par les technologies numériques permettent aux collectivités locales de s'impliquer dans le développement de production d'énergie renouvelable (§1) et les encouragent également à développer des actions d'efficacité énergétique ciblées à travers la création d'un service public local (§2).

§1. L'implication des collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables

503. L'énergie renouvelable alimente son producteur ou est injectée dans le réseau de distribution. Toutefois, l'autoconsommation n'est pas exclusive de l'injection sur le réseau : l'électricité ne pouvant pas être stockée, le producteur consomme suivant ses besoins et injecte le surplus de production sur le réseau.

504. L'énergie renouvelable est par nature intermittente puisqu'elle dépend des sources que la nature renouvelle en permanence (eau, soleil, vent). L'injection de ces énergies intermittentes sur le réseau est un défi pour le gestionnaire qui doit assurer en permanence l'équilibre entre l'électricité injectée et l'électricité soutirée¹⁴⁵⁰. L'injection de cette production intermittente et décentralisée exige des réseaux une certaine flexibilité nécessaire à l'intégration des volumes d'électricité

¹⁴⁵⁰ Le soutirage de l'électricité correspond à l'action de prendre de l'électricité sur le réseau, soit l'action de consommer de l'électricité.

produits sans perturber leur équilibre¹⁴⁵¹. Cette flexibilité suppose alors soit une réduction des volumes électriques produits, soit une augmentation de la demande d'électricité afin que le volume d'électricité en circulation sur le réseau soit équilibré.

505. La gestion de l'intégration des énergies renouvelables dépend des réseaux intelligents. En offrant aux consommateurs la possibilité de gérer leur demande, ces réseaux permettent au gestionnaire d'anticiper les besoins de consommation et ainsi de dimensionner les volumes d'électricité circulant sur les réseaux sans bouleverser le système électrique¹⁴⁵². De plus, l'intégration des énergies renouvelables sur le réseau suppose une résistance de ce dernier. L'injection intermittente de volumes d'électricité ne peut être supportée par tous les réseaux, un renforcement doit avoir été préalablement réalisé. L'amélioration de la connaissance du réseau permet alors au distributeur et aux collectivités concédantes de définir la localisation optimale des productions renouvelables pour un raccordement rapide¹⁴⁵³ au réseau de distribution grâce à l'ouverture du système d'information géographique du distributeur (A). Afin d'encourager et de maîtriser le développement des énergies renouvelables sur leur territoire, les collectivités territoriales prennent part à la production renouvelable à travers des prises de participations dans les sociétés de production (B).

A. L'influence des réseaux intelligents sur la localisation des unités de production

506. Les réseaux intelligents, par la quantité de données de qualité qu'ils génèrent, améliorent la connaissance du distributeur et des collectivités concédantes. La connaissance précise des réseaux modifie l'exercice des compétences locales. Ainsi, lorsque les communes ou intercommunalités délivrent un permis de construire pour une infrastructure de production renouvelable, elles sont en mesure de prendre en considération l'état des réseaux. Cependant, cela suppose que le distributeur ait rendu son système d'information géographique accessible.

¹⁴⁵¹ CRE, Smart grids, « Les technologies de smart grids : une réponse pour faciliter l'intégration des EnR sur les réseaux électriques », <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=integrationenr-smart-grids>, consulté le 8 octobre 2016.

¹⁴⁵² *Ibid.*

¹⁴⁵³ Le raccordement des productions renouvelables dépend de l'état des réseaux. Les collectivités territoriales pourront favoriser la localisation des infrastructures sur des portions de réseau suffisamment solides ou récemment renforcées pour supporter l'injection de productions intermittentes.

507. Le système d'information géographique (SIG) désigne une cartographie permettant de localiser visuellement sur un territoire des activités humaines ou des catégories d'administrés concernées par une activité de gestion¹⁴⁵⁴. Le système d'information géographique associe une base de données et une carte géographique pour rassembler et analyser des données hétérogènes suivant leur localisation¹⁴⁵⁵ : cet outil présente « *sur une carte toute information géopositionnable et projette sur une carte des données issues d'une application métier. Plusieurs couches d'informations peuvent être superposées sur un système d'information géographique* »¹⁴⁵⁶.

508. Les informations géographiques contenues dans le système d'information géographique du distributeur d'électricité peuvent être établies à une échelle moyenne, où sont répertoriés tous les réseaux aériens et souterrains électriques¹⁴⁵⁷, ou à grande échelle, plus précise, retraçant uniquement les réseaux souterrains¹⁴⁵⁸. Dans le cadre de l'exploitation des réseaux de distribution d'électricité, le gestionnaire des réseaux de distribution a établi un système d'information géographique répertoriant les réseaux locaux de distribution avec leurs caractéristiques. Définie à moyenne échelle, la cartographie du distributeur contient l'emplacement des ouvrages, leurs dimensions, leur date de construction et les opérations significatives de maintenance réalisées¹⁴⁵⁹.

509. Dans le cadre de la transition énergétique, le système d'information géographique permet de mettre en perspective la géographie et l'état du réseau avec la densité de population et les zones de production renouvelable, afin de définir les zones d'implantation les plus favorables à l'injection des productions renouvelables sur le réseau de distribution¹⁴⁶⁰. Les informations générées

¹⁴⁵⁴ CNIL, délibération n° 2012-087 du 29 mars 2012 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre d'un système d'information géographique (SIG) et abrogeant la délibération n° 2006-257 du 5 décembre 2006.

¹⁴⁵⁵ J.-L. Pinol, « Les systèmes d'information géographique et la pratique de l'histoire », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2011/5, p. 111-126 ; v. égal. CRE, « La géographie au service des smart grids », <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=technologies-geographie>, consulté le 1^{er} octobre 2016.

¹⁴⁵⁶ CNIL, délibération n° 2012-087 du 29 mars 2012 *op.cit.*, art. 1^{er}.

¹⁴⁵⁷ La cartographie à moyenne échelle sert à exploiter le réseau, à garantir la continuité de l'alimentation et est réalisée sur des fonds de plans de 1/2000^{ème} (Présentation ERDF, Direction régionale Auvergne, *Evolution de la cartographie ERDF grande échelle face aux attendus du décret DT/DICT*, 6 juin 2013).

¹⁴⁵⁸ La cartographie à grande échelle est la plus précise, un plan représente en moyenne 150m de voirie. Le patrimoine des plans grande échelle d'ERDF est constitué, en 2013, de 119 000 plans.

¹⁴⁵⁹ Arrêté du 11 mars 2016 précisant la liste des informations devant être enregistrées dans le système d'information géographique d'un gestionnaire de réseau public d'électricité, art 1^{er}.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

par les compteurs évolués et réseaux intelligents enrichissent le système d'information géographique du distributeur qui peut ensuite identifier les portions de réseau sur lesquelles des unités de production d'énergie renouvelable peuvent être raccordées sans nécessiter de travaux préalables de renforcement. La Cour des comptes le rappelle dans son rapport à propos des concessions de distribution d'électricité : « *le renforcement du réseau est nécessaire dès lors que les caractéristiques techniques d'une fraction du réseau ne correspondent plus à la puissance injectée ou soutirée, en raison du raccordement d'utilisateurs ou producteurs supplémentaires. L'ajout d'un utilisateur supplémentaire sur le réseau pouvant nécessiter des travaux importants de renforcement* »¹⁴⁶¹. La définition de portions de réseau résistantes à l'injection d'énergies intermittentes est utile afin de limiter les travaux de renforcement du réseau et ainsi réduire les délais de raccordement.

510. L'intégration des énergies renouvelables sur le réseau fait naître trois contraintes principales pour le gestionnaire : l'impact des productions intermittentes sur le réseau, le besoin d'investissement pour le raccordement de ces installations souvent développées dans des zones à faible densité de population et l'adaptation du réseau pour l'injection de ces productions¹⁴⁶². Les installations de production renouvelable sont reliées soit au réseau de transport ou soit au réseau de distribution suivant leur capacité de production¹⁴⁶³. La question du raccordement est l'une des plus importantes car elle influence l'investissement des acteurs économiques. Plus les délais de raccordement sont longs et moins les opérateurs économiques souhaitent s'engager dans la production renouvelable. La Commission de régulation de l'énergie révèle que, dès 2003, le grand nombre de demande de raccordement a conduit à une saturation des capacités d'accueil du réseau et exigé le renforcement des réseaux¹⁴⁶⁴. En attendant ce renforcement, des files d'attente de raccordement ont été créées par les gestionnaires de réseau. Aujourd'hui, ce délai entre la demande de raccordement et sa réalisation peut être réduit grâce aux réseaux intelligents et aux données qu'ils génèrent.

¹⁴⁶¹ C. comptes, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, rapport public thématique, février 2013, p. 139.

¹⁴⁶² CRE, « L'intégration des énergies renouvelables : un défi pour les gestionnaires de réseaux », en ligne, disponible à <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=integrationnr-defi-gestionnaires-reseaux> consulté le 1^{er} octobre 2016

¹⁴⁶³ Les unités de faible production énergétique sont raccordées au réseau de distribution, à la différence du réseau de transport qui ne peut accueillir que les productions de grande ampleur pour une distribution à très haute et haute tension.

¹⁴⁶⁴ CRE, « La réglementation en matière de raccordement », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=integrationnr-reglementation> consulté le 1^{er} octobre 2016.

511. Cependant, le système d'information géographique doit être accessible aux collectivités territoriales qui octroient les permis de construire pour ces infrastructures de production¹⁴⁶⁵. La directive du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne dispose que les informations géographiques détenues par les autorités publiques ou en leur nom doivent être accessibles¹⁴⁶⁶. Le concessionnaire est ainsi tenu de fournir à l'autorité concédante les plans mis à jour de tout ou partie du réseau basse ou haute tension et les extraits de plans qui lui seraient nécessaires pour l'exercice de ses compétences¹⁴⁶⁷. L'ouverture du système d'information géographique du distributeur et la connaissance de l'état des réseaux permettrait à la collectivité, d'une part, de prévenir toute interruption sur le réseau due à l'installation d'une production renouvelable¹⁴⁶⁸ et, d'autre part, de raccourcir les délais de raccordement. L'ouverture du système d'information géographique permet aux collectivités locales de répondre aux problématiques de gestion de l'urbanisme et d'aménagement du territoire¹⁴⁶⁹.

512. L'implantation optimale des productions renouvelables dépend de l'ouverture par le distributeur de son système d'information géographique et du croisement de cette cartographie avec les données qu'il possède sur l'état des réseaux. Conformément au cahier des charges de la concession¹⁴⁷⁰, le distributeur communique les informations sur le réseau concédé à moyenne échelle. Cependant, la cartographie à moyenne échelle des réseaux de distribution ne permet pas aux collectivités locales de délivrer des permis de construire pour des installations de production renouvelable en fonction de l'état du réseau. Cette cartographie à moyenne échelle représente les

¹⁴⁶⁵ C. urb., art. R. 421-1.

¹⁴⁶⁶ Directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne.

¹⁴⁶⁷ Arrêté du 11 mars 2016 précisant la liste des informations devant être enregistrées dans le système d'information géographique d'un gestionnaire de réseau public d'électricité. Dans le cas où un ouvrage serait réalisé par l'autorité concédante, cette dernière transmet au gestionnaire du réseau les informations nécessaires à l'actualisation du système d'information géographique.

¹⁴⁶⁸ Décret n° 2011-1241 du 5 octobre 2011 relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution.

¹⁴⁶⁹ CNIL, délibération n° 2012-087 du 29 mars 2012 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre d'un système d'information géographique (SIG) et abrogeant la délibération n° 2006-257 du 5 décembre 2006.

¹⁴⁷⁰ Art. 32 B du cahier des charges type d'une concession de distribution d'électricité.

ouvrages concédés sur des plans cadastraux¹⁴⁷¹. Or, le cadastre n'est pas mis à jour avec la même régularité que la cartographie à grande échelle¹⁴⁷². Enedis, en partenariat avec le gestionnaire des réseaux de distribution de gaz GrDF, a alors établi des cartes à grande échelle des réseaux de distribution énergétique adossées à des fonds de plans très précis pour les besoins de son activité¹⁴⁷³.

513. Mais pendant longtemps, Enedis a refusé d'ouvrir sa cartographie à grande échelle aux collectivités concédantes¹⁴⁷⁴ alors même qu'un décret du 5 octobre 2011 relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains de transport ou de distribution¹⁴⁷⁵ prévoyait qu'en cas de travaux, pour préserver les conditions de sécurité, les informations relatives à la localisation des ouvrages existants soient établies « à une échelle et avec un niveau de précision appropriés »¹⁴⁷⁶. Dans le cadre de travaux réalisés sur des réseaux de distribution d'électricité, seule la cartographie à grande échelle permet de répondre à ces exigences de précision. Il aura fallu attendre le protocole d'accord entre la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies et ErDF du 18 décembre 2013, pour que le distributeur accepte d'ouvrir son système d'information aux collectivités concédantes. Ce protocole prévoit un partage de données dans le cadre de l'exécution des missions relevant de la concession¹⁴⁷⁷ : le distributeur et les collectivités concédantes ouvrent leurs données « sur l'emprise de leurs travaux respectifs afin de constituer une cartographie à grande

¹⁴⁷¹ A l'instar de la convention bipartite de mise à disposition des données géoréférencées relatives à la représentation à moyenne échelle des ouvrages électriques objet de la concession de distribution publique d'électricité entre Bordeaux Métropole et ERDF, art. 2.

¹⁴⁷² En outre, l'enfouissement des réseaux électriques est recherché pour des questions d'esthétisme. A partir de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, les lignes nouvelles établies sur des espaces protégés doivent être enfouies. L'enfouissement répond également à des questions de sécurité, un réseau enfoui étant moins tributaire des aléas climatiques.

¹⁴⁷³ Enedis gère 3,5 millions de fonds de plan à l'échelle 1/200^{ème} spécifiquement créés avec GrDF.

¹⁴⁷⁴ Le motif invoqué est principalement celui du financement de ces fonds de carte, or l'activité régulée du distributeur est rémunérée par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité, payé par tous les consommateurs électriques. L'argument du financement ne peut donc être avancé.

¹⁴⁷⁵ Décret n° 2011-1241 du 5 octobre 2011 relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, art. 4.

¹⁴⁷⁷ Protocole d'accord sur la période tarifaire 2014-2017, « Renforcer les relations entre les autorités concédantes et le concessionnaire ERDF au service de la qualité du service concédé - Programmation et coordination des investissements, évolution de la redevance de concession, échange de données financières, patrimoniales et cartographiques entre la FNCCR-ErDF », p. 19.

échelle conforme aux exigences réglementaires »¹⁴⁷⁸. La mise à disposition des données de localisation des ouvrages est réciproque et gratuite¹⁴⁷⁹ entre le concessionnaire et le concédant.

514. L'ouverture et l'enrichissement de la cartographie à grande échelle grâce aux réseaux intelligents offrent aux collectivités locales une information précise et utile au développement d'« *un ensemble de projets multithématiques complémentaires, participant à la mise en œuvre de leurs politiques énergétiques locales et d'aménagement du territoire et, au développement de nouveaux produits et services* »¹⁴⁸⁰. L'ouverture de ces données permet aux collectivités de définir les zones d'installation d'unités de production renouvelables sur des portions de réseau renforcées et à une relative proximité des lieux de consommation locaux afin d'éviter de trop grandes pertes lors du transport de l'électricité sur le réseau¹⁴⁸¹.

515. Les collectivités territoriales favorisent également le développement des productions renouvelables en prenant des participations au capital de ces sociétés de productions.

B. Les collectivités territoriales, productrices d'énergie renouvelable

516. Le déploiement des réseaux intelligents redéfinit le rôle des acteurs du système électrique, à la fois consommateurs et fournisseurs. Les collectivités territoriales concédantes s'émancipent et participent activement à la transition énergétique au sein du contrat de concession et en dehors. Elles définissent la politique énergétique locale et prennent part à sa réalisation grâce

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ La constitution par le concessionnaire de cette cartographie est assurée par le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité, une mise à disposition payante n'est donc pas envisageable.

¹⁴⁸⁰ Exemple du plan industriel Réseaux électriques intelligents, appel à candidatures et à projets des territoires pour contribuer au déploiement à grande échelle de solutions technologiques *smart grids*, avril 2015.

¹⁴⁸¹ Il nous semble important que les unités de production énergétique renouvelables soient sur un réseau déjà construit et à proximité de zones de besoins de consommation. Le raccordement d'un utilisateur au réseau (nécessitant création d'ouvrage d'extension, de branchement, et de renforcement des réseaux) dépend de la localisation de l'ouvrage. Plus la centrale de production est loin, plus le coût du raccordement est élevé, le branchement et l'extension étant à la charge du demandeur au raccordement (loi 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, art. 11). De surcroît, plus la centrale de production est éloignée de sa zone de consommation, plus il y aura de pertes de cette énergie renouvelable sur le réseau.

aux données et informations produites par les réseaux intelligents. Dans le cadre des énergies renouvelables, elles sont désormais autorisées à prendre des participations au sein de sociétés de production locale.

517. Jusqu'à présent, seul le statut d'entreprise publique locale, celui de la société d'économie mixte, permettaient aux collectivités de s'associer avec des opérateurs économiques : l'interdiction était faite aux communes et aux départements de prendre part, de manière minoritaire, dans des entreprises privées¹⁴⁸². Désormais, depuis la loi de transition énergétique du 17 août 2015, les collectivités territoriales sont autorisées à prendre des participations dans des entreprises de production d'énergie renouvelable¹⁴⁸³. La loi de transition énergétique en ouvrant cette possibilité aux communes et aux départements estime que « *la participation des collectivités locales à ce type de projet permet d'en améliorer à la fois la qualité en termes d'intégration dans les politiques publiques locales énergétiques et de développement local, que leur acceptabilité par les populations* »¹⁴⁸⁴.

518. Trois conditions cumulatives sont alors nécessaires pour la prise de participations de ces communes et intercommunalités au sein d'entreprises de production renouvelable¹⁴⁸⁵.

Une première condition territoriale est requise. En effet, conformément à la jurisprudence établie relative à l'action publique économique locale, l'action des collectivités territoriales est limitée aux frontières de leur territoire¹⁴⁸⁶. Toutefois, une dérogation est prévue par l'article 109 de la loi de transition énergétique du 17 août 2015 qui autorise les communes ou leurs groupements et

¹⁴⁸² CGCT, art. L. 2253-1 et art. L. 3231-6. Seules les régions du fait de leur compétence économique étaient autorisées à prendre part au capital de certaines entreprises (CGCT, art. L. 4253-3 et suiv.).

¹⁴⁸³ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique, art. 109 : « *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 simplifiées 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* ».

¹⁴⁸⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique, étude d'impact, art. 26.

¹⁴⁸⁵ Les régions avaient déjà la possibilité de prendre des participations dans des entreprises privées : l'art. L. 4211-1 8° CGCT dispose que la région a pour mission, dans le respect des attributions des départements et des communes, de contribuer au développement économique, social et culturel par la participation au capital des sociétés de capital-investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies.

¹⁴⁸⁶ En effet, l'action économique publique locale se justifie en raison de besoins locaux (v. en ce sens : CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, *Rec.*).

les départements à participer à des sociétés de production renouvelable dont les installations sont localisées sur un territoire proche à la condition que la production énergétique participe à l'approvisionnement énergétique de leur territoire¹⁴⁸⁷.

Deuxièmement, une double condition matérielle est posée à ces prises de participations. D'une part, l'article 109 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique autorise les prises de participation uniquement dans les sociétés de production renouvelable. D'autre part, les collectivités territoriales sont limitées par leurs compétences, elles ne peuvent prendre de participations dans des entreprises dont l'objet social ne relèverait pas de ses compétences.

La troisième condition de cette prise de participation est liée aux statuts de l'entreprise privée : la loi de transition énergétique dispose que, « *par dérogation, les communes et leurs groupements peuvent participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiées* »¹⁴⁸⁸. La restriction est également valable pour les départements¹⁴⁸⁹ et les régions¹⁴⁹⁰. Les collectivités territoriales sont également autorisées à investir dans des sociétés coopératives de production renouvelable¹⁴⁹¹. En outre, lorsque les collectivités locales investissent dans ces entreprises privées, elles doivent s'assurer de se comporter tel un investisseur avisé, afin d'éviter toute censure relative aux aides d'état.

519. L'autorisation désormais faite aux collectivités territoriales de prendre part aux installations de production renouvelable sur leur territoire, de manière minoritaire, leur permet de réaliser la politique énergétique qu'elles ont défini et planifié.

520. La place des collectivités locales évolue sous l'effet du déploiement des réseaux intelligents. Elles disposent ainsi de tous les leviers pour développer les productions renouvelables sur leur territoire en assurant, d'une part, une localisation optimale des installations grâce aux *smart grids* et à l'ouverture du système d'information géographique à grande échelle et, d'autre part, en

¹⁴⁸⁷ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 109 et 111.

¹⁴⁸⁸ CGCT, art. L. 2253-1.

¹⁴⁸⁹ CGCT, art. L. 3231-6.

¹⁴⁹⁰ CGCT, art. L. 4211-1.

¹⁴⁹¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique, art. 111 : « *les sociétés coopératives portant statut de la coopération 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 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* ».

investissant minoritairement dans ces projets pour encourager leur développement et leur acceptation sociale par les populations locales.

521. La production de données de consommation par les réseaux intelligents permet également aux collectivités territoriales, plus particulièrement aux autorités organisatrices de la distribution d'électricité, de réaliser des actions de maîtrise de la consommation énergétique à travers la création d'un service public de l'efficacité énergétique.

§2. La création d'un service public local de l'efficacité énergétique

522. La maîtrise de la demande énergétique désigne l'ensemble des actions entreprises à destination des consommateurs énergétiques pour réduire leur consommation générale d'énergie. Ces actions visent à limiter les dépenses énergétiques inutiles pour le consommateur et diminuer les émissions de gaz à effet de serre liées à ces usages énergétiques non nécessaires. L'ensemble de ces actions est rassemblé sous le terme d'efficacité énergétique. L'efficacité énergétique désigne généralement l'ensemble « *des technologies et pratiques permettant de diminuer la consommation d'énergie tout en conservant le même service final* »¹⁴⁹². Les actions d'efficacité énergétique visent à « *améliorer la sécurité de l'approvisionnement en réduisant la consommation d'énergie primaire et en limitant les importations énergétiques. Elle contribue à réduire les émissions de gaz à effet de serre de manière rentable et, partant, à atténuer le changement climatique* »¹⁴⁹³. Ces actions d'efficacité énergétique permettent de réaliser des économies d'énergie auprès des consommateurs finaux¹⁴⁹⁴.

523. L'Union européenne s'engage en faveur de l'efficacité énergétique dès 1987 en recensant les différents outils y contribuant dans une communication de la Commission du 13 mai

¹⁴⁹² CRE – Smart Grids, « Définitions : l'efficacité énergétique, une approche plurielle », <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-definition>, consulté le 12 octobre 2016.

¹⁴⁹³ Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, dite « Save ». Par cette directive, l'Union européenne consacre pour la première fois l'expression d'efficacité énergétique (v. en ce sens : CRE, « Cadre juridique de l'efficacité énergétique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-cadre-juridique>, consulté le 12 octobre 2016).

¹⁴⁹⁴ Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, *op.cit.*, cons. 7 et suiv.

1987 intitulée « Pour la poursuite de la politique d'efficacité énergétique dans la communauté européenne ». La législation européenne pour l'efficacité énergétique naît avec la directive du 13 septembre 1993 à travers laquelle l'Union européenne s'engage à limiter les émissions de dioxyde de carbone à travers l'amélioration de l'efficacité énergétique¹⁴⁹⁵. Une vingtaine d'années s'écoule avant que l'Union européenne, par la directive du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique¹⁴⁹⁶, « établit un cadre commun de mesure pour la promotion de l'efficacité énergétique dans l'Union en vue d'assurer la réalisation du grand objectif fixé par l'Union d'accroître de 20% l'efficacité énergétique d'ici à 2020 et de préparer la voie pour de nouvelles améliorations de l'efficacité énergétique au-delà de cette date »¹⁴⁹⁷.

524. L'importance de l'efficacité énergétique dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre est inscrite en droit interne par l'article 3 de la loi du 13 juillet 2005 de programmation de la politique énergétique qui dispose que « le premier axe de la politique énergétique est de maîtriser la demande d'énergie. A cette fin, l'Etat mobilise l'ensemble des instruments des politiques publiques dont la réglementation française et communautaire relative à l'efficacité énergétique ». La loi Grenelle I du 3 août 2009 renforce les ambitions françaises pour 2020 en se fixant comme objectif de devenir « l'économie la plus efficiente en équivalent carbone de la communauté européenne d'ici 2020. A cette fin, elle prendra toute sa part à la réalisation de l'objectif de réduction d'au moins 20% des émissions de gaz à effet de serre de la Communauté européenne et à la réalisation de l'objectif d'amélioration de 20% de l'efficacité énergétique de la Communauté européenne »¹⁴⁹⁸. La loi de transition énergétique du 17 août 2015 rehausse ces objectifs en vue de 2030 avec l'ambition de réduire de moitié de la consommation énergétique finale en 2050, par rapport à celle de 2012¹⁴⁹⁹. L'efficacité énergétique répond également à un objectif social, la lutte contre la précarité énergétique. La France se fixe ainsi l'objectif de rénover énergétiquement 500 000 logements par

¹⁴⁹⁵ Directive 93/76/CEE du Conseil du 13 septembre 1993 visant à limiter les émissions de dioxyde de carbone par une amélioration de l'efficacité énergétique.

¹⁴⁹⁶ Directive 2012/27/UE, *op.cit.*

¹⁴⁹⁷ CRE, « Cadre juridique de l'efficacité énergétique », Smart grids, en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-cadre-juridique>, consulté le 12 octobre 2016.

¹⁴⁹⁸ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art.2. Cet article est une déclaration d'intention, il nous a cependant paru intéressant de souligner l'ambition française à travers cette loi. Ces objectifs ont par la suite été détaillés par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle II).

¹⁴⁹⁹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art.1^{er}.

an, dont la moitié est occupée par des ménages aux revenus modestes, afin de réduire la précarité énergétique de 15% d'ici 2020¹⁵⁰⁰.

525. Les collectivités territoriales sont associées à la réalisation des objectifs d'efficacité. En effet, l'article 188 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte dispose que la région est l'échelon pertinent pour coordonner, diffuser et promouvoir les actions en matière d'efficacité énergétique. La transmission des données de consommation par les *smart grids* aux autorités concédantes de la distribution d'électricité (communes et intercommunalités) permet de les associer à la définition et la mise en œuvre de la politique locale d'efficacité énergétique.

526. Ainsi, pour répondre à l'objectif d'amélioration de 20% de l'efficacité énergétique à l'aune de 2020, certaines collectivités territoriales ont créé un service public local de l'efficacité énergétique pour promouvoir et réaliser des actions d'efficacité énergétique (A). La création de ce service public associée à l'ouverture des données de consommation issues des réseaux intelligents entend également lutter contre la précarité énergétique (B).

A. Service public local de l'efficacité énergétique

527. La Commission de régulation de l'énergie souligne l'importance de la priorisation des actions d'efficacité énergétique pour faire apparaître « *les plus pertinentes en termes d'investissement et de potentiel d'économie d'émissions de dioxyde à effet de serre* »¹⁵⁰¹.

528. Deux secteurs ont alors été identifiés comme prioritaires pour répondre aux objectifs d'amélioration de l'efficacité énergétique et de diminution des émissions de gaz à effet de serre : les transports et le bâtiment¹⁵⁰². Les collectivités territoriales, au regard de leurs compétences, ne peuvent agir efficacement que sur le secteur du bâtiment. En effet, elles ont la possibilité d'édicter

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, art. 3.

¹⁵⁰¹ CRE, « La priorisation des actions d'efficacité énergétique », disponible en ligne : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-priorisation>, consulté le 1^{er} juillet 2016.

¹⁵⁰² Ces secteurs sont prioritaires au regard de leurs émissions de gaz à effet de serre et du coût moyen de ces actions d'efficacité énergétique (CRE, « La priorisation des actions d'efficacité énergétique », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-priorisation> consulté le 12 octobre 2016).

des réglementations locales spécifiques et de développer des dispositifs de soutien à destination des particuliers¹⁵⁰³. La loi Grenelle I du 3 août 2009 souligne l'importance du secteur du bâtiment dans les émissions des gaz à effet de serre qui contribue pour près du quart aux émissions nationales et représente le principal gisement d'économies d'énergie exploitable immédiatement¹⁵⁰⁴. En 2011, le secteur du bâtiment représentait 44% de la consommation énergétique finale de la France d'après la Direction générale de l'énergie et du climat¹⁵⁰⁵. Afin d'améliorer l'efficacité énergétique des bâtiments, la loi Grenelle I définit alors une nouvelle réglementation thermique concernant les nouvelles constructions¹⁵⁰⁶ et un objectif de réduction de 38%¹⁵⁰⁷ des consommations d'énergies primaire d'ici 2020 dans les anciennes constructions¹⁵⁰⁸.

529. Dans un premier temps, pour encourager les consommateurs à changer leur comportement énergétique¹⁵⁰⁹, le législateur a créé par la loi du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, un service public de la performance énergétique de l'habitat destiné à accompagner « *les consommateurs souhaitant diminuer leur consommation énergétique. Il assiste les propriétaires et les locataires dans la réalisation des travaux d'amélioration de la performance énergétique de leur logement et leur fournit des informations et des conseils personnalisés* »¹⁵¹⁰. Le législateur crée ainsi un « *service public global et intégré* »¹⁵¹¹ avec l'ambition

¹⁵⁰³ Les collectivités territoriales ont la possibilité à travers les plans de déplacements urbains de veiller à la diminution des émissions de gaz à effet de serre produites par les transports. Cependant, une réglementation nationale est plus efficace, ce qui explique que nous ayons fait le choix de nous concentrer sur le secteur du bâtiment.

¹⁵⁰⁴ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (loi Grenelle I), art. 3.

¹⁵⁰⁵ DGEC, *Maîtriser la demande en énergie : l'efficacité énergétique avant tout- une priorité absolue pour l'atteinte de nos objectifs énergie et climat, Rapport sur l'industrie*, 2011.

¹⁵⁰⁶ Loi Grenelle I du 3 août 2009, art. 4.

¹⁵⁰⁷ Loi Grenelle I du 3 août 2009, art. 5.

¹⁵⁰⁸ L'énergie primaire désigne l'ensemble des produits énergétique non transformés, exploités directement ou importés. Ce sont principalement le pétrole brut, le gaz naturel, la biomasse, l'énergie hydraulique, l'énergie du vent, l'énergie nucléaire (INSEE, disponible en ligne <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/energie-primaire.htm>, consulté le 12 octobre 2016).

¹⁵⁰⁹ J.-J. Cottel, compte rendu intégral, 4 octobre 2012, Assemblée Nationale, JORF du 5 octobre 2012, p. 3342 : « *Cette volonté d'encourager les consommateurs à changer leur comportement énergétique et, en contrepartie, pour l'Etat, de les aider à financer leurs travaux d'isolation thermique constitue une sorte de pacte « gagnant-gagnant » pour l'environnement, le pouvoir d'achat des ménages et l'économie avec la création d'emplois dans les filières vertes, ce dont on ne peut que se féliciter* ».

¹⁵¹⁰ 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 sur les éoliennes, art. 12.

¹⁵¹¹ J.-M. Peyrical, « Vers un service public de l'efficacité énergétique », *Les Echos*, 28 janvier 2015.

de simplifier les démarches du particulier souhaitant réaliser des économies d'énergie en améliorant la performance énergétique de son logement. Dans un second temps, l'article 22 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique complète l'architecture de ce service public en créant un réseau de structures physiques gérées par les collectivités territoriales ou leurs groupements : des plateformes territoriales de la rénovation énergétique qui accueillent, informent et conseillent l'usager à la recherche d'efficacité énergétique dans son habitation. Ces plateformes instaurent des guichets uniques fournissant toutes les informations techniques, financières, fiscales et réglementaires nécessaires à l'élaboration du projet de rénovation d'un particulier.

530. Au regard des critères définis par la jurisprudence administrative, ce service public de l'efficacité énergétique (également appelé service public de la performance énergétique de l'habitat) est un service public administratif. En effet, l'article 22 de la loi de transition énergétique du 17 août 2015 prévoit que les conseils fournis dans le cadre de ce service public de la performance énergétique, informations techniques, financières, fiscales et réglementaires nécessaires à l'élaboration de leur projet de rénovation, sont « *personnalisés, gratuits et indépendants* »¹⁵¹².

531. La gestion de ce service public local est partagée entre les régions et les intercommunalités. Le code général des collectivités territoriales, en son article L. 2224-34 dispose que les établissements publics de coopération intercommunale, lorsqu'ils ont adopté le plan climat-air-énergie territorial, sont les coordinateurs de la transition énergétique et qu'ils peuvent ainsi accompagner et réaliser des actions tendant à maîtriser la demande d'énergie des consommateurs finaux desservis en chaleur ou en électricité sur leur territoire. De plus, la loi de transition énergétique dispose que les plateformes territoriales sont mises à œuvre à l'échelle d'un ou de plusieurs établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Les intercommunalités sont ainsi compétentes pour créer et gérer ce service public. Néanmoins, la loi de transition énergétique du 17 août 2015 dispose à l'article 188 que « *la région constitue l'échelon pertinent pour coordonner les études, diffuser l'information et promouvoir les actions en matière d'efficacité énergétique. Elle favorise, à l'échelon des établissements publics de coopération intercommunale, l'implantation de plateformes territoriales de la rénovation énergétique et le développement d'actions visant à lutter*

¹⁵¹² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 22.

contre la précarité énergétique ». Une programmation régionale pour l'efficacité énergétique est également élaborée. Cette dernière définit les modalités de l'action publique en matière d'orientation et d'accompagnement des propriétaires privés, locataires et bailleurs pour la réalisation de leurs travaux de rénovation énergétique. La gouvernance du service public de la performance énergétique est ainsi partagée entre la région et l'intercommunalité, à l'instar de la politique énergétique locale telle que nous l'avons étudiée dans la première partie de notre étude¹⁵¹³. Toutefois, jusqu'à présent, les services publics locaux d'efficacité énergétique ont été créés par des régions tels le service public d'efficacité énergétique de la région Picardie¹⁵¹⁴, ou celui de la région Alsace¹⁵¹⁵.

532. Ce service public d'efficacité énergétique met à la disposition des usagers toutes les informations relatives aux travaux de performance énergétique. Il peut également développer des actions de maîtrise de l'énergie à l'égard des consommateurs finaux. La performance de ce service public pour atteindre l'objectif d'amélioration de 20% d'efficacité énergétique dépend d'une hiérarchisation des actions de rénovation entreprises. Les actions menées doivent cibler en priorité les zones énergivores qui sont dorénavant délimitées grâce aux données de consommation issues des réseaux intelligents.

533. La définition de ces zones prioritaires doit également intégrer des données économiques afin de lutter contre la précarité énergétique. En effet, le déploiement des réseaux intelligents et des compteurs évolués permet au distributeur et aux collectivités concédantes de développer une vision précise de la consommation énergétique sur le réseau concédé. Cette connaissance doit être mise au service des objectifs énergétiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de la lutte contre la précarité énergétique réaffirmée par la loi du 15 août 2017 relative à la transition énergétique. Le croisement des données publiques locales sociales et économiques avec les données de consommation permet alors de déterminer, au sein des zones énergivores identifiées, des zones de précarité énergétique à résorber.

¹⁵¹³ *supra.*, n° 124.

¹⁵¹⁴ V. en ce sens la présentation de *Picardie Pass Rénovation*, le service public dédié à l'efficacité énergétique, disponible en ligne : <http://www.pass-renovation.picardie.fr/qui-sommes-nous/>, consulté le 26 mai 2017.

¹⁵¹⁵ CRE, « Des expérimentations innovantes en matière d'efficacité énergétique », en ligne, disponible à : <http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=efficacite-energetique-experimentations>, consulté le 16 octobre 2016.

B. Lutte contre la précarité énergétique et réseaux intelligents

534. La précarité énergétique désigne « *un phénomène protéiforme à la croisée d'enjeux sociaux, économiques et énergétique difficilement qualifiable et quantifiable* »¹⁵¹⁶. La loi portant engagement national pour l'environnement du 12 juillet 2010 définit la précarité énergétique comme la situation dans laquelle une personne éprouve, dans son logement, des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat¹⁵¹⁷. L'emploi des termes « *difficulté particulière* » ou « *satisfaction de ses besoins élémentaires* » ne relevant pas de critères juridiques, la définition de la précarité énergétique n'est pas arrêtée. L'ADEME, pour quantifier plus précisément la précarité énergétique, souligne qu'il « *est d'usage de comptabiliser les ménages qui consacrent plus de 10% de leurs revenus aux dépenses d'énergie dans le logement* »¹⁵¹⁸. Cependant, aucune législation n'utilise de ce critère économique comme critère de qualification de la précarité énergétique.

535. La précarité énergétique recouvre des situations qu'il est difficile de détecter¹⁵¹⁹ car elles nécessitent le croisement de données sociales, économiques et énergétiques administrées à l'échelon national comme local par une multitude d'acteurs. La cartographie de la consommation électrique locale mise en parallèle avec les données économiques permettrait de détecter les ménages en situation de précarité énergétique et de leur proposer une rénovation énergétique de leur logement visant à diminuer leur consommation énergétique. Cependant, la définition souple de la précarité énergétique et le croisement de données issues de différentes bases ne permettent pas une détection aussi fine de la précarité énergétique.

¹⁵¹⁶ T. Erard, L. Chancel, M. Saujot, « La précarité énergétique face au défi des données », *Study*, n° 01/15, Iddri, p. 7

¹⁵¹⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 11.

¹⁵¹⁸ ADEME, « La précarité énergétique », disponible en ligne : <http://www.ademe.fr/expertises/batiment/quoi-parler/precarite-energetique>, consulté le 28 mai 2017.

¹⁵¹⁹ T. Erard, L. Chancel, M. Saujot, *op.cit.* répertorie six étapes de la politique publique de lutte contre la précarité énergétique : la représentation politique du phénomène, la phase de diagnostic national pour une meilleure compréhension du phénomène, un diagnostic territorial visant à cartographier le phénomène, la phase de détection pour identifier les ménages en situation de précarité, une phase de mise en œuvre et une phase d'évaluation.

536. Une étude de l'Institut du développement durable et des relations internationales a été menée en 2015 sur l'enjeu des données dans la lutte contre la précarité énergétique¹⁵²⁰. Ses auteurs mettent en exergue le rôle des territoires dans la cartographie de la précarité et la détection des ménages se trouvant dans cette situation. La cartographie territoriale permet de « *spatialiser la précarité énergétique* »¹⁵²¹ pour améliorer la connaissance du phénomène, dimensionner les politiques publiques locales et mobiliser les acteurs impliqués. En effet, l'ouverture du système d'information géographique associée à celle des données de comptage permettent aux collectivités organisatrices de la distribution d'électricité d'avoir une vision précise des consommations énergétiques sur leur territoire. A partir de cette cartographie, elles sont en mesure de détecter les zones de consommation énergétique intensive sur leur territoire¹⁵²². En revanche, la phase de détection des ménages en situation de précarité est plus délicate car elle repose sur l'articulation de bases de données nationales relatives à la situation sociale des ménages avec des données locales de consommation énergétique. Le développement des réseaux intelligents permet de répondre en partie aux difficultés de la détection des ménages en situation de précarité pour leur proposer des actions de rénovation du bâti¹⁵²³.

537. T. Erard, L. Chancel et M. Saujot soulignent le rôle des compteurs communicants dans la connaissance du bâti. Le compteur communicant fournit les données nécessaires¹⁵²⁴ pour déterminer la signature énergétique d'un logement¹⁵²⁵ et potentiellement sa mauvaise isolation thermique¹⁵²⁶. La détection des ménages en situation de précarité énergétique dépend également de

¹⁵²⁰ *Ibid.*

¹⁵²¹ *Ibid.*

¹⁵²² La consommation pourra être considérée comme intensive en fonction d'un référentiel de consommation moyenne d'électricité par habitant. Ainsi, lorsque la consommation sera trop importante eu égard à la densité démographique, des actions de détection plus précises réalisées par les travailleurs sociaux pourront être entreprises.

¹⁵²³ T. Erard, L. Chancel, M. Saujot, *op.cit.*, p. 12 : les dispositifs de lutte contre la précarité énergétique dans le logement sont de deux natures : des actions de court terme aidant les ménages à payer leurs factures et un accompagnement de long terme pour lever « *structurellement le problème de la précarité via la rénovation thermique des logements* ».

¹⁵²⁴ Trois données sont requises : la température extérieure, la température intérieure et les consommations du ménage.

¹⁵²⁵ La signature énergétique d'un logement est un outil d'aide à la décision établissant une corrélation entre la consommation énergétique du bâtiment en fonction du climat. Cet outil permet d'établir un diagnostic de consommation, d'analyser les éventuelles surconsommations et de mesurer également l'impact des rénovations énergétiques du bâtiment.

¹⁵²⁶ Le défaut d'isolation thermique ne peut être observé qu'en comparaison avec un logement énergétiquement performant.

données économiques dont la gestion à l'échelle nationale et la loi 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés limitent la diffusion. A partir de la cartographie des zones énergivores et de la détection des ménages en situation de précarité énergétique, les collectivités définissent des programmes d'actions d'efficacité énergétique prioritaires pour la rénovation thermique du bâti : T. Erard, L. Chancel et M. Saujot rappellent cependant qu'« *il ne s'agit pas d'aider tous les ménages éligibles d'un seul coup* »¹⁵²⁷.

538. Malgré les apports des réseaux intelligents, la détection et la résorption de la précarité énergétique grâce aux *smart grids* doivent être relativisée. Le déploiement des réseaux intelligents permet d'affiner la priorisation géographique des politiques publiques d'efficacité énergétique sans pour autant parvenir à cibler et résorber les situations de précarité énergétique. D'une part, conformément à la délibération de la Commission informatique et libertés du 15 novembre 2012¹⁵²⁸, la transmission des données de consommation électrique par le distributeur aux collectivités territoriales dépend du consentement express des ménages. D'autre part, ces données de consommation ne reflètent pas toutes les situations possibles. La précarité énergétique n'est pas uniquement le résultat d'un logement énergivore, elle résulte également de choix d'affectation de dépenses : des ménages peuvent être en situation de précarité énergétique sans avoir une consommation énergétique intensive. Certains ménages en situation de précarité énergétique font ainsi le choix d'utiliser une autre source d'énergie (pétrole, bois, charbon)¹⁵²⁹ ce que les données de consommation électriques ne peuvent détecter.

539. De plus, l'absence de gouvernance locale de la lutte contre la précarité énergétique diminue l'efficacité de cette politique publique. Les trois échelons décentralisés sont en effet compétents pour résorber la précarité énergétique, sans que leur rôle ne soit expressément défini. La région, collectivité organisatrice du service public d'efficacité énergétique, est également chargée

¹⁵²⁷ T. Erard, L. Chancel, M. Saujot, *op.cit.*, p. 9.

¹⁵²⁸ Conf. à la délibération de la CNIL n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants, la courbe de charge permettant de connaître la consommation électrique précise, n'est collectée par le distributeur que dans le cas d'un incident d'alimentation détecté sur le réseau. Cette restriction ne s'applique pas à l'index de consommation qui permet la facturation des clients.

¹⁵²⁹ C. Maligorne, « Les Français et le chauffage : ces cinq chiffres à retenir », *Le Figaro*, 6 janvier 2017 : le chauffage au bois est utilisé aujourd'hui par 5% de la population française, le chauffage au fioul est utilisé par 19% des ménages.

par la loi de transition énergétique du 17 août 2015 de favoriser le développement d'actions visant à lutter contre la précarité énergétique en matière de logement. Par ailleurs, la loi de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014 érige le département, chef de file pour la résorption de la précarité énergétique¹⁵³⁰. Quant aux établissements publics de coopération intercommunale, coordinateurs de la transition énergétique, ils animent et coordonnent sur leur territoire les actions énergétiques pouvant « *tendre à maîtriser la demande d'énergie des consommateurs en situation de précarité énergétique* »¹⁵³¹. Chaque échelon local est ainsi compétent pour développer des actions visant à résorber la précarité énergétique. L'étude de l'Institut du développement durable et des relations internationales souligne ce manque de coordination entre tous les acteurs de la précarité énergétique. Plus encore, la mobilisation des trois échelons de décentralisation s'accompagne d'initiatives développées par d'autres acteurs publics comme privés et associatifs¹⁵³². Une solution de clarification consisterait à calquer la gouvernance de la lutte contre la précarité énergétique sur celle du service public de la performance énergétique, l'objet étant identique : améliorer la maîtrise de la consommation énergétique dans les logements.

540. Le croisement des données de consommation issues des réseaux intelligents avec les données sociales permet d'identifier en partie les ménages en situation de précarité énergétique, cependant leur détection demeure incomplète. En effet, la détection des ménages précaires exige le croisement de toutes les données énergétiques et économiques des ménages et la coordination des acteurs, publics comme privés, nationaux et locaux, en contact avec ces ménages¹⁵³³. Si les réseaux intelligents ne permettent pas d'identifier précisément les ménages en situation de précarité, ils permettent cependant de délimiter les zones géographiques énergivores d'un territoire, ce qui est utile au développement d'une politique d'efficacité énergétique ciblée. Ainsi, les actions locales peuvent être hiérarchisées en fonction de la consommation énergétique des logements et des gisements d'économies d'énergie afin de rénover en priorité le bâti énergivore.

¹⁵³⁰ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, art. 3.

¹⁵³¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 188

¹⁵³² T. Erard, L. Chancel, M. Saujot, *op.cit.*, p. 18 et suiv.

¹⁵³³ Le croisement des données fiscales, sociales et énergétiques permettrait d'identifier précisément ces ménages. Cependant, la diffusion de ces données est soumise à la confidentialité de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 et exige l'accord express des usagers.

541. Pour conclure, il nous semble nécessaire d'insister sur le fait que le déploiement des compteurs communicants et des réseaux intelligents modifie le rôle du gestionnaire des réseaux de distribution et sa relation avec son autorité concédante. Le distributeur devient un partenaire des collectivités concédantes en leur permettant de développer de nouveaux services publics grâce à la qualité des informations qu'il leur transmet.

542. La réalisation de ces nouveaux services publics énergétique et la transition énergétique de manière plus générale dépendent désormais de leur financement. Les collectivités territoriales doivent être parties prenantes au financement de la transition énergétique.

Titre 2. Le financement de la transition énergétique par les collectivités territoriales

543. Les engagements internationaux fixent des objectifs environnementaux toujours plus ambitieux : l'accord de Paris¹⁵³⁴ prévoit de diviser par plus de deux les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2050 pour limiter le réchauffement climatique à deux degrés Celsius. La réalisation de ces objectifs exige « *des transferts massifs d'investissements des énergies fossiles vers les énergies décarbonées* »¹⁵³⁵. Le rapport de la Global Commission on the Economy and Climate, *New Climate Economy*, estime ainsi à 93 milliers de milliards de dollars le besoin d'investissement en infrastructures décarbonées pour la période 2015-2030¹⁵³⁶. De plus, les différents accords internationaux pour la protection de l'environnement prévoient également le financement du droit au développement des pays dits « du Sud ». L'accord de Paris, dans la droite ligne de celui de Copenhague¹⁵³⁷, prévoit ainsi que « *les pays du Nord financent à hauteur de cent milliards de dollars annuels à partir de 2020 les pays du Sud, et au moins autant à partir de 2025* »¹⁵³⁸.

544. L'investissement en faveur de la transition énergétique n'est pas évident. Lorsqu'un acteur économique investit, les bénéfices doivent être supérieurs aux coûts de cet investissement. Cela suppose alors, dans le cadre de la transition énergétique, de chiffrer les dommages causés à l'environnement. Ainsi, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) évalue le coût annuel des dommages causés par l'inaction en faveur de la transition énergétique à 5,5% du PIB mondial. Le Conseil national de la transition énergétique¹⁵³⁹ estime que le

¹⁵³⁴ Premier accord universel sur le climat adopté le 12 décembre 2015, et entré en vigueur le 5 octobre 2016.

¹⁵³⁵ A. Grandjean, « Comment financer la transition énergétique ? », *Variances* 54, Mars 2016, p. 32.

¹⁵³⁶ The Global Commission on the Economy and Climate (présidée par F. Calderon, ancien président du Mexique et Sir N. Stern, économiste), *La nouvelle économie climatique*, Les Petits matins, 2015.

¹⁵³⁷ L'accord de Copenhague n'est pas juridiquement contraignant, car il n'a pas été adopté par la COP 15 (15^{ème} conférence des parties de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques). La conférence de Copenhague s'est déroulée en décembre 2009 et devait être l'occasion de renégocier un accord international sur le climat, pour remplacer le protocole de Kyoto qui prenait fin en 2012. L'accord affirme la nécessité de limitation à 2°C le réchauffement planétaire, cependant, aucun objectif chiffré n'est établi pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

¹⁵³⁸ A. Grandjean, *op.cit* : le financement prévu à destination de ces pays bénéficiaires exige « *de faire appel aux budgets publics, aux banques publiques de développement et aux financements privés entraînés par ces sources publiques* ».

¹⁵³⁹ Le conseil national de la transition énergétique a été créé dans le cadre du débat national sur la transition énergétique. Cette structure, appuyée d'un comité d'experts, était chargée d'organiser ce débat.

coût de cette inaction « *et de la non transition face au changement climatique est largement supérieur à tous les investissements nécessaires pour la transition* »¹⁵⁴⁰. En effet, selon toutes les trajectoires, les investissements additionnels pour la transition énergétique devraient être remboursés à l'aune de 2030 et un bénéfice net compris entre 300 et 1000 milliards d'euros serait généré d'ici 2050¹⁵⁴¹. Cependant, dans un contexte économique et budgétaire contraint, le financement de la transition constitue un enjeu majeur.

545. En France, lorsque les préoccupations environnementales et la transition énergétique émergent avec le Grenelle de l'Environnement au cours de l'année 2007¹⁵⁴², le financement n'est pas encore la principale préoccupation¹⁵⁴³. Il le devient avec l'apparition de la crise économique et financière mondiale de 2008. Ainsi, la mise en œuvre des différents programmes prévus par la loi Grenelle I du 3 août 2009 est évaluée à 450 milliards d'euros pour la période 2008-2020¹⁵⁴⁴. Cette estimation couvre les besoins financiers des programmes pour le bâtiment durable, les énergies renouvelables, la mobilité et la gestion des déchets¹⁵⁴⁵.

546. Toutefois ces estimations ne font pas consensus, car l'évaluation des besoins financiers pour la transition énergétique ne distingue pas les réorientations d'investissements des investissements supplémentaires. A. Rüdinger propose alors d'évaluer le besoin d'investissements supplémentaires en fonction des besoins identifiés et du potentiel de « *réorientation d'une partie des investissements existants dans les secteurs concernés en fonction de la qualité des projets* »¹⁵⁴⁶. En effet, les principaux secteurs concernés par la transition énergétique que sont le bâtiment et les

¹⁵⁴⁰ Conseil national de la transition énergétique, *Quels coûts, quels bénéfices et quel financement de la transition énergétique ?*, rapport du groupe de travail n° 4.

¹⁵⁴¹ Ces estimations doivent cependant être regardées avec précaution, le groupe de travail n'ayant pas réalisé d'étude de bouclage macro-économique (l'euro dépensé pour des énergies importées s'apparente à une fuite de capitaux, et l'euro investi dans l'économie nationale regardé comme générant un effet multiplicateur).

¹⁵⁴² Le Grenelle de l'environnement est lancé officiellement le 6 juillet 2007. Les groupes de travail ont remis leurs propositions 27 septembre 2007.

¹⁵⁴³ G. Virlovet, *Financer la transition écologique et énergétique*, Avis du Conseil économique, social et environnemental, section de l'économie et des finances, 10 septembre 2013, p. 18 : « *Le Grenelle de l'environnement a eu lieu au cours du second semestre 2007, en même temps qu'apparaissaient les premiers signes de la crise financière mondiale. Ni les réflexions des groupes de travail qui ont abouti aux engagements de l'automne 2007, ni globalement les comités opérationnels qui ont suivi, n'ont été axés de manière prioritaire sur la question du financement* ».

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ A. Rüdinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers* n° 01/15, février 2015, IDDRI, p. 6.

transports présentent généralement de hauts niveaux d'investissements « *mais qui ne sont pas forcément fléchés vers les projets les plus efficaces pour la transition énergétique* »¹⁵⁴⁷. L'exemple du bâtiment est révélateur : « *l'ensemble des activités de rénovation dans le secteur résidentiel représente près de 40 milliards d'euros, seule une partie réduite (15 milliards d'euros) concerne les travaux ayant potentiellement un impact sur la consommation d'énergie* »¹⁵⁴⁸ et les rénovations énergétiquement très efficaces ne constituent qu'une part réduite de ces 15 milliards¹⁵⁴⁹. La réorientation des investissements constitue alors la première étape nécessaire au financement de la rénovation énergétique. Une fois identifiés les investissements existants à réorienter pour la transition énergétique, le calcul du besoin d'investissement supplémentaire varie en fonction de la prise en compte du « *potentiel d'optimisation économique et politique de ces secteurs (réduction des coûts et simplification réglementaire)* »¹⁵⁵⁰. Cependant, la réorientation et l'optimisation des investissements existants ne parviennent pas à mobiliser suffisamment de capitaux, d'importants investissements supplémentaires sont nécessaires¹⁵⁵¹.

547. En raison du volume financier nécessaire et de la durée des délais de retour sur investissement, la mobilisation des capitaux à destination de la transition énergétique dépend essentiellement des personnes publiques : « *la puissance publique finance la transition écologique par*

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ Ces chiffres sont issus de l'étude OPEN (Observatoire Permanent de l'amélioration Énergétique du logement) de l'ADEME menée en 2010. Depuis, le nombre de rénovations énergétiques performantes ou très performantes a augmenté, sans toutefois remettre en question ce constat de la nécessité de la réorientation des investissements.

¹⁵⁵⁰ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 9 ; égal. A. Rüdinger, « La rénovation thermique des bâtiments en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 07/2013, IDDRI : l'auteur prend l'exemple du surcoût des mesures d'isolation qui pourrait être diminué « *si elles sont systématiquement réalisées en lien avec d'autres travaux intervenant dans le cycle de vie du bâtiment. Le coût de l'amélioration de l'efficacité énergétique se limitera au surcoût de l'isolant, les coûts structurels étant nécessaires pour la réhabilitation* ». Le défaut d'optimisation est pris en compte par certaines estimations.

¹⁵⁵¹ Dans le cas de la rénovation du bâti, le débat national de la transition énergétique chiffre les investissements nécessaires à 30 milliards, quand d'autres l'estiment à 15 milliards. Pour les énergies renouvelables, les estimations réalisées par différents acteurs sont plus cohérentes. Le Syndicat des énergies renouvelables (SER), pour la période 2013 - 2020, estime le besoin d'investissement à 70 milliards d'euros (Syndicat des Énergies Renouvelables, *Le livre blanc des énergies renouvelables. Des choix qui fondent notre avenir*, 2012, disponible en ligne). Le chiffrage de la Caisse des dépôts et consignations Climat (CDC Climat) est similaire avec un volume de 9 milliards par an (période 2013-2020) pour atteindre 20% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique en 2020 (A. Rüdinger, « La rénovation thermique des bâtiments en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 07/2013, IDDRI, p.9 -10 et CDC Climat Recherche, *Panorama des financements climatiques en France en 2011*, 2014). Les estimations des montants d'investissements diffèrent en fonction des secteurs concernés, de la prise en compte de la réallocation des investissements et du potentiel d'optimisation.

les aides publiques, par des prêts via des établissements bancaires publics, par la participation au capital de sociétés, et par l'investissement public, qui concerne à la fois les achats, acquisitions et réalisations de travaux mais aussi les activités de recherche, d'éducation ou d'accompagnement des acteurs, mises en œuvre directement par la puissance publique »¹⁵⁵².

548. Le financement de la transition énergétique par les fonds publics vise à encourager la mobilisation des capitaux privés. S. Royal, ministre de l'environnement, rappelle lors des discussions sur la loi de transition énergétique que « *les moyens financiers dégagés par l'Etat doivent permettre de générer trois fois plus de travaux* »¹⁵⁵³ en créant un effet d'entraînement à destination des capitaux privés. Poursuivant cet objectif, l'Etat a alors développé de nombreux dispositifs qui ont été multipliés par la loi de transition énergétique du 17 août 2015. En effet, un fonds national de la transition énergétique et de la croissance verte, géré par la Caisse des dépôts et consignations a été créé pour assurer le financement de projets territoriaux¹⁵⁵⁴. L'enveloppe du fonds chaleur géré par l'ADEME depuis 2009, soutenant les projets de la chaleur renouvelable a été augmenté¹⁵⁵⁵. Une ligne de crédit, gérée par la Caisse des Dépôts a également été ouverte à destination des collectivités territoriales pour faciliter leur accès à l'emprunt¹⁵⁵⁶. Dans le même temps, la Banque publique d'investissement, filiale de la Caisse des Dépôts, finance les entreprises dont l'objet est lié à la transition énergétique. Par ailleurs, de nombreux dispositifs à destination des particuliers ont été développés : éco-prêt à taux zéro, crédit d'impôt transition énergétique ou encore fonds de garantie pour la rénovation énergétique.

549. Toutefois, la multiplication de ces dispositifs visant à faciliter l'accès des acteurs économiques aux ressources financières ne répond pas à l'exigence première du financement de la

¹⁵⁵² A. Rüdinger, *ibid.*

¹⁵⁵³ L. Van Eeckhout, « Comment sera financée la transition énergétique ? », *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014.

¹⁵⁵⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 20 II. Ce fonds est doté d'une enveloppe de 1,5 milliards d'euros à destination de la transition énergétique. Son préfinancement est assuré par la CDC pour financer les aides aux énergies renouvelables, la méthanisation ou encore le soutien aux territoires à énergie positive.

¹⁵⁵⁵ Son enveloppe a été doublée par la loi de transition énergétique et s'élève aujourd'hui à 420 millions d'euros.

¹⁵⁵⁶ Le volume de cette enveloppe s'élève à 5 milliards d'euros. Les collectivités qui empruntent auprès de la Caisse des Dépôts n'ont pas d'obligation d'apport initial (pour des emprunts inférieurs à 5 millions d'euros). Ces prêts sont remboursables dans des délais allant de 20 à 40 ans, à un taux d'intérêt de 1,75%.

transition énergétique, à savoir la réorientation des investissements¹⁵⁵⁷ (chapitre 1). De plus, la gestion de ces dispositifs à l'échelon national ne permet pas de répondre aux besoins économiques locaux. En effet, l'Etat impulse les politiques de financement mais ne peut prétendre à les gérer pour répondre aux besoins de la transition énergétique, dont nous avons vu qu'ils sont, avant tout, locaux. Les collectivités territoriales sont alors les plus à même de financer et de gérer les fonds publics à destination de la transition énergétique (chapitre 2).

Chapitre 1. Un soutien public inadapté aux besoins financiers des acteurs privés

550. L'Institut de développement durable et des relations internationales met en lumière l'enjeu du financement de la transition énergétique : « *il ne s'agit pas tant de mobiliser des sources de financement additionnelles que de réorienter les investissements vers des infrastructures, des services et des innovations durables. Toutefois, ce mouvement de réorientation des investissements est loin d'être aussi rapide que nécessaire et n'engage pas encore la majorité des pays ni des acteurs. Réorienter les investissements nécessite non seulement de désinvestir des activités non durables, mais aussi d'investir dans des activités durables* »¹⁵⁵⁸. Les acteurs publics doivent alors créer un environnement favorable à la réorientation des investissements privés et à l'implication de l'ensemble des acteurs économiques¹⁵⁵⁹. En effet, D. Dron, T. Francq et a., dans *Le livre blanc sur le financement de la transition écologique, Mobiliser les financements privés vers la transition écologique* rédigé sous l'égide de la Direction générale du trésor et du Commissariat général au développement durable, rappellent le besoin de mobilisation des capitaux privés pour financer la transition énergétique : « *Les Etats n'ont ni la vocation ni la capacité, à eux seuls, d'assurer financièrement la transition écologique. Il s'agit avant tout d'orienter les choix d'investissement, de consommation*

¹⁵⁵⁷ A. Rüdinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers* n° 01/15, février 2015, IDDRI.

¹⁵⁵⁸ D. Demailly, L. Spinazzé, S. Treyer, « Développement durable : quatre priorités pour l'après 2015 », *Policy Brief*, n° 04/16, juin 2016, IDDRI.

¹⁵⁵⁹ P. Canfin, A. Grandjean, *Mobiliser les financements pour le climat, une feuille de route pour financer une économie décarbonée*, Rapport de la Commission, Juin 2015, p. 60 ; égal. L. Van Eeckhout, « Comment financer la transition énergétique dans les territoires ? », *Le Monde*, 11 octobre 2016.

et d'épargne des acteurs économiques (ménages et entreprises), dans un sens favorable à la préservation de l'environnement par des signaux adaptés »¹⁵⁶⁰.

551. L'investissement des acteurs économiques dans la transition énergétique « *suppose des signaux économiques et réglementaires adéquats en fonction des destinataires* »¹⁵⁶¹. De ces signaux dépend le coût du financement des investissements énergétiques qui varie suivant les taux d'intérêt¹⁵⁶². L'appréciation du risque dont dépend le taux d'intérêt évolue suivant le contexte : « *l'absence de visibilité crée une incertitude que les opérateurs ne peuvent assumer qu'en prenant des provisions pour risques qui pèsent in fine sur le coût collectif de l'ouvrage. A cet égard, le cadre réglementaire, l'encadrement tarifaire, les dispositions fiscales sont des instruments à disposition de la puissance publique pour partager le risque : entretenir l'incertitude sur l'évolution de ces instruments fait peser un risque sur les opérateurs, qui pourrait être limité si la puissance publique fixait les lignes directrices sur 20 ans* »¹⁵⁶³.

552. En matière énergétique, le coût du financement a « *une incidence considérable sur la rentabilité des projets d'efficacité énergétique ou encore le coût de production des énergies renouvelables* »¹⁵⁶⁴. A. Rüdinger met en exergue l'importance du coût du capital dans ces projets énergétiques en raison de la durée des cycles d'investissement et de l'intensité capitalistique élevée¹⁵⁶⁵. Il démontre, suivant le taux pratiqué, que les intérêts payés sur un prêt d'une durée de 20 ans peuvent représenter jusqu'à 60% du montant du prêt pour ces projets¹⁵⁶⁶. La mobilisation de capitaux à bas coût est alors essentielle à l'investissement dans ces projets. Le coût du financement, intégrant le risque, dépend de la stabilité de l'environnement économique : plus l'environnement est instable, plus le risque et le coût du financement sont élevés.

¹⁵⁶⁰ D. Dron, T. Francq, et a., *Le livre blanc sur le financement de la transition écologique - Mobiliser les financements privés vers la transition écologique*, sous la direction de la Direction générale du trésor et du Commissariat général au développement durable, novembre 2013.

¹⁵⁶¹ IDDRI, « La transition écologique en débat – Séance 5 : Financer la transition énergétique », *Les mardis de l'avenir*.

¹⁵⁶² Le taux d'intérêt rémunère le risque pris par le prêteur. Son taux tient compte de la durée du prêt, de la nature des risques encourus et des garanties du prêteur.

¹⁵⁶³ C. Gollier (pres.), *Le calcul du risque dans les investissements publics*, Rapport et Documents, n° 36, Centre d'analyse stratégique, 2011, p. 148.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶⁶ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 11.

553. La confiance des investisseurs dépend des pouvoirs publics qui s'emploient à créer un environnement économique stable (section 1). Cependant, à la lumière des données économiques relatives aux investissements énergétiques, il semble que ces acteurs publics ne soient pas encore parvenus à dessiner un cadre lisible et cohérent pour mobiliser ces capitaux privés (section 2).

Section 1. La création d'un environnement de confiance par les pouvoirs publics

554. L'investissement des acteurs économiques pour financer la transition énergétique¹⁵⁶⁷ dépend des signaux envoyés par la puissance publique : « *faute de signaux adéquats et de valorisation monétaire du capital naturel, la rentabilité socio-économique, c'est-à-dire prenant en compte l'ensemble des impacts sur la société, par exemple la pollution locale et à plus long terme le réchauffement climatique, des solutions capables de maintenir les ressources et régulations environnementales reste dissimulée et non rémunératrice* »¹⁵⁶⁸. Par exemple, la succession d'annonces relatives aux tarifs d'achat de l'énergie renouvelable produite, les contentieux juridictionnels et les évolutions réglementaires ont favorisé l'attentisme des investisseurs. En effet, l'important volume d'investissement initial et l'incertitude quant au retour sur investissement en raison de l'instabilité, notamment réglementaire, freinent les porteurs de projets qui ne « *trouvent pas spontanément leur financement* »¹⁵⁶⁹.

555. La puissance publique encourage l'implication des acteurs économiques à travers la création d'un environnement favorable à leur investissement (§1) et par un soutien financier permettant la réduction des risques et ainsi le coût du financement des investissements (§2).

¹⁵⁶⁷ CDC Climat, *Panorama des financements climatiques en France en 2011*, Résumé pour décideurs, Octobre 2014 : tous secteurs confondus, l'investissement pour les énergies renouvelables représente 9 milliards d'euros et l'efficacité énergétique représente 8,3 milliards d'euros annuels. Ces investissements sont réalisés pour les trois quarts par des opérateurs privés.

¹⁵⁶⁸ D. Dron, T. Francq, et a., *op.cit.*, p. 18-19.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

§1. Les facteurs favorables à l'investissement des acteurs privés

556. La mobilisation des capitaux privés pour la transition énergétique dépend du cadre réglementaire et économique : « *Si l'investissement dans les infrastructures de long terme revient historiquement aux institutions publiques, le caractère diffus des projets de la transition énergétique ainsi que la contrainte pesant sur les budgets publics exige de repenser les modalités de l'action publique. Si les outils de financement peuvent faciliter le montage des projets, leur déclenchement reste en premier lieu déterminé par le cadre réglementaire et économique* »¹⁵⁷⁰ rappelle A. Rüdinger. Ainsi, l'investissement des acteurs économiques privés, ménages et entreprises, dépend des « *signaux réglementaires envoyés par la puissance publique qui restent le premier déterminant du déclenchement des investissements privés. Les dispositifs réglementaires et économiques peuvent aider à faire converger l'intérêt privé et l'intérêt général* »¹⁵⁷¹.

557. La décision d'investissement dépend de la lisibilité du cadre réglementaire et économique, d'une part (A), et de sa stabilité, d'autre part (B).

A. La lisibilité du cadre économique et réglementaire

558. La « *réallocation du capital cohérente avec le maintien sur une trajectoire 2°C et les évolutions climatiques déjà en cours* »¹⁵⁷² nécessite, d'après le Comité pour l'économie verte¹⁵⁷³, une appropriation par tous les acteurs économiques des enjeux de la transition énergétique. Il souligne qu'une meilleure information « *transparente et robuste jouera un rôle clé dans le développement de cette finance verte* »¹⁵⁷⁴ car elle permet aux acteurs économiques de repérer les enjeux, identifier les objectifs, évaluer et adopter un comportement d'investissement favorable à la transition énergétique¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷⁰ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 15-16.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² Comité pour l'économie verte, avis, *La labellisation des fonds d'investissements pour la transition énergétique et écologique*, 16 juillet 2015.

¹⁵⁷³ Le Comité pour l'économie verte rassemble tous les acteurs publics et privés concernés par les enjeux de la fiscalité énergétique et par l'ensemble des outils économiques favorisant la transition énergétique. Ce comité rend des avis.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵P. Le Clézio, *Les indicateurs du développement durable et l'empreinte écologique*, Avis du Conseil économique, social et environnemental, 2009, p. 26.

Toutefois, cette information doit être appréhendable par les acteurs économiques afin qu'ils puissent orienter leurs investissements. La Direction générale du trésor et le Commissariat général au développement durable confirment ce lien entre qualité de l'information et orientation des comportements économiques : « *l'efficacité des instruments économiques sur l'orientation des comportements dépend du fait que les consommateurs et clients disposent d'une information de qualité et de confiance sur l'impact des biens et services du quotidien sur l'environnement* »¹⁵⁷⁶. En effet, la décision d'investissement ne repose pas uniquement sur des critères financiers de rentabilité économique : « *de la même manière que l'appétence des consommateurs pour des produits et services responsables peut être renforcée par le développement d'une information lisible et transparente sur la performance énergétique, une meilleure lisibilité de la contribution des investissements au financement de la transition peut jouer un rôle dans les décisions d'allocation des épargnants* »¹⁵⁷⁷. Le choix d'investissement dépend alors d'une information accessible et compréhensible par les acteurs économiques¹⁵⁷⁸.

559. La qualité de l'information est particulièrement importante à la mobilisation de l'épargne des ménages, leurs choix d'investissement dépendant avant tout de la compréhension des produits financiers qui leur sont proposés.

L'épargne réglementée des ménages constitue une importante réserve de capitaux utiles au financement de la transition énergétique¹⁵⁷⁹ : en septembre 2014, les placements financiers des ménages français représentaient 4 258 milliards d'euros¹⁵⁸⁰, les produits d'épargne réglementée et les contrats d'assurance vie étant privilégiés¹⁵⁸¹. La mobilisation de cette épargne pour la transition

¹⁵⁷⁶ D. Dron, T. Francq, et a., *op.cit.*, p. 23-24.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ D. Dron, T. Francq, et a., *op.cit.*, p. 3.

¹⁵⁷⁹ Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE), Conférence bancaire et financière sur la transition énergétique, « Comment le système financier peut accompagner l'économie réelle au service de la transition énergétique », 2 juin 2014, p. 7.

¹⁵⁸⁰ Banque de France, « L'épargne des ménages français davantage drainée par les produits réglementés qu'orientée par les mécanismes de marché », *Focus*, n° 14, juillet 2015.

¹⁵⁸¹ D. Dron, T. Francq, et a., *op.cit.*, p. 23-24.

énergétique exige de présenter aux ménages « *un mix de maturité, de risque et de rendement correspondant à leurs attentes* »¹⁵⁸². Le gouvernement a donc créé le livret de développement durable et solidaire¹⁵⁸³ pour financer les travaux d'économies d'énergies sur les logements.

560. Toutefois, un effort de communication et de pédagogie doit être entrepris par la puissance publique sur l'emploi de ces ressources, les réseaux de distribution (banques) devant en assurer le relai¹⁵⁸⁴. Pour cause, un sondage OpinionWay pour Robin'Finance réalisé en février 2017 sur les Français et l'épargne met en lumière un déficit de connaissance quant à l'emploi de l'épargne réglementée : 80% des personnes interrogées pensent que l'épargne des ménages finance l'activité des banques et 69% estiment qu'elle sert la spéculation financière. La collecte d'épargne réglementée à destination de la transition énergétique doit donc s'accompagner d'une « *plus grande transparence sur son emploi. Les finalités de l'épargne réglementée au-delà du logement social (et encore) ne sont pas réellement perçues. Ce déficit est préjudiciable* »¹⁵⁸⁵. En effet, le sondage OpinionWay pour Robin'Finance souligne que 75% des personnes interrogées souhaiteraient choisir les projets qui sont financés par leur épargne avec la volonté de financer en priorité des projets locaux ou régionaux (74%).

561. Une des réponses proposées par le ministère de l'environnement à cette exigence de transparence a été la création d'un label. L'utilité de la labellisation apparaît lorsque les investisseurs sont « *prêts à sacrifier quelque rendement dès lors qu'ils sont convaincus que cela servira à promouvoir des changements tangibles* »¹⁵⁸⁶. Ainsi, le 22 septembre 2015, un label « Transition

¹⁵⁸² *Ibid.* Par ailleurs, les ménages sont réticents aux risques et privilégient l'épargne à court terme dans des placements stables et faciles à liquider. Un effort devra également être fait pour les encourager à l'épargne de long terme, inhérent aux investissements énergétiques (Commission européenne, *Livre vert sur le financement à long terme de l'économie européenne*, 25 mars 2013, p. 5).

¹⁵⁸³ Le livret de développement durable et solidaire (LDDS) est issu de l'art. 80 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Le LDDS est la nouvelle version du livret développement durable créée en 2007 pour remplacer le Codévi (compte pour le développement industriel créée par la loi n° 83-607 du 8 juillet 1983 portant diverses dispositions relatives à la fiscalité des entreprises et à l'épargne industrielle).

¹⁵⁸⁴ D. Dron, T. Francq, *op.cit.*, p. 23-24.

¹⁵⁸⁵ P. Dusquene, V. Jacob, *Rapport sur la réforme de l'épargne réglementée*, Ministère de l'Economie et des Finances publiques, 19 septembre 2012, p. 59.

¹⁵⁸⁶ Comité pour l'économie verte, avis, *La labellisation des fonds d'investissements pour la transition énergétique et écologique*, 16 juillet 2015, p. 7.

énergétique et écologique pour le climat »¹⁵⁸⁷ a été créé à destination des fonds d'investissements ou sociétés de gestion de portefeuille. Ces investisseurs sont assurés, lorsqu'ils investissent dans des structures labellisées, que leur placement contribue directement ou indirectement au financement de la transition énergétique et écologique¹⁵⁸⁸.

562. Cette information concernant la destination des fonds investis doit être complétée par un signal prix. Le choix d'investissement, s'il dépend en grande partie de la compréhension des objectifs par les agents économiques, repose également sur des critères financiers. Ainsi des signaux-prix¹⁵⁸⁹ doivent être émis afin d'orienter l'investissement « *en contribuant au réaligement de la rentabilité des projets avec les enjeux de la transition écologique* »¹⁵⁹⁰. Il s'agit de « *réfléter dans le prix des produits et des services le coût de leur impact sur l'environnement* »¹⁵⁹¹. Dans le cadre de la transition énergétique, ces signaux sont le fait, d'une part, de la puissance publique en développant une fiscalité écologique et, d'autre part, du marché à travers le prix de la tonne de carbone¹⁵⁹².

563. La fiscalité énergétique repose sur « *l'idée que les comportements des agents sont orientés par les prix, toutes taxes incluses, des biens offerts. La modification de la composante fiscale représente alors une variable d'action pour transmettre une information sur les externalités de façon à modifier les comportements des pollueurs dans le sens de l'intérêt général* »¹⁵⁹³. Les acteurs économiques n'intègrent pas naturellement le coût des externalités négatives causées à l'environnement, ni la raréfaction des énergies et matières premières, car le prix de l'énergie sur le

¹⁵⁸⁷ Proposée lors des travaux de la conférence bancaire et financière de juin 2014, la création de ce label vise la mobilisation d'une partie de l'épargne au bénéfice de la transition énergétique. L'objectif de ce label est de mettre en lumière les fonds d'investissement pour l'économie verte, inciter à la création de nouveaux fonds verts et favoriser le *reporting* des entreprises sur la part verte de leurs activités.

¹⁵⁸⁸ Décret n° 2015-1615 du 10 décembre 2015 relatif au label « Transition énergétique et écologique pour le climat ».

¹⁵⁸⁹ D. Dron, T. Francq, *op.cit.*, p. 23-24.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ A. Reverchon, « Quel modèle de croissance ? Le signal prix », *Le Monde*, 7 décembre 2012.

¹⁵⁹² J. Stiglitz, N. Stern (pres.), *Rapport de la Commission de Haut Niveau sur les Prix du Carbone*, 29 mai 2017, p. 2 : « *Le but de la tarification du carbone est d'inciter aux changements qui sont nécessaires dans l'investissement, la production, ainsi que dans les modes de consommation, et d'induire les progrès techniques qui diminueront les coûts futurs de réduction des émissions* ».

¹⁵⁹³ O. Godard, « Fiscalité énergétique », *Revue de l'énergie*, 1999, pp. 194-200.

marché n'intègre pas cette dimension¹⁵⁹⁴. L'Etat intervient alors pour corriger le prix du marché par une fiscalité environnementale intégrant les coûts sociaux et environnementaux¹⁵⁹⁵. La fiscalité permet d'orienter les investissements des acteurs économiques en faveur de la transition énergétique en taxant les comportements causant des dommages environnementaux¹⁵⁹⁶.

564. La fiscalité environnementale française est principalement issue de la directive européenne du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques¹⁵⁹⁷ et de la directive du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise¹⁵⁹⁸. En France, l'énergie est soumise à trois types d'accises : les taxes sur la consommation finale d'électricité, la taxe intérieure de consommation sur le gaz naturel et la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques. En comparaison avec les Etats membres de l'Union européenne, la fiscalité environnementale française est relativement faible. En 2010, elle représentait 1,8% du PIB et 4,1% de l'ensemble des prélèvements obligatoires en France, alors que dans l'Union européenne, la moyenne était de 2,4% du PIB et 6,2% des prélèvements obligatoires¹⁵⁹⁹. Par conséquent, la faiblesse de la fiscalité énergétique française n'encourage pas l'investissement dans la transition énergétique.

¹⁵⁹⁴ V. en ce sens : I. Chaboud, « Baril de pétrole toujours en chute : causes et conséquences », *Les Echos*, 24 août 2015 ; v. égal. : A. Feitz, « Pourquoi le pétrole continue de chuter », *Les Echos*, 14 janvier 2016 et J.-M. Bezat, « Baisse de la production de pétrole : quatre questions sur l'accord de l'OPEP », *Le Monde*, 29 septembre 2016.

¹⁵⁹⁵ Le recours à la fiscalité environnementale est également légitimé par le principe du « pollueur – payeur » inscrit à la Charte de l'environnement par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, art. 2 (intégrée au bloc de constitutionnalité depuis CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, *Rec.*) : « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».

¹⁵⁹⁶ La fiscalité environnementale peut également prendre la forme de subventions aux comportements favorables à la protection de l'environnement comme le crédit d'impôt pour la rénovation énergétique.

¹⁵⁹⁷ Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité : la directive prévoyait un cadre commun européen relativement à la taxation des carburants, combustibles de chauffage et de l'électricité, les taux de taxation minimaux pour certains produits énergétiques et des possibilités d'exonération pour certaines utilisations de produits énergétiques.

¹⁵⁹⁸ Directive 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise et abrogeant la directive 92 décembre CEE. Les droits d'accises sont des taxes indirectes sur la vente ou l'utilisation de certains produits, il s'agit généralement d'un montant par quantité de produit. Les droits d'accises issus de la réglementation européenne portent sur tous les produits énergétiques nécessaires pour le chauffage, les transports et l'électricité.

¹⁵⁹⁹ D. Dron, T. Francq, *Le livre blanc sur le financement de la transition écologique - Mobiliser les financements privés vers la transition écologique*, sous la direction de la Direction générale du trésor et du Commissariat général au développement durable, novembre 2013, p. 21. En 2014, la fiscalité environnementale représentait environ 2,1% du PIB ; v. en ce sens : Commissariat général au développement durable, *Chiffres clés de l'environnement – Edition 2015*, octobre 2015, p. 46 ; égal. A. Izambard, « Fiscalité écologique : pourquoi la France est à la traîne en Europe », *Challenges*, 11 novembre 2015.

565. En complément des signaux prix émis par la fiscalité environnementale, le marché oriente également les investissements en faveur de la transition énergétique grâce à la création d'un système d'échange de quotas d'émissions de carbone. En effet, le prix de l'utilisation des ressources naturelles dans l'activité économique est sous-évalué, « *dans les faits, le coût social de la consommation de ces ressources est le plus souvent supérieur à son coût privé* »¹⁶⁰⁰. L'intégration du coût des dommages causés à l'environnement sur le marché n'étant pas naturel, la Commission européenne a alors créé un système d'échange de quotas d'émissions de carbone européen¹⁶⁰¹ afin « *d'amener la société à réaliser le coût réel de ses pratiques économiques* »¹⁶⁰².

566. La création du marché du carbone est issue de la théorie de l'économiste R. Coase pour qui « *le marché, dès lors que les droits de propriété sont correctement définis et distribués, peut efficacement réduire les maux environnementaux comme la pollution des gaz à effet de serre. Le rôle de l'Etat est alors de créer un marché des droits à polluer dont il déterminera le plafond et dont le libre fonctionnement aboutira, par le jeu de l'échange des permis entre les entreprises, à déterminer le prix social du carbone* »¹⁶⁰³. Créé par la directive du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne, le marché du carbone repose sur l'allocation périodique par chaque Etat membre de quotas d'émissions de carbone aux exploitations émettrices de dioxyde de carbone¹⁶⁰⁴. Annuellement, chaque exploitant qui s'est vu attribuer des quotas les restitue en fonction des émissions totales de l'installation au cours de l'année écoulée¹⁶⁰⁵. La création d'un système d'échange de ces quotas permet aux exploitations d'acquérir les quotas manquants s'ils ont émis plus de carbone que les quotas ne les y autorisaient. Les exploitants n'ayant pas utilisé la totalité de leurs quotas attribués les revendent sur le marché. La réduction des gaz à effet de serre émis par chaque installation dépend du prix du quota d'émission sur le marché, équivalent au prix de la tonne

¹⁶⁰⁰ J. Le Cacheux, E. Laurent, « Le marché européen du carbone en quête de stabilité », *Regards croisés sur l'économie*, 2009/2, n° 6, pp. 117-127.

¹⁶⁰¹ A. Delbosq, C. de Perthuis, *Les marchés du carbone expliqués*, Caring for climate series, CDC Climat, juillet 2009.

¹⁶⁰² J. Le Cacheux, E. Laurent, *op.cit.*, p. 119.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, art. 11.

¹⁶⁰⁵ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *ibid.*, art. 12.

de carbone émise. En fonction du prix du carbone, les entreprises sont incitées à respecter leurs quotas, voire à réduire leurs émissions, afin de valoriser sur le marché leurs quotas restants.

567. Toutefois, l'efficacité de ce système est relative car la volatilité des prix de la tonne de carbone « *a brouillé les signaux prix qu'il est censé envoyer aux producteurs et à l'ensemble du système économique* »¹⁶⁰⁶. Dans un premier temps, la sur-allocation de quotas par les Etats membres a conduit à une baisse du prix de la tonne du carbone, passant de 32 euros à 10 euros en avril-mai 2006. La réduction des quotas en circulation par la Commission européenne n'est pas parvenue à enrayer le phénomène en raison de la crise économique mondiale : le prix de la tonne de carbone a continué de baisser pour atteindre 7,90 euros en février 2009¹⁶⁰⁷. Or, ce prix n'incite pas les entreprises à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre en investissant dans des technologies faiblement intensives en carbone. La rentabilité de ces technologies repose sur un coût élevé des énergies fossiles, et donc un prix élevé de la tonne de carbone¹⁶⁰⁸.

568. La baisse du prix du carbone ne permet plus au marché « *de remplir son rôle d'aiguillon pour les investissements bas-carbone, notamment dans la production d'énergie renouvelable* »¹⁶⁰⁹. Dans les faits, d'après *Le livre blanc sur le financement de la transition écologique, Mobiliser les financements privés vers la transition écologique*, la volatilité des prix du carbone a entraîné d'importantes conséquences environnementales telles que la mise en fonctionnement de centrales électriques à charbon (à la place de centrales de production à gaz, moins polluantes), notamment en Allemagne¹⁶¹⁰.

569. La Commission de haut niveau sur les prix du carbone¹⁶¹¹ résume l'enjeu du marché du carbone dans son rapport publié le 29 mai 2017. Selon elle, la tarification du carbone est un

¹⁶⁰⁶ J. Le Cacheux, E. Laurent, *op.cit.*, p. 121 -122.

¹⁶⁰⁷ F. Autret, « L'Europe veut remonter le prix du carbone », *La Tribune*, 28 février 2017 : « *Un des objectifs de notre réforme est bien de faire remonter les prix pour faciliter les investissements bas carbone explique la vice-présidente du Parlement Française Grossetête qui reconnaît qu'à 5 euros, l'European Trading Scheme n'envoie pas actuellement les bons signaux* ».

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ D.Dron, T. Francq, *op.cit.*, p. 22.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ Cette Commission a été créée lors de la 22^{ème} conférence des Etats parties à la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui s'est tenue à Marrakech en 2016, à l'initiative des co-présidents de la Haute Assemblée de la Carbon Pricing Leadership Coalition, S. Royal, F. Sijbesma, J. Stiglitz et Lord N. Stern.

élément indispensable d'une stratégie efficace de réduction des émissions : le but de cette tarification « est d'inciter aux changements qui sont nécessaires dans l'investissement et la production, ainsi que dans les modes de consommation, et d'induire les progrès techniques qui diminueront les coûts futurs de réduction des émissions ». Mais la tarification seule du carbone ne peut suffire à induire les réductions d'émissions « à la vitesse et à l'échelle requises pour atteindre l'objectif de l'Accord de Paris »¹⁶¹².

570. Par ailleurs, la compréhension des politiques publiques en faveur de l'investissement énergétique par les opérateurs économiques dépend également de leur cohérence. En effet, les réglementations doivent poursuivre un objectif unique afin que « les acteurs de marché perçoivent réellement l'opportunité de ces nouveaux marchés et investissent dans le développement d'offres adaptées »¹⁶¹³. Les politiques publiques ne peuvent pas, d'une part, encourager l'investissement dans la transition énergétique et, d'autre part, ne pas pénaliser les comportements polluants¹⁶¹⁴. Une cohérence doit être établie entre les différentes politiques publiques. *Le livre blanc sur le financement de la transition écologique* prend ainsi l'exemple de la fiscalité écologique. Les taxes instaurées sont « le plus souvent en deçà de la valeur monétaire des externalités négatives qu'elles sont censées internaliser. La suppression des subventions aux énergies fossiles et plus générales des subventions dommageables à l'environnement est absolument nécessaire pour garantir la cohérence, l'efficacité, la crédibilité et l'équité d'une politique de transition écologique »¹⁶¹⁵. Une cohérence doit donc exister entre les objectifs d'investissement énergétique et le cadre réglementaire afin que les acteurs économiques s'engagent résolument dans la transition énergétique.

571. L'investissement des acteurs économiques dépend également de la stabilité du cadre réglementaire.

¹⁶¹² J. Stiglitz, N. Stern (pres.), *Rapport de la Commission de Haut Niveau sur les Prix du Carbone*, 29 mai 2017.

¹⁶¹³ A. Rüdinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers*, n° 01/15, p. 16.

¹⁶¹⁴ L'exemple du diesel est assez parlant. Les gaz émis par les voitures roulant au diesel et à l'essence sont les mêmes alors que l'essence était soumise à une plus forte taxation que le diesel (v. en ce sens : P. Demoux, J.-M. Gradt, « Taxation du diesel : une décision, six conséquences », *Les Echos*, 15 octobre 2015).

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

B. La stabilité du cadre réglementaire

572. En plus des signaux émis par la puissance publique, la mobilisation des acteurs économiques repose sur la stabilité du cadre réglementaire. En effet, les acteurs économiques doivent, lorsqu'ils décident d'investir, être en mesure d'évaluer le retour sur leurs investissements. Les normes et dispositifs doivent alors être « *clairs et intelligibles, et ne pas être soumis dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »¹⁶¹⁶. La décision d'investissement dans la transition énergétique dépend ainsi de la stabilité du cadre réglementaire.

573. Le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi de novembre 2012 souligne l'importance de la prévisibilité pour l'investissement des agents économiques : « *la complexité et l'instabilité des normes qui s'appliquent aux entreprises génèrent des coûts, des délais et de l'incertitude préjudiciables à l'investissement, à la croissance et à l'emploi* ». Pour limiter l'incertitude, L. Gallois préconise alors que « *l'Etat donne sa vision de l'avenir, exprime ses priorités et indique les moyens qu'il est prêt à y consacrer. La visibilité de l'action publique est essentielle pour les entreprises* »¹⁶¹⁷. La prévisibilité dépend ainsi de la stabilité de l'environnement réglementaire. L'incertitude liée aux évolutions réglementaires freine l'investissement des acteurs économiques.

574. Dans le cadre de la transition énergétique, la Cour des comptes dénonce dans son rapport relatif à *La politique de développement des énergies renouvelables*¹⁶¹⁸, le retard d'investissement dans les filières de production renouvelable (éolien et photovoltaïque) en raison de l'instabilité de la réglementation.

¹⁶¹⁶ Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport public, 2006, La Documentation française : le principe de sécurité juridique vise à limiter le doute quant aux conséquences d'un acte. La décision d'investissement repose sur les mêmes critères : lisibilité, clarté, prévisibilité. Aussi, nous avons repris les exigences du principe de sécurité juridique pour les appliquer à l'investissement.

¹⁶¹⁷ L. Gallois, *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Commissariat général à l'investissement, 5 novembre 2012, p. 20 : « *Pour investir, les entreprises ont également besoin de visibilité sur l'avenir ; elles ne peuvent être exclusivement soumises aux impératifs – souvent de court terme- des marchés financiers* ». Pour répondre à cette exigence de prévisibilité, la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique instaure une programmation pluriannuelle de l'énergie fixant les orientations d'investissement sur une période de dix ans.

¹⁶¹⁸ C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, rapport public thématique, juillet 2013.

L'éolien terrestre a ainsi connu une succession de réglementations en quelques années. Jusqu'en 2013, le développement des éoliennes terrestres était soumis à une réglementation extrêmement contraignante reposant sur une condition géographique et une condition quantitative. En effet, les éoliennes terrestres ne pouvaient bénéficier du tarif d'achat qui garantit un retour sur investissement¹⁶¹⁹, que si elles étaient implantées dans des zones de développement éolien¹⁶²⁰ et qu'elles étaient au nombre de cinq minimum¹⁶²¹. Ces règles freinaient le développement de l'énergie éolienne, de nombreux projets devaient être abandonnés car ils ne remplissaient pas les critères pour bénéficier de l'obligation d'achat¹⁶²². La loi du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre¹⁶²³ supprime alors ces zones de développement éolien et la règle des cinq mâts qui entravaient profondément le développement de cette énergie renouvelable. Mais, dans le même temps où ces contraintes étaient levées, le mécanisme du tarif d'achat de l'énergie renouvelable éolienne terrestre faisait l'objet d'une question préjudicielle adressée à la Cour de Justice de l'Union européenne, quant à sa nature d'aide d'état et sa légalité¹⁶²⁴. Cette question préjudicielle envoyée le 15 mai 2012¹⁶²⁵ n'a reçu de réponse définitive, transposée en droit interne¹⁶²⁶, que le 15

¹⁶¹⁹ Le mécanisme du tarif d'achat consiste à assurer l'achat de l'électricité renouvelable produite à un tarif fixe garantissant pour l'investisseur un retour sur son investissement (*infra* n° 621 et suiv.).

¹⁶²⁰ Créée par l'art. 37 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, la zone de développement éolien subordonnait l'obligation d'achat de l'électricité produite à l'implantation des éoliennes dans ces zones.

¹⁶²¹ Créée par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, la règle des cinq mâts conditionne l'obligation d'achat de l'électricité éolienne imposée à EDF à l'obligation d'avoir au minimum cinq éoliennes. Cette disposition a été créée pour éviter le mitage du paysage (CE, 16 juin 2010, *Leloustre*, n° 311840, *Rec. T.*).

¹⁶²² V. en ce sens l'amendement présenté par MM. Dantec, Labbé et les membres du Groupe écologiste du Sénat lors des débats relatifs au projet de loi sur la transition énergétique, 5 février 2015, Sénat.

¹⁶²³ 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. Cette loi est issue d'une proposition de loi de François Brottes, président en 2013 de la Commission des Affaires Economiques de l'Assemblée Nationale.

¹⁶²⁴ C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, rapport public thématique, juillet 2013, p.60 : « Le Conseil d'Etat a été saisi au motif que la France n'a pas notifié, avant la mise en œuvre, l'arrêté tarifaire de 2008 à la Commission européenne en tant qu'aide d'Etat ».

¹⁶²⁵ CE, 15 mai 2012, *Association Vent de Colère ! Fédération nationale et autres*, n° 324852, inédit.

¹⁶²⁶ *Ibid.* : « S'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles mentionnées à l'article 87 précité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché intérieur, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité de dispositions de droit nationales qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation d'en notifier le projet à la Commission européenne ».

avril 2016¹⁶²⁷. Si la qualité d'aide d'Etat est reconnue à ce dispositif, il n'en est pas moins compatible avec le marché intérieur. Cependant, le délai de réponse des juridictions a entraîné un ralentissement des investissements dans l'éolien terrestre, les investisseurs ne sachant pas si les tarifs d'achat de l'électricité produite, qui conditionnent la rentabilité de leurs investissements, continueraient à s'appliquer.

L'énergie photovoltaïque a souffert d'une instabilité similaire. D'après la Cour des comptes : « *d'abord très favorable au développement des installations, le cadre juridique s'est ensuite durci, pour freiner le rythme de développement des capacités. Après une première série de mesures favorables aux producteurs, les autorités ont pris des mesures plus restrictives, destinées à limiter le coût pour la collectivité. Cette politique de l'urgence, va à l'encontre de la nécessaire stabilité à long terme du cadre juridique pour engager des projets sur quinze à vingt ans* »¹⁶²⁸.

575. Ainsi, l'investissement des acteurs économiques dépend, d'une part, de la compréhension des signaux émis par la puissance publique et, d'autre part, de la stabilité du cadre réglementaire. L'investissement des acteurs économiques dépend également du coût de son financement.

§2. L'appui de l'investissement public

576. Une fois le cadre économique et réglementaire favorable à l'investissement, le coût du financement de l'investissement se pose¹⁶²⁹. Ainsi que nous l'avons exposé en introduction de ce titre, une partie des investissements nécessaires à la transition énergétique est financée grâce à la réorientation des investissements existants¹⁶³⁰. Toutefois des investissements supplémentaires sont requis et leur coût de financement est élevé en raison de leur intensité en capital initial¹⁶³¹, de

¹⁶²⁷ CE, 15 avril 2016, *Association Vent de Colère !*, n° 393721, *Rec.*

¹⁶²⁸ C. comptes, *op.cit.*, p. 61.

¹⁶²⁹ Fédération bancaire française, *Réussir le financement de la transition énergétique*, Mémos banque n° 3, septembre 2016, p. 5.

¹⁶³⁰ A. Rüdinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers*, IDDRI, n° 01/15, février 2015, 28 p.

¹⁶³¹ Ainsi que le souligne A. Rüdinger, les coûts d'investissement dans les énergies renouvelables sont beaucoup plus importants que ceux dans les énergies traditionnelles. En effet, le coût d'investissement de l'énergie photovoltaïque représente 90% des coûts de production et 78% des coûts de production de l'énergie éolienne. En revanche, les coûts de maintenance sont très faibles (entre 10 et 20% des coûts de production).

leur durée de maturité (20 à 30 ans en moyenne) et du risque lié au contexte réglementaire mouvant. Ce coût freine les investisseurs privés qui ne sont pas certains de bénéficier d'un retour sur leur investissement¹⁶³². Afin d'encourager l'investissement énergétique, la puissance publique a recours à deux leviers permettant de réduire le coût du financement : l'assouplissement des règles prudentielles appliquées aux banques et investisseurs institutionnels¹⁶³³ et l'investissement public. Dans le cadre de ces développements, nous avons choisi d'étudier la participation des fonds publics au financement des investissements énergétiques. La mobilisation de fonds publics souhaite « *servir de catalyseur et provoquer un effet d'entraînement pour renforcer les capacités d'investissements des entreprises tout au long de leur vie* »¹⁶³⁴.

577. L'effet d'entraînement provoqué par l'investissement public dépend de la confiance que les opérateurs économiques lui accordent pour assurer la rentabilité de leurs investissements. Cette confiance repose sur la fiabilité de l'institution publique qui réalise l'investissement, à l'instar de la *KfW* en Allemagne (A) et sur la transparence des critères de sélection des projets d'investissements (B).

A. La création d'une relation de confiance à travers une institution financière publique

578. La mobilisation de fonds publics par l'intermédiaire d'un tiers de confiance vise à encourager l'investissement des fonds privés. La comparaison avec l'Allemagne et la *KfW* s'impose eu égard à leurs résultats encourageants en matière de financement de l'efficacité énergétique¹⁶³⁵. La *KfW* mobilise ainsi ses fonds pour encourager les investisseurs privés, et notamment

¹⁶³² En effet, en fonction du taux d'intérêt, le cumul des intérêts peut être supérieur au montant du prêt initial. La viabilité économique du projet est alors remise en question. La maîtrise du risque, influençant le taux d'intérêt, est alors l'enjeu fondamental du coût du financement de ces projets.

¹⁶³³ La Fédération bancaire française encourage à « *un traitement prudentiel adapté des financements et des investissements de la transition énergétique pour la reconnaissance du bénéfice macro-prudentiel de ces actifs* » pour la diminution des risques climatiques. En effet, les règles prudentielles appliquées aux organismes bancaires (ratio de liquidité et de solvabilité) ne favorisent pas les gros volumes d'investissement à longue maturité. A. Rüdinger écrit alors qu'en « *augmentant les ratios de fonds propres et de liquidité, ces nouvelles règles pénalisent l'émission de prêts à maturité longue* ».

¹⁶³⁴ V. les objectifs de la Banque publique d'investissement disponible en ligne sur : <http://www.bpifrance.fr/Bpi-france/Notre-mission> consulté le 30 octobre 2016.

¹⁶³⁵ A. Rüdinger, *op.cit.*

les banques, à soutenir les projets d'efficacité énergétique et de production renouvelable des ménages comme des entreprises.

579. La *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (institut de crédit pour la reconstruction) est la banque publique allemande de soutien aux entreprises. Créée en 1948, la *KfW* avait pour objet initial le financement de la reconstruction de l'Allemagne à la sortie de la Seconde guerre mondiale. Institution entièrement publique, son capital est partagé entre l'Etat (80%) et les *Bundeslanders* (20%). La nature publique de ses actionnaires lui offre une garantie de son activité à 100% qui lui permet ainsi de disposer d'un important volume financier grâce à un accès préférentiel aux marchés financiers¹⁶³⁶. En effet, la *KfW* lève entre 70 et 80 milliards d'euros par an sur le marché obligataire¹⁶³⁷ ce qui l'autorise ensuite à proposer des prêts de long terme à des tarifs préférentiels aux entreprises. Les financements de la *KfW* ne sont pas directement accessibles aux acteurs économiques (en dehors des collectivités locales), les banques en sont les intermédiaires, ce qui, par ailleurs, accroît leur capacité financière pour assurer l'émission de prêts de long terme¹⁶³⁸. La capacité de refinancement à bas coût de la *KfW* du fait de son actionnariat public lui permet de générer un fort effet de levier¹⁶³⁹ sur les fonds publics investis : l'Etat récupérerait, pour chaque euro d'aide publique investi, entre deux et quatre euros à travers les charges prélevées sur l'activité économique additionnelle¹⁶⁴⁰.

580. D'après l'article d'A. Rüdinger consacré au financement de la transition énergétique, 40% des financements de la *KfW* seraient destinés à la transition énergétique¹⁶⁴¹. La banque

¹⁶³⁶A. Rüdinger, *op.cit.*, p.12 : « La *KfW* apparaît régulièrement comme la banque la plus sûre du monde dans les classements internationaux (*Global Finance*, 2014) » ; v. égal. : C. Boutelet, « La *KfW*, la banque la plus sûre d'Europe », *Le Monde*, 19 juin 2012.

¹⁶³⁷*Ibid.*

¹⁶³⁸ La gestion par les banques des prêts de la *KfW* leur permet d'augmenter leur capacité financière, c'est-à-dire leur capacité à faire face à leurs engagements financiers, eu égard la nature « longue » des prêts de la *KfW*.

¹⁶³⁹ L'effet de levier désigne « l'effet amplificateur que peuvent avoir certaines techniques sur le montant de l'argent investi » (F. Pauly, « Finance : qu'est-ce qu'un effet de levier ? », *Le Monde*, 6 juin 2012).

¹⁶⁴⁰ A. Rüdinger, « La rénovation thermique en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 07/13, mai 2013, IDDRI ; v. égal. Débat national sur la transition énergétique, « Quels coûts, quels bénéfices et quel financement de la transition énergétique ? », rapport du groupe de travail n° 4 : « Les investissements de l'Etat allemand trouvent un retour d'un facteur 1 à 4 en rentrées fiscales et dépenses sociales économisées ».

¹⁶⁴¹ Les fonds utilisés pour financer la transition énergétique allemande sont issus de la *KfW* et du fonds « climat - énergie » créé en 2010, alimenté par la vente de certificats d'économie d'énergie. Le certificat d'économie d'énergie est l'un des outils de la politique de maîtrise de la consommation d'énergie, qui sera étudié dans les développements ultérieurs relatifs aux outils de financement de la transition énergétique à disposition des collectivités territoriales.

publique allemande finance l'efficacité énergétique par l'octroi de prêts aux ménages¹⁶⁴² en fonction de la nature de leurs besoins et des travaux qu'ils souhaitent entreprendre¹⁶⁴³. Cet investissement public permettrait, dans le domaine de l'efficacité énergétique, de générer jusqu'à vingt fois plus d'investissement¹⁶⁴⁴ : en 2012, pour 1,4 milliards d'euros publics investis, la *KfW* aurait émis 10 milliards d'euros de prêts générant 27,3 milliards d'investissements privés¹⁶⁴⁵.

La *KfW* a également développé un programme de soutien financier à la production énergétique renouvelable (solaire, biomasse, éolien, géothermie, cogénération) qui s'adresse aux particuliers comme aux entreprises privées allemandes ou étrangères, aux *Stadtwerke* (entreprises publiques locales) et aux professionnels libéraux. Le montant de ces prêts peut aller jusqu'à 100% de l'investissement¹⁶⁴⁶ en fonction du projet d'énergie renouvelable envisagé¹⁶⁴⁷.

581. Dans le cadre du Débat national sur la transition énergétique, la recommandation de « *disposer rapidement d'un financement dédié à la rénovation thermique énergétique, un KfW à la française permettant de disposer de ressources en amont* »¹⁶⁴⁸ a été émise. Pour le Conseil national du débat sur la transition énergétique, la création d'une telle agence de financement pour la rénovation énergétique des logements encouragerait l'investissement des ménages dans des opérations d'efficacité énergétique. Le groupe de travail n°4 du Conseil national de la transition énergétique proposait alors de faire de la Banque publique d'investissement, le financeur de la transition énergétique, au même titre que la *KfW*. En effet, des similitudes existent entre les deux institutions, la *KfW* ayant inspiré la création de la Banque publique d'investissement dans le but de redynamiser

¹⁶⁴² Les crédits de la *KfW* s'adressent « *aux propriétaires d'appartement et de maison, maîtres d'ouvrages privés, locataires et bailleurs, et sociétés de construction d'appartements. Les aides accordées visent la construction de nouvelles habitations énergétiquement efficaces et la rénovation énergétique des bâtiments anciens* » (Programmes d'aide de la *KfW Bankengruppe*).

¹⁶⁴³ Programme d'aide relatif à la construction, logement et économies d'énergie de la *KfW Bankengruppe*.

¹⁶⁴⁴ Cochran, Marchal, Hubert, Youngman, 2014 cité par A. Rundinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers*, IDDRI, n° 01/15, février 2015, p. 12.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ Le financement de l'efficacité énergétique des logements prend plusieurs formes : du financement de la supervision technique des travaux par un expert, à l'octroi d'aides à la construction. Ce financement est limité à 25 millions d'euros.

¹⁶⁴⁷ Programme d'aides relatif aux énergies renouvelables de la *KfW Bankengruppe*.

¹⁶⁴⁸ Conseil national du débat, *Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France*, 18 juillet 2013, p. 16.

le tissu industriel français¹⁶⁴⁹ par le soutien à la création d'entreprises de taille intermédiaire et au développement des petites et moyennes entreprises¹⁶⁵⁰.

582. L'objet de la Banque publique d'investissement est identique à celui de la *KfW* : l'aide à la création d'entreprise, le développement et l'internationalisation des entreprises ainsi que le financement de l'innovation¹⁶⁵¹. L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque Publique d'Investissement dispose également que l'institution sera la banque de la transition énergétique et écologique¹⁶⁵². Mais à la différence de la *KfW*, la Banque publique d'investissement s'adresse uniquement aux entreprises, les particuliers ne peuvent y avoir accès, ce qui limite les avantages de l'institution dans le cadre des projets d'efficacité énergétique des ménages¹⁶⁵³. Les facilités de refinancement sur le marché sont également similaires, la garantie de l'Etat leur permettant de se refinancer à un coût très faible. En effet, le coût de refinancement des institutions bancaires dépend de l'exposition au risque du débiteur. Or, dans le cas de la *KfW* comme de la Banque publique d'investissement, le risque est nul, l'Etat ne pouvant faire faillite. Société anonyme détenue à parité entre l'Etat et la Caisse des dépôts et consignations¹⁶⁵⁴, la Banque publique d'investissement dispose des mêmes facultés de refinancement sur le marché que l'Etat et la Caisse des dépôts¹⁶⁵⁵, détenteurs exclusifs de son capital¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁴⁹ L. Grandguillaume, V. Louwagie, rapport d'information n° 3097 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la mission d'information commune en conclusion des travaux de la mission sur la Banque publique d'Investissement Bpifrance, Assemblée Nationale, 30 septembre 2015, p.76 et suiv.

¹⁶⁵⁰ Les entreprises de taille intermédiaire sont présentées comme l'une des forces de l'économie allemande. V. en ce sens : M. Destos, « PME/ETI : en avant les ETI ! », *Revue socialiste*, 2013 ; égal. D.Kohler, J.-D. Weisz, *Pour un nouveau regard sur le Mittelstand*, Fonds Stratégique d'Investissement, La Documentation Française, 2012.

¹⁶⁵¹ Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, art.1^{er} ; v. égal. Groupe KfW, Banque de développement, *Faits et chiffres*, mai 2014.

¹⁶⁵² Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, art. 1^{er}.

¹⁶⁵³ Le succès de la rénovation énergétique en Allemagne est dû à l'accessibilité des particuliers aux aides de la *KfW*. Or, la BPI ne s'adresse qu'aux entreprises.

¹⁶⁵⁴ L. Grandguillaume, V. Louwagie, *op.cit.*

¹⁶⁵⁵ Aut.concu., décision n° 13-DCC-81 du 2 juillet 2013 relative à la création de la Banque Publique d'Investissement, entreprise commune de l'Etat français et à la Caisse des dépôts et consignations (CDC). La Caisse des dépôts est notée par l'agence de notation Fitch, à l'identique de l'Etat français qui est son unique actionnaire (Fitch Ratings, Caisse des dépôts et consignations, Full rating report, 12 janvier 2015).

¹⁶⁵⁶ L'agence de notation Fitch Ratings a attribué à l'établissement public industriel et commercial BPI-Groupe la note de long terme AA+ avec une perspective stable et une note de court terme F1+, alignées sur celles de l'Etat français. Dans son communiqué, l'agence de notation a indiqué avoir pris en compte pour l'établissement de sa notation que BPI-

583. Cependant, à la suite du Débat national sur la transition énergétique, une étude a été menée par un consortium d'acteurs énergétiques¹⁶⁵⁷ quant à l'opportunité de création d'une telle société de financement pour la rénovation thermique du parc immobilier public¹⁶⁵⁸. Nous estimons que la création d'une telle structure nuirait à la lisibilité de l'action publique en multipliant les institutions publiques financières engagées dans la transition énergétique. En effet, la mutualisation et la rationalisation des dispositifs de soutien financiers aux entreprises qui ont conduit à la création de la Banque publique d'investissement ne doivent pas être révoquées. Par ailleurs, il existe déjà de nombreux dispositifs d'aides directement adressés aux collectivités locales pour la rénovation de leur bâti¹⁶⁵⁹.

S'il est vrai que la Banque publique d'investissement est une institution publique similaire à la *KfW*, le succès de son implication dans la transition énergétique est moins retentissant. Cela s'explique par la transparence des critères d'éligibilité et la personnalisation des prêts de la *KfW*¹⁶⁶⁰.

B. Un investissement public fondé sur des critères fiables et transparents

584. D'après A. Rüdi ger, l'exigence de performance globale des projets d'efficacité énergétique et l'intégration de l'expertise professionnelle¹⁶⁶¹ comme conditions d'octroi des prêts de la *KfW* expliquent l'investissement des personnes privées. Une fois le prêt accordé par la *KfW*, les acteurs privés sont assurés de bénéficier d'un retour sur leur investissement, étant donné les conditions d'octroi.

585. L'exigence de performance se traduit par une obligation de résultat des travaux d'efficacité énergétique réalisés. Les travaux de rénovation énergétique doivent avoir une incidence

Groupe est une entité publique bénéficiant *de facto* d'une garantie implicite de l'Etat français. V. en ce sens le communiqué de presse de la BPI, disponible en ligne : <http://www.bpifrance.fr/Actualites/A-la-une/L-EPIC-BPI-Groupe-obtient-la-note-AA-par-Fitch-Ratings-3917> consulté le 31 octobre 2016.

¹⁶⁵⁷ Ce groupe comprend des industriels organismes financiers, organisations non gouvernementales et fondations, EdF, Fédération française du bâtiment, GDF Suez Energie, Vinci, Schneider Electric, la CDC, Crédit Agricole, Groupe BPCE, et le Plan Bâtiment durable notamment.

¹⁶⁵⁸ La description de l'étude est disponible en ligne : http://projet-sfte.fr/?page_id=11, consulté le 31 octobre 2016.

¹⁶⁵⁹ v. en ce sens : le fonds pour la transition énergétique, les territoires à énergie positive, ou encore l'enveloppe de la Caisse des dépôts et consignations pour la transition énergétique.

¹⁶⁶⁰ Les prêts de la *KfW* s'adressent directement aux entreprises, associations et collectivités territoriales et indirectement, par l'intermédiation bancaire, aux ménages. Ces prêts sont personnalisés en fonction de la qualité du demandeur.

¹⁶⁶¹ A. Rüdi ger, « La rénovation thermique des bâtiments en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 7/13, IDDRI, p.7 et suiv.

visible sur la consommation énergétique du bâti. L'éligibilité d'un projet de rénovation énergétique aux prêts de la *KfW* dépend d'un standard de consommation établi par rapport à la performance énergétique d'un bâtiment neuf équivalent : « *le projet de rénovation doit atteindre au minimum un standard équivalent à 115% des besoins énergétiques d'un bâtiment neuf (KfW 115)* »¹⁶⁶². En d'autres termes, le bâtiment rénové doit consommer au maximum 15% de plus qu'un bâtiment neuf similaire pour recevoir une subvention de la *KfW*¹⁶⁶³.

586. A. Rüdinger compare le système de la *KfW* au système français, fondé sur une obligation de moyens. L'éligibilité des aides publiques françaises dépend de la nature des travaux entrepris et de leur potentielle incidence sur la consommation énergétique, et non de la réalisation d'une performance énergétique globale¹⁶⁶⁴. Pour lui, ce système présente certaines limites. D'une part, l'attribution d'aides publiques en fonction des travaux entrepris peut « *engendrer d'importants effets d'aubaine, si les fournisseurs et constructeurs augmentent le prix de vente des équipements éligibles* »¹⁶⁶⁵. Le prix de vente des équipements absorbe alors la totalité de l'aide publique et réduit ainsi l'attractivité économique pour l'utilisateur final. D'autre part, l'absence d'obligation de résultat de performance énergétique globale mesurable¹⁶⁶⁶ nuit à la cohérence de la politique publique de soutien : les rénovations réalisées dans les bâtiments existants¹⁶⁶⁷ doivent permettre d'atteindre un

¹⁶⁶² *Ibid.*

¹⁶⁶³ La rénovation *KfW 115* correspond au standard minimum exigé pour l'éligibilité à un dispositif de soutien à la rénovation lourde (le bâtiment rénové demande au maximum 115% des besoins énergétiques d'un bâtiment neuf équivalent). Le classement des rénovations permet à la *KfW*, en fonction des objectifs de rénovation poursuivis d'établir une progressivité des aides. Une rénovation *KfW 115* peut recevoir jusqu'à 10% des coûts éligibles en subventions, quand une rénovation *KfW 55* (consommant 55% des besoins énergétiques pour un bâtiment équivalent), peut être subventionné jusqu'à 25% de ses coûts.

¹⁶⁶⁴ Les critères d'obtention des incitations financières pour la rénovation dépendent des postes de rénovation et non pas d'un objectif de rénovation globale (à l'exception des aides déployées par l'Agence nationale pour l'habitat).

¹⁶⁶⁵ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 7.

¹⁶⁶⁶ Les aides publiques attribuées aux ménages réalisant des travaux de rénovation de leur logement ne sont pas fonction d'un objectif de performance énergétique global de leur habitation après les travaux. L'impact énergétique des travaux réalisés ne se mesure pas à l'échelle du logement mais uniquement à celui des travaux réalisés. Ainsi, des travaux de rénovation peuvent être énergétiquement efficace sans pour autant modifier la consommation énergétique du bâti. Pour autant, ces ménages auront accès aux aides publiques.

¹⁶⁶⁷ Arrêté du 3 mai 2007 relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des bâtiments existants. Les bâtiments neufs sont soumis à la RT 2012 dont l'efficacité énergétique des composantes du bâti, une consommation maximale d'énergie primaire et un confort en été dans ces bâtiments sans système actif de refroidissement constituent les principales caractéristiques.

niveau de performance énergétique compatible avec les objectifs de la politique énergétique nationale¹⁶⁶⁸. Or, seules les rénovations immobilières très lourdes sont soumises à un objectif de performance globale concernant les postes de chauffage, eau chaude sanitaire et éclairage¹⁶⁶⁹. Pour les rénovations légères, la réglementation thermique définit une performance minimale uniquement applicable à l'élément remplacé. Les aides publiques peuvent ainsi financer une rénovation énergétique sans réel impact énergétique, une rénovation qui ne réduit pas la consommation globale du bâtiment.

587. Par ailleurs, l'unité des référentiels de rénovation facilitent la lisibilité des dispositifs pour les financeurs, alors moins réticents à s'engager. En Allemagne, les référentiels de rénovation sont identiques pour les immeubles neufs comme le bâti existant et les aides de la *KfW* « s'expriment en valeurs relatives vis à vis de cette même réglementation »¹⁶⁷⁰. En France, deux réglementations thermiques cohabitent et chaque aide publique dispose de ses propres critères d'attribution. Le Conseil économique pour le développement durable¹⁶⁷¹ partage ce diagnostic : « *les dispositifs fiscaux ciblés de stimulation et de soutien financier de la demande ont montré leurs limites : ils peinent à générer une réelle baisse des coûts et peuvent comporter un effet d'aubaine important. Les politiques publiques pour être efficaces doivent définir une politique d'ensemble* »¹⁶⁷². Il propose alors la mise en œuvre d'aides publiques ciblées et indexées sur le gain de performance évalué *ex ante* par un diagnostic énergétique fiable¹⁶⁷³. Le recours à l'expertise deviendrait alors indispensable.

¹⁶⁶⁸ Code de la construction et de l'habitation, art. L. 111-10. L'objectif établi par la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 5 pour les bâtiments existants vise la réduction de 38% de la consommation du parc en 2020.

¹⁶⁶⁹ La consommation globale du bâtiment pour les postes de chauffage, d'eau chaude sanitaire, de refroidissement et l'éclairage doivent être inférieure à la consommation de référence du bâtiment, avant les travaux. La performance énergétique est recherchée pour les postes énergétiques, et non pour la consommation énergétique globale du bâtiment.

¹⁶⁷⁰ A. Rüdinger, « La rénovation thermique des bâtiments en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 07/13, mai 2013, IDDRI, p. 7.

¹⁶⁷¹ Commission consultative auprès du ministre chargé du développement durable créée par le décret n° 2008-1250 du 1^{er} décembre 2008 dont la mission « *est d'éclairer, par la confrontation des analyses économiques, l'élaboration et l'évaluation des politiques du ministère en permettant aux services compétents de s'appuyer sur des références scientifiques, les méthodes d'évaluation et les instruments d'intervention publique les plus récents* ».

¹⁶⁷² Conseil économique pour le développement durable, *La rénovation énergétique des bâtiments : politiques publiques et comportements privés*, avril 2013, p. 8.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

588. En effet, l'efficacité des prêts de la *KfW* à mobiliser des capitaux privés repose également sur l'obligation de recours à l'expertise. Un expert thermicien intervient ainsi en amont de la réalisation du projet pour établir un diagnostic et valider la conformité technique des travaux envisagés¹⁶⁷⁴ puis, après la réalisation des travaux, afin d'évaluer leur efficacité énergétique et délivrer une certification de leurs performances, qui conditionne le versement du prêt. L'expert assure ainsi la cohérence du projet entre les objectifs d'efficacité énergétique définis et les aides publiques mobilisées par un contrôle des travaux en amont et aval de leur réalisation¹⁶⁷⁵.

589. L'externalisation du contrôle et du diagnostic énergétique permet aux professionnels du financement, la *KfW* lorsqu'elle distribue directement ses aides ou les banques intermédiaires dans le cas de prêts aux particuliers, de se « focaliser sur le cœur de leur métier, à savoir la finance. Ce point peut être crucial comme le relève l'expérience française de l'éco-prêt à taux zéro. La réticence des banques françaises à distribuer ce prêt s'explique en grande partie par leur manque de compétence sur les questions techniques, alors même que ce sont elles qui sont responsable de la conformité des travaux »¹⁶⁷⁶.

590. Ces arguments plaident en faveur de l'instauration d'un système similaire en France. Les capitaux publics investis dans la performance énergétique des logements devraient générer plus d'investissements des acteurs privés, à l'instar du mouvement créé par la *KfW*. Toutefois, l'investissement dans l'efficacité énergétique du bâti diffère de celui des énergies renouvelables car le financement de la production d'énergie renouvelables ne présente pas les mêmes caractéristiques, le risque étant constitué par l'instabilité du tarif d'achat de l'électricité renouvelable et les délais de raccordement au réseau de distribution. Cependant, l'implication de fonds publics demeure nécessaire car « le coût du capital représente souvent un facteur prépondérant pour le coût global des

¹⁶⁷⁴ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 8 et A. Rüdinger, « Le tournant énergétique allemand : Etat des lieux et idées pour le débat français », *Les cahiers de Global Chance*, n° 33, mars 2013, p. 19.

¹⁶⁷⁵ Certaines des aides publiques de la *KfW* sont destinées à l'accompagnement du projet par la prise en charge d'une partie des coûts de supervision des travaux par un expert qualifié.

¹⁶⁷⁶ A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 20.

projets de production renouvelable, et l'accès au financement bancaire peut freiner de nombreux projets, en particulier ceux portés par des acteurs de petite taille »¹⁶⁷⁷.

591. Une fois les besoins et les attentes des investisseurs étudiés, un état des lieux et un diagnostic du financement actuel de la transition énergétique française s'impose. Au regard des données statistiques il apparaît que les dispositifs de soutien publics ne parviennent pas à mobiliser les capitaux privés.

Section 2. Le manque de lisibilité et de cohérence des financements publics

592. Les besoins d'investissement pour la transition énergétique ont été chiffrés par le Débat national pour la transition énergétique à 65 milliards d'euros annuels, dont 30 milliards à destination de l'efficacité énergétique et 20 milliards pour la production d'énergie renouvelable. Pour rappel, ce besoin d'investissement relève prioritairement d'une réallocation des investissements existants : *« les besoins d'investissements ne sont pas significativement plus élevés que les investissements existants : l'enjeu de mobilisation de financements additionnels, bien que non négligeable, reste donc limité »¹⁶⁷⁸*. Cependant, la réorientation des investissements existants ne parvient pas à couvrir les besoins d'investissement.

593. Deux raisons majeures l'expliquent : l'absence de compétitivité des projets « bas-carbone » et la faible appropriation des enjeux énergétiques par le secteur financier en raison de l'instabilité réglementaire et de l'incohérence des politiques sectorielles en faveur du climat¹⁶⁷⁹. Les différents gouvernements ont multiplié les dispositifs de soutien financier à la transition énergétique, sans rechercher de cohérence d'ensemble. Les aides se superposent et manquent de coordination entre elles ce qui porte préjudice à la réalisation de la transition énergétique : en effet, *« l'ampleur du défi de la transition vers une société bas-carbone – et des risques à ne pas réussir cette transition- impose de ne pas se contenter d'ajouter des dispositifs incitatifs à la marge. Une telle approche*

¹⁶⁷⁷ A. Rüdinger, « La rénovation thermique des bâtiments en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n° 07/13, mai 2013, IDDRI, p. 22.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ R. Morel, I. Cochran, « Financement de la transition bas-carbone : un besoin de cohérence entre réglementations et ambition », *ClimasCOPE*, n° 2, mai 2015, p. 1.

n'entraînera pas une réduction suffisante des investissements qui prolongent le modèle économique carboné »¹⁶⁸⁰.

594. A la lumière des données relatives à l'investissement des acteurs privés dans la rénovation énergétique et dans la production d'énergie renouvelable, les dispositifs de soutien publics apparaissent inadaptés. Leur multiplication nuit à leur compréhension et à leur appropriation par les acteurs économiques (§1). Le décalage des dispositifs de soutien nationaux avec les besoins des acteurs privés a incité les collectivités territoriales à développer leurs dispositifs de soutien. Or, l'ajout de ces dispositifs locaux complique un peu plus la compréhension des acteurs économiques (§2).

§1. La multiplicité des soutiens publics étatiques

595. L'étude des dispositifs publics de soutien financier aux projets énergétiques présente une multitude d'outils à destination des agents économiques et des collectivités territoriales. Leur trop grand nombre conduit à leur illisibilité et les rend peu efficaces à la mobilisation des investissements privés, nécessaires à la transition énergétique.

596. Les aides publiques pour la transition énergétique relèvent de trois catégories : la subvention, le prêt et l'investissement en fonds propres.

La subvention est définie par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire comme « *une contribution facultative de toute nature, valorisée dans l'acte d'attribution, décidée par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiée par un intérêt général et destinée à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution ou au développement d'activités ou au financement global de l'activité* »¹⁶⁸¹. Le crédit d'impôt pour la transition énergétique, les exonérations de taxes, le tarif d'achat pour l'électricité renouvelable¹⁶⁸² ou encore la réduction de la taxe sur la valeur ajoutée sont autant de subventions publiques favorisant l'investissement.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 59.

¹⁶⁸² Le complément de rémunération est créé par l'art. 104 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique en remplacement du mécanisme de tarif d'achat de l'énergie renouvelable produite : « *Sous réserve de la*

Le prêt, défini par le code civil à l'article 1892 et suivants, désigne un contrat par lequel une partie livre à une autre, une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, charge à cette dernière de la lui rendre. L'éco-prêt à taux zéro et le dispositif de tiers-financement pour la rénovation énergétique relèvent de cette catégorie.

Enfin, l'investissement en fonds propres des personnes publiques dans des sociétés commerciales à objet énergétique peut être considéré comme une aide publique, si un investisseur avisé n'aurait pas fait de même. Dans le cas de la transition énergétique, les collectivités territoriales sont autorisées à participer au capital de sociétés de production renouvelable, ce qui encourage les investisseurs privés à investir sachant que la société bénéficiera d'une garantie publique et qu'elle pourra ainsi se financer à des conditions plus avantageuses. La baisse du coût du financement augmente d'autant le volume des bénéfices générés par cette entreprise¹⁶⁸³.

597. Si les aides publiques à l'investissement déployées par l'Etat s'avèrent utiles à la mobilisation de financements, elles ne sont cependant pas suffisamment adaptées aux besoins des acteurs privés. Au regard du nombre de rénovations énergétiques réalisées annuellement, les dispositifs ne répondent pas aux attentes des ménages¹⁶⁸⁴ (A). Concernant la production d'énergie renouvelable, le retard d'investissement s'explique par l'instabilité du tarif d'achat qui freine l'engagement des acteurs privés, la rentabilité des capitaux investis n'étant pas certaine (B).

A. L'illisibilité des aides publiques à destination des ménages

598. Les actions de performance énergétique sont concentrées sur les logements anciens. En effet, la construction de logements neufs, conformément à la réglementation thermique de 2012 « *ne modifie que très peu l'ensemble du parc. La problématique de l'efficacité énergétique de*

nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, Electricité de France est tenue de conclure, lorsque les producteurs intéressés en font la demande, un contrat offrant un complément de rémunération pour les installations implantées sur le territoire métropolitain continental ».

¹⁶⁸³ En effet, un taux d'intérêt faible permet à l'entreprise de générer un résultat net plus important.

¹⁶⁸⁴ Dans le cadre de la performance énergétique, nous avons choisi de nous concentrer sur la rénovation énergétique des logements, l'investissement dans la rénovation des bâtiments publics n'exige pas les mêmes incitations que les personnes privées.

l'habitat se concentre, de fait, sur le parc existant »¹⁶⁸⁵. La diversité des situations d'occupation (1) a conduit la puissance publique à créer différents dispositifs de soutien (2), sans que leur utilité pour mobiliser l'investissement des ménages ne soit prouvée (3).

1) La diversité du parc résidentiel et tertiaire à rénover

599. L'ADEME considère les travaux de rénovation énergétique comme le regroupement d'un ou de plusieurs postes de travaux à l'échelle d'un logement relatifs au chauffage, à l'eau chaude sanitaire, aux fenêtres, aux murs extérieurs et toitures ou combles¹⁶⁸⁶. A l'intérieur de ces différents postes, les travaux sont classés selon leurs impacts énergétiques : faible, moyen et performant. Seuls les travaux identifiés comme performants sont éligibles à l'obtention des aides. A partir de ces critères, l'Observatoire permanent de l'amélioration énergétique du logement répertorie, en fonction de l'impact énergétique des travaux réalisés, les rénovations en quatre catégories : faible, moyenne, performante et très performante¹⁶⁸⁷. Pour l'année 2014, l'Observatoire recense 288 000 rénovations performantes et très performantes de logements¹⁶⁸⁸.

600. Des objectifs de rénovation thermique ont été fixés par l'article 5 de la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 qui prévoit une réduction de 38% de la consommation du parc immobilier bâti d'ici 2020. La loi dispose que l'Etat se fixe comme objectif annuel la rénovation complète de 400 000 logements à compter de 2013. En 2013, le gouvernement rehausse cet objectif en se fixant l'objectif annuel de 500 000 logements (dont 380 000 logements privés) rénovés par an à partir de 2017¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁵ J.-J. Guillet, F. De Rugy, Rapport d'information n° 4153 déposé en application de l'article 146-3 al 8 du Règlement par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information n° 1951 du 15 mai 2014 sur *Le paquet « énergie-climat »*, Assemblée Nationale, 19 octobre 2016, p. 66.

¹⁶⁸⁶ ADEME, Enquête OPEN 2015, p. 5.

¹⁶⁸⁷ Enquête menée par l'Observatoire Permanent de l'amélioration Energétique du logement (OPEN) créée en 2006 par l'ADEME dont l'objet est l'observation et l'évaluation du nombre et du type de rénovation énergétiques réalisées dans les logements du parc privé.

¹⁶⁸⁸ Pour la période 2012-2014, l'enquête OPEN recense 3 505 000 logements touchés par une rénovation.

¹⁶⁸⁹ Plan d'investissement pour le logement présenté par le Président de la République le 21 mars 2013.

Cependant, à la lumière des chiffres de 2014, l'objectif de 400 000 logements rénovés annuellement à partir de 2013 ne semble pas encore réalisable¹⁶⁹⁰. Ce retard s'explique, en partie, par la mauvaise articulation des aides publiques avec les exigences de la rénovation énergétique. En effet, les aides publiques développées pour l'investissement des ménages dans la rénovation énergétique de leurs logements ont été bâties à partir d'un objectif global quantitatif de rénovation du parc résidentiel et tertiaire. La loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de 2009 ne fixe pas d'objectifs qualitatifs : elle ne distingue ni ne fixe d'objectifs de performance énergétique en fonction des différentes situations du bâti¹⁶⁹¹. Or, suivant la date de construction, la qualité de l'occupant ou encore la superficie du logement, les besoins et les coûts de rénovation ne sont pas similaires¹⁶⁹².

601. Les logements dont la rénovation énergétique est prioritaire ont été construits avant la première réglementation thermique, « *le noyau dur étant constitué de plus de 8 millions de maisons en résidence principale dont le chauffage engloberait 10% des consommations d'énergie du bâtiment* »¹⁶⁹³. Le Commissariat général au développement durable classe, grâce au diagnostic de performance énergétique¹⁶⁹⁴, les résidences principales métropolitaines selon leur année de construction et leurs consommations énergétiques¹⁶⁹⁵. Les conclusions sont sans appel : avant 1948, près

¹⁶⁹⁰ La volonté de rénovation énergétique poursuit l'objectif de réduction de la consommation pour une réduction des émissions de gaz à effet de serre, ainsi seules les rénovations considérées par l'OPEN comme performantes ou très performantes intègrent ces objectifs.

¹⁶⁹¹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art.5 prévoit que la rénovation des bâtiments publics a pour objectif de réduire au moins 40% des consommations et 50% des émissions de gaz à effet de serre, et prévoit que 800 000 logements sociaux dont la consommation est supérieure à 230 kWh par mètres carré et par an, feront l'objet de travaux pour atteindre une valeur inférieure à 150 kWh. La loi ne prévoit aucun objectif pour les logements privés.

¹⁶⁹² Par ailleurs, la classification des situations du parc immobilier bâti aurait permis de hiérarchiser les rénovations pour atteindre l'objectif de 20% d'efficacité énergétique pour 2020.

¹⁶⁹³ Ces maisons individuelles occupent 21% des surfaces de l'ensemble du parc bâti – Travaux de l'institut NegaWatt cité par J.-J. Guillet, F. De Ruyg, *op.cit.*, p. 68.

¹⁶⁹⁴ Le diagnostic de performance énergétique (DPE) renseigne la performance énergétique d'un logement ou d'un bâtiment, en évaluant sa consommation d'énergie et son impact en termes d'émission de gaz à effet de serre. Réglementairement encadré depuis 2005 (ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction, art. 17), le DPE décrit l'immeuble concerné et ses équipements (chauffage, eau chaude sanitaire, refroidissement, ventilation). Il indique soit la quantité d'énergie consommée ou la consommation estimée pour une utilisation standardisée de l'immeuble à travers l'étiquette énergétique de A à G (pour la consommation primaire) et climat (pour les gaz à effet de serre émis).

¹⁶⁹⁵ Enquête Phébus (Performance de l'Habitat, Equipements, Besoins et Usages de l'énergie) réalisée en 2013 par le Ministère de l'Environnement, qui vise à fournir une photographie des performances énergétiques du parc des résidences principales en fonction des caractéristiques de leurs occupants, des équipements, de leurs usages énergétiques et

de la moitié des logements construits relèvent de l'étiquette F/G et, entre 1948 et 1974, ces logements F/G représentent environ 42% des constructions¹⁶⁹⁶. Or, 60% du bâti existant ont été réalisés avant la première réglementation thermique datée de 1974¹⁶⁹⁷. L'apparition de la réglementation thermique a fortement réduit les constructions énergivores : les bâtiments F/G, construits entre 1974 et 1988, ne représentent plus que 22,7% des constructions¹⁶⁹⁸.

Toutefois, la qualité de l'étiquette énergie ne reflète pas le volume d'émissions de gaz à effet de serre du logement. Ainsi, le parc locatif social, qui comprend une faible part de logements aux étiquettes F et G, émet le plus de gaz à effet de serre en raison des énergies de chauffage employées (principalement le gaz, alors que l'électricité est plus répandue dans le secteur locatif privé)¹⁶⁹⁹. Le Commissariat général au développement durable met également en lumière la surconsommation énergétique des petits logements (studios et deux-pièces), qui comparativement aux logements de plus grande taille, consomment beaucoup plus au mètre carré. La qualité du bâti diffère également en fonction du statut d'occupation du logement : les locations du secteur privé sont plus « *énergivores avec une proportion d'étiquettes énergie performante (A, B ou C) inférieure de moitié par rapport aux propriétaires et au parc locatif social* »¹⁷⁰⁰. La rénovation énergétique se caractérise ainsi par une demande fragmentée.

602. Le choix du législateur de définir des objectifs quantitatifs de rénovation énergétique des logements limite la recherche d'efficacité énergétique globale de la rénovation. Les incitations financières publiques mobilisées visent avant tout à multiplier le nombre de rénovations et non pas leur qualité. En effet, les incitations financières sont les mêmes qu'elles visent une rénova-

de leurs consommations. L'unité statistique est le logement comme résidence principale (disponible en ligne : <http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/sources-methodes/enquete-nomenclature/1541/0/enquete-performance-lhabitat-equipements-besoins-usages.html> consulté le 12 novembre 2016).

¹⁶⁹⁶ L'UFC-Que Choisir les qualifie de « *passoires thermiques* » (UFC-Que Choisir, « Rénovation énergétique des logements ? Le crédit d'impôt, une mesure à grands frais qui rate sa cible environnementale », Octobre 2015, p. 5 in J.-J. Guillet, F. De Rugy, *op.cit.*, p. 67).

¹⁶⁹⁷ Cette réglementation date du premier choc pétrolier, pour réduire la consommation énergétique des bâtiments

¹⁶⁹⁸ v. en ce sens : Commissariat général au développement durable, « Le parc des logements en France métropolitaine en 2012 : plus de la moitié des résidences principales ont une étiquette énergie D ou E », *Observations et statistiques*, n° 534, juillet 2014, p. 2.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ Commissariat général au développement durable, *op.cit.*, p. 6.

tion faible ou une rénovation très performante Or, les travaux aboutissant à des rénovations performantes ou très performantes ont un coût 2,3 fois plus élevé que celui d'une rénovation moyenne et 4,6 fois plus qu'une rénovation faible¹⁷⁰¹.

2) *Les aides publiques pour la rénovation énergétique*

603. De nombreux dispositifs ont été créés au soutien de la rénovation énergétique des ménages. Ces dispositifs peuvent être classés selon leur nature fiscale (crédit d'impôt, TVA à taux réduit), bancaire (éco-prêt) ou autres (aides des collectivités locales, des fournisseurs d'énergie, programme de l'Agence nationale pour l'habitat).

604. Les critères d'attribution de ces aides mettent en exergue la décorrélation entre l'objectif d'efficacité énergétique promu par la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 et les dispositifs de financement, établis en fonction de la nature des travaux réalisés et non suivant leur performance globale.

605. Anciennement crédit d'impôt développement durable, le crédit d'impôt pour la transition énergétique est renommé ainsi par la loi de finances pour 2015¹⁷⁰². Ce dispositif permet, en contrepartie de travaux d'amélioration de l'efficacité énergétique réalisés au sein de la résidence principale, une réduction de l'impôt sur le revenu à hauteur de 30% du montant des dépenses éligibles. Depuis 2015, pour bénéficier de ce crédit d'impôt, les maîtres d'ouvrage¹⁷⁰³ sont obligés d'avoir recours à un professionnel labellisé pour l'installation de certains équipements¹⁷⁰⁴. Cependant, si l'obligation de recourir à l'expertise permet un contrôle et la réalisation d'une rénovation énergétique performante, le montant des travaux est plafonné par membre du foyer¹⁷⁰⁵ et la liste des équipements éligibles arrêtée par le code général des impôts¹⁷⁰⁶. Le plafonnement du montant des

¹⁷⁰¹ ADEME, enquête OPEN 2015, p. 7.

¹⁷⁰² Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, art. 3.

¹⁷⁰³ Le crédit d'impôt pour la transition énergétique est éligible aux locataires, propriétaires occupant ou occupant à titre gratuit.

¹⁷⁰⁴ Décret n° 2014-812 du 16 juillet 2014 relatif à l'éco-conditionnalité des aides à la rénovation énergétique

¹⁷⁰⁵ Le montant maximum des dépenses engagées s'élève à 8000 euros par personne, 16 000 euros pour un couple, plus 400 euros par personne à charge.

¹⁷⁰⁶ CGI, art. 200 quater.

travaux engagés est en décalage avec le coût moyen d'une rénovation énergétique performante, trois fois supérieur aux dépenses éligibles au crédit d'impôt¹⁷⁰⁷.

606. Entré en vigueur le 15 septembre 1999¹⁷⁰⁸, le taux de la taxe sur la valeur ajoutée a été fixé à 10% pour les travaux d'amélioration, de transformation, d'aménagement et d'entretien sur les logements achevés depuis plus de deux années¹⁷⁰⁹. Afin d'encourager les rénovations énergétiques¹⁷¹⁰, les travaux d'amélioration de la qualité énergétique des locaux à usage d'habitation achevés depuis plus de deux ans¹⁷¹¹ et les travaux induits « qui leur sont indissociablement liés » bénéficient d'un taux de TVA réduit à 5,5%¹⁷¹². Le crédit d'impôt pour la transition énergétique comme la TVA à taux réduit porte sur les mêmes travaux sans toutefois être cumulables.

Ces incitations financières exigent de la part du ménage qu'il avance les fonds nécessaires à ses travaux de rénovation : le crédit d'impôt comme la TVA à taux réduit ne peuvent être utilisés que par des ménages qui ont la capacité de préfinancer leurs travaux¹⁷¹³. Les statistiques montrent que, dans ces cas, les ménages ont déjà pris la décision d'effectuer ces travaux de rénovation et qu'ils bénéficient de ces subventions pour alléger la facture de leurs travaux de rénovation¹⁷¹⁴. L'obtention du crédit d'impôt ou du taux réduit de TVA ne semble pas conditionner l'engagement des

¹⁷⁰⁷ ADEME, enquête OPEN 2015, p. 7 : le montant plafonné des travaux engagés par une personne seule est de 8000 euros alors qu'une rénovation performante coûte plus de 25 000 euros.

¹⁷⁰⁸ La réduction du taux de TVA était en 1999 une expérimentation qui a été prorogée par la loi de finances rectificative pour 2005 (loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, art. 88).

¹⁷⁰⁹ CGI, art. 279-0 bis et art. 30-00 A de l'annexe 4 : le taux de TVA de principe est de 20% et il s'applique notamment à certains équipements sanitaires, de climatisation, de chauffage (cuve à fioul, citerne à gaz).

¹⁷¹⁰ La mise en place de taux réduits de TVA a donné lieu à un rapport d'évaluation générale par la Commission européenne sur l'impact des taux réduits notamment en termes de création d'emplois, de croissance économique et de bon fonctionnement du marché intérieur (directive 2006/18/CE du Conseil du 14 février 2006 modifiant la directive 77/388/CEE en ce qui concerne les taux réduits de taxe sur la valeur ajoutée).

¹⁷¹¹ Les propriétaires occupants, bailleurs ou syndicat de propriétaire, les locataires et occupants à titre gratuit ainsi que les sociétés civiles immobilières peuvent bénéficier de ce taux réduit de TVA.

¹⁷¹² CGI, art. 278-0 bis A établi le principe ; l'art. 200 quater du code général des impôts énumère les travaux éligibles et l'art. 18 bis de l'annexe 4 détaille les critères de performance minimales à réaliser.

¹⁷¹³ Le rapport d'information relatif à la mise en œuvre du paquet climat énergie met en avant la surreprésentation des catégories socio-professionnelles supérieures dans la réalisation des travaux de rénovation : 38% des CSP+ déclarent avoir réalisé des travaux de rénovation, contre 33% pour l'ensemble des français (J.-J. Guillet, F. De Rugy, *op.cit.*, p. 75).

¹⁷¹⁴ B. Deletré cité dans J.-J. Guillet, F. De Rugy, *op.cit.*, p. 89: « le crédit d'impôt en soutenant une dépense plafonnée à 8000 euros sur cinq ans pour une personne seule, sans condition de ressource et sans obligation de réaliser un bouquet de travaux, bénéficie par construction à des ménages capables de financer les travaux éligibles et d'attendre le retour du crédit d'impôt a posteriori. Ce dispositif se caractérise par un effet d'aubaine important ».

travaux de rénovation. Or, tous les ménages ne disposant pas de cette capacité de financement, l'éco-prêt à taux zéro a été créé en complément de ces incitations fiscales¹⁷¹⁵.

607. Remboursable sur une durée de 10 ans, étendue à 15 ans pour les travaux les plus importants, aucune condition de ressource n'est exigée pour bénéficier de l'éco-prêt à taux zéro. Les personnes physiques et les sociétés civiles peuvent avoir recours à ce prêt pour des travaux de rénovation dans leur résidence principale construite entre 1948 et 1990. L'éligibilité des travaux dépend alors de trois critères alternatifs : les travaux entrepris doivent constituer un bouquet de travaux¹⁷¹⁶, permettre d'atteindre une performance énergétique globale minimale du logement ou réhabiliter le système d'assainissement. Le montant du prêt a été plafonné de manière à pouvoir couvrir le coût moyen d'une rénovation performante ou très performante¹⁷¹⁷. Cependant, ce dispositif n'est valable que jusqu'à la fin de l'année 2018.

608. D'autres dispositifs d'accompagnement ont été développés notamment par l'Agence nationale de l'habitat (Anah) afin de répondre à la diversité des profils des habitants. Cette agence a mis en œuvre un programme de soutien aux propriétaires et syndicats de copropriétés en difficulté financière. L'octroi de l'aide est alors conditionné à la garantie d'une amélioration de la performance énergétique du logement de 25% minimum¹⁷¹⁸ et les travaux doivent être intégralement réalisés par des professionnels.

609. A l'exception des aides attribuées par l'Agence nationale de l'habitat réservées aux ménages en difficulté, les incitations financières pour une rénovation énergétique performante du bâti ne répondent pas à la diversité des situations pré-exposées¹⁷¹⁹. Plus encore, elles manquent de cohérence et de coordination entre elles.

¹⁷¹⁵ Pour certains ménages, la réalisation des travaux de rénovation est conditionnée à l'obtention de l'éco-prêt. Pour le directeur général du Crédit foncier, B. Deletré, « *l'efficacité du prêt est liée au fait qu'il s'adresse exclusivement à des ménages qui ne pourraient pas, sans ce concours de la collectivité, réaliser l'opération* ».

¹⁷¹⁶ Le bouquet de travaux correspond à la combinaison d'au moins deux catégories de travaux éligibles au crédit d'impôt transition énergétique.

¹⁷¹⁷ Le montant maximum accordé par l'éco prêt à taux zéro s'élève à 30 000 euros, le coût moyen d'une rénovation performante ou très performante étant de 25 000 euros, l'éco-prêt couvre les dépenses de rénovation.

¹⁷¹⁸ Par rapport à un diagnostic de performance énergétique établi par un spécialiste.

¹⁷¹⁹ A l'exception de l'éco-prêt à taux zéro supprimé en 2018.

3) *Le manque de cohérence des critères d'éligibilité*

610. La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique dispose en son article 3 que la France se fixe comme objectif de rénover énergétiquement 500 000 logements par an à compter de 2017. Seules les rénovations performantes ou très performantes sont comptabilisées. Pour l'année 2014, l'ADEME les chiffre à 288 000¹⁷²⁰. Ce retard s'expliquerait, d'après le vice-président chargé de l'habitat de Brest Métropole, par la difficulté des ménages à comprendre la complexité de l'environnement technique et fiscal de la rénovation énergétique¹⁷²¹. L'inadaptabilité des dispositifs à couvrir le coût moyen d'une rénovation performante des logements semble plutôt justifier ce retard. Le décalage entre les aides publiques et les exigences financières d'une rénovation performante contraint les ménages à renoncer à leurs travaux ou à réaliser des travaux de faible ampleur générant peu d'économies d'énergie.

611. Les aides à la rénovation énergétique apparaissent relativement bien connues des ménages français selon l'Observatoire permanent de l'amélioration énergétique du logement : un ménage sur deux a connaissance de la TVA à taux réduit et du crédit d'impôt pour la transition énergétique. La connaissance « *au moins de nom* »¹⁷²² des incitations financières à la rénovation par les ménages est relativement bonne¹⁷²³. Elle est à mettre en lien avec celle des artisans du bâtiment¹⁷²⁴. En effet, les professionnels du bâtiment font, en priorité, la promotion de la TVA à taux réduit (74%) et du crédit d'impôt (61%)¹⁷²⁵. Seuls 39% des artisans promeuvent l'éco-prêt à taux zéro¹⁷²⁶, or seul ce dernier couvre le coût moyen d'une rénovation performante et peut être cumulable avec le crédit d'impôt. L'Observatoire permanent de l'amélioration énergétique compare la

¹⁷²⁰ L. Van Eeckhout, « Rénovation énergétique : des freins encore trop nombreux à lever », *Le Monde*, 6 juin 2016.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² ADEME, Etude OPEN 2015, p. 23.

¹⁷²³ 62% des ménages français connaissent au moins un dispositif, le pourcentage monte à 87% lorsque ces ménages ont effectué une rénovation performante ou très performante.

¹⁷²⁴ 98% des artisans connaissent au moins un dispositif dont 94% connaissent la TVA à taux réduit, 93% le crédit d'impôt, et 82% l'éco-prêt à taux zéro.

¹⁷²⁵ ADEME, Etude OPEN 2015, p.23 : « *Par ailleurs, les dispositifs les plus connus par les ménages ayant réalisé une rénovation sont logiquement les plus promus par les artisans auprès des clients* ».

¹⁷²⁶ Cependant, les ménages lorsqu'ils souhaitent réaliser des travaux de rénovation énergétique financés par un prêt se renseignent directement sur le dispositif de l'éco-prêt : si 39% des artisans du bâtiment en font la promotion, 52% des ménages ayant réalisé des travaux de rénovation y ont eu recours.

connaissance des incitations financières aux subventions mobilisées : la TVA réduite occupe la première place pour les rénovations performantes (77%), viennent ensuite le crédit d'impôt (71%) et l'éco-prêt à taux zéro (64%). Les conclusions de l'étude de l'Observatoire pour 2015 sont sans appel : 41% des ménages qui ont effectué une rénovation thermique performante et très performante ont eu recours à un prêt¹⁷²⁷.

612. Si les incitations apparaissent comme bien connues des ménages, l'articulation des dispositifs entre eux¹⁷²⁸ et leurs critères d'éligibilité freinent la rénovation énergétique de certains logements. Ainsi, le rapport d'information parlementaire relatif à *la mise en œuvre du paquet climat énergie* explique la faiblesse du recours à l'éco-prêt à taux zéro par la « *complexité initiale du dispositif résultant d'une mauvaise attribution de la responsabilité du contrôle de la qualité du dossier de rénovation* »¹⁷²⁹ ; les banques instruisaient l'éligibilité technique des travaux, sans disposer des compétences énergétiques requises¹⁷³⁰.

613. Les critères d'attribution de ces dispositifs de soutien manquent de cohérence avec l'objectif de rénovation. A la différence de la *KfW*, l'attribution des aides ne repose pas sur la performance énergétique globale des travaux : le crédit d'impôt pour la transition énergétique et la TVA à taux réduit se concentrent sur la nature des travaux et des équipements, les aides de l'Agence nationale pour l'habitat s'intéressent, quant à elles, en priorité, à la nature de leurs demandeurs¹⁷³¹. De fait, il existe un décalage entre l'effort d'investissement des ménages et l'efficacité de ces rénovations. L'absence d'obligation de performance énergétique globale n'encourage pas les ménages

¹⁷²⁷ ADEME, étude OPEN 2015, p.22 : 11% ont utilisé l'éco-prêt à taux zéro, 13% ont eu recours à un prêt bancaire classique et 14% à d'autres types de prêts ; v. égal. J.-J. Guillet, F. De Rugy, rapport d'information n° 4153 déposé en application de l'article 146-3 al 8 du Règlement par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information n° 1951 du 15 mai 2014 sur *Le paquet « énergie-climat »*, Assemblée Nationale, 19 octobre 2016, p. 92 qui souligne l'incidence des faibles taux d'intérêts dans le recours aux prêts bancaires classiques.

¹⁷²⁸ Certaines des incitations financières sont cumulables avec d'autres comme la TVA à taux réduit avec l'éco-prêt à taux zéro. En revanche, le crédit d'impôt pour la transition énergétique ne peut être mobilisé en même temps que la TVA à taux réduit. Or, cela aurait permis d'augmenter la capacité de financement de travaux de rénovation pour atteindre une rénovation performante ou très performante.

¹⁷²⁹ J.-J. Guillet, F. De Rugy, *op.cit.*

¹⁷³⁰ La loi de finances rectificative pour 2014 du 8 août 2014 transfère cette responsabilité.

¹⁷³¹ J.-J. Guillet, F. De Rugy, *op.cit.*, p. 73 : La réalisation d'économies d'énergie à hauteur de 25% des consommations énergétiques des logements des ménages aux revenus modestes peuvent être compensés « *par la hausse des prix de l'énergie, (de l'ordre de 5% par an), en cinq ou six ans, ce qui conduira le propriétaire à retrouver, assez vite, un niveau de charge équivalent à celui avant travaux* ».

à œuvrer pour une efficacité énergétique performante. Le remplacement d'un appareil représente une rénovation sur deux, l'amélioration du confort de l'habitat et la réduction du montant de la facture énergétique sont respectivement à l'origine d'un tiers des rénovations. L'enquête de l'Observatoire permanent de l'amélioration énergétique constate une différence de motivation des ménages lorsqu'ils entreprennent des rénovations performantes ou très performantes : l'amélioration thermique du logement est à l'origine de deux tiers des rénovations, la volonté de réduire la facture énergétique représente la moitié de ces rénovations et le remplacement d'un appareil vétuste arrive en troisième position des motivations. Les motivations diffèrent suivant les situations financières des ménages : les professions et catégories socioprofessionnelles supérieures réalisent plus aisément une rénovation énergétique performante ou très performante de leur logement¹⁷³². Les postes de travaux représentant une surface financière importante dans les budgets des ménages, nombreux sont ceux qui choisissent de réaliser une rénovation par étape plutôt qu'une rénovation unique, globale et cohérente¹⁷³³. Ils remplacent alors un appareil vétuste et bénéficient du crédit d'impôt ou de la TVA à taux réduit. Or, ces rénovations fractionnées favorisent les travaux à faible efficacité énergétique et les ménages ne constatant pas d'amélioration sensible de leur habitation, ne réinvestissent pas dans une rénovation performante, n'en voyant pas l'utilité¹⁷³⁴.

614. En volume, de nombreuses rénovations sont entreprises mais leur efficacité énergétique est majoritairement faible et moyenne en raison de l'inadaptation des dispositifs publics. Ces rénovations ne contribuent pas aux objectifs de rénovation énergétique fixés par la loi¹⁷³⁵. Le

¹⁷³² Entre 2012 et 2014, 38% des professions et catégories socio-professionnelles supérieures ont réalisé des travaux de rénovation, alors que la moyenne est de 33% pour l'ensemble des ménages français.

¹⁷³³ ADEME, Etude OPEN 2015, p. 7 et suiv : 64% des ménages qui ont réalisés des travaux estiment en avoir encore à faire, dont 46% ont repoussé leur réalisation pour des raisons financières principalement. En effet, « *les rénovations performantes ou très performantes s'avèrent près de cinq fois plus onéreuses que les rénovations faibles. Un coût qui s'explique à la fois par un nombre de gestion plus important et de meilleure qualité, par le recours plus fréquent à des professionnels pour mener ce type de rénovation et par les cours de matériaux et équipements plus élevés* ».

¹⁷³⁴ D'après l'étude OPEN de 2015, 64% des ménages qui ont effectué une rénovation performante de leur logement constatent une amélioration du confort thermique, et 50% constatent une réduction de leurs dépenses énergétiques, à la différence des rénovations faibles où seulement 33% constate une amélioration du confort, et 23% une réduction de leur facture.

¹⁷³⁵ Seuls les travaux performants sont compatibles avec les critères d'obtention des incitations financières. Une classification des rénovations a été établie sur la performance des travaux : les logements ayant fait l'objet d'une rénovation faible, moyenne (l'action menée sur un élément particulier du logement est moyenne ou performante. Les actions performantes ne doivent pas être supérieures à 2), performante et très performante. En 2014, plus de 3,5 millions de rénovations de logements ont été achevées dont 288 000 rénovations performantes ou très performantes.

financement des travaux de rénovation n'étant pas indexé sur la réalisation d'économies d'énergie au sein du logement, la performance énergétique des travaux entrepris n'est pas prioritaire. Les critères d'éligibilité de ces aides devraient s'inspirer directement de ceux de la *KfW* qui sont définis en fonction de la performance énergétique globale des travaux. En outre, un effort de rationalisation et d'harmonisation des dispositifs doit être entrepris : seules les aides publiques à une rénovation énergétique performante doivent demeurer. Ainsi, l'éco-prêt à taux zéro étant le seul à couvrir le coût moyen d'une rénovation performante devrait être maintenu.

615. A travers ces développements, nous constatons que les dispositifs de soutien visant à encourager les ménages à rénover leur logement sont inadaptés. Le cas du financement des énergies renouvelables est différent : l'instabilité des tarifs d'achat de l'électricité renouvelable produite a conduit à freiner les investissements.

B. Le financement de la production renouvelable : l'instabilité de l'obligation d'achat

616. Le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, dans son rapport de 2016 relatif à *L'évaluation de la mise en œuvre du paquet énergie-climat*, considère le développement des énergies renouvelables en France en « *demi-teinte* »¹⁷³⁶. Les filières renouvelables connaissent une progression hétérogène et « *le tableau d'ensemble entremêle les satisfécits et les points d'inquiétude, sur fond de crise du prix de l'électricité et de mise en application d'un nouveau mécanisme de soutien aux producteurs* »¹⁷³⁷.

617. Avant d'aborder le mécanisme du tarif d'achat, il nous semble nécessaire de retracer l'évolution des objectifs de production renouvelables (1) afin de comprendre pourquoi un tel dispositif de soutien a été créé. Le principe de l'obligation d'achat repose sur l'obligation faite à

¹⁷³⁶ J.-J. Guillet, F. De Ruyg, *op.cit.*, p. 23.

¹⁷³⁷ *Ibid.*

EdF et aux entreprises publiques locales de distribution d'acheter à un tarif fixe la production électrique renouvelable¹⁷³⁸ (2). Cependant, malgré le soutien public, la filière renouvelable présente encore un retard d'investissement au regard des objectifs qui lui sont imposés¹⁷³⁹(3).

1) L'évolution de la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique

618. Le nucléaire¹⁷⁴⁰ et le pétrole caractérisent la consommation énergétique française depuis les années 1970¹⁷⁴¹. Cependant, les objectifs de production d'énergie renouvelable ne cessent de croître entraînant un besoin croissant d'investissements.

619. L'avènement de la production énergétique renouvelable débute en 1973 lors du premier choc pétrolier qui encourage la France à réduire sa dépendance d'approvisionnement à l'égard des pays producteurs de pétrole¹⁷⁴². L'implication de l'Union européenne dans la promotion des énergies renouvelables est datée de 1986 avec la résolution du 16 septembre du Conseil des communautés européennes concernant les nouveaux objectifs de politique énergétique communautaires pour 1995. Cette résolution encourage les Etats membres à limiter l'usage des combustibles traditionnels et à développer une production renouvelable pour limiter les « *incertitudes majeures sur les perspectives à long terme de l'offre et de la demande du marché de l'énergie* »¹⁷⁴³. La première directive européenne relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources

¹⁷³⁸ C. ener., art. L. 314-1.

¹⁷³⁹ C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, Rapport public thématique, juillet 2013, p. 37 : en 2011, la France est à un peu plus de la moitié de ses objectifs globaux à 2020. Cependant « *les productions supplémentaires à réaliser dans la plupart des filières sont très importants pour atteindre les objectifs de 2020. Or, des retards ont déjà été enregistrés en 2011. Le prolongement de cette tendance rend donc les objectifs globaux à 2020 difficiles à atteindre* ».

¹⁷⁴⁰ La France est, grâce à sa production électrique nucléaire, l'un des pays industrialisés les moins émetteurs en gaz à effet de serre et représente 1,1% des émissions mondiales. Le développement des énergies renouvelables répond en France, à l'objectif de réduction de la part nucléaire dans la production énergétique inscrit dans la loi relative à la transition énergétique, plus que celui de la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

¹⁷⁴¹ C. comptes, *op.cit.*, p. 16.

¹⁷⁴² La France définit alors sa politique énergétique nationale et de nombreuses institutions publiques naissent pour éclairer les choix publics : le comité de géothermie est créé en 1974, le Commissariat à l'énergie solaire pour l'animation et la coordination des initiatives est créé en 1978, une mission nationale pour la valorisation de la chaleur est créé. En 1982 et l'agence pour les économies d'énergie en 1974. Ces différents organismes sont ensuite fusionnés en 1982 pour former l'Agence française pour la maîtrise de l'énergie, qui elle-même fusionnera avec l'Agence nationale pour la récupération et l'élimination des déchets (ANRED) et l'Agence pour la qualité de l'air pour former l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME).

¹⁷⁴³ Résolution du Conseil des Communautés européennes concernant de nouveaux objectifs de politique énergétique communautaires pour 1995 et la convergence des politiques des Etats membres, 16 septembre 1986, 86/C – 241/01.

d'énergie renouvelable date du 27 novembre 2001¹⁷⁴⁴. Des objectifs de production renouvelable y sont définis pays par pays : la France se voit assigner un objectif de 21% d'électricité d'origine renouvelable dans son mix énergétique à l'aune de 2010. Cependant, lorsque la Commission européenne constate un retard dans la mise en œuvre de ces objectifs, la directive du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables¹⁷⁴⁵ définit de nouveaux objectifs pour l'année 2020 avec 23% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique.

620. En 2012, la Commission européenne dresse un état des lieux du développement des énergies renouvelables en Europe et des perspectives pour l'après 2020¹⁷⁴⁶ : si elle considère que l'approvisionnement énergétique en 2050 sera principalement assuré par les énergies renouvelables, elle alerte sur le risque de retard de leur déploiement en raison du « *coût élevé de ces productions et des obstacles qu'elles rencontrent par rapport aux énergies fossiles* »¹⁷⁴⁷. L'Union européenne poursuit toutefois sa politique en faveur des énergies renouvelables avec l'adoption en 2014 d'un nouveau paquet énergie - climat pour 2030¹⁷⁴⁸ prévoyant notamment 27% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique européen¹⁷⁴⁹. A la suite du vote de ce nouveau paquet énergie – climat, la France s'est fixée, pour 2030, l'objectif d'assurer 32% de sa consommation électrique grâce aux énergies renouvelables¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁴ Directive n° 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité. Cette directive fait suite au livre blanc de la Commission européenne, *Energie pour l'avenir : les sources d'énergie renouvelables, Livre blanc établissant une stratégie et un plan d'actions communautaires*, 1997.

¹⁷⁴⁵ Directive n° 2009-28 CE du 23 avril 2009 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.

¹⁷⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Energies renouvelables : un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie*, 22 novembre 2012.

¹⁷⁴⁷ C. comptes, *op.cit.*, p. 28.

¹⁷⁴⁸ Conseil européen, *Cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030 - Conclusions*, 23 et 24 octobre 2014, EUCO 169/14.

¹⁷⁴⁹ Le nouveau paquet énergie climat prévoit par ailleurs une amélioration de 27% de l'efficacité énergétique et une réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40% par rapport aux chiffres de 1990 (CDC Climat Recherche, « Paquet énergie-climat 2030 : vers une nouvelle combinaison gagnante 40%+27%+27% pour l'UE ETS ? », *Tendances Carbone*, n° 96, novembre 2014).

¹⁷⁵⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 1^{er}.

621. La réalisation de ces objectifs repose sur un investissement soutenu. Répondant à l'exigence de lisibilité, le législateur a créé un outil de programmation pluriannuelle des investissements qui « *décline les objectifs de la politique énergétique en termes de développement du parc de production électrique* »¹⁷⁵¹ pour chaque énergie. Pour 2020, le volume de production d'électricité renouvelable programmé est ainsi partagé entre l'énergie éolienne, solaire, biomasse et hydraulique. Cette programmation pluriannuelle permet aux acteurs économiques d'orienter leurs investissements en fonction des besoins exprimés. En complément, la loi de transition énergétique du 17 août 2015 crée une programmation pluriannuelle de l'énergie établissant « *les priorités d'actions des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie et contenant un volet relatif au soutien de l'exploitation des énergies renouvelables* »¹⁷⁵². Ces outils permettent à la puissance publique de définir ses priorités sur plusieurs années afin que les acteurs économiques puissent investir dans un contexte stable.

622. Eu égard à l'intensité capitalistique des investissements de production renouvelable pour répondre aux objectifs de 2020 et 2030, la France a également mis en place un tarif d'achat assurant à l'investisseur un retour sur investissement.

2) L'obligation d'achat et le financement public de la production renouvelable

623. Le marché ne jouant pas son rôle d'aiguilleur en fournissant les « *signaux nécessaires à l'investissement* »¹⁷⁵³, une incitation financière publique est nécessaire pour « *accompagner*

¹⁷⁵¹ CRE, Glossaire, mot « programmation pluriannuelle des investissements », en ligne, disponible à : <http://www.cre.fr/glossaire/programmation-pluriannuelle-des-investissements-ppi>

¹⁷⁵² C. ener. art. L. 141-1 et suiv. ; égal. B. Le Baut-Ferrarese, « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *JCP A*, n° 42, 24 octobre 2016.

¹⁷⁵³ A. Rüdinger, M. Mathieu, « Evolution des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables électriques en France : comment concilier les enjeux d'intégration et de déploiement ? », *Working papers*, IDDRI, n° 2/16, 2016, p.12 : pour ces deux auteurs, aujourd'hui les coûts complets de production des énergies renouvelables sont de plus en plus compétitifs par rapport aux autres sources de production, mais les prix du marché de gros de l'électricité, particulièrement bas, ne peuvent assurer une rémunération suffisamment élevée pour rendre de nouveaux investissements économiques viables.

le développement des filières renouvelables jusqu'à ce qu'elles soient parvenues à un degré de maturité suffisant »¹⁷⁵⁴. Les volumes d'investissement étant très élevés¹⁷⁵⁵ et les délais de retour sur investissement longs, l'Etat a mis en place un mécanisme de financement public pour l'électricité, la chaleur renouvelable et la géothermie¹⁷⁵⁶. Le législateur a ainsi créé trois dispositifs de soutien au développement des énergies renouvelables : le tarif d'achat pour l'électricité renouvelable, le fonds chaleur pour la production de chaleur renouvelable¹⁷⁵⁷ et une garantie publique pour les

¹⁷⁵⁴ E. Bareigts, M.-N. Battistel, S. Buis et a., *Rapport parlementaire relatif à la transition énergétique pour la croissance verte au nom de la Commission spéciale pour l'examen du projet de loi, après engagement de la procédure accélérée*, n° 2188, T1, p. 429.

¹⁷⁵⁵ L'évaluation des coûts de production des installations est celle du coût de production moyen actualisé, développé par l'OCDE, l'Agence Internationale de l'énergie et l'Agence de l'énergie nucléaire. Ce coût correspond au coût de production moyen supporté par un investisseur sur toute la durée de vie économique de son installation. Plusieurs paramètres sont pris en compte : les coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance, niveau de production, durée de vie économique de l'exploitation et le taux d'actualisation (C. comptes, *op.cit.*, p. 40 ; égal. A. Rüdinger, « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers*, IDDRI, n° 01/15, février 2015, 28 p.). Les coûts de production d'électricité renouvelable dépendent également du degré de maturité de la technologie employée. L'éolien terrestre est le moyen de production le plus compétitif avec les productions énergétiques conventionnelles telles que les centrales à gaz. En revanche, certaines technologies solaires, l'hydrolien marin ou l'éolien en mer flottant présente des coûts de production jusqu'à 5 fois plus élevé que les énergies conventionnelles. Ces coûts de production expliquent qu'un soutien public soit indispensable à leur développement (ADEME, *Coûts des énergies renouvelables*, Faits et chiffres, décembre 2016). La caractéristique financière des projets d'énergies renouvelables est celle d'un besoin d'investissement de départ très important et des coûts de fonctionnement des infrastructures relativement faibles.

¹⁷⁵⁶ L'objectif de 23% d'énergies renouvelables dans le mix énergétique pour 2020 se traduit par une production supplémentaire de 20 mégatonnes d'énergie renouvelable par an dont 50% sont issues de la chaleur renouvelable. Essentiellement produite à partir d'énergies fossiles émettrices de gaz à effet de serre, la chaleur peut être produite à partir de sources renouvelables telles que le bois, le solaire, la géothermie (l'utilisation de la chaleur de la terre à des fins d'approvisionnement énergétique). Les énergies renouvelables thermiques représentaient 60% de la production d'énergie renouvelable en France en 2013.

¹⁷⁵⁷ Le fonds chaleur a été créé par l'art. 19 de loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 pour soutenir la production de chaleur renouvelable par la biomasse, la géothermie, les énergies de récupération et le développement des réseaux de chaleur. Pour la période 2009 - 2015, le fonds chaleur a été doté d'une enveloppe de 1,59 milliards d'euros. Les ressources financières du fonds sont distribuées selon deux circuits : l'appel à projets ou l'aide régionale. Les appels à projets concernent la production de chaleur à partir de la biomasse dans les secteurs de l'industrie, agriculture et tertiaire à l'échelle nationale pour des installations de grande taille. Les aides régionales sont distribuées par les directions régionales de l'ADEME pour les autres filières : la géothermie, le solaire, les énergies renouvelables et les réseaux de chaleur pour tous les secteurs et pour les projets biomasse non éligibles aux appels à projet. La Cour des comptes estime dans son rapport de juillet 2013 consacré au développement des énergies renouvelables que le financement du fonds chaleur doit permettre de financer plus de la moitié de l'objectif renouvelable pour l'énergie thermique entre 2006 et 2020 (v. en ce sens : C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, Rapport public thématique, juillet 2013, p.54). L'ADEME évalue, sur la base des coûts observés que les capacités financières du fonds chaleur ne permettraient de réaliser que 3,1 mégatonnes. Ainsi, lors de la loi relative à la transition énergétique pour une croissance verte, le ministère de l'écologie, de l'énergie et du développement durable a annoncé le doublement progressif du fonds chaleur : de 220 millions pour l'année 2014, le fonds chaleur devrait doubler jusqu'à 400 millions d'euros en 2017.

forages géothermiques¹⁷⁵⁸. Nous avons fait le choix de n'étudier que le tarif d'achat qui présente un intérêt plus grand que le fonds chaleur et que le système de garantie pour les forages géothermiques, en raison de sa complexité et de son évolution.

624. Introduite par l'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, l'obligation d'achat constitue le principal dispositif de soutien au développement des énergies renouvelables électriques. En effet, la garantie d'un prix d'achat fixe de l'énergie produite encourage l'investissement dans ces filières renouvelables : le tarif d'achat vise à assurer la rentabilité des capitaux propres investis, « *le coût marginal de production de l'électricité étant quasi nul* »¹⁷⁵⁹. Le tarif tient compte du coût évité pour l'acheteur obligé, mais il ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés excède celle d'une rémunération normale.

625. Ce dispositif repose sur l'obligation faite à EDF et aux entreprises locales de distribution¹⁷⁶⁰ de conclure, à la demande des producteurs, un contrat d'achat à prix fixe de l'électricité renouvelable produite¹⁷⁶¹. L'éligibilité aux tarifs d'achat est réglementaire et elle répond à « *une logique de guichet puisque tout producteur peut en bénéficier* »¹⁷⁶². Le code de l'énergie détaille ainsi, à l'article L. 314-1, les installations de production éligibles à cette obligation d'achat. Ce tarif d'achat peut également résulter d'une procédure d'appel d'offres, notamment pour « *technologies moins matures ou des projets de grande capacité* »¹⁷⁶³.

D'inspiration européenne, l'appel d'offres pour la production renouvelable a été conçu comme outil « *d'allocation des aides permettant, a priori, de maximiser l'efficacité des politiques*

¹⁷⁵⁸ La géothermie nécessite des coûts de forage équivalents à la moitié des coûts d'investissement. Le risque financier du fait d'une connaissance partielle de l'état du sous-sol est supérieur aux autres productions renouvelables, ainsi deux fonds de garantie ont été développés par l'Etat : un fonds pour les aquifères profonds et une garantie pour les opérations de basse énergie. Ces garanties sont gérées par la Société auxiliaire de financement – environnement, filiale de la Caisse des dépôts. Ces garanties, qui sont des aides d'état, sont conformes à la législation européenne du fait de leur objet environnemental.

¹⁷⁵⁹ E. Bareigts, M.-N. Battistel, S. Buis, et a., *op. cit.*, p. 429.

¹⁷⁶⁰ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 de nationalisation de l'électricité et du gaz, art. 23.

¹⁷⁶¹ C. ener., art. L. 314-1.

¹⁷⁶² C. comptes, *op.cit.* p. 50.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

de soutien : à travers la maîtrise des volumes (capacités installées) d'une part, et la mise en concurrence entre porteurs de projet pour générer une allocation optimale des ressources et de fixer le niveau de l'aide versée au plus près des coûts réels de production »¹⁷⁶⁴. Le recours aux appels d'offres se justifie lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements¹⁷⁶⁵.

Le tarif d'achat de l'électricité renouvelable est ainsi déterminé soit par le ministre chargé de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'énergie, soit par le contrat d'achat à la suite d'appels d'offres.

626. L'électricité achetée par EDF et les entreprises locales de distribution est ensuite revendue sur le marché et « *la moins-value qu'ils encaissent dans ce processus d'intermédiation*¹⁷⁶⁶ est compensée intégralement au titre d'une charge imputable aux missions de service public »¹⁷⁶⁷. Le financement de cette compensation est assuré par la contribution au service public de l'électricité, payée par tous les consommateurs finaux d'électricité au *pro rata* de la quantité d'électricité consommée¹⁷⁶⁸. Créée par la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie¹⁷⁶⁹, la contribution au service public de l'électricité compense les charges du service public de l'électricité supportées par EDF et les entreprises locales de distribution résultant notamment des surcoûts liés aux politiques de soutien aux énergies renouvelables¹⁷⁷⁰.

627. Ce dispositif du tarif d'achat a fait l'objet d'une question préjudicielle auprès de la Cour de justice de l'Union européenne quant à sa nature d'aide d'Etat et sa compatibilité avec les règles du marché intérieur (a), avant d'être remplacé par un complément de rémunération (b).

¹⁷⁶⁴ A. Rüdinger, M. Mathieu, *op.cit.*, p. 23.

¹⁷⁶⁵ C. ener., art. L. 311-10.

¹⁷⁶⁶ Il existe une moins-value puisque les acheteurs obligés achètent l'électricité renouvelable produite à un prix supérieur à celui du marché pour encourager l'investissement dans ces filières, et la vendent ensuite au prix du marché.

¹⁷⁶⁷ E. Bareigts, M.-N. Battistel, S. Buis, et a., *op. cit.*, p. 429.

¹⁷⁶⁸ C. ener. art. L. 121-10 et suiv.

¹⁷⁶⁹ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, art. 37.

¹⁷⁷⁰ C. ener., art. L. 314-3 ; art. L. 212-6 et suiv. En 2015, d'après la Commission de régulation de l'énergie, près de 70% de la contribution au service public de l'électricité est destinée à couvrir les charges de services à destination des énergies renouvelables (dont 35% de photovoltaïque, 15% d'éolien, 7% pour la cogénération).

a) L'euro-compatibilité du tarif d'achat

628. Confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 19 décembre 2013, *Vent de Colère !*¹⁷⁷¹, le dispositif de soutien public en faveur de l'énergie éolienne, financé par le mécanisme de compensation de la contribution au service public de l'électricité est une aide d'Etat. Financé au moyen de ressources publiques¹⁷⁷², il constitue un avantage sélectif pour ses bénéficiaires¹⁷⁷³ par la garantie de revenus supérieurs aux prix du marché¹⁷⁷⁴. *A fortiori*, l'ins-titution du tarif d'achat pour toutes les productions renouvelables constitue une aide d'Etat.

629. Toutefois, sa conformité au droit de l'Union européenne n'est pas pour autant remise en question : les lignes directrices du 1^{er} avril 2008 relatives aux aides d'Etat en faveur de la protection de l'environnement¹⁷⁷⁵ prévoient la compatibilité des aides à l'investissement et au fonc-tionnement des énergies renouvelables¹⁷⁷⁶. La Commission européenne autorise, en effet, les Etats membres à accorder une aide au fonctionnement pour compenser la différence entre le coût de pro-duction de l'énergie renouvelable, y compris l'amortissement des investissements supplémentaires, et le prix du marché de l'énergie en cause¹⁷⁷⁷. L'aide au fonctionnement peut être accordée jusqu'à l'amortissement complet de l'installation. La Commission européenne veille toutefois à ce que l'aide d'Etat ne surcompense pas les coûts de production en dépassant la rentabilité normale des

¹⁷⁷¹ CJUE, 19 décembre 2013, *Vent de Colère !*, C-262/12, *Rec.*

¹⁷⁷² L'Etat renonce à collecter la contribution au service public de l'électricité.

¹⁷⁷³ Le tarif d'achat est sélectif puisqu'il n'est valable que pour les productions d'énergies renouvelables dont les infras-tructures ont été visées à l'art. L. 314-1 C. ener.

¹⁷⁷⁴ Commission européenne, Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Aide d'Etat SA. 36511 (2014/C-348/05), 3 octobre 2014

¹⁷⁷⁵ Commission européenne, Lignes directrices concernant les aides d'état à la protection de l'environnement, 01 avril 2008, C82/01.

¹⁷⁷⁶ Commission européenne, *ibid.*, cons. 48 : « *Les aides en faveur des énergies renouvelables visent à remédier à la défaillance du marché liée aux externalités négatives en créant des incitations individuelles à augmenter la part des sources d'énergies renouvelables dans la production totale d'énergie. Le recours accru aux énergies renouvelables constitue l'une des priorités de la Communauté en matière d'environnement ainsi qu'une priorité sur les plans écono-mique et énergétique* ». Par ailleurs, « *les aides à l'investissement et les aides au fonctionnement en faveur de la pro-motion de l'énergie provenant de sources renouvelables seront considérées comme compatibles avec le marché com-mun* ».

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

capitiaux¹⁷⁷⁸. Le tarif d'achat compensant l'écart entre le coût de production de l'électricité renouvelable et le prix de l'électricité sur le marché, constitue ainsi une aide au fonctionnement compatible avec le marché intérieur.

630. L'obligation d'achat des fournisseurs historiques aux producteurs d'énergie renouvelable étant compatible avec le marché intérieur, l'interrogation porte désormais sur l'autre versant de ce mécanisme : le versement de la contribution au service public de l'électricité par la Caisse des Dépôts, institution publique, aux opérateurs énergétiques supportant l'obligation d'achat.

631. La Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*¹⁷⁷⁹, juge que des subventions publiques versées en contrepartie de prestations de service peuvent être considérées comme des compensations de charge de service public et ainsi ne pas relever de la législation relative aux aides d'Etat. Trois conditions cumulatives sont alors requises : la réalité de l'exécution d'une obligation de service public, la transparence des paramètres de calcul de la compensation et la proportionnalité de la compensation. La Cour de justice de l'Union européenne fixe une quatrième condition qui correspond, en réalité, à la méthode d'évaluation du montant de la compensation : lorsque l'entreprise choisie pour remplir ces obligations de service public n'a pas donné lieu à une procédure de marché public, le niveau de compensation nécessaire doit être calculé sur la base d'une analyse de coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée.

632. Il convient alors d'étudier le cas d'EdF et des distributeurs non nationalisés au regard de ces critères afin de déterminer si les compensations financières qui leur sont versées en contrepartie de l'obligation d'achat qui pèse sur eux, constituent une aide d'Etat.

Le premier critère concerne la qualité de l'obligation imposée à EdF et aux entreprises locales de distribution. L'Union européenne définit l'obligation de service comme une obligation que l'entreprise n'assumerait pas ou, pas dans les mêmes conditions, si elle considérait son propre

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* C-280/00, *Rec. CJCE* 2003.

intérêt commercial¹⁷⁸⁰. Dans le cas du tarif d'achat, il apparaît peu probable qu'un investisseur avisé dans une économie de marché s'astreindrait à acheter, pendant plusieurs années (entre 15 et 20 ans)¹⁷⁸¹, de l'électricité renouvelable à des prix supérieurs à ceux du marché « *sans complément de fonds publics seul à même de lui permettre de bénéficier d'une rentabilité normale pour le secteur d'activité* »¹⁷⁸².

Le deuxième critère est relatif au calcul de la compensation des charges du service public électrique. L'article 4 du décret du 28 janvier 2004 relatif à la compensation des charges de service public de l'électricité¹⁷⁸³ dispose que les surcoûts de production et de fourniture liés à l'obligation d'achat de la production électrique renouvelable sont considérés comme des charges imputables aux missions de service public donnant lieu à une compensation intégrale¹⁷⁸⁴. Le volume des sommes à reverser à chaque acheteur obligé est égal aux sommes versées par les obligés, et qui sont inscrites dans un compte dédié de la Caisse des dépôts et consignations¹⁷⁸⁵. Le décret du 28 janvier 2004 expose ainsi de manière transparente le mécanisme de de compensation.

Le troisième critère énoncé par l'arrêt *Altmark* concerne le risque de surcompensation : les sommes versées ne doivent pas être supérieures aux coûts occasionnés par l'obligation d'achat. En l'espèce, chaque année, la Commission de régulation de l'énergie notifie à chaque opérateur le montant prévisionnel des charges imputables aux missions de service public retenu pour l'année suivante et la Caisse des Dépôts porte ce montant, pour chaque opérateur, au crédit d'un compte particulier ouvert à son nom dans le compte spécifique dont elle assure la tenue¹⁷⁸⁶. Pour l'opération de reversement, la Commission de régulation de l'énergie indique à la Caisse des Dépôts, le pourcentage de reversement affecté à chaque opérateur, proportionnellement aux charges effectivement supportées.

¹⁷⁸⁰ Règlement du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, 26 juin 1969, n° 1191/69, art.2

¹⁷⁸¹ C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, rapport public thématique, juillet 2013, p. 50.

¹⁷⁸² CE, 13 juillet 2012, *Communauté d'Erdre et Gesvres, Les Verts des Pays de la Loire et autres, Association ACIPA et autres*, n° 347073 / 347170 / 350925, *Rec.*, cons. 20.

¹⁷⁸³ Décret n° 2004-90 du 28 janvier 2004 relatif à la compensation des charges de service public de l'électricité

¹⁷⁸⁴ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 8 et 10.

¹⁷⁸⁵ Décret n° 2004-90 du 28 janvier 2004, art. 15.

¹⁷⁸⁶ Décret n° 2004-90 du 28 janvier 2004, art. 7 : la Commission de régulation de l'énergie notifie à chaque opérateur le montant prévisionnel des charges imputables aux missions de service public retenu pour l'année suivante, et la Caisse des Dépôts porte le montant des charges retenu pour chaque opérateur au crédit d'un compte particulier ouvert à son nom dans le compte spécifique dont elle assure la tenue.

Le dernier critère concernant le calcul du niveau de compensation sur la base d'une analyse de coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée peut donner lieu à une interprétation souple étant donné le secteur d'activité. La comparaison d'EdF avec une autre entreprise apparaît peu réalisable. Le choix que nous avons fait a été celui d'interpréter cette quatrième condition comme la continuité de la troisième, à savoir l'interdiction de toute surcompensation. En l'espèce, le montant de la compensation est fixé par la Commission de régulation de l'énergie qui vérifie la cohérence des charges de service public prévisionnelles provenant des contrats d'achat avec les données physiques et les tarifs d'achat pratiqués sur l'ensemble des contrats déclarés afin d'éviter tout versement indu¹⁷⁸⁷.

633. Le versement de la contribution au service public de l'électricité aux acheteurs obligés, EdF et les entreprises locales de distribution, répond aux critères de la compensation des charges de service public et ne peut donc être considéré comme une aide d'Etat. Le dispositif du tarif d'achat est ainsi compatible en tout point avec la législation européenne relative aux aides d'Etat.

634. Cependant, créé pour soutenir l'investissement dans la production électrique renouvelable, ce dispositif est d'une efficacité relative quant à la mobilisation des investissements privés. Le choix a alors été fait de le transformer en complément de rémunération, afin d'exposer les producteurs d'énergie renouvelable au marché de l'électricité.

b) L'efficacité relative du tarif d'achat et le complément de rémunération

635. La Cour des comptes souligne, dans son rapport *Le développement des énergies renouvelables*, l'efficacité relative du tarif d'achat pour générer un surplus d'investissement. Elle dénonce l'utilisation des appels d'offres pour le développement de filières « *qui sont d'ores et déjà en avance sur leurs objectifs comme le cas de la filière photovoltaïque* »¹⁷⁸⁸. Or, les appels d'offres

¹⁷⁸⁷ CRE, *Charges de service public de l'énergie constatées au titre de 2015*, annexe 3, p. 13.

¹⁷⁸⁸ C. comptes, *op.cit.*, p.51 : « *des appels d'offres ont été lancés en 2011 et 2013 pour développer des installations photovoltaïques, alors que la capacité déjà installée et celle en file d'attente de raccordement dépassent déjà les objectifs fixés pour 2020* ».

sont, en théorie, réservés aux productions qui ne parviennent pas à atteindre les objectifs d'investissement affichés par les différentes programmations pluriannuelles. Alors que dans le même temps, certains objectifs de puissance de production renouvelable n'ont pas été atteints par la procédure d'appels d'offre du fait de « *cahier des charges insuffisamment respecté par les projets, tarifs proposés trop élevés, nombre insuffisant de projet candidats* »¹⁷⁸⁹ et d'une limitation des prix non respectée « *soit par manque de concurrence, soit par mauvaise articulation avec les tarifs d'achat* »¹⁷⁹⁰. L'utilisation de la procédure d'appels d'offres n'est pas optimale pour assurer le développement de toutes les filières renouvelables conformément à la programmation pluriannuelle des investissements.

636. De manière générale, « *le critère retenu aujourd'hui pour fixer le bon niveau de tarif est celui de la rentabilité des capitaux investis, mais son appréciation n'est pas toujours suffisamment actualisée* »¹⁷⁹¹. En effet, le prix d'achat de l'énergie produite, défini dans les appels d'offres comme par arrêté, produit des effets d'aubaine s'il n'est pas révisé périodiquement en fonction de la maturité technologique des infrastructures¹⁷⁹². Le rapport parlementaire établi lors de la loi de transition énergétique souligne également cette problématique : « *de nombreux acteurs sont parvenus à dégager une rentabilité économique importante grâce au soutien public, alors qu'une logique concurrentielle aurait évité ce phénomène* »¹⁷⁹³. Les infrastructures énergétiques renouvelables « *matures pourraient affronter la concurrence. Le coût du dispositif de soutien augmente*

¹⁷⁸⁹ C. comptes, *ibid.* : « *L'objectif de 2010 portant sur l'installation de 95MW d'éolien terrestre n'a retenu que 66MW, soit 70% de l'objectif. De même la première tranche de l'appel d'offres de 2011 portant sur des projets photovoltaïques de puissance comprise entre 100 et 250 KW n'a permis de retenir que 37,5% de la puissance attendue* ». De plus, certains appels d'offres retiennent des projets dont une faible part sera réalisée comme les projets de cogénération biomasse, dont la réalisation est estimée par la CRE à 30%.

¹⁷⁹⁰ C. comptes, *op.cit.*, p. 52 : en effet, il peut exister une différence entre les tarifs d'achat proposés dans ces appels d'offres et les coûts de production, plus élevés, correspondant à une prime de risque exigée par les industriels.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*

¹⁷⁹² La Cour des comptes met en lumière ce phénomène sur les tarifs du photovoltaïque. Lors de son avis du 20 décembre 2012, la Commission de régulation de l'énergie a rappelé que le tarif d'achat fixé par arrêté avait pour but d'être non rentable pour les installations susceptibles de bénéficier de la procédure d'appels d'offres. La procédure des appels d'offres est réservée aux grosses installations (supérieures à 100kWc) et les tarifs d'achat aux puissances inférieures. Or, du fait de la baisse des coûts d'investissements des grandes installations, le tarif d'achat est également devenu rentable pour ceux qui pouvaient bénéficier des appels d'offres. Les demandes de raccordement ont alors fortement progressé, et 98% des demandes concernaient des grosses installations (bénéficiant normalement de la procédure d'appels d'offres).

¹⁷⁹³ E. Bareigts, M.-N. Battistel, S. Buis et a., *Rapport parlementaire relatif à la transition énergétique pour la croissance verte au nom de la Commission spéciale pour l'examen du projet de loi, après engagement de la procédure accélérée*, n° 2188, T1, p. 430.

tendanciellement alors même qu'il ne satisfait plus un besoin de développement »¹⁷⁹⁴. La protection de la production renouvelable du marché instituée par le tarif d'achat ne se justifie pas pour toutes les infrastructures énergétiques.

637. A partir de ce constat, l'obligation d'achat a évolué vers l'instauration d'un complément de rémunération suite à la publication de nouvelles lignes directrices par la Commission européenne en 2014¹⁷⁹⁵.

Le complément de rémunération maintient les tarifs d'achat pour les producteurs d'énergie renouvelable en contrepartie de la vente directe de cette énergie sur le marché de l'électricité¹⁷⁹⁶. L'électricité produite n'est plus achetée par EDF ou les entreprises locales de distribution mais est vendue directement sur le marché. Les revenus du producteur sont garantis, comme dans le cadre du tarif d'achat, grâce à un mécanisme de compensation et une prime de gestion¹⁷⁹⁷ pour compenser les coûts de gestion et de commercialisation assumés par le producteur, auparavant payés par l'acheteur obligé. Le revenu d'une installation soumise au complément de rémunération est ainsi calculé afin de garantir au producteur un revenu stable mais sa composition est plus fluctuante « *entre les revenus variables issus de la commercialisation de l'électricité produite sur le marché et la prime de marché variable également, visant à compenser l'écart avec le tarif de référence* »¹⁷⁹⁸. Le revenu de l'installation est toujours le même pour le producteur, seul le mécanisme diffère¹⁷⁹⁹. La Com-

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

¹⁷⁹⁵ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, 2014/C-200/01.

¹⁷⁹⁶ C. ener., art. L. 314-20 et décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération.

¹⁷⁹⁷ Les installations bénéficiant d'un contrat d'achat ne peuvent bénéficier du complément de rémunération (C. ener., art. L. 314-19) et ce complément de rémunération ne s'applique qu'une fois (C. ener., L. 314-21), pour une durée maximale de 20 ans (C. ener., L. 314-22).

¹⁷⁹⁸ M. Mathieu, A. Rüdinger, « Evolution des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables électriques en France : comment concilier les enjeux d'intégration et de déploiement ? », *Working papers*, IDDRI, n° 02/16, p.12.

¹⁷⁹⁹ M. Mathieu, A. Rüdinger, *ibid.*, p. 20 : « *Le mécanisme d'obligation d'achat et tarifs d'achat actuellement en place permet de limiter les incertitudes sur les revenus puisque toute l'électricité produite est rachetée à prix constant sur toute la durée du projet. Etant calculé a posteriori en fonction du prix de marché effectivement observé, le complément de rémunération tend à se rapprocher du fonctionnement des tarifs d'achat* ».

mission européenne promeut, à travers ce mécanisme, l'intégration au marché de la production renouvelable¹⁸⁰⁰ afin « *qu'à plus long terme, la production et les décisions d'investissements des producteurs d'énergie renouvelable soient guidées par les signaux de marché* »¹⁸⁰¹. Les producteurs d'énergie renouvelables, par le mécanisme de compensation s'affranchissent progressivement de l'isolement du marché provoqué par les tarifs d'achat jusqu'à atteindre une autonomie complète, une fois leur investissement amorti.

638. Cependant, malgré ces dispositifs de soutien à la production renouvelable, les objectifs ne sont pas atteints.

3) Les insuffisances du soutien public aux énergies renouvelables

639. L'efficacité des dispositifs de soutien et de financement de l'investissement en faveur des énergies renouvelables peut être mesurée à travers le niveau de développement de ces filières. La France accuse un retard dans le développement des énergies renouvelables au regard des objectifs fixés pour 2020 et *a fortiori* pour 2030¹⁸⁰². D'après le constat dressé en 2014 par l'Observatoire des énergies renouvelables¹⁸⁰³, si les tendances d'investissement et de développement des

¹⁸⁰⁰ Brandstatt, Brunekreeft, Jahnke, 2011 ; égal. Gawel, Purkus, 2013 cité par M. Mathieu, A. Rüdinger, *ibid.*, p.12 : « *Jusqu'à présent, les tarifs d'achat garantis permettaient de fournir un revenu stable aux producteurs ENR. Néanmoins, associés à l'obligation d'achat et la priorité à l'injection, ils contribuent également à isoler les producteurs des signaux de prix du marché* ».

¹⁸⁰¹ Les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne publiées en 2014 s'organisent autour de trois principes : l'exposition au prix du marché, la gestion des besoins d'équilibrage du réseau et la réactivité aux prix négatifs. Le mécanisme de compensation place sous la responsabilité des producteurs la gestion de l'équilibrage du système entre l'offre et la demande. L'équilibre du système dépend des prévisions effectuées par RTE aujourd'hui. La gestion de l'équilibrage entre l'offre et la demande par les producteurs a pour but de les inciter à améliorer leurs prévisions et à prendre les mesures nécessaires en cas d'écart. Cette responsabilité est assumée à travers le responsable d'équilibre, engagé pour assurer l'équilibre entre l'électricité injectée sur le réseau électrique et celle consommée. Il finance le coût des écarts éventuels constatés sur son périmètre de responsabilité. Pour M. Mathieu et A. Rüdinger, « *l'introduction de la prime de marché recherche l'incitation chez les producteurs d'énergie renouvelable à adapter leur production à la demande afin de participer à la réduction des déséquilibres, notamment dans les situations extrêmes d'apparition des prix négatifs* ».

¹⁸⁰²P. Le Hir, « *Energies renouvelables : la France peut-elle rattraper son retard ?* », *Le Monde*, 12 février 2015. Cependant certains pensent désormais pouvoir atteindre les objectifs de 2030, même si la filière renouvelable accuse un retard pour 2020 (v. en ce sens : P. Le Hir, « *Eclaircies pour les énergies renouvelables en France* », *Le Monde*, 31 janvier 2017).

¹⁸⁰³ L'observatoire des énergies renouvelables, Observ'ER, est créé en 1979. Aujourd'hui, référence dans le domaine des énergies renouvelables, cette institution a pour objectif d'informer et de promouvoir le développement des énergies propres.

énergies renouvelables se poursuivent, les énergies renouvelables ne dépasseront pas les 22% en 2020¹⁸⁰⁴.

Néanmoins, ce retard doit être nuancé selon les filières : à la fin de l'année 2014, les objectifs fixés par la programmation pluriannuelle des investissements pour l'énergie photovoltaïque étaient atteints, à la différence de l'éolien où seule la moitié des objectifs était remplie¹⁸⁰⁵. La filière bioénergie connaît également un retard de développement la même année¹⁸⁰⁶, de même que l'hydraulique¹⁸⁰⁷. Les données pour l'année 2015 sont plus encourageantes pour la filière éolienne, qui au premier semestre enregistrait une progression de 10% par rapport à l'année précédente grâce à la sécurisation des tarifs d'achat jusqu'en 2023¹⁸⁰⁸. En revanche, la filière photovoltaïque qui n'a « jamais été aussi compétitive a une activité économique difficile et irrégulière. Le secteur français vit au rythme irrégulier des appels d'offres pour les installations de grande puissance »¹⁸⁰⁹.

640. L'incertitude quant au maintien des tarifs d'achat (notamment dans la filière éolienne)¹⁸¹⁰, les délais de raccordements des installations renouvelables et un contentieux juridictionnel abondant représentent autant de freins à l'investissement dans les énergies renouvelables d'après le rapport de la Cour des comptes consacré à leur développement.

¹⁸⁰⁴ Observ'ER, 2014 cité par M. Mathieu, A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 10. L'objectif français pour 2020 étant chiffré à 23% d'énergie renouvelable dans le mix énergétique.

¹⁸⁰⁵ M. Mathieu, A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 11 : seul 9MW sur les 19MW prévus étaient raccordés au réseau de transport ou de distribution (en fonction de la puissance de l'installation, la production renouvelable est raccordée au réseau de transport ou de distribution).

¹⁸⁰⁶ 1,6 GW de capacité sont installés sur les 3GW prévus par la programmation pluriannuelle des investissements.

¹⁸⁰⁷ Le retard de l'hydraulique s'explique par la fin des contrats de concession et le retard pris dans leur renouvellement.

¹⁸⁰⁸ La filière éolienne n'est pas soumise à la procédure du complément de rémunération jusqu'en 2023, le régime de ces subventions ayant été notifié à la Commission juste avant que les nouvelles lignes directrices ne soient adoptées (Observ'ER, *Le baromètre 2015 des énergies renouvelables électriques en France*, p. 17 et suiv.).

¹⁸⁰⁹ Observ'ER, *ibid.*, p. 27.

¹⁸¹⁰ A. Feitz, « Eolien : le tarif d'achat en justice », *Les Echos*, 11 juillet 2013 ; égal. Rep. Min à la QE n° 06452 du 23 mai 2013 de J.-F. Husson, JO Sénat, p. 1564.

Les délais et les coûts de raccordement pratiqués par le distributeur¹⁸¹¹ sont sources de tensions¹⁸¹² et ralentissent la réalisation des objectifs : ainsi, en 2014, 50% des capacités éoliennes construites étaient en attente de raccordement. Or, l'article L. 342-3 du code de l'énergie dispose que les installations de production d'énergie renouvelables inférieures ou égales à 3 kilovoltampères¹⁸¹³ sont raccordées dans un délai de deux mois à compter de la réception par le demandeur de la proposition de raccordement. En revanche, le distributeur est tenu à une obligation de moyens pour le raccordement des installations de production supérieure à 3 kilovoltampères¹⁸¹⁴. L'article 105 de la loi de transition énergétique du 17 août 2015 fixe désormais à dix-huit mois le délai de raccordement des installations de production d'électricité supérieure à 3 kilovoltampères¹⁸¹⁵. Toutefois, une prorogation de délai peut être accordée par l'autorité administrative en raison de la taille et de la localisation des installations. Au 31 décembre 2015, la file d'attente de raccordement des installations de production d'électricité renouvelable représentait près de 14 000 mégawatts, soit plus de 23% des objectifs de production renouvelable fixés pour 2020¹⁸¹⁶.

¹⁸¹¹ L'art. L. 322-8 C. ener. dispose que le gestionnaire de réseau de distribution est chargé de définir et de mettre en œuvre les politiques d'investissement et de développement des réseaux de distribution afin de permettre le raccordement des installations des consommateurs et producteurs. Le raccordement d'une installation au réseau comprend le branchement, l'extension des réseaux et leur renforcement. Le coût du renforcement des réseaux est assuré par le TURPE, en revanche, les prix du branchement et de l'extension sont à la charge du demandeur de raccordement conf. à l'article 11 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

¹⁸¹² V. en ce sens : Aut. concu., 14 février 2013, décision n°13-D-04 au sujet des délais de raccordement pratiqués par le groupe Edf.

¹⁸¹³ Cette puissance correspond aux petites éoliennes conçues pour l'équipement des habitations individuelles. En général, la puissance de l'éolienne est comprise entre 3 et 15 kW.

¹⁸¹⁴ Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, décision du 22 juin 2011 sur le différend qui oppose la société Vol-V Solar à la société ERDF relatif aux conditions de raccordement de six installations de production photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité ; v. égal. Cass. com., 7 janvier 2014, *ERDF / Groupement agricole d'exploitation en commun de Saint Doué*, n° B12-29.190.

¹⁸¹⁵ Le délai de raccordement ne comprend pas le délai nécessaire à la mise en service de l'installation de production (décret n° 2016-399 du 1^{er} avril 2016 relatif au délai de raccordement des installations d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, art. 1^{er}).

¹⁸¹⁶ Le raccordement d'installations de production renouvelable modifie la capacité d'accueil des réseaux qui doivent être renforcés. Les demandes de raccordement sont classées en vue de leur traitement par ordre chronologique sur une file d'attente. Cette file d'attente des demandes de raccordement au réseau est composée aux trois quarts par les installations éoliennes (RTE, Edf, le SER et l'Association des distributeurs d'électricité en France, *Panorama de l'électricité renouvelable en 2015*, disponible en ligne : <http://www.enr.fr/userfiles/files/Panorama2015.pdf>).

641. Les tensions liées aux délais de raccordement entrent dans la problématique plus générale de la durée de réalisation de ces investissements en raison d'une réglementation contraignante et chronophage¹⁸¹⁷. Le cas de la production éolienne est flagrant : la Cour des comptes estime entre six et huit ans le délai entre le dépôt du projet de construction d'éoliennes terrestres et leur mise en service¹⁸¹⁸. A partir de ce constat, la réglementation a été assouplie par la loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre du 15 avril 2013¹⁸¹⁹ qui supprime les zones de développement éolien et la règle des cinq mâts, condition d'éligibilité aux tarifs d'achat. Les installations éoliennes sont désormais uniquement soumises aux procédures des installations classées pour la protection de l'environnement¹⁸²⁰ et à une obligation d'éloignement de cinq cents mètres des habitations¹⁸²¹. Le législateur a tenté de réduire les délais de réalisation des infrastructures pour encourager l'investissement.

Cependant, les recours en justice allongent ces délais de réalisation. La Cour des comptes dans son rapport sur *Le développement des énergies renouvelables* recense deux types de contentieux autour des installations éoliennes¹⁸²² : les autorisations et les refus d'autorisation de construction de parcs éoliens. En 2011, le refus des demandes de permis de construire des parcs éoliens par les préfetures s'élevait à près de 50%. Ces refus sont principalement motivés par l'atteinte à l'environnement, aux sites et aux paysages. Près de la moitié de ces refus ont fait l'objet de recours juridictionnels par les porteurs de projets, et la moitié de ces recours ont abouti¹⁸²³. La même année, un tiers des autorisations de construction de parc éolien a également fait l'objet de recours, souvent déposés par des associations. A la différence des recours contre les refus préfectoraux, près de 80%

¹⁸¹⁷ La réglementation est particulièrement complexe pour les éoliennes soumises aux procédures des installations classées pour la protection de l'environnement et la géothermie, soumise aux dispositions du code minier et pour la filière hydroélectrique soumise à la directive cadre sur l'eau de 2000 et la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 qui protègent certains cours d'eau contre tout nouvel ouvrage constituant un ouvrage à la continuité écologique (C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, Rapport public thématique, juillet 2013, p. 58).

¹⁸¹⁸ En Allemagne, le délai est estimé à deux ans et demi en moyenne selon l'association de professionnels France énergie éolienne.

¹⁸¹⁹ 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.

¹⁸²⁰ La loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement place les éoliennes sous condition de taille et de puissance sous le régime des installations classées pour la protection de l'environnement.

¹⁸²¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 139.

¹⁸²² C. comptes, *op.cit.*, p.61 : « La filière éolienne est très largement la plus concernée. Ainsi, la plupart des schémas régionaux climat air énergie sont attaqués par recours gracieux ou contentieux sur leur volet éolien, de même qu'une proportion importante des zones de développement de l'éolien et des décisions de permis de construire ».

¹⁸²³ 56% des dossiers contestant le refus d'autorisation introduits en première instance ont fait l'objet d'un appel.

de ces recours sont rejetés par les tribunaux administratifs. D'après France énergie éolienne, le nombre de recours reste globalement stable et la grande majorité d'entre eux demeurent rejetés¹⁸²⁴. Cependant, ils font souvent l'objet d'un appel, rallongeant d'autant le délai de réalisation¹⁸²⁵ : « Comme il y a trois niveaux de juridiction, et compte tenu des délais d'instruction nécessaires, le traitement des recours peut prendre jusqu'à six ans. Résultat, un projet qui met trois-quatre ans à sortir de terre en Allemagne, prend six à huit ans en France »¹⁸²⁶.

642. Ainsi, les incitations financières étatiques au soutien de la production énergétique renouvelable et de la rénovation énergétique des logements ne parviennent pas à mobiliser suffisamment les investissements privés, nécessaires à la réalisation des objectifs environnementaux européens. Partant de ce constat, les collectivités territoriales disposant de compétences économiques et énergétiques ont développé des aides publiques pour encourager l'investissement des acteurs économiques dans la transition énergétique sur leur territoire.

§2. L'apparition des soutiens publics locaux

643. A la différence des compétences énergétiques qui sont exercées par les différents échelons locaux, le financement de la transition énergétique est centralisé, l'Etat disposant d'une surface financière plus importante que celles des collectivités locales. Par ailleurs, la gestion par l'Etat des aides financières à l'investissement permet d'en assurer l'égalité d'accès, sous réserve des conditions d'éligibilité. Mais, ces dispositifs financiers développés à l'échelle nationale ne répondent pas aux besoins des acteurs économiques, expliquant le retard pris sur la réalisation des objectifs d'efficacité énergétique et de production renouvelable.

Alors, en complément de ces dispositifs nationaux, les collectivités territoriales ont développé des aides économiques afin d'encourager l'investissement énergétique sur leur territoire. Les compétences énergétiques et économiques des collectivités territoriales légitiment le développement d'une telle politique économique locale. Elles soutiennent principalement les actions d'efficacité énergétique réalisées sur leur territoire à travers le tiers-financement (A) et leur soutien à la

¹⁸²⁴ A. Feitz, « Les recours en justice bien intégrés dans le planning des professionnels », *Les Echos*, 4 mai 2017.

¹⁸²⁵ 88% des jugements administratifs de première instance rejetant les moyens à l'encontre des autorisations de construction ont fait l'objet d'un appel.

¹⁸²⁶ A. Feitz, *op.cit.*

production renouvelable se matérialise à travers des prises de participations minoritaires dans des sociétés de production énergétique (B).

A. Le tiers-financement de la rénovation énergétique par les collectivités territoriales

644. La loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové¹⁸²⁷ ouvre aux ménages et aux collectivités la possibilité de recourir à un tiers-financeur afin de faciliter la réalisation de travaux immobiliers complexes telle que la rénovation énergétique sur des bâtiments d'habitation et des bâtiments publics¹⁸²⁸. Les travaux de rénovation sont alors financés par le tiers, qui sera remboursé grâce aux économies d'énergie réalisées.

645. Le tiers-financement répond à un enjeu de financement pour les ménages¹⁸²⁹ et un enjeu d'organisation pour les collectivités territoriales.

En effet, le tiers-financement permet aux ménages de réaliser une rénovation performante de leur logement grâce à un accompagnement technique et financier, même lorsqu'ils ne disposent pas d'une trésorerie suffisante. Les conditions du financement des travaux sont alors définies suivant la situation financière du ménage et la performance énergétique recherchée. En complément du tiers-financement, grâce à une structuration des différentes aides publiques (TVA à taux réduit, crédit d'impôt, prêt à taux zéro, certificats d'économies d'énergies et autres), le ménage peut se voir proposer par le tiers-financeur une solution de financement globale pour rénover son logement. Les sociétés de tiers-financement simplifient ainsi le parcours de financement des ménages en proposant une offre de service intégré de rénovation énergétique¹⁸³⁰.

¹⁸²⁷ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à l'urbanisme rénové.

¹⁸²⁸ V. en ce sens l'art. 4 des statuts de la société d'économie mixte locale « Energies POSIT'IF » du 10 mai 2012, disponible en ligne : http://www.cergyponoise.fr/upload/docs/application/pdf/2012-07/19-annexe_a_la_deliberation_n19_du_22_mai_2012.pdf

¹⁸²⁹ La création de ces structures répond aux exigences de financement, de simplicité et d'accompagnement identifiées dans le premier paragraphe de ce chapitre. Ces sociétés de tiers-financement s'inspirent des principes qui ont guidé la performance du financement de la *K/W*.

¹⁸³⁰ Le développement des Espaces info-énergie et des Points Rénovation Info Service permettait aux ménages d'avoir accès à toutes les informations concernant la rénovation énergétique de leur logement dans un lieu unique. Cependant, seul un tiers des ménages ayant entrepris des travaux de rénovation performante et très performante ont connaissance de l'existence de ces lieux d'information, cependant seulement 16% se sont renseignés auprès d'eux. L'efficacité de ces lieux d'information est donc très faible. Il est possible que le rôle de financeur de ces sociétés de tiers-financement augmente leur attractivité, v. en ce sens : ADEME, Etude OPEN, 2015, p. 21 ; égal. A. Bullier, C. Milin, « Dispositifs

Les besoins des collectivités territoriales sont sensiblement différents lorsqu'elles entreprennent de rénover leur bâti car elles sont confrontées à des difficultés de mise en œuvre et de suivi des programmes de travaux intégrant une exigence de performance énergétique élevée. Pour cause, elles ne disposent généralement pas des compétences requises pour effectuer ce suivi. Les sociétés de tiers-financement exercent une activité de conseil et parfois de maîtrise d'ouvrage déléguée afin d'accompagner les collectivités territoriales dans leurs projets de rénovation énergétique. Une offre de financement peut également leur être proposée sans que cela ne constitue, pour elles, un réel besoin¹⁸³¹.

646. Nous avons choisi d'étudier les principes du tiers-financement destiné aux ménages et aux copropriétés (1) avant d'aborder le statut juridique de ces sociétés de financement (2). Les prestations de suivi et de maîtrise d'ouvrage déléguée pour les collectivités territoriales ne présenteraient pas d'intérêt dans le cadre des développements relatifs au financement de la transition énergétique.

1) Le tiers-financement de la rénovation énergétique des logements

647. Le code de la construction et de l'habitation définit l'opération de tiers-financement à l'article L. 381-1 comme l'intégration d'une offre technique, portant notamment sur la réalisation de travaux dont la finalité principale est la diminution des consommations énergétiques, à un service comprenant le financement partiel ou total de ladite offre, en contrepartie de paiements échelonnés, réguliers et limités dans le temps. Cette activité est exercée soit par l'intermédiaire de sociétés publiques de tiers-financement *ad hoc*, soit indirectement par des établissements de crédit dans le cadre de conventions¹⁸³².

648. L'usage emploie indistinctement la notion de tiers-financement et de tiers investissement, néanmoins cela recouvre des réalités distinctes. Le tiers-financement correspond à une

de financement alternatifs pour la rénovation énergétique du bâtiment », *Les cahiers de Global Chance*, n° 35, juin 2014, p. 16 et suiv.

¹⁸³¹ V. en ce sens le rapport pour le Conseil régional sur la création de la société d'économie mixte « Energies Posit'if », novembre 2011, p. 11 et suiv. disponible en ligne : <https://www.iledefrance.fr/sites/default/files/mariane/RAPCR115-11RAP.pdf>

¹⁸³² Code de la construction et de l'habitation, art. L. 381-3.

« offre intégrée, incluant le financement des travaux, dans une approche globale et incluant une gestion technique et opérationnelle du projet »¹⁸³³. Le tiers-investissement désigne, quant à lui, « l'allocation de capitaux à des projets de rénovation énergétique, en contrepartie de créances garanties sur le montant des économies d'énergie futures réalisées »¹⁸³⁴. Le tiers-investissement correspond, en réalité, à une modalité de réalisation du tiers-financement. L'emploi du terme de tiers-financement recouvre, dans ces développements, la totalité des offres proposées y compris l'investissement.

649. Le recours au tiers-financement permet de lever les « barrières liées à la trésorerie »¹⁸³⁵ des projets de rénovation énergétique¹⁸³⁶. Ce type de financement présente également un intérêt quant à l'exigence de rentabilité rapide des travaux de rénovation : « un ménage a habituellement un horizon de temps pour ses prises de décisions plus court que le temps de retour sur investissement du projet de rénovation (qui peut atteindre 20 à 25 ans). Le ménage peut également anticiper qu'il ne restera pas dans ce logement et considérer que le bénéfice de son endettement pour la rénovation profitera aux futurs occupants ou au propriétaire »¹⁸³⁷. Le fait de faire peser le financement de ces travaux sur un tiers permet de lever ces réticences.

650. Le tiers-financement intègre également une dimension de gestion de travaux car le tiers-financeur se charge du suivi de la réalisation de la rénovation, « le propriétaire n'a plus à se préoccuper de la gestion et du suivi du projet dans son ensemble »¹⁸³⁸. La gestion des travaux par le tiers-financeur permet à ce dernier de s'assurer de la réalisation des économies d'énergies qui rembourseront son investissement. En effet, la principale source de rémunération du tiers-financeur est assurée par les économies d'énergie issues des travaux de rénovation¹⁸³⁹. La rénovation doit

¹⁸³³ I. Reinmann, O. Ortega, « Le tiers-financement, une innovation pour financer l'efficacité énergétique », *Immobilier durable*, n° 66, 4eme trimestre 2013.

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*

¹⁸³⁶ Le tiers-investissement offre un apport de trésorerie pour les ménages qui ne disposent pas d'une capacité d'autofinancement nécessaire à ces travaux et ont un accès limité aux emprunts bancaires.

¹⁸³⁷ I. Reinmann, O. Ortega, *op.cit.*

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ Caisse des dépôts et consignations, ADEME, Mairie de Paris et Région Ile de France, « Utiliser le tiers-investissement pour la rénovation thermique du patrimoine bâti français », *Résumé pour décideurs*, 17 mai 2010, p.7 disponible en ligne : http://immobilierdurable.eu/images/2128_uploads/cdc_r_sum_tiers_investisseur.pdf

donc être certaine d'aboutir à la réalisation d'économies d'énergie. Dans le cas contraire, le propriétaire maître d'ouvrage devra s'acquitter du remboursement du financement au tiers par d'autres moyens que l'économie de ses dépenses énergétiques. La Caisse des dépôts et consignations, selon les simulations réalisées, estime que les économies d'énergies réalisées peuvent rembourser de 20% à 70% du coût des travaux de rénovation énergétique¹⁸⁴⁰. Toutefois, en cas de « *surinvestissement nécessaire à une plus grande amélioration de la performance énergétique* »¹⁸⁴¹, le tiers-financement doit être associé à d'autres ressources financières complémentaires, souligne la Caisse des dépôts.

651. L'implication des personnes publiques dans le tiers-financement est indispensable eu égard à l'objectif quantitatif de rénovation, au montant des travaux de rénovation et au délai de retour sur investissement¹⁸⁴². En finançant ces travaux, les collectivités territoriales souhaitent « *réaliser la démonstration de la diminution des coûts, permettant ensuite à des acteurs privés de se positionner progressivement sur ce marché* »¹⁸⁴³. Les modalités de ce financement public local ont été définies par la loi : la société de tiers-financement, en application des articles L. 511-6 du code monétaire et financier et L. 381-3 du code de la construction et de l'habitation, dispose d'un capital « *majoritairement formé par des collectivités territoriales ou qui sont rattachées à une collectivité territoriale de tutelle* ».

652. Les sociétés publiques de tiers-financement sont autorisées à se financer par des emprunts auprès d'établissements de crédit ou de sociétés de financement sous le contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution des conflits¹⁸⁴⁴. En outre, l'activité de prêt de ces sociétés de tiers-financement exige la constitution de fonds de garantie couvrant les risques de défaillance des souscripteurs, notamment lorsque les économies d'énergies réalisées ne correspondent pas à

¹⁸⁴⁰ ADEME et vous, « Réhabilitation du parc locatif privé », Stratégies et études, n° 18, 2 février 2009.

¹⁸⁴¹ Caisse des dépôts et consignations, ADEME, Mairie de Paris et Région Ile de France, *op.cit.*

¹⁸⁴² Par ailleurs, la doctrine d'investissement des collectivités territoriales exige une rentabilité des capitaux investis de l'ordre de 4 à 5% à un horizon de 10 ans. Les collectivités ne recherchent pas une rémunération financière élevée de cette activité de financement, ce qui justifie d'autant plus leur implication dans ces sociétés de tiers-financement (I. Reinmann, O. Ortega, *op.cit.*, p. 36).

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ C. monét. fin, art. L. 511-6 8°.

celles initialement prévues et que le maître d'ouvrage ne peut pas rembourser le tiers-financier¹⁸⁴⁵. Des sociétés d'investissement régional à capitaux mixtes¹⁸⁴⁶ peuvent alors être créées pour supporter cette activité de garantie de prêts¹⁸⁴⁷. Ces sociétés d'investissement régional ne sont pas des institutions de tiers-financement¹⁸⁴⁸, mais elles sont indispensables à l'exercice de cette activité.

653. Le capital public devant être majoritaire, les collectivités territoriales disposent alors de plusieurs véhicules juridiques pour créer ces sociétés de tiers-financement.

2) *Les formes juridiques des sociétés de tiers-financement*

654. L'activité de tiers-financement peut être exercée directement par les collectivités territoriales sous la forme de régie ou de société publique locale dans le cadre d'un service public d'efficacité énergétique¹⁸⁴⁹. Pour exemple, la région Picardie a créé, en 2013, une régie dont l'efficacité énergétique et le financement des travaux par tiers-financement en constituent l'objet¹⁸⁵⁰.

655. Sans être exercée dans le cadre d'un service public d'efficacité énergétique, l'activité de tiers-financement peut également être réalisée par une société publique locale à l'instar de des régions Auvergne et Rhône-Alpes¹⁸⁵¹. La société publique locale a alors pour objet l'accompagnement de ses collectivités locales actionnaires dans la réalisation de leur projet de rénovation

¹⁸⁴⁵ Bourgogne Bâtiment Durable, « La rénovation énergétique des maisons individuelles », *Les cahiers de la construction durable en Bourgogne*, n° 7, juin 2015.

¹⁸⁴⁶ Les sociétés d'investissement régional sont des sociétés anonymes, créées par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, art. 89. Elles interviennent pour accompagner l'amélioration et le renouvellement de l'immobilier de logement des quartiers anciens ou des quartiers de logement et de copropriétés dégradés et pour favoriser la création de logements neufs.

¹⁸⁴⁷ I. Reinmann, O. Ortega, *op.cit.*, p. 38.

¹⁸⁴⁸ I. Reinmann, O. Ortega, *op.cit.* : « L'objet de la société d'investissement régional est limité à l'apport de ressources financières, la prise en charge de la gestion technique et opérationnelle de projets de rénovation énergétique devant être assurée par une autre société ».

¹⁸⁴⁹ La création d'une régie ou d'une société publique locale exige la compétence de la collectivité territoriale. L'activité de tiers-financement vient aisément compléter le service public de l'efficacité énergétique développé par les collectivités territoriales.

¹⁸⁵⁰ E. Lesquel, « Picardie : le premier service public de l'efficacité énergétique bientôt opérationnel », *Le Courrier des Maires*, 2 juillet 2014.

¹⁸⁵¹ La société publique locale OSER « pilote les études énergétiques, met en place le financement de l'ensemble des projets des collectivités actionnaires, engage les procédures de consultation de groupement dans des contrats globaux incluant un engagement de performance et l'exploitation/maintenance, conduit la réalisation des opérations, gère et assure un suivi des contrats d'exploitation », disponible en ligne : <http://spl-oser.fr/accueil/la-spl/> consulté le 03 janvier 2017.

énergétique, dans la limite territoriale de ses collectivités actionnaires. Cependant, conformément à l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, la société publique locale ne peut exercer cette activité de tiers-financement que pour ses collectivités actionnaires, elle ne peut donc financer les travaux de rénovation des ménages.

656. Cette activité de financement peut également faire l'objet d'une convention de délégation de service public à des opérateurs mixtes, société d'économie mixte et société d'économie mixte à opération unique. La mixité de leur capital permet une diversification des risques tout en assurant la prédominance d'une doctrine publique de financement et d'investissement¹⁸⁵². La région Ile de France a ainsi choisi de créer une société de tiers-financement sur le modèle de la société d'économie mixte. La société *Energies Posit'IF* accompagne les copropriétés et les organismes de logement social dans la réalisation de leur projet de rénovation énergétique, sans toutefois exercer une activité de tiers-investisseur¹⁸⁵³.

657. En complément de cette activité de tiers-financement, les collectivités territoriales tentent également de mobiliser les capitaux privés aux fins de la transition énergétique à travers d'une part, des subventions locales à la rénovation énergétique et, d'autre part, des prises de participations dans des sociétés de production d'énergie renouvelable locales.

B. Les soutiens additionnels

658. Les aides à la rénovation énergétique sont très hétérogènes et varient en fonction des collectivités et de leurs ressources financières (1). Dans le cadre de la production renouvelable, les collectivités territoriales cherchent à mobiliser les capitaux privés en investissant minoritairement en fonds propres au capital des sociétés de production, ainsi que la loi de transition énergétique les y autorise désormais. Cet investissement en garantissant aux porteurs de projets une certaine

¹⁸⁵² La prédominance de la doctrine publique est assurée par la détention majoritaire du capital de ces sociétés mixtes par les collectivités territoriales. Si cette majorité publique est obligatoire dans le cas des sociétés d'économie mixte locale, elle n'est pas requise dans le cas des sociétés d'économie mixte à opération unique. Seules les sociétés d'économie mixte à opération unique dont le capital est majoritairement détenu par des collectivités territoriales sera admis à exercer une activité de tiers-financement.

¹⁸⁵³ *Energies Posit'IF* est une société de tiers-financement qui n'investit pas dans les projets de rénovation énergétique mais accompagne les maîtres d'ouvrage dans les aspects techniques et financiers et garantie une performance énergétique des bâtiments après rénovation (sur ce point, *supra* n° 645).

acceptation locale, tente de diminuer les réticences provoquées par les nombreux recours contentieux contre les projets d'installations de production renouvelable (2).

1) Les aides locales à la rénovation énergétique

659. Sous réserves des restrictions imposées par la loi et la réglementation européenne relative aux aides d'Etat¹⁸⁵⁴, les collectivités sont libres de créer des dispositifs de soutien à l'investissement local, conformément au principe de libre administration des collectivités territoriales. Toutefois, la multiplication de ces aides locales, en plus des aides nationales, rend plus complexe la lecture de cet environnement réglementaire par les ménages et freine leurs investissements dans la rénovation énergétique de leur logement.

660. L'Agence nationale pour l'information sur le logement (ANIL) a mené une étude en mars 2014 sur l'ensemble des régions, 60% des départements et 60% des intercommunalités au sujet des aides publiques locales allouées aux particuliers¹⁸⁵⁵. Cette étude montre que 60% des collectivités recensées apportent un soutien financier aux ménages dans le cadre de travaux d'amélioration de la performance énergétique de leur logement¹⁸⁵⁶, les régions étant les plus impliquées¹⁸⁵⁷.

661. Les principales aides développées au profit des propriétaires bailleurs par les départements et les intercommunalités sont liées aux aides de l'Agence nationale pour l'habitat et de son programme *Habiter Mieux* luttant contre la précarité énergétique. En effet, d'après l'Agence nationale pour l'information sur le logement, en 2014, 60% des départements et 45% des communautés urbaines et d'agglomération distribuaient des aides complémentaires à celles de l'Agence nationale pour l'habitat, dans le cadre de contrats locaux d'engagement œuvrant contre la précarité

¹⁸⁵⁴ TFUE, art. 107 et suiv. ; égal. CGCT, art. L. 1511-1 et suiv.

¹⁸⁵⁵ Agence nationale pour l'information sur le logement, « Les aides financières des collectivités locales dédiées à la rénovation énergétique des logements », *Politiques locales de l'habitat, Enquêtes et observations du réseau des ADIL*, mars 2014.

¹⁸⁵⁶ Pour plus de précisions, 80% des régions, 70% des départements et 50% des intercommunalités ont développé des soutiens financiers pour les rénovations énergétiques locales.

¹⁸⁵⁷ La qualité de chef de file des régions concernant l'action commune des collectivités territoriales relative au développement durable du territoire, au climat, à l'air et à l'énergie ainsi qu'au développement économique, place les régions au premier plan pour la mise en place de soutiens financiers complémentaires destinés à la rénovation énergétique des logements. De plus, dans le cadre du schéma régional climat-air-énergie-territorial, les régions définissent « *des objectifs de réhabilitation thermique du bâti et d'évolution des systèmes de production d'énergie permettant de remplacer les énergies fossiles* » (Agence nationale pour l'information sur le logement, *op.cit.* p. 3).

énergétique¹⁸⁵⁸. Les principales cibles de ces aides étant les propriétaires occupants aux ressources modestes, les bénéficiaires du revenu de solidarité active ou les ménages identifiés par le département en situation de précarité énergétique. Ce soutien financier des collectivités territoriales prend alors deux formes : l'octroi d'une aide minimum visant une bonification des aides de l'Agence nationale pour l'habitat¹⁸⁵⁹ ou une subvention pour travaux, en plus de celles de l'Agence nationale pour l'habitat et l'octroi d'une prime de plusieurs centaines d'euros¹⁸⁶⁰.

662. L'Agence nationale pour l'information sur le logement répertorie également plusieurs catégories d'aides financières autonomes des aides de l'Agence pour l'habitat telles que des aides aux diagnostics énergétiques, aux travaux d'amélioration de la performance énergétique, ou encore à l'installation d'équipements performants. Certaines collectivités territoriales procèdent également à des exonérations fiscales sur le bâti pour encourager les rénovations. Par exemple, la ville de Palaiseau exonère de taxe foncière pendant cinq ans les propriétaires de locaux à usage d'habitation effectuant des travaux de rénovation¹⁸⁶¹.

663. Ainsi, selon l'Agence nationale pour l'information sur le logement, 66% des régions, 33% des départements et 15% des intercommunalités ont mis en œuvre des dispositifs de soutien aux travaux de rénovation et d'isolation, à l'amélioration de la performance énergétique en copropriété et des prêts bonifiés pour financer le restant à charge après l'attribution des aides nationales¹⁸⁶².

Les travaux de rénovation et d'isolation performants, conformes au label BBC (Bâtiment Basse Consommation¹⁸⁶³) sont principalement soutenus à l'échelon régional, les intercommunalités

¹⁸⁵⁸ Ces contrats locaux d'engagement déclinent opérationnellement le programme Habiter Mieux sur le département et s'inscrivent dans le cadre du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées. Ce contrat décrit et organise le mode de coopération mis en place au plan local, du repérage des situations à traiter à la réalisation des travaux nécessaires.

¹⁸⁵⁹ Décret n° 2015-1911 du 30 décembre 2015 relatif au règlement des aides du fonds d'aide à la rénovation thermique des logements privés (FART) : les crédits de fonds sont destinés à aider les travaux d'économies d'énergie entrepris par les propriétaires occupants, bailleurs et syndicats de copropriétaires bénéficiaires des aides de l'Agence nationale de l'habitat et par le service d'ingénierie social accompagnant de certains projets.

¹⁸⁶⁰ Les aides de l'Agence nationale pour l'habitat sont modulées en fonction des revenus des ménages.

¹⁸⁶¹ Disponible en ligne : <http://www.ville-palaiseau.fr/cadre-de-vie/habitat-urbanisme/realiser-des-travaux/exoneration-fiscale-pour-economie-denergie.htm> consulté le 10 janvier 2017.

¹⁸⁶² Agence nationale pour l'information sur le logement, *op.cit.*, p. 6.

¹⁸⁶³ Ces rénovations performantes ou très performantes sont définies en référence au label BBC Effinergie Rénovation.

les complétant pour accroître la capacité de financement. Ces aides sont destinées au parc individuel, collectif et copropriétés.

La rénovation des copropriétés fait également l'objet d'un soutien public autonome des aides de l'Agence nationale de l'habitat. Souvent développées par les régions¹⁸⁶⁴, ces aides publiques peuvent aller « *de la campagne d'isolation par l'extérieur à un plan de rénovation performante de type BBC* »¹⁸⁶⁵. Un tiers des régions et établissements publics de coopération intercommunale alloue « *des aides aux syndicats de copropriétaires, conjuguées parfois avec des aides aux copropriétaires aux revenus les plus faibles* »¹⁸⁶⁶. Le volume de ces aides locales peut représenter jusqu'à 20% du montant des travaux.

Enfin, les prêts bonifiés offrent un prêt complémentaire aux subventions nationales et/ou locales afin de faciliter les travaux. Ces prêts dénommés « micro crédit 0% transition énergétique » sont l'œuvre de conseils régionaux¹⁸⁶⁷ et visent principalement les travaux de maîtrise de l'énergie tel que l'isolation.

664. Au regard des statistiques relatives à la rénovation énergétique¹⁸⁶⁸, ces aides publiques locales ne parviennent pas plus les dispositifs nationaux à encourager les ménages à investir massivement dans la performance énergétique de leur habitat. Au même titre que les aides publiques nationales, ces aides sont trop nombreuses et manquent de cohérence avec l'objectif poursuivi. Un effort de cohérence et de rationalisation de ces aides publiques doit être entrepris afin de les rendre accessibles aux ménages. La création de sociétés de tiers-financement adossées aux plateformes de rénovation énergétique intercommunales marque, selon nous, le premier acte de cette politique de rationalisation à travers la création d'un guichet unique rassemblant informations, accompagnement et financement des travaux de rénovation énergétique.

665. A la différence de la rénovation énergétique, les collectivités territoriales ont décidé d'investir en fonds propres dans la production renouvelable. Cet investissement minoritaire

¹⁸⁶⁴ Les intercommunalités peuvent rejoindre les régions pour soutenir la rénovation des copropriétés.

¹⁸⁶⁵ Agence nationale pour l'information sur le logement, *op.cit.*

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ Les région Aquitaine, Limousin et Poitou-Charentes ont mis en place un micro- crédit transition énergétique (délibération disponible en ligne : <https://les-aides.nouvelle-aquitaine.fr/wp-content/uploads/micro-credit-transition-nrj-reglement.pdf>).

¹⁸⁶⁸ ADEME, enquête OPEN, 2015.

dans ces sociétés de production tente d'atténuer les résistances des porteurs de projets, en garantissant l'acceptation sociale de ces infrastructures et ainsi, la réduction des contentieux et des délais de réalisation.

2) *La participation minoritaire des collectivités territoriales au capital de sociétés de production énergétique renouvelable*

666. En complément du tarif d'achat de la production renouvelable, les collectivités territoriales investissent directement dans des sociétés de production renouvelable en espérant ainsi encourager l'investissement privé¹⁸⁶⁹. La participation publique locale minoritaire au capital de sociétés de production renouvelable autorisée depuis la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, permet aux porteurs de projets de s'assurer de l'implication et de l'acceptation par les collectivités territoriales de ces infrastructures de production.

667. A. Rüdinger met en exergue, dans son article relatif au potentiel d'hybridation pour les projets d'énergies renouvelables, l'importance croissante de l'ancrage territorial et de l'acceptabilité sociale des projets de production renouvelable¹⁸⁷⁰. Les questions purement techniques et économiques autour des énergies renouvelables se sont progressivement tournées vers « *une dimension plus politique autour des questions de gouvernance, une réflexion sur le rôle des différents acteurs et des interactions entre innovations technologiques et sociales, notamment à l'échelle des territoires* »¹⁸⁷¹. L'appropriation de ces projets énergétiques par les collectivités territoriales s'est alors révélée fondamentale afin de mener « *une transition par tous et pour tous* »¹⁸⁷². De nouvelles structures juridiques voient ainsi le jour avec l'objectif d'associer tous les acteurs locaux à ces projets énergétiques « *à l'instar du succès des coopératives locales au Danemark, acteurs historiques*

¹⁸⁶⁹ La participation de capitaux publics au capital d'une société permet généralement de créer un effet de levier : les garanties offertes par les actionnaires publics étant sûres, la société peut avoir recours à l'endettement pour augmenter la rentabilité de ses capitaux investis.

¹⁸⁷⁰ M.-J. Fortin, G. Brisson, « Acceptabilité sociale, énergies, ressources naturelles : une perspective territoriale », Chaire de recherche du Canada en développement régional et territorial, 2015 ; égal. G. Walker, P. Devine-Wright, S. Hunter, H. High, B. Evans, « Trust and community : exploring the meanings, contextes and dynamics of community renewable energy », *Energy policy*, 2010 cités par A. Rüdinger, « La transition énergétique par tous et pour tous : quel potentiel d'hybridation pour les projets d'énergies renouvelables ? », *Working papers*, n° 05/16, IDDRI.

¹⁸⁷¹ A. Rüdinger, *ibid.*, p. 5.

¹⁸⁷² Conseil National pour la Transition écologique, 2013.

des énergies renouvelables, et l'importance croissance du mouvement d'énergie citoyenne en Allemagne »¹⁸⁷³.

668. L'exposé des motifs de la loi de transition énergétique pour une croissance verte s'inscrit dans ce mouvement d'appropriation des énergies renouvelables par les acteurs locaux : *« Le développement local des énergies renouvelables est propice à l'émergence de projets citoyens dont la nature varie selon le degré d'implication des habitants et des collectivités territoriales dans leur pilotage et leur financement. C'est pourquoi la loi prévoit de permettre aux collectivités territoriales de participer au capital d'une société par actions simplifiées et de faciliter l'intervention des coopératives citoyennes dans la production d'énergies renouvelables »*. L'autorisation de détention minoritaire du capital d'une société de production d'énergie renouvelable par les collectivités territoriales témoigne de cette volonté d'implication des acteurs locaux au développement et au financement de ces projets de production énergétique¹⁸⁷⁴. Ainsi, la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 autorise, aux articles 109 et 110, les collectivités locales à investir minoritairement dans les projets de production renouvelable portés par des sociétés anonymes ou des sociétés par actions simplifiées.

669. La participation minoritaire des collectivités territoriales au capital de sociétés de production est à mettre en relation avec l'émergence du financement participatif des énergies re-

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ L'art. 111 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte créant une section dédiée au financement participatif dans les projets de production d'énergie renouvelable au sein du code de l'énergie, témoigne de ce lien entre la participation minoritaire des collectivités locales et l'implication citoyenne au financement de ces infrastructures en disposant que *« les sociétés par actions 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, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire desquels le projet se situe »*.

nouvelables. En effet, ces dispositions poursuivent le même objectif, celui de « *désamorcer les difficultés d'acceptation locale des projets* »¹⁸⁷⁵ pour limiter les recours contentieux et par conséquent, la réticence des opérateurs économiques à investir¹⁸⁷⁶. Ainsi que nous l'avons évoqué lors de nos développements relatifs au retard de la production renouvelable en France, les recours contentieux constituent l'un des freins importants à l'investissement des opérateurs économiques¹⁸⁷⁷.

670. A. Rüdinger émet néanmoins une réserve quant à la nature et aux conséquences de la participation financière citoyenne : l'investissement citoyen n'est pas toujours la clé de l'acceptation sociale d'un projet énergétique¹⁸⁷⁸, « *les approches participatives n'affectant que rarement les opposants irréductibles aux projets* »¹⁸⁷⁹.

671. Face à l'inadaptabilité des soutiens financiers publics développés par l'Etat, les collectivités territoriales ont décidé d'intervenir directement afin de mobiliser l'investissement des opérateurs économiques sur leur territoire. Cependant, ces aides publiques locales se heurtent aux mêmes difficultés que les dispositifs nationaux.

Une rationalisation des dispositifs nationaux et locaux doit être entreprise. L'Etat pourrait alors maintenir ses aides les plus efficaces pour la transition énergétique à savoir l'éco-prêt et le complément de rémunération pour les filières non matures et supprimer les autres aides publiques nationales. Il est cependant nécessaire que l'Etat continue d'organiser le financement de cette poli-

¹⁸⁷⁵ F. D. Musall, O. Kuik, « Local acceptance of renewable energy – A case study from southeast Germany », *Energy Policy*, 2011 ; C. R. Warren, M. McFayden, « Does community ownership affect public attitudes to wind energy ? A case study from south-west Scotland », *Land Use Policy*, 2010 cités par A. Rüdinger, *op.cit.*, p.6 : « *C'est dans le secteur des énergies renouvelables, notamment du grand éolien, que les phénomènes d'opposition aux projets sont les plus pressants, rendant les approches participatives d'autant plus pertinentes dans l'espoir de surmonter ces difficultés à l'échelle locale* ».

¹⁸⁷⁶ Par ailleurs, l'association de certains industriels ou investisseurs à ces dispositifs de financement participatif leur permet de « *développer une nouvelle image de l'entreprise et de refonder la relation de clientèle, afin de sortir d'un schéma classique « fournisseurs-consommateurs* », pour s'orienter vers un modèle plus coopératif de mise en commun des projets » (A. Rüdinger, *op.cit.*, p. 10).

¹⁸⁷⁷ *supra* n° 639 et suiv.

¹⁸⁷⁸ A. Rüdinger, *op.cit.*, p.10 : « *Le résultat en termes d'amélioration de l'acceptation dépendra fortement du contexte local du projet, de la nature et du niveau de participation au projet : dans certains cas, la possibilité d'une participation financière minoritaire peut être suffisante pour produire une appropriation locale du projet. Dans d'autres cas, ces mêmes acteurs peuvent exiger une maîtrise collective du projet pour que celui-ci soit pleinement accepté* ».

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

tique publique en définissant les grands principes que ces aides, déployées à l'échelon local, devraient respecter. Les collectivités seraient libres de mettre en place les dispositifs qu'elles souhaitent pour répondre aux besoins de leurs administrés, dans les limites posées par le législateur.

672. Afin que les collectivités territoriales puissent assumer pleinement leur rôle de financeur de la transition énergétique, elles doivent disposer de fonds publics. Jusqu'à présent, de nombreux investissements publics locaux étaient conditionnés à la dotation globale de fonctionnement ou à l'éligibilité des subventions nationales. Or, la diminution continue des dotations locales ralentit d'autant les investissements des collectivités territoriales dans la transition énergétique¹⁸⁸⁰. De surcroît, ces subventions publiques nationales ne répondent pas aux besoins d'accompagnement des collectivités territoriales dans la réalisation de la transition énergétique. En effet, la complexité de la matière énergétique exige un accompagnement des collectivités territoriales, et notamment des petites intercommunalités qui ne disposent pas des mêmes ressources que les métropoles, pour recruter du personnel spécialisé.

673. La réalisation de la transition énergétique par les collectivités territoriales dépend de leur autonomie financière. Elles ne doivent pas être amenées à réaliser des projets énergétiques en fonction de leur financement mais doivent investir en fonction des besoins de leurs administrés et de leurs ressources énergétiques locales.

¹⁸⁸⁰ En effet, la dotation globale de fonctionnement représente une part importante des ressources des collectivités : 25% pour les communes et établissements publics de coopération intercommunale, 23% pour les départements et 41% pour les régions. La diminution de la dotation globale de fonctionnement entraîne alors des conséquences quant à l'épargne disponible de ces collectivités qui réduisent leurs investissements. En effet, la Caisse des Dépôts le confirme : « *De fait, alors que les dotations de l'Etat aux collectivités locales n'ont jamais autant baissé (-8,6% en 2015 après -3,3% en 2014) et le taux d'épargne des collectivités se dégrade, l'investissement décline lui aussi (-9,6% en 2014, en partie lié au cycle électoral* » (Caisse des dépôts et consignations, « Impact des dotations de l'Etat sur l'investissement des collectivités : une approche économétrique (2001-2013) », *Eclairages*, étude n° 8, septembre 2015).

Chapitre 2. L'autonomie des collectivités territoriales dans le financement de la transition énergétique

674. L'investissement des collectivités territoriales dans la transition énergétique dépend, au même titre que les acteurs privés, de leur information¹⁸⁸¹ et de leur capacité de financement. Or, elles ne maîtrisent aucun de ces deux paramètres.

D'une part, l'organisation centralisée et monopolistique du système énergétique provoque une asymétrie d'information entre les industriels et les acteurs publics¹⁸⁸² entraînant une certaine réticence de ces derniers à investir dans des projets énergétiques dont ils ne maîtrisent pas la gestion¹⁸⁸³. La Cour des comptes souligne, dans son rapport daté de 2013 relatif à *La politique de développement des énergies renouvelables*, l'expertise insuffisante des acteurs publics, tant à l'échelle nationale¹⁸⁸⁴ que locale. La technicité et la centralisation des informations placent les collectivités locales dans une « situation d'asymétrie d'informations vis à vis des industriels, qui peut être source de dérive des dépenses »¹⁸⁸⁵.

D'autre part, la baisse de la dotation globale de fonctionnement, principale dotation étatique aux collectivités locales et la diminution de leurs capacités d'accès au crédit¹⁸⁸⁶ ont entraîné

¹⁸⁸¹ L'information des collectivités territoriales est le fait de signaux « hors-prix », le prix du financement n'étant pas pris en compte par les acteurs publics qui se refinancent à faible coût sur les marchés et n'exigent pas de forte rentabilité pour leurs investissements.

¹⁸⁸² Cette asymétrie d'information n'est pas valable pour toutes les collectivités, nous supposons que les métropoles, étant donné leur taille et leur capacité financière seront au fait de toutes les évolutions en matière énergétique. En revanche, les collectivités locales plus petites et disposant de moindres ressources financières ne disposent pas de moyens pour faire face aux grands industriels ou énergéticiens, et sont réticentes à s'engager à leurs côtés.

¹⁸⁸³ M. Jeulin, A. Delbos, « Le rôle des collectivités territoriales dans le soutien public aux énergies renouvelables, exemples en Europe et en France », *CDC Climat recherche*, novembre 2011, n° 30, p.22 : « L'usage inégal des leviers d'actions ne résulte pas uniquement d'un manque de volonté politique ou de compétences techniques des collectivités locales. Les orientations des politiques industrielles énergétiques nationales qui restent centralisées, l'évolution des modalités de mise en œuvre des dispositifs de soutien et des régimes réglementaires applicables aux filières, délais de publication des mesures d'application des lois environnementales » expliquent également le déficit d'investissement public local énergétique.

¹⁸⁸⁴ L'Etat ne disposerait que d'informations lacunaires et dispersées sur les coûts de production, la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) qui a réalisé sa dernière étude sur les coûts de production d'énergie renouvelable en 2008, s'en remet depuis lors à la Commission de Régulation de l'Énergie et l'ADEME.

¹⁸⁸⁵ C. comptes, *La politique de développement des énergies renouvelables*, rapport public thématique, juillet 2013, p. 63 – 64.

¹⁸⁸⁶ B. Majza, « La marge de manœuvre des collectivités territoriales dans le financement de la transition énergétique », *JCP Energie-Environnement-Infrastructures*, n° 1, janvier 2016, dossier 4 : le recours à l'emprunt est indispensable pour les projets locaux et représente environ 25% de leur budget, or les collectivités locales sont confrontées à une forte diminution de ces prêts bancaires et une augmentation importante de leur coût.

un fort ralentissement de l'investissement local¹⁸⁸⁷. Pour pallier cette diminution de l'investissement, la loi de transition énergétique du 17 août 2015 crée une enveloppe spéciale dédiée à la transition énergétique destinée au financement des projets publics locaux d'énergie renouvelable¹⁸⁸⁸. Le gouvernement a également ouvert une ligne de crédit de cinq milliards d'euros offrant aux collectivités territoriales la possibilité de financer leurs projets énergétiques¹⁸⁸⁹ à un taux avantageux et sur une durée longue¹⁸⁹⁰. Ces fonds publics centralisés permettent aux collectivités locales, sans disposer d'apports initiaux, de réaliser leurs projets énergétiques¹⁸⁹¹.

675. Cependant, le financement de ces projets locaux dépend de critères d'éligibilité qui ne correspondent pas toujours aux réalités locales. Prenons un exemple : les sociétés d'économie mixte locale produisant de l'électricité renouvelable ne sont pas éligibles au prêt croissance verte, destiné à financer les projets de transition énergétique des collectivités locales. Or, ainsi que nous l'avons étudié dans la première partie de notre étude, les collectivités territoriales usent principalement de la société d'économie mixte pour la réalisation de leurs projets énergétiques¹⁸⁹².

676. L'investissement des collectivités territoriales ne peut ainsi dépendre des aides publiques nationales et de leurs critères d'éligibilité. Les collectivités territoriales doivent être financièrement autonomes dans le choix de leurs investissements énergétiques pour réaliser les projets adaptés à leurs réalités locales et leurs ambitions.

¹⁸⁸⁷ Le ralentissement de l'investissement public local est particulièrement visible dans les projets de production renouvelable, en raison du volume de capitaux initiaux nécessaire à la création des infrastructures.

¹⁸⁸⁸ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 20. Cette enveloppe budgétaire alimentera également le fonds national et le fonds chaleur de l'ADEME afin de doubler sa capacité de financement.

¹⁸⁸⁹ L. Van Eeckhout, « Comment sera financée la transition énergétique ? », *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014.

¹⁸⁹⁰ L'emprunt contracté par les collectivités locales pourra s'élever jusqu'à cinq millions d'euros, à un taux de 1,75%, remboursable sur une durée de 20 à 40 années (C. Consigny, « Transition énergétique : quels financements, quels coûts pour les collectivités locales ? », en ligne, disponible sur : Collectivitéslocales.fr, septembre 2014).

¹⁸⁹¹ Ces enveloppes budgétaires s'ajoutent aux sources de financement déjà existantes développées par la banque publique d'investissement, la banque européenne d'investissement ou encore le réseau bancaire.

¹⁸⁹² Au 1^{er} juin 2015, la Fédération des entreprises publiques locales recense la création de 170 entreprises publiques locales dont 142 sociétés d'économie mixte et 28 sociétés publiques locales (Fédération des entreprises publiques locales, *EPLScope 2015*, p. 28).

Cette autonomie financière dépend de leurs ressources financières (section 1). Une fois les fonds disponibles, les collectivités territoriales décident d'investir dans la transition énergétique à travers la constitution de fonds d'investissements public locaux (section 2).

Section 1. Les ressources financières des collectivités territoriales pour la transition énergétique

677. Les collectivités territoriales sont en capacité d'assurer directement le financement de leurs investissements à travers la revente de certificats d'économie d'énergie ou encore par l'émission d'un emprunt obligataire sur les marchés financiers (§1). Toutefois, ces possibilités sont généralement le fait de collectivités territoriales de taille importante telles que les métropoles. Les petites collectivités ne sont pas en mesure de financer directement leurs investissements. Elles font alors le choix de se rassembler entre elles et de créer une structure intermédiaire, suffisamment importante pour avoir accès aux liquidités, notamment offertes par le marché (§2).

§1. Le financement direct des investissements locaux

678. Selon le Conseil économique, social et environnemental, plusieurs causes expliquent la situation de ralentissement de l'investissement public des collectivités territoriales¹⁸⁹³ : la situation économique générale diminuant leurs ressources et augmentant leurs dépenses notamment sociales, les échéances électorales qui ont tendance à avoir un impact négatif sur les volumes d'investissement locaux, la réforme territoriale en cours de réalisation et la baisse des dotations de l'Etat. Pour répondre aux objectifs d'efficacité énergétique et de production renouvelable, elles ont alors eu recours à l'endettement pour financer leurs politiques publiques énergétiques. Cependant, à la suite de la crise économique et financière de 2008, l'offre de crédits bancaires s'est resserrée du fait de la dégradation des conditions de marché, de la reconfiguration de l'offre de financement et des évolutions réglementaires avec la transposition des règles du Comité de Bâle¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹³ D. Ridoret, *Encourager l'investissement public des collectivités territoriales*, Les avis du conseil économique, social et environnemental, 20 juillet 2015.

¹⁸⁹⁴ B. Saugey, *Relations avec les collectivités territoriales*, Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de finances pour 2014 adopté par l'Assemblée Nationale, t. XVIII, Sénat, p. 34.

679. Les collectivités territoriales se sont alors appropriées des outils de financement, initialement destinés aux opérateurs économiques pour assurer le financement de leurs investissements, notamment énergétiques : les certificats d'économie d'énergie et les obligations vertes.

Crée par la loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique en 2005¹⁸⁹⁵, les certificats d'économie d'énergie « *incitent les fournisseurs d'énergie à promouvoir l'efficacité énergétique auprès de leurs clients en leur imposant une obligation triennale de réalisation d'économies d'énergie, calculée en fonction de leur poids dans les ventes d'énergie* »¹⁸⁹⁶. Ce dispositif oblige les fournisseurs énergétiques à la réalisation d'actions de maîtrise de l'énergie à destination des consommateurs finaux. Dispositif réservé aux fournisseurs d'énergie, le certificat d'économie d'énergie est désormais utilisé par les collectivités territoriales pour financer leurs projets énergétiques (A).

Depuis la suppression de la tutelle administrative par les lois du 2 mars et du 22 juillet 1982, les collectivités territoriales sont libres de souscrire un emprunt mais elles ont peu recours à l'emprunt obligataire, contrairement à l'Etat. Cependant la diminution de l'accès au crédit auprès des établissements bancaires traditionnels¹⁸⁹⁷ les a encouragées à se financer sur le marché. La création des obligations vertes permet aux collectivités de financer exclusivement leurs projets énergétiques et environnementaux (B).

A. Le financement en fonds propres par la revente de certificats d'économie d'énergie

680. Le certificat d'économie d'énergie désigne « *un outil mixte qui associe une obligation réglementaire sous forme d'un objectif fixé par les pouvoirs publics et le jeu du marché, en laissant les obligés choisir la forme de leurs actions pour remplir l'obligation* »¹⁸⁹⁸. Ce dispositif

¹⁸⁹⁵ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art.14.

¹⁸⁹⁶ C. comptes, *Les certificats d'économie d'énergie*, octobre 2013, p. 9.

¹⁸⁹⁷ B. Majza, *op.cit.*

¹⁸⁹⁸ C. comptes, *op.cit.*

repose sur l'idée que les fournisseurs d'énergie disposent d'une meilleure connaissance des gisements d'économie d'énergie¹⁸⁹⁹ et ainsi qu'une obligation de réalisation d'économies d'énergie peut leur être imposée.

681. L'article 14 de la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique crée des « *obligés* » soumis à des obligations de réalisation d'économies d'énergie¹⁹⁰⁰ : les vendeurs de carburants automobiles et les vendeurs d'électricité, de gaz, de fioul domestique, de chaleur ou de froid aux consommateurs finaux. Le volume de cette obligation est fixé individuellement au prorata des ventes d'énergie de ces obligés aux consommateurs finaux¹⁹⁰¹. La réalisation de ces objectifs d'économies d'énergie donne lieu à la délivrance par l'autorité publique d'un titre justifiant de l'accomplissement par l'obligé de ses obligations. Chaque fournisseur énergétique est tenu de réaliser un certain volume d'économies d'énergie auprès des consommateurs finaux pour une période déterminée. A l'issue de ce délai, les fournisseurs énergétiques sont tenus de produire les certificats attestant de la réalisation de leur obligation¹⁹⁰². Si les obligés ne peuvent justifier de l'acquittement de leurs obligations par la production des certificats, ils peuvent toutefois les acheter sur le marché de revente des certificats d'économie d'énergie.

682. Le décret du 29 décembre 2010 relatif aux certificats d'économie d'énergie établit trois types d'actions pouvant donner lieu à l'obtention de ces certificats : des opérations standardisées définies par arrêté ministériel, des opérations spécifiques ou le financement de programmes d'efficacité énergétique¹⁹⁰³. La contribution à des programmes d'efficacité énergétique destinés aux

¹⁸⁹⁹ C. comptes, *op.cit.* : « *Ce mécanisme repose sur l'hypothèse que les obligés sauront développer les actions les plus rentables et atteindre les gisements importants d'économie d'énergie du secteur diffus avec plus d'efficacité que grâce aux autres dispositifs (taxes, normes, subvention), avec lesquels ils se cumulent toutefois souvent* ».

¹⁹⁰⁰ C. ener., art. L. 221-1 : la réalisation de ces économies d'énergie peut être directe ou indirecte par la promotion d'actions d'économies d'énergie auprès des consommateurs finaux.

¹⁹⁰¹ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 14.

¹⁹⁰² A défaut, une mise en demeure leur est adressée pouvant aboutir au paiement de pénalités pour se libérer de l'obligation. Par ailleurs, le dispositif des certificats d'économie d'énergie ne peut être regardé comme une aide d'Etat, car ils n'ont pas de « *valeur en tant que tels pour les bénéficiaires par rapport à l'Etat* » (CE, 9 mars 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n° 37547, *Rec. T.*).

¹⁹⁰³ Décret n° 2010-1664 du 29 décembre 2010 relatif aux certificats d'économie d'énergie, art. 2.

ménages en situation de précarité donne également lieu à la délivrance de certificats¹⁹⁰⁴. Ainsi, depuis 2006, les fournisseurs obligés ont développé plusieurs programmes pour honorer leurs obligations d'économies d'énergie en « *combinant divers conseils et aides financières, et prenant des formes différentes, de la création de réseaux de professionnels (Bleu Ciel, Dolce Vita) au versement direct de prime à l'investisseur* »¹⁹⁰⁵.

683. Depuis la création de ce dispositif en 2005, trois périodes se sont succédées dont les résultats sont extrêmement encourageants. Au cours de la première période, de 2006 à 2009, l'objectif initial des certificats d'économies d'énergie a été dépassé de plus de 20%. Les objectifs de la deuxième période instituée par la loi portant engagement national pour l'environnement du 3 août 2009, six fois plus élevés que ceux de 2006, ont également été dépassés de près de 33%. La loi de transition énergétique fixe les objectifs de la troisième période¹⁹⁰⁶. Ces certificats fournis par les obligés témoignent de la réalisation d'opérations d'efficacité énergétique supérieures aux objectifs fixés. Toutefois, la Cour des comptes souligne dans son rapport sur *Les certificats d'économie d'énergie* réalisé en 2013, que les économies d'énergies réalisées grâce à ce dispositif sont difficilement mesurables car elles reposent sur la base de chiffrage d'opérations standardisées, elles-mêmes calculées à partir d'hypothèses¹⁹⁰⁷. Ce dispositif a donc des conséquences difficilement individualisables¹⁹⁰⁸.

684. La possibilité pour les obligés d'acheter ces certificats sur un marché permet aux collectivités territoriales de valoriser économiquement leurs opérations d'efficacité énergétique. En effet, ce dispositif est également ouvert aux acteurs réalisant des actions d'efficacité énergétique

¹⁹⁰⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art.30 : les obligés « *sont également soumis à des obligations d'économies d'énergie spécifiques à réaliser au bénéfice des ménages en situation de précarité énergétique* ».

¹⁹⁰⁵ C. comptes, *op.cit.*, p. 10

¹⁹⁰⁶ ADEME, *Les certificats d'économie d'énergie – dispositif 2015-2017*, p. 3

¹⁹⁰⁷ Décret n° 2010-1664 du 29 décembre 2010 relatif aux certificats d'économies d'énergie : « *La valeur des certificats d'économies d'énergie attribuées à une opération correspond à la somme des économies d'énergie annuelles réalisées durant la durée de vie du produit ou la durée d'exécutif du contrat de service. La situation de référence de performance énergétique utilisée pour le calcul des certificats d'économies d'énergie correspond à l'état technique et économique du marché du produit u du service à la date la plus récente pour laquelle les données sont disponibles* ».

¹⁹⁰⁸ C. comptes, *op. cit.*, p. 62 : « *Il est très difficile de mesurer l'efficacité spécifique de chacun, notamment la part des actions de sensibilisation, d'information et de communication qui ont un effet transversal complémentaire à tous les autres outils. Ainsi les mêmes CEE pourront avoir un impact très différent selon que la maîtrise de l'énergie sera ou non un sujet prioritaire aux yeux des acteurs en fonction notamment de l'implication des pouvoirs publics* ».

sans être soumis à une obligation de résultat, appelés éligibles. La loi de programmation du 13 juillet 2005 dispose que les collectivités publiques¹⁹⁰⁹, l'Agence nationale de l'habitat et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux, peuvent obtenir des certificats d'économie d'énergie s'ils réalisent des économies d'énergie¹⁹¹⁰. La loi relative à la transition énergétique pour une croissance verte du 17 août 2015 ajoute à la liste des éligibles, les sociétés publiques locales, les sociétés d'économie mixte, et les sociétés d'économie mixte à opération unique dont l'objet « *inclut l'efficacité énergétique ou fournit un service de tiers-financement* »¹⁹¹¹.

685. Les certificats d'économie d'énergie constituent une opportunité pour les collectivités territoriales : d'une part, des opérations d'efficacité énergétique sont réalisées à leur bénéfice par les fournisseurs d'énergie¹⁹¹² et d'autre part, la réalisation d'opérations d'efficacité énergétique qu'elles effectuent auprès des consommateurs finaux d'énergie leur permet d'obtenir des certificats qu'elles sont admises à revendre sur le marché pour obtenir des liquidités¹⁹¹³. Ce marché, contrairement à celui du carbone, est un marché de gré à gré où « *la valeur du certificat est négociée entre partenaires obligés et éligibles* »¹⁹¹⁴. Les certificats d'économie d'énergie « *s'avèrent être un levier*

¹⁹⁰⁹ Décret n° 2010-1664 du 29 décembre 2010 relatif aux certificats d'économies d'énergie : l'emploi du terme « collectivités publiques » dans le cadre des certificats d'économies d'énergie désigne les collectivités territoriales, leur groupement ou un de leurs établissements publics. L'Etat et ses établissements publics ne sont pas éligibles au dispositif.

¹⁹¹⁰ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 15

¹⁹¹¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, art. 30

¹⁹¹² Une obligation d'exemplarité pèse sur les personnes publiques qui, pour encourager les investissements dans la rénovation énergétique, doivent s'y engager en priorité. De plus, les consommations énergétiques des bâtiments sont telles que les objectifs d'économies d'énergies sont rapidement atteints (ADEME, *Les chiffres clés du bâtiment*, 2013). Ainsi, le dispositif des CEE permet à la collectivité locale de faire financer en partie ses projets d'efficacité énergétique par un ou plusieurs obligés en contrepartie de la cession de son droit aux CEE. Un partenariat est ainsi créé entre obligés et éligibles dont la constitution est exemptée des règles de la commande publique s'il y a une équivalence financière entre la participation financière de l'obligé et les CEE cédés, une absence de prestations de service annexes ou complémentaires auprès de la collectivité territoriale et si la participation financière n'intervient qu'après la fin des travaux. Lorsque les entreprises réalisent des travaux à titre onéreux et sont rémunérées par des CEE, le contrat répond aux critères des marchés publics de travaux et par conséquent soumis aux règles de la commande publique (« Quelles sont les règles de la commande publique à respecter par les collectivités territoriales qui souhaitent recourir au dispositif des certificats d'économies d'énergie ? », en ligne, disponible à : <http://www.developpement-durable.gouv.fr> consulté le 22 janvier 2017).

¹⁹¹³ La collectivité peut également faire le choix de conserver ces certificats d'économies d'énergie valables pour trois périodes afin de les valoriser ultérieurement.

¹⁹¹⁴ ADEME, *Les certificats d'économie d'énergie – dispositif 2015-2017*, p. 8 ; égal. loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 15.

financier potentiel supplémentaire au service des projets de maîtrise de l'énergie des collectivités »¹⁹¹⁵. La revente de ces certificats permet aux collectivités territoriales de disposer de fonds propres pour financer leurs investissements énergétiques. Elles peuvent également avoir recours à l'endettement en levant des fonds sur les marchés financiers pour assurer le financement de leur transition énergétique.

B. Le recours à l'emprunt obligataire

686. Les obligations correspondent à des titres négociables conférant des droits de créance à son détenteur¹⁹¹⁶. Les obligations vertes désignent des titres de créance émis sur un marché par des acteurs privés et publics, Etat et collectivités territoriales¹⁹¹⁷, pour le financement d'infrastructures nécessaires à la transition écologique et énergétique¹⁹¹⁸. La qualité d'obligations vertes exige le respect de deux conditions : les projets financés doivent avoir un « *caractère vert* »¹⁹¹⁹ et un rapport sur les investissements financés par ces obligations doit être produit à destination des créanciers¹⁹²⁰.

687. A l'exception de ces deux conditions, l'émission d'obligations vertes locales suit les mêmes règles que les emprunts obligataires classiques des collectivités territoriales sur le marché. La compétence des collectivités territoriales pour réaliser des emprunts par voie de souscription publique est prévue par le code général des collectivités territoriales aux articles L. 2337-3 pour la commune, L. 3336-1 pour le département et L. 4333-1 pour la région. Les contrats relatifs aux émissions obligataires, contrat de droit privé entre souscripteur et émetteur, ne sont pas soumis au

¹⁹¹⁵ ADEME, *op. cit.*

¹⁹¹⁶ C. monét. fin, art. L. 213-5.

¹⁹¹⁷ Commissariat général au développement durable, « Les obligations vertes au service de la transition énergétique et écologique », *Théma*, septembre 2016.

¹⁹¹⁸ Les obligations vertes ont pour objet de financer des investissements qui comportent un bénéfice environnemental ou réduisent la vulnérabilité à des changements environnementaux (M. Jeulin, A. Delbosc, « Le rôle des collectivités territoriales dans le soutien public aux énergies renouvelables, exemples en Europe et en France », *CDC Climat recherche*, novembre 2011, n° 30).

¹⁹¹⁹ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-obligations-vertes.html> consulté le 22 janvier 2017.

¹⁹²⁰ Le financement de projets par des obligations classiques n'exige pas la production d'un rapport spécifique.

contrôle de légalité exercé par l'autorité préfectorale¹⁹²¹. Toutefois, la délibération autorisant l'émission doit lui être transmise en application de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales¹⁹²².

688. Les collectivités territoriales sont également soumises au code monétaire et financier lorsqu'elles émettent des obligations. L'article L. 412-1 du code monétaire et financier dispose que « *sans préjudice des autres dispositions qui leurs sont applicables, les personnes ou les entités qui procèdent à une offre au public de titres financiers ou à une admission de titres financiers aux négociations sur un marché réglementé doivent, au préalable publier et tenir à la disposition de toute personne intéressée un document destiné à l'information du public portant sur le contenu et les modalités de l'opération qui en fait l'objet, ainsi que sur l'organisation, la situation financière et l'évolution de l'activité de l'émetteur et des garantis éventuels des titres financiers qui font l'objet de l'opération* »¹⁹²³. Les collectivités territoriales qui émettent¹⁹²⁴ un emprunt obligataire sur le marché¹⁹²⁵ sont soumises à ces dispositions. L'information du public est réalisée par la publication d'un prospectus¹⁹²⁶ visé par l'Autorité des marchés financiers informant sur les titres et la qualité de l'émetteur¹⁹²⁷ (à savoir son activité, ses risques, sa situation financière et ses résultats)¹⁹²⁸. Une fois l'information du public réalisée, les collectivités locales lancent un appel d'offres « *informel auprès de plusieurs banques* »¹⁹²⁹ afin de sélectionner un chef de file du syndicat bancaire qui émettra les titres de créances sur le marché. La composition du syndicat validée par l'émetteur, un contrat de

¹⁹²¹ CGCT, art. L. 2131-4.

¹⁹²² Les délibérations du conseil municipal sont transmises au préfet à l'exception des délibérations relatives.

¹⁹²³ C. monét. fin, art. L. 412-1.

¹⁹²⁴ C. monét. fin, art. L. 451-1-1 : « *Un émetteur est une personne ou une entité dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou dont les titres financiers sont représentés par des certificats admis aux négociés sur un marché réglementé* ».

¹⁹²⁵ C. monét. fin, art. L. 451-1-2 : « *Les émetteurs français dont des titres de capital ou des titres de créance dont la valeur nominale est inférieure à 1000 euros et qui ne sont pas des instruments du marché monétaire, dont l'échéance est inférieure à douze mois sont admis aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen* ».

¹⁹²⁶ Le prospectus peut être unique pour chaque émission de titres ou être un prospectus de base, établi annuellement et complété à chaque admission à la cote (publication des cours des valeurs cotées sur le marché français) de titres.

¹⁹²⁷ Autorité des marchés financiers, *Le prospectus*, mars 2007, p. 1 : les informations fournies doivent être « *complètes, compréhensibles et cohérentes* ».

¹⁹²⁸ Un résumé peut être demandé en plus du prospectus lorsque les obligations ont une valeur nominale inférieure à 100 000 euro sur un marché réglementé.

¹⁹²⁹ <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/emissions-obligataires> consulté le 27 janvier 2017.

prise ferme¹⁹³⁰ est conclu entre la collectivité territoriale et le syndicat de placement qui s'engage à faire souscrire le montant total de l'emprunt¹⁹³¹ en contrepartie d'une commission de placement¹⁹³². Un contrat de service financier est également signé entre l'émetteur et un agent payeur¹⁹³³ pendant la durée de l'émission des obligations, pour la gestion des modalités du service financier de l'emprunt. Cette procédure est valable pour les émissions d'obligations classiques comme pour les émissions d'obligations vertes des collectivités territoriales¹⁹³⁴.

689. Les premières obligations vertes ont été émises en 2007 par la Banque Européenne d'Investissement pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique¹⁹³⁵. L'année suivante, la Banque Mondiale a également émis ses premières obligations vertes¹⁹³⁶. Le marché des obligations vertes a connu un essor important en quelques années : estimées à 13 milliards de dollars en 2013, ces obligations représentent désormais 48 milliards en 2015 et devraient atteindre 100 milliards de dollars en 2016¹⁹³⁷. Les obligations vertes constituent une « *alternative d'accès au financement des projets à visée environnementale* »¹⁹³⁸.

¹⁹³⁰ C. monét. fin., art. D. 321-1.

¹⁹³¹ Les membres du syndicat de placement s'engagent solidairement à faire souscrire à la totalité de l'emprunt. A défaut, ils s'engagent à souscrire eux-mêmes le montant non souscrit de l'emprunt.

¹⁹³² Deux conditions sont nécessaires à la qualification de ce contrat de placement : un service rendu à l'émetteur et la recherche, directe ou indirecte, de souscripteurs ou acquéreurs.

¹⁹³³ L'agent payeur est un opérateur économique qui paie des intérêts ou attribue le paiement d'intérêts au profit immédiat d'une personne qualifiée de bénéficiaire effectif, que cet opérateur soit le débiteur de la créance produisant les intérêts ou la personne chargée du paiement des intérêts par le débiteur (Bulletin officiel des finances publiques, 12 septembre 2012).

¹⁹³⁴ D. Da Palma, S. Nouri-Meshkati, « Emprunts obligataires : un financement en vogue », *La Gazette des communes*, 8 juin 2015, pp. 54-55.

¹⁹³⁵ En 2016, les obligations vertes émises par la Banque européenne d'investissement lui ont permis de lever 15 milliards d'euros.

¹⁹³⁶ A. Klöpfer, « Le marché des obligations vertes franchit la barre des 20 milliards de dollars », Communiqué de presse, La Banque Mondiale, 23 juillet 2014 en ligne, disponible à : <https://blogs.worldbank.org/voices/fr/le-marche-des-obligations-vertes-franchit-la-barre-des-20-milliards-de-dollars> consulté le 22 janvier 2017.

¹⁹³⁷ Estimations fournies par Climate Bonds Initiative 2016 citées par I. Shishlov, « Green Bonds : Challenges and opportunities », *Institute for climate economics*.

¹⁹³⁸ *Ibid.*

690. En France, la moitié des émissions vertes proviennent d'acteurs privés¹⁹³⁹ : les banques privées¹⁹⁴⁰ et les grandes entreprises énergétiques (EdF, Engie notamment)¹⁹⁴¹. Les collectivités ont été les premières institutions publiques à émettre des obligations vertes¹⁹⁴². Ainsi, dès 2012, les régions Ile de France¹⁹⁴³, Nord-Pas-de-Calais et Provence-Alpes-Côte-D'azur ont eu recours à cet outil. Les régions sont alors considérées comme les plus aptes à en assurer la gestion¹⁹⁴⁴, les obligations vertes « *imposant des coûts fixes qui ne les rendent intéressantes qu'à partir de volumes importants. Il faut donc une taille critique et des compétences financières solides* »¹⁹⁴⁵.

691. Les emprunts obligataires émis par les collectivités publiques répondent alors aux exigences de maîtrise de risque des investisseurs à savoir une longue maturité des obligations et une bonne notation des émetteurs¹⁹⁴⁶, limitant fortement le risque d'investissement. Par ailleurs, la nature socialement responsable de l'emprunt attire les investisseurs, souhaitant s'investir plus ou moins directement dans la transition énergétique¹⁹⁴⁷.

¹⁹³⁹ En juin 2016, 32% des émissions d'obligations vertes étaient réalisées par des entreprises et 28% par des banques commerciales d'après le Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer.

¹⁹⁴⁰ HSBC France a émis sa première obligation verte en novembre 2015, à hauteur de 500 millions d'euros sur une durée de 5 ans, pour financer les projets d'énergie renouvelables, d'efficacité énergétique, de transports propres et de bâtiments durables (*Les Echos*, HSBC émet sa première obligation verte, 26 novembre 2015).

¹⁹⁴¹ Dès 2013, EdF a émis des obligations vertes qui lui ont permis de lever 1,4 milliards d'euros pour financer une dizaine de projets éoliens et photovoltaïques (A. Dumas, « EDF émet sa deuxième obligation verte pour 1,25 milliard de dollars », *L'usine nouvelle*, 08 octobre 2015 ; égal. L. Boisseau, « EDF se distingue sur le marché des green bonds », *Les Echos*, 08 octobre 2015).

¹⁹⁴² L'Etat français emprunte la même voie en émettant sa première obligation verte au début de l'année 2017. Cet emprunt de 7 milliards d'euros d'obligations vertes est une référence par sa taille et sa maturité de 22 ans (I. Couet, « La France a levé 7 milliards pour sa première obligation verte », *Les Echos*, 24 janvier 2017). La levée de fonds réalisée par cette obligation nationale alimente les dépenses de l'Etat et du Programme d'Investissement d'Avenir pour les actions contre le changement climatique et la pollution, et pour la protection de la biodiversité (Agence France Trésor, « Lancement de l'OAT Verte 1,75% 25 juin 2039 », Communiqué de presse, 24 janvier 2017).

¹⁹⁴³ Lorsque la région Ile de France lance sa première obligation verte, le succès a été très rapide : en moins d'une demi-heure, la région qui visait 200 millions de prêts a « vu son carnet d'ordre atteindre près de 620 millions d'euros » (CDC Climat Recherche, « Financer la transition vers une économie verte par les obligations : un grand bond en avant ? », *Point Climat*, n° 14, mai 2012 ; égal : X. Frison, « L'Ile-de-France emprunte responsable », disponible en ligne : <https://www.iledefrance.fr/ile-france-emprunte-responsable> consulté le 27 janvier 2017).

¹⁹⁴⁴ L'attribution de compétences économiques à la région légitime également son rôle dans l'émission et la gestion de ces obligations vertes.

¹⁹⁴⁵ C. Barbière, « Les régions s'emparent des obligations vertes », disponible en ligne : Euractiv.fr, 8 octobre 2015.

¹⁹⁴⁶ Une collectivité territoriale ne peut, théoriquement, pas être en situation de faillite car elles ne peuvent présenter un budget en déséquilibre et ne peuvent voter de déficit ni pour le fonctionnement, ni pour l'investissement (CGCT, art. L. 1612-4).

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*

692. Cependant, l'émission d'obligations sur le marché suppose d'importants besoins de financement et une bonne notation de la part des agences appréciant le risque de solvabilité financière, ce qui rend ce marché peu accessible aux petites et moyennes collectivités¹⁹⁴⁸. L'accès à cette ressource financière exige alors de ces collectivités de se rassembler pour émettre des obligations couvrant un important besoin en financement et une notation attirant les investisseurs. L'intercommunalité trouve toute sa légitimité pour les collectivités qui ne se trouvent pas dans une situation similaire à celle de la ville de Paris¹⁹⁴⁹. En effet, par la concentration des compétences et des besoins locaux, l'intercommunalité permet de s'affranchir des barrières d'accès au marché obligataire et d'assurer rapidement une levée de fonds.

693. Les collectivités territoriales ne pouvant se prévaloir de leur structure intercommunale pour avoir accès aux marchés financiers peuvent créer un établissement de crédit rassemblant plusieurs collectivités. Cet établissement de crédit émet alors à la place de ses collectivités adhérentes des emprunts obligataires correspondant aux exigences du marché, destinés à financer leurs investissements locaux.

§2. Le financement indirect des investissements locaux : la création d'établissements de crédit

694. L'émission d'obligations vertes dépendant d'importants besoins de financement et d'une bonne notation de la part des agences, les petites et moyennes collectivités ne peuvent y recourir directement. La création d'une agence de financement intermédiaire, réunissant plusieurs collectivités locales, leur permet alors de contourner cette barrière à l'entrée sur le marché et d'optimiser le coût de financement grâce à la mutualisation des volumes et des risques¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁸ La Ville de Paris a ainsi émis en 2015 sa première obligation verte à hauteur de 300 millions d'euros (*Les Echos*, « Paris emprunte 300 millions d'euros pour sa transition verte », 13 novembre 2015).

¹⁹⁴⁹ C. Chevrier, « La communauté d'agglomération de Saint-Quentin-en-Yvelines lève 20 millions d'euros », *La Gazette des communes*, 28 novembre 2012 ; égal. R. Richard, « Retour sur le succès de l'emprunt obligataire de Cergy-Pontoise », *La Gazette des communes*, 20 septembre 2012.

¹⁹⁵⁰ Le rassemblement des collectivités territoriales pour l'émission d'emprunts obligataires sur le marché leur permet une meilleure notation par les agences, car les risques sont diminués en raison de leur diversification (une garantie est apportée pour chaque collectivité territoriale et l'Agence France locale dispose également d'une garantie pour les emprunts obligataires qu'elle émet).

695. L'article L. 1611-3-1 du code général des collectivités territoriales dispose que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent souscrire des emprunts¹⁹⁵¹ auprès d'établissements de crédit ou de sociétés de financement¹⁹⁵². L'établissement de crédit désigne toute personne morale effectuant au titre de sa profession habituelle des opérations de banque¹⁹⁵³, c'est-à-dire la réception de fonds remboursables du public, des opérations de crédit¹⁹⁵⁴ et des services bancaires de paiement¹⁹⁵⁵. Sont considérés par le code monétaire et financier comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne recueille d'un tiers notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, charge à elle de les restituer¹⁹⁵⁶. Ces établissements peuvent également prendre et détenir des participations dans des entreprises existantes ou en création¹⁹⁵⁷.

696. Partant du constat du resserrement de l'offre de crédit aux collectivités locales¹⁹⁵⁸, le législateur a offert aux collectivités la possibilité de créer leur structure de financement pour répondre à leurs besoins d'investissements¹⁹⁵⁹. A l'initiative de l'Association des maires de France, de l'Association des communautés urbaines de France et de l'Association des maires des grandes villes de France, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juillet 2013 permet aux collectivités locales et à leurs établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, de créer une entreprise publique locale de financement¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵¹ Plusieurs conditions sont requises : l'emprunt est libellé en euros ou en devises étrangères (avec un contrat de change dans ce cas précis), le taux d'intérêt peut être fixe ou variable et la formule d'indexation des taux variables doit être simple ou prévisible pour l'estimation des charges financières des personnes publiques locales souscripteurs.

¹⁹⁵² Les sociétés de financement exercent la même activité que les établissements de crédits à l'exception de la réception de fonds du public (Landrot, « Le nouveau statut de société de financement bénéficiera d'un système prudentiel adapté », *L'AGEFI Quotidien*, 27 juin 2013).

¹⁹⁵³ C. monét. fin, art. L. 511-1.

¹⁹⁵⁴ C. monét. fin, art. L. 313-1 : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie »

¹⁹⁵⁵ C. monét. fin, art. L. 311-1.

¹⁹⁵⁶ C. monét. fin, art. L. 312-2.

¹⁹⁵⁷ C. monét. fin, art. L. 511-2.

¹⁹⁵⁸ v. en ce sens : B. Saugey, *Relations avec les collectivités territoriales*, Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de finances pour 2014 adopté par l'Assemblée Nationale, Sénat.

¹⁹⁵⁹ C. monét. fin, art. L. 525-1.

¹⁹⁶⁰ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, art. 35.

Les collectivités territoriales se rassemblent alors au sein d'une structure intermédiaire qui émet des émissions obligataires sur le marché pour financer les projets de ses collectivités actionnaires. L'article L. 1611-3-2 du code général des collectivités territoriales dispose que « *les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre peuvent créer une société publique revêtant la forme d'une société anonyme dont ils détiennent la totalité du capital et dont l'objet est de contribuer, par l'intermédiaire d'une filiale, à leur financement. Cette société et cette filiale exercent leur activité exclusivement pour le compte de leurs actionnaires. Cette activité de financement est effectuée par la filiale à partir de ressources provenant principalement d'émissions de titres financiers* ».

697. Ainsi, la fin de l'année 2013 a vu naître le groupe Agence France Locale exerçant une activité de prêts à destination de ses collectivités territoriales actionnaires¹⁹⁶¹. L'Agence France Locale regroupe aujourd'hui 173 collectivités actionnaires¹⁹⁶².

Deux sociétés composent ce groupe. L'Agence France locale - société territoriale assure la gouvernance du groupe dont l'objet est « *de constituer et d'être actionnaire d'une société dont l'objet principal est de contribuer au financement des collectivités territoriales ; de permettre à ses actionnaires de réaliser prioritairement des économies et non de réaliser des bénéfices, de garantir les engagements de l'Agence France Locale* »¹⁹⁶³. L'Agence France Locale, intermédiaire sur le marché de son actionnaire la société territoriale, représente l'établissement de crédit¹⁹⁶⁴. Son objet est précisé par son immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés à savoir « *l'obtention d'un agrément auprès de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution en vue de réaliser tout ou partie des opérations d'octroi des crédits et le cas échéant recevoir du public des dépôts et*

¹⁹⁶¹ Création de l'Agence France Locale le 17 décembre 2013.

¹⁹⁶² Répartition de l'actionariat postérieurement à la réalisation de la onzième augmentation de capital du groupe Agence France Locale au 6 décembre 2016. La commune de Marseille et la métropole de Lyon sont majoritaires avec respectivement 12,2% et 11,5% du capital.

¹⁹⁶³ Extrait d'immatriculation principale au Registre du Commerce et des Sociétés de l'Agence France locale-société territoriale (n° 799 055 629 R.C.S. Paris).

¹⁹⁶⁴ Etablissement de crédit spécialisé agréé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution depuis le 02 décembre 2014.

*autres fonds remboursables*¹⁹⁶⁵, *l'emprunt des fonds par l'émission d'obligations auprès d'investisseurs institutionnels ou de particuliers, la fourniture de prêts aux collectivités* »¹⁹⁶⁶. L'Agence France Locale émet sur le marché des emprunts obligataires pour répondre aux besoins de financement de sa société mère, détenue en totalité par des collectivités territoriales. Son activité de prêts est exclusivement destinée à son actionnaire, l'Agence France Locale – Société Territoriale et à ses collectivités actionnaires. Société publique locale classique, la filiale de financement ne peut réaliser son activité que pour le compte de ses actionnaires¹⁹⁶⁷.

Les petites et moyennes collectivités peuvent ainsi avoir accès au financement par le marché, en entrant au capital de la société territoriale : la collectivité effectue une demande d'adhésion à l'Agence France Locale, verse le montant de son apport initial et souscrit au pacte d'actionnaires¹⁹⁶⁸.

698. Les collectivités territoriales peuvent ainsi financer leurs politiques publiques énergétiques sur leurs fonds propres grâce à la revente de certificats d'économies d'énergie ou par le recours à l'endettement à travers l'émission d'obligations vertes sur le marché. Le recours au marché obligataire permet de lever rapidement des fonds importants à la différence des certificats d'économies d'énergie qui exigent la réalisation d'actions de performance énergétique en amont. Les collectivités locales peuvent ensuite choisir d'investir ces liquidités dans un projet énergétique déterminé ou de constituer un fonds d'investissement local pour développer plusieurs projets énergétiques et accroître le rendement des fonds investis.

¹⁹⁶⁵ La réception de fonds du public ne constitue qu'une possibilité et non pas un objectif de l'agence France Locale.

¹⁹⁶⁶ Extrait d'immatriculation principale au registre du commerce et des sociétés de l'Agence France locale (n° 799 379 649 R.C.S. Lyon)

¹⁹⁶⁷ Conf. à la liberté du commerce et de l'industrie, l'Agence France Locale ne peut profiter de son statut d'établissement bancaire composé uniquement de collectivités locales pour concurrencer les acteurs privés sur l'activité de financement (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, °275531, *Rec.*).

¹⁹⁶⁸ Les produits peuvent être des prêts de long terme (taux fixe ou variable, mise à disposition des fonds immédiate ou différée et amortissement linéaire ou progressif) ou des lignes de trésorerie.

Section 2. Le financement de la transition énergétique locale : le fonds d'investissement public local

699. Le fonds d'investissement correspond à un véhicule financier rassemblant plusieurs investisseurs pour réaliser un investissement commun. L'association d'acteurs permet de mutualiser les coûts de gestion, d'investir des volumes plus importants et de répartir les risques d'investissement entre les souscripteurs.

700. S'appuyant sur le constat de la difficulté pour certaines entreprises d'accéder au financement¹⁹⁶⁹, les collectivités locales ont développé une politique d'investissement à destination des entreprises présentant des « *risques sectoriels importants* »¹⁹⁷⁰. En l'espèce, les activités relatives à la transition énergétique présentent des risques de défaillance importants en raison du délai de retour d'investissement, du volume de capital et de l'instabilité de la réglementation. La création de fonds d'investissement locaux par les collectivités territoriales leur permettrait de répondre aux besoins de ces entreprises énergétiques locales.

701. L'objet d'un fonds d'investissement peut être multiple : l'amorçage, le développement, ou encore l'internationalisation des entreprises dans lesquelles il investit. Dans le cadre de la transition énergétique, la mobilisation de capitaux constitue un enjeu important, tant pour la production d'énergie renouvelable en raison de l'intensité capitalistique que pour la rénovation énergétique dont le retour sur investissement dépend des économies d'énergies réalisées. Le fonds d'investissement créé par les collectivités aura alors une activité de capital risque correspondant à « *la prise de participation temporaire et minoritaire au capital d'entreprises nouvelles ou en création*

¹⁹⁶⁹ E. Guillet parle de « quasi-absence de capital risque accessible aux PME installées en province » (E. Guillet, fasc. 693, « Aménagement du territoire – Politiques des territoires locaux », *JCP A.*, 06 juin 2016, p. 38).

¹⁹⁷⁰ *Ibid.* ; égal. G. Schier, « Capital-risque : le mode d'emploi de la négociation », *L'Expansion Management Review*, 2006/1, n° 120, p. 66-69.

*et peut prendre la forme d'un capital d'amorçage*¹⁹⁷¹, *un capital création*¹⁹⁷² *ou capital développement*¹⁹⁷³ »¹⁹⁷⁴. Eu égard aux besoins financiers des projets énergétiques, ce fonds sera principalement amené à investir en phase d'amorçage pour apporter des fonds à l'entreprise et améliorer sa capacité d'endettement en créant un effet de levier. Dans un second temps, l'internationalisation de ces entreprises pourra être l'objet d'investissements ultérieurs.

702. Le code général des collectivités territoriales autorise la région à participer à des fonds d'investissement conformément à leur compétence de développement économique. L'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales dispose ainsi que les régions peuvent souscrire des parts dans un fonds commun de placement à risque à vocation régionale¹⁹⁷⁵, un fonds de garantie¹⁹⁷⁶ ou encore dans un fonds d'investissement de proximité¹⁹⁷⁷.

L'article L. 214-28 du code monétaire et financier définit le fonds commun de placement à risque comme un fonds d'investissement dont l'actif est constitué pour 50% minimum de titres détenus dans des sociétés non cotées¹⁹⁷⁸. Les souscriptions publiques régionales ne peuvent excéder 50% du montant total d'un fonds commun de placement¹⁹⁷⁹. L'objet, le montant et le fonctionnement du fonds sont déterminés par convention entre les souscripteurs d'une part, et la société gestionnaire d'autre part.

Dérogeant à l'interdiction faite aux communes et leurs groupements de prendre des parts dans des sociétés commerciales, l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales les

¹⁹⁷¹ Correspond à un apport de fonds avant la création des entreprises au stade de définition de leur produit. C'est le premier apport en capital.

¹⁹⁷² Désigne une prise de participation au début de l'activité de l'entreprise et pendant les premières années d'exercice.

¹⁹⁷³ Correspond à la participation à la nouvelle phase de développement d'entreprises matures.

¹⁹⁷⁴ E. Guillet, *op.cit.*

¹⁹⁷⁵ Un fonds commun de placement à risque est un fonds d'investissement dont l'actif est constitué pour 50% minimum de titres détenus dans des sociétés non cotées. Les prises de participation doivent également revêtir un caractère de risque (C. monét. fin, art. L. 214-28).

¹⁹⁷⁶ La région peut verser des dotations à la constitution d'un fonds de garantie auprès d'un établissement de crédit ou d'une société de financement ayant pour objet exclusif de garantir des concours financiers accordés à des entreprises.

¹⁹⁷⁷ Le fonds d'investissement de proximité est une catégorie de fonds commun de placement à risques. Son actif est constitué au minimum par 70% de titres de PME exerçant leurs activités dans des établissements situées dans une zone géographique déterminée (C. monét. fin, art. L. 214-31).

¹⁹⁷⁸ Le fonds commun de placement à risque prend des participations revêtant un risque au capital d'entreprises.

¹⁹⁷⁹ Plusieurs régions peuvent souscrire au fonds.

autorise à souscrire des parts dans un fonds commun de placement, en complément de la région¹⁹⁸⁰. Les intercommunalités et les régions peuvent ainsi souscrire la moitié des parts d'un fonds commun de placement à risque destiné à financer des investissements énergétiques locaux.

Les collectivités territoriales peuvent également investir dans un fonds d'investissement de proximité. Défini à l'article L. 214-31 du code monétaire et financier, le fonds d'investissement de proximité est un fonds commun de placement à risque dont l'actif est constitué pour 70% minimum de titres financiers détenus dans des petites et moyennes entreprises. L'activité de ce fonds d'investissement doit être exercée principalement dans des établissements situés dans la zone géographique choisie par le fonds et limitée au maximum à quatre régions limitrophes. Les parts d'un fonds d'investissement de proximité ne peuvent être détenues à plus de 30% par des personnes morales de droit public et une même personne de droit public ne peut détenir plus de 10% des parts.

703. Si les collectivités territoriales peuvent souscrire à des fonds d'investissements, elles ne peuvent détenir au maximum que la moitié du capital, la moitié restante devant être détenue par des investisseurs privés. Dans le cadre de la transition énergétique, les métiers de banquiers et d'énergéticiens seraient légitimes à prendre part dans ces fonds. Ainsi, un partenariat avec la Caisse des dépôts et consignations ou la Banque publique d'investissement¹⁹⁸¹ pourrait être envisagé. Un tel type permettrait à ces fonds locaux de définir une doctrine d'investissement adaptée aux besoins locaux de la transition énergétique et intégrant une exigence de rentabilité de long terme. La doctrine d'investissement de ces institutions demeurant celle d'un investisseur avisé dans une économie de marché¹⁹⁸² afin d'éviter toute qualification d'aides d'Etat. Le choix d'investissement serait alors guidé par un objectif de rentabilité à moyen et long terme en fonction de l'objet énergétique des

¹⁹⁸⁰ Détentrices de la majorité des compétences énergétiques et au plus près des besoins énergétiques des administrés, les communes et leurs groupements sont légitimes pour souscrire à des fonds d'investissement locaux à objet énergétique.

¹⁹⁸¹ La BPI a lancé un fonds d'investissement dédié aux PME et entreprises de taille intermédiaire actives dans la transition écologique (*L'Expansion*, « Bpifrance lance un fonds dédié à la transition énergétique », 3 juillet 2017). L'on peut imaginer que ce fonds prenne, à terme, des parts dans des fonds d'investissement « semi-publics ».

¹⁹⁸² V. en ce sens : audition de N. Dufourcq, directeur général de la Banque publique d'investissement devant la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire de l'Assemblée Nationale, 15 mai 2013, compte rendu n° 61.

sociétés destinataires. Ainsi, la ville de Paris a décidé de créer avec la Caisse des Dépôts un fonds d'investissement pour financer sa transition énergétique¹⁹⁸³.

704. Le financement de la transition énergétique par les collectivités territoriales à travers la constitution de fonds ou à travers un investissement direct dépend de leurs ressources financières. Les collectivités ne doivent pas être tributaires des subventions nationales pour mettre en œuvre leur politique de financement de la transition énergétique. Elles disposent de nombreux moyens ainsi que nous venons de les évoquer pour trouver les liquidités nécessaires à leurs investissements.

¹⁹⁸³ *L'Obs*, « Paris se dotera d'un fonds pour financer sa transition énergétique », 3 juillet 2017 ; égal. R. Barroux, « Anne Hidalgo : Paris doit être une ville neutre en carbone », interview, *Le Monde*, 3 juillet 2017.

Conclusion générale

705. Entre énergie et territoire, le lien est indissociable. Ainsi la transition énergétique est étroitement liée à l'avenir des collectivités territoriales. L'évolution de l'organisation territoriale modifie les équilibres énergétiques sur lesquels le service public électrique était jusqu'alors bâti. Les collectivités territoriales, par le biais de l'intercommunalité, participent désormais activement à ce service public et n'assument plus uniquement le rôle d'autorités organisatrices. Au plus près des foyers de consommation, l'intercommunalité a toute compétence pour réaliser la transition énergétique. Chaque territoire réussit la transition énergétique selon son potentiel de production et sa consommation énergétiques. La transition énergétique, en réalité, est la somme des transitions énergétiques locales.

706. L'association avec le secteur privé, que ce soit par la constitution de groupes publics énergétiques locaux ou par le recours aux marchés publics, témoigne de l'évolution des modalités de réalisation du service public. En effet, les personnes publiques – Etat et collectivités territoriales - sont désormais encouragées à atteindre des résultats économiques mesurables. Dans un contexte de défiance à l'égard de l'action publique, les services publics, souvent considérés comme peu efficaces et sources de pertes de deniers publics, ne subsistent que s'ils démontrent leur performance. Le recours aux recettes du droit privé et plus généralement de l'entreprise privée, permet au service public énergétique de perdurer, répondant ainsi à la fois aux exigences de l'intérêt général et à celles de la performance économique, désormais l'antienne des politiques publiques.

La transition énergétique exigeant pendant de nombreuses années la mobilisation de compétences techniques et financières, les personnes publiques ne sont pas en mesure de l'assurer seules, elles sont alors amenées à s'associer avec des partenaires privés et à devenir par là même, parfois, opérateurs économiques dans une économie de marché. La satisfaction de l'intérêt général n'est plus portée par les seules entités publiques.

707. Expression de la recomposition du service public, la transition énergétique invite également à s'interroger quant à l'avenir du service public énergétique.

D'une part, grâce aux réseaux intelligents, la gestion de la production et de la consommation énergétiques permettront aux territoires de dimensionner leurs usages en fonction des possibilités offertes par les énergies renouvelables. En outre, les progrès réalisés dans le stockage d'énergie résultant des batteries électriques¹⁹⁸⁴ permettraient les collectivités territoriales de devenir énergétiquement autonomes. Ainsi, elles pourraient répondre aux besoins de consommation électriques de leurs administrés, sans dépendre de l'énergie produite à l'échelle nationale. Aujourd'hui géré à l'échelon national, le service public énergétique deviendrait alors le service public local à part entière.

D'autre part, il pourrait en aller de même du service public de la distribution d'électricité dont le monopole n'est justifié que par l'existence d'une péréquation tarifaire. Il n'est pas certain que ce monopole de distribution puisse se maintenir indéfiniment. Si, cette organisation monopolistique est actuellement acceptée par la Commission européenne, rien ne garantit qu'elle puisse perdurer. La création d'un marché intérieur européen de l'énergie pourrait encourager la Commission européenne à imposer à la France la suppression de ce monopole, qui serait alors considéré comme une entrave à la libre circulation de l'électricité. Dès lors, l'activité de distribution serait assurée localement, comme en Allemagne, soit par des régies et des entreprises publiques locales soit par des entreprises privées.

Dans cette hypothèse, l'activité de distribution, exercée localement par des structures indépendantes, remettrait en question le principe d'égalité assuré par la péréquation tarifaire nationale. Sans doute ces entreprises seraient soumises à des obligations de service public, mais cette organisation décentralisée créerait des ruptures d'égalité entre les territoires et les usagers du service public électrique. Il paraît difficile, en effet, de maintenir le principe d'égalité si l'activité de distribution est fractionnée entre une multitude de distributeurs proposant des services énergétiques différents : le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité, censé couvrir les charges d'exploitation de la distribution d'électricité, serait payé par tous les utilisateurs des réseaux, alors que tous ne disposeraient pas des mêmes services. La suppression du monopole remettrait ainsi en cause le maintien de la péréquation tarifaire et constituerait un risque de rupture du principe d'égalité, fondement du service public.

¹⁹⁸⁴ Aujourd'hui ces batteries sont produites à l'échelle d'une habitation mais demain, elles le seront probablement à l'échelle d'un quartier ou d'une commune.

708. Ces questionnements relatifs à l'évolution du service public énergétique font naître une interrogation plus générale liée à l'organisation territoriale française. Du service public national au service public local, l'organisation du service public électrique témoigne des hésitations entre une organisation territoriale centralisée et décentralisée. Ainsi, afin de respecter le caractère de service public et le principe d'égalité, la gestion de l'énergie est centralisée alors que la réalisation de la transition énergétique est avant tout locale.

709. L'avènement de la transition énergétique conduit à s'interroger sur la pérennité de l'architecture électrique telle qu'on la connaît aujourd'hui et sur l'évolution de l'organisation territoriale, entre décentralisation et centralisation, dans le respect des exigences européennes.

Index

Les entrées d'index ci-après font référence aux numéros de paragraphes.

<hr/>			
A			
Aide d'Etat	285 et s., 626	Chaleur	82 et s., 547, 621
Affectio societatis	273	Charges nettes comptables	407 et s.
Accès régulé à l'électricité nucléaire		Chef de file	88, 138, 538
historique	360	Clause générale de compétence	93 et s.
ADEME	29, 533, 598	Commission nationale informatique et libertés	489
Affaires locales	97 et s.	Communauté d'agglomération	160, 180
Affermage	312	Communauté de communes	148 et s., 160
Aides publiques	144, 290, 585 et s.	Communauté urbaine	166 et s., 201 et s.
Agence nationale de l'habitat	606, 660, 681	Commune nouvelle	210
Allotissement	329 et s.	Complément de rémunération	633 et s.
Autorité organisatrice de la distribution d'électricité	376 et s.	Compte de régulation des charges et produits	413
<hr/>		Compte rendu annuel de concession	436 et s.
B		Compteurs communicants	455, 464, 489, 536
Banque publique d'investissement	547, 580 et s., 700	Concession	220, 302 et s.
Biens		Aménagement	308
Utilité marginale	38	Risque	337, 348 et s.
Libre circulation	357, 382	Service public	320, 345, 355
Biens de la concession	435 et s.	Concession de distribution d'électricité	167, 203, 370 et s.
<hr/>		Conférence	
C		Conférence de Paris	1, 498
Cahier des charges	73, 376, 392	Conférence de Rio	4, 15, 498
Capitaux propres	410 et s., 622	Conférence de Stockholm	13
Certificats d'économie d'énergie	677 et s.	Conférence départementale	435 et s., 486 et s.
		Conférence métropolitaine	198
<hr/>			

Conférence Rio +20	17	Eolien	77, 573, 638
Conférence territoriale de l'action publique	138 et s.	Epargne	558 et s.
Contrôle analogue	250 et s.	Etablissement de crédit	690 et s.
Coordination des investissements	426 et s., 481 et s.	Etablissement public de coopération intercommunale	154 et s.
Courbe de charge	463, 488 et s.	Evaluation des besoins	326 et s.
Crédit d'impôt transition énergétique	604 et s.		
Critères de performance	342		
<hr/>		<hr/>	
<i>D</i>		<i>F</i>	
Délégation de service public	311 et s.	Fiscalité énergétique	562
Délibération	96 et s., 277 et s.	Fonds chaleur	547, 621
Dépendance énergétique	28, 42 et s.	Fonds d'amortissement des charges d'électrification	419, 428
Développement durable	9 et s., 17	Fonds d'investissement	696 et s.
Distribution system operator	454	Fourniture énergétique	62, 217
Diversification	280 et s.	Fusion communale	210 et s.
Donnée énergétique	485 et s.		
Droit au développement	46, 542		
<hr/>		<hr/>	
<i>E</i>		<i>G</i>	
Eclairage public	70, 282	Grenelle de l'environnement	30 et s., 544
Eco-prêt	605 et s.	Groupe intergouvernementale sur l'évolution du climat	14
Ecodéveloppement	3		
Effacement	463 et s.		
Efficacité énergétique	332, 466, 521 et s.		
Energie renouvelable	77		
Entente	446		
Entreprise publique locale	222 et s., 263, 693		
<hr/>		<hr/>	
		<i>H</i>	
		Hydroélectricité	77 et s.
		<hr/>	
		<i>I</i>	
		Informations	433 et s.
		Intercommunalité	148 et s.
		Intérêt public local	98, 243 et s.
		Intermittence	368, 459 et s., 503 et s.

K

Kreditanstalt für Wiederaufbau **578 et s.**

L

Libre administration des collectivités
territoriales **97 et s., 164, 387 et s.**

M

Maitrise d'ouvrage **416 et s.**

Marché de partenariat **314, 340 et s.**

Marché du carbone **39, 565**

Marché public **308 et s.**

Marché public global **335 et s.**

Marché public global de performance **335**

Métropole **182 et s.**

Mission de service public **52, 217, 343 et s.**

Monopole **24, 51, 360, 380 et s.**

N

Nationalisation **52, 73, 364, 377**

O

Objectifs environnementaux **542 et s.**

Obligation de compatibilité **129 et s.**

Obligation de prise en compte **129 et s.**

Obligation de résultat **317, 402, 584**

Obligations vertes **683 et s.**

Occupation privative du domaine public **427**

Open data **456, 485**

Ouverture à la concurrence **51, 358 et s., 386**

Ouvrage public **347**

P

Paquet énergie-climat **31, 459, 498**

Partenariat public privé institutionnalisé **295**

Péréquation tarifaire **372, 389 et s.**

Plan climat air énergie territorial **172, 203**

Plan de déplacements urbain **135, 178**

Plan local d'urbanisme **128 et s., 176 et s.**

Pôle d'équilibre territorial et rural **210**

Précarité énergétique **86, 115, 532 et s.**

Prestations intégrées **234**

Principe d'égalité **389 et s.**

Production énergétique **53, 77 et s., 217**

Programme local de l'habitat **135, 178**

Projet d'aménagement et de développement
durable **177 et s.**

Protocole de Kyoto **16**

Provisions pour renouvellement **438, 479**

Q

Quasi-régie **254 et s.**

R

Raccordement **217, 373, 510**

Rapport		Service d'intérêt économique général	383
Brundtland	3, 12 et s.	Service public énergétique	49 et s.
Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques	615	Service public local de la donnée	485 et s.
Commission de haut niveau sur les prix du carbone	569	Socialisme municipal	245
Global Commission on the Economy and Climate	543	Société d'économie mixte locale	254, 263
Institut de la gestion déléguée	71	Société publique locale	232 et s.
Lambert	109	Stadtwerke	54, 265, 280
Stern	39	Suivi des immobilisations	433
Redevance de concession	428	Syndicat intercommunal	148, 195
Rémunération	315, 348	Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication	436 et s.
Régie	220, 227 et s.	Système d'information géographique	505 et s.
Remunicipalisation	230, 300, 387		
Rénovation énergétique	115, 522 et s.	<hr/>	
Réseaux intelligents	456 et s.	<i>T</i>	
		Tarif d'achat	615 et s.
<hr/>		Tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité	393 et s.
<i>S</i>		Taux d'intérêt	551
Schéma de cohérence écologique	127, 136	Territoire à énergie positive	500
Schéma de raccordement au réseau des énergies renouvelables	127	Tiers-financement	643 et s.
Schéma régional climat, air et énergie	126	Transition	
Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires	125 et s.	écologique	7 et s.
Schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation	142 et s.	énergétique	9 et s.
Schéma régional éolien	129 et s.	TVA à taux réduit	606 et s.
Séparation des activités	58, 217, 359 et s.		
		<hr/>	
		<i>Z</i>	
		Zone de développement éolien	574

Index des principaux arrêts et jugements cités

Le présent index référence, par numéros de paragraphes, les principaux arrêts, jugements et décisions classés chronologiquement par juridictions et autorités administratives indépendantes.

Conseil d'Etat

CE, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, n° 68505 / 72434, *Rec.* **(435)**

CE, 9 novembre 1895, *Ville de Paris*, *Rec.* **(435)**

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n°94580, *Rec.* **(245 ; 263)**

CE, 23 juillet 1909, *Combret* **(319)**

CE, 30 mars 1916, *Cnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928, *Rec.* **(311 ; 348)**

CE, 28 juin 1918, *Heyries*, *Rec.* **(245)**

CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n°61593, *Rec.* **(245)**

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n°45681 **(346)**

CE, 8 juin 1928, *Communes de Barges, Gesincourt, Cemboing et Combeaufontaine c/ société d'intérêt collectif agricole électrique de Ray-Cendrecourt*, *Rec.* **(435)**

CE, sect, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n°06781, *Rec.* **(245)**

CE, Ass., 19 mai 1933, *Blanc*, *Rec.* **(245)**

CE, 9 mai 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, n°92004, *Rec.* **(391)**

CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n°00590 et 02551, *Rec.* **(245)**

CE, Ass, 1^{er} juin 1956, *Canivez*, *Rec.* **(98)**

CE, sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, n°37883, *Rec.* **(245)**

CE, sect., 18 décembre 1959, *Delansormes et autres*, n°22536, *Rec.* **(281)**

CE, sect., 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, n°72002, *Rec.* **(51 ; 217)**

CE, sect, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n°57435, *Rec.* **(245)**

CE, sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce de Nice*, n°42231, *Rec.* **(218)**

CE, 29 avril 1970, *Sté Unipain*, n°77935, *Rec.* **(245)**

CE, Ass., 16 octobre 1970, *Commune de Saint Vallier*, n°71536, *Rec.* **(155)**

CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 / 88148, *Rec.* **(391 ; 399)**

CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, n°87539, *Rec.* **(244)**

CE, 11 décembre 1983, *Ville de Colombes*, n°55972, *Rec.* **(310)**

CE, 14 décembre 1984, *Association Les amis du puits aux images*, n°41065 / 46924, *Rec. T* **(346)**

CE, 20 novembre 1985, *Commune d'Aigues-Mortes*, n°57139, *Rec.* **(98)**

CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or*, n°58463, *Rec.* **(143)**

CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n°51022, *Rec.* **(312)**

CE, sect., 10 février 1988, *Mézy*, n°67019, *Rec.* **(245)**

CE, 11 octobre 1989, *Commune de Gardanne*, n°89628, *Rec.* **(98)**

CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, n°69867 / 72160, *Rec.* **(495)**

CE, sect., avis, 10 avril 1992, *Sté Hofmiller*, n°132539, *Rec.* **(218)**

CE, 10 février 1993, *Ville de la Rochelle*, n°95863, inédit. **(218)**

CE, sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de Polynésie française*, n°112409, *Rec.* **(243)**

CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle*, n°141877 / 146693, *Rec. T* **(264)**

CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron*, n°97449, *Rec.* **(264)**

CE, 7 juin 1995, *Lagourgue et autres*, n°143647 et 143648, *Rec.* **(364)**

CE, 28 juillet 1995, *Villeneuve-d'Ascq*, n°129838, *Rec.* **(97 et s.)**

CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, n°168325, *Rec.* **(350)**

CE, 30 septembre 1996, *Sté stéphanoise des eaux*, n°156176 / 156509, *Rec.* **(218)**

CE, 11 juin 1997, *Département de l'Oise*, n°170069, *Rec.* **(98)**

CE, sect., 3 novembre 1997, *Million et Marais*, n°169907, *Rec.* **(226)**

CE, 10 juin 1998, *SA Leroy Merlin*, n°176920, *Rec.* **(131)**

CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône / commune de La Ciotat*, n°150931, *Rec.* **(352)**

CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n°212054, *Rec.* **(246)**

CE, sect., avis, 16 octobre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec.* **(246)**

CE, avis, 27 octobre 2000, *Mme T*, n° 222672, *Rec.* **(218)**

CE, sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, n°229247, *Rec.* **(102)**

CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons en Baroeul*, n°193716, *Rec.* **(99)**

CE, 27 novembre 2002, *SICAE de la région de Péronne*, n°246764, *Rec. T* **(387)**

CE, Ass, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, n°236442, *Rec.* **(122 ; 388)**

CE, 9 juin 2004, *Association Alsace Nature du Haut-Rhin*, n°254174, *Rec.* **(130)**

CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n°275531, *Rec.* **(246 ; 518)**

CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459, inédit. **(315)**

CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, n° 26454, *Rec.* **(52 ; 217)**

CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, n° 284736, *Rec.* **(233)**

CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n°291794, *Rec. T* **(315 ; 350 ; 397 ; 420)**

CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'informations de santé*, n°300481, *Rec.* **(257)**

CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n°328827, *Rec.* **(257)**

CE, sect. adm., 1^{er} décembre 2009, avis relatif au partenariat public-privé institutionnalisé **(295)**

CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n°306911, *Rec. T.* **(246)**

CE, Ass, avis cont., 29 avril 2010, *M. et Mme Béliгаud*, n°323179, *Rec.* **(347)**

CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n°308564, *Rec.* **(293)**

CE, 19 novembre 2010, *Marc Dingreville et Estelle Dingreville*, n°320169, *Rec. T* **(352)**

CE, 1^{er} février 2012, *SA RTE EDF Transport*, n°338665, *Rec. T* **(427)**

CE, 15 mai 2012, *Association Vent de Colère ! Fédération nationale et autres*, n°324852, inédit. **(574)**

CE, 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, les Verts des Pays-de-la-Loire et autres, Association ACIPA et autres*, n°347073, 347170, 350925, *Rec.* **(632)**

CE, sect. int., avis, 15 novembre 2012, n°387095 **(132)**

CE, 28 novembre 2012, *Société Direct énergie et autres*, n°330548, *Rec. T* **(402)**

CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n°342788, *Rec.* **(322 ; 435 et s.)**

CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n°352917, *Rec. T* **(322)**

CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay la Côte*, n°265079, *Rec.* **(252)**

CE, 4 décembre 2013, *Sté ERDF*, n°369889, *Rec. T* **(438)**

CE, 4 février 2014, *Communauté de communes de Saint-Dizier, Der et Blaise*, n°371121, inédit. **(435)**

CE, 12 novembre 2015, *Société Tonin/Commune de Saint-Saturnin-les Apt*, n°384716, *Rec. T* **(327)**

CE, 6 janvier 2016, *Eiffage construction Alsace Franche-Comté et société Campenon Bernard Franche-Comté*, n°383245, inédit. **(327)**

CE, 9 mars 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°37547, *Rec. T* **(681)**

CE, 15 avril 2016, *Association Vent de Colère !*, n°393721, *Rec.* (574)

CE, 11 mai 2016, *Commune de Douai*, n°375533, *Rec. T* (445)

CE, 20 juin 2016, *Assemblée des départements de France*, n°397366, inédit. (104)

Conseil constitutionnel

Cons. const., 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, n°2000-436 DC (132)

Cons. const., 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n°2004-490 DC (122)

Cons. const., 7 juillet 2005, *Loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique*, n°2005-516 DC (99)

Cons. const., 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*, n°2013-303 QPC (164)

Cons. const., 26 avril 2013, *Commune de Couvrot*, n°2013-315 QPC (164)

Cons. const., 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, n°2014-391 QPC (164)

Cons. const., 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*, n°2016-565 QPC (103 ; 111)

Cons. const., 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre*, n°2016-588 QPC (164)

Tribunal des conflits

T. confl., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, *Rec.* (218)

T. confl., 2 décembre 1968, *Electricité de France c/ Dame veuve Faucher*, n°01919, *Rec. T* (435)

T. confl., 15 octobre 1973, *Barbou*, *Rec.* (218)

T. confl., 11 octobre 1993, *Société centrale sidérurgique de Richemon*, n°02872, *Rec.* (217 ; 347)

T. confl., 12 avril 2010, n°3728, *Electricité réseau distribution de France c/ Michel*, publié au Bulletin (345)

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 23 avril 1991, *Hofner et Elser*, C-41/90, *Rec.* 1991 I-01979 (221 et s.)

CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec.* 1993 I-02533 (383)

CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, *Rec.* 1994 I-01477 (358 ; 384)

CJCE, 23 octobre 1997, *Commission / Italie*, C-158/94, *Rec.* 1997 I-05789 (352)

CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec.* 1999 I-08121 (249 et s.)

CJCE, 7 décembre 2000, *TelAustria et Telefonadress*, C-324/98, *Rec.* 2000 I-10745 (382)

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*

Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, C-280/00, *Rec.* 2003 I-07747 **(631)**

CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, *Rec.* 2005 I-00001 **(249 et s.)**

CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, *Rec.* 2005 I-08585 **(251; 293 ; 350)**

CJCE, 10 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-29/04, *Rec.* 2005 I-09705 **(292)**

CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, C-340/04, *Rec.* 2006 I-04137 **(251)**

CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, *Rec.* 2007 I-02999 **(249 et s.)**

CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, *Rec.* 2008 I-08457 **(251)**

CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SARL/ Commune Di Ponte Nossa*, C-573/07, *Rec.* 2009 I-08127 **(251)**

CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, *Rec.* 2009 I-09913 **(295)**

Autres juridictions

Cour administrative d'appel de Paris, 25 février 2013, n°12PA00593, inédit. **(389)**

Cour administrative d'appel de Paris, 25 mars 2013, *SIPPEREC*, n°10PA04621 **(442)**

Cass, comm, 7 janvier 2014, *Electricité Réseau Distribution France / Groupement agricole d'exploitation en commun de Saint Doué*, n° B12-29.190 **(640)**

Avis et délibérations des autorités administratives indépendantes

Autorité de la concurrence

Aut. concu., décision n°11-D-09 du 8 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité

Aut. concu., décision n°13-DCC-81 du 2 juillet 2013 relative à la création de la Banque publique d'investissement, entreprise commune de l'Etat français et à la Caisse des dépôts et consignations

Aut. concu., décision n°13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque

Aut. concu., avis n°13-A-25 du 20 décembre 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité

Commission de régulation de l'énergie

CRE, 25 avril 2007, avis relatif au projet de décret modifiant divers décrets d'application de la loi n° 2000-1008 du 10 février 2000 modifiée et relatif aux relations entre utilisations de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

CRE, proposition du 26 février 2009 relative aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

CRE, délibération du 3 avril 2013 portant décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTB

CRE, délibération du 28 mai 2013 portant décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT pour la période du 1^{er} août au 31 décembre 2013

CRE, délibération du 25 juillet 2013 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité

CRE, délibération du 13 novembre 2013 portant projet de décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT

CRE, délibération du 2 juillet 2014 portant projet de décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension BT \leq 36kVA

CRE, délibération du 12 juin 2014 portant recommandations sur le développement des réseaux électriques intelligents en basse tension

CRE, délibération du 27 janvier 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie

Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 10 février 2016 sur le différend qui oppose la société Elec'Chantier 44 à la société Electricité Réseau Distribution France relatif aux délais de raccordement provisoire et de déconnexion d'installations de consommation aux réseaux publics d'électricité

CRE, délibération du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité **(470, 472)**

CRE, délibération du 17 mars 2016 portant avis sur le projet de décret relatif au service de flexibilité locale

CRE, délibération du 2 juin 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la confidentialité des informations détenues par les opérateurs exploitant des ouvrages de transport, de distribution ou de stockage de gaz naturel ou des installations de gaz naturel liquéfié et par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité

CRE, délibération du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension BT

CRE, délibération du 19 octobre 2016 portant projet de décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans le domaine de tension HTB

Commission Nationale Informatique et Libertés

CNIL, délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommations détaillées collectées par les compteurs communicants

CNIL, délibération n° 2012-087 du 29 mars 2012 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre d'un système d'information géographique (SIG) et abrogeant la délibération n° 2006-257 du 5 décembre 2006

Commission d'accès aux documents administratifs

CADA, avis n° 20150278 du 5 mars 2015

Bibliographie

Figurent au sein de cette bibliographie, les principales références ayant permis cette étude.

I. Ouvrages

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

- BENCHENDIKH (F.)**, Droit de la coopération intercommunale, Le Moniteur, 2013
- BOUBLI (B.) et al.**, *Urbanisme – Construction*, Memento pratique, Francis Lefebvre, 2016
- BOUVIER (M.)**, *Les finances locales*, Lextenso, L.G.D.J., 2013, 15^{ème} ed.
- BRACONNIER (S.)**, *Droit des services publics*, Thémis droit, PUF, 2007, 2^{ème} ed.
- CHARVERIAT (A.) et al.**, *Sociétés commerciales*, Memento pratique, Francis Lefebvre, 2013
- COLSON (J.-P.), IDOUX (P.)**, *Droit public économique*, Lextenso, L.G.D.J., 2010, 5^{ème} ed.
- CORNU (G.) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, Quadriga, PUF, mai 2008, 8^{ème} ed
- GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif, Droit administratif général*, T1, L.G.D.J., 2001, 16^{ème} ed.
- GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif, Droit administratif des biens*, T2, L.G.D.J., 2008, 13^{ème} ed.
- LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.)**, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis droit, PUF, février 2007, 14^{ème} ed.
- LONG (M.), WEIL (P.) et al.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2009, 17^{ème} ed.
- NICINSKI (S.)**, *Droit public des affaires*, Lextenso, L.G.D.J., 2014, 4^{ème} ed.
- RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 8^{ème} ed.
- RIGAUDIERE (A.)**, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, 3^{ème} ed., Economica, 2006

B. Ouvrages spécialisés

- CHEVALIER (J.-M.)**, *La croissance verte : une solution d'avenir ?*, Les cahiers du Cercle des économistes, Descartes & Cie, PUF, janvier 2013
- CHEVALLIER (J.)**, *Le service public*, Que sais-je, PUF, 2015, 10^{ème} ed.

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, Thémis droit, PUF, octobre 2013, 5^{ème} ed.

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République sous la présidence d'E. Balladur, *Une V^e République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2008

DERDEVET (M.), *Energie, l'Europe en réseaux. Douze propositions pour une politique commune en matière d'infrastructures énergétiques*, *Rapport au président de la République française*, La Documentation française, 2015

GRANDJEAN (A.), **MARTINI (M.)**, *Financer la transition énergétique*, Les éditions de l'atelier, 2016

INSTITUT DE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES, *Florilèges du droit public, Recueil de mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, ed. La Mémoire du Droit

MARCOU (G.) (dir.), *Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Droit et gestion des collectivités territoriales, Le Moniteur, 2013

MAUROUX (S.), **DENIZOT (D.) (dir.)**, *Les communautés au cœur des politiques locales d'énergie*, Etude de l'Assemblée des Communautés de France, septembre 2011

MEADOWS (D.H.), **MEADOWS (D.L.)**, **RANDERS (J.)**, **BEHRENS (W.W.)**, *The limits to growth, A report for The Club of Rome's Project on the predicament of Mankind*, Universe Books, New York, 1972

DIRECTION GENERALE DES COLLECTIVITES LOCALES, *Le guide des sociétés d'économie mixte locales*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, La Documentation Française, 2007

KADA (N.) (dir.), *Les tabous de la décentralisation*, Au fil du débat, Berger-Levrault, 2015

MICHEL (H.), *Intercommunalités et gouvernements locaux, l'exemple des départements de l'ouest de la France*, Logiques Politiques, L'Harmattan, 1999

PERRIN (B.), *La coopération intercommunale, bilan et perspectives*, 2^{ème} éd., Administration locale, Berger –Levrault, 1998

SADRAN (P.), *La République territoriale, une singularité française en question*, Regard d'expert, La Documentation française, 2015

C. Contributions à un ouvrage

BOSBOEUF (P.), DEGREMONT (M.), POUPEAU (F.-M.), « Intercommunal structures and public policies in climate change in France : Quelques enseignements autour d'une enquête de l'ADCF » in **MARCOU (G.), ELLIER (A.-C.), POUPEAU (F.-M.), STAROPOLI (C.)** (dir), *Gouvernance et innovations dans le système énergétique. De nouveaux défis pour les collectivités territoriales*, L'Harmattan, 2015, pp. 121-149

CAILLOSSE (J.), « Chapitre premier. Le service public est mort ! Vive le service public » in **CAILLOSSE (J.)** (dir.), *L'imaginaire de l'administration*, PUF, coll. Les voies du droit, 2008, pp. 27-75

DELVOLVE (P.), « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence » in *Quel avenir pour les entreprises publiques ?*, Cahiers des sciences morales et politiques, PUF, 2001, pp. 51-72

FAVOREU (L.), ROUX (A.), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? » in *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales*, Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°12, mai 2002

POUPEAU (F.-M.), « Le service public territorialisé, nouveau modèle de gouvernance des grands réseaux de service public en France » in **BOUAL (J.-C.), BRACHET (P.), HISZKA (M.)** (dir.), *Les services publics en Europe. Pour une régulation démocratique*, Publisud, coll. L'observatoire des sociétés, 2007, pp. 109-117

PROTIERE (G.), « Intérêt public local et politique » in **KADA (N.)** (dir.), *L'intérêt public local, Regards croisés sur une notion juridique incertaine*, Presses universitaires de Grenoble, juin 2009, pp. 51-60

D. Thèses

BAZIN (J.-F.), *La création du ministère de la protection de la nature et de l'environnement : essai sur l'adaptation de la structure gouvernementale à une mission nouvelle*, Thèse, Dijon, 1973

BERGAENTZLE (C.), *Smart grids et efficacité des systèmes électriques : instruments de régulation et impacts de la gestion de la demande*, Thèse, Sciences économiques, Université Grenoble – Alpes, 23 juin 2015

CHENAILLER (H.), *L'efficacité d'usage énergétique : pour une meilleure gestion de l'énergie électrique intégrant les occupants dans les bâtiments* », Thèse, Génie électrique, Université de Grenoble, 7 août 2006

DARSON (A.), *Transition énergétique et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables*, Thèse, Droit public, Université de Bordeaux, 10 juillet 2015

HERSANT (E.), *Les collectivités territoriales et le secteur énergétique*, Thèse, Droit public, Université d'Orléans, 30 juin 2010

HUGLO (B.), *La contractualisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Thèse, Droit public, Université Paris II – Panthéon Assas, 4 juillet 2014

DA ROLD (J.), *Les sociétés d'économie mixte locales : acteurs et témoins des politiques urbaines et territoriales. Quelle légitimité entre partenariat public privé et entreprise publique locale ?*, Thèse, Science de l'homme et société, Université Michel de Montaigne-Bordeaux III, 20 novembre 2008

BAUBONNE (M.), *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République*, Thèse, Droit public, Bordeaux, 5 février 2015

TARDIEU (C.), *Transition énergétique dans les projets urbains : conditions de mise en œuvre. Analyse des cas Paris Rive Gauche, Clichy-Batignolles et Paris Nord Est*, Thèse, Aménagement et urbanisme, Université de Lille 1, 11 mars 2015

II. Rapports, études et avis

A. Rapports et études

AGENCE FRANCE LOCALE, Rapport d'activité 2015

ALEXANDRE (S.), **SCHMIT (P.)**, **THIBAUT (J.-P.)**, *Le future schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire : un schéma régional intégrateur ?*, rapport

n°008800- 01, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, Ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité, décembre 2014

AMORCE, *Soutiens financiers aux énergies renouvelables et à la maîtrise de l'énergie, Coûts et enjeux pour les collectivités*, septembre 2014

ARTHUIS (J.), 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 locale, Sénat, 28 septembre 2010

ASSEMBLEE NATIONALE, *La transition écologique en débat : une saison à l'hôtel de Lassay*, 2013-2014

B. Avis

BALLADUR (E.), *Il est temps de décider, Rapport au Président de la République*, La Documentation française, 5 mars 2009

BAREIGTS (E.), **BATTISTEL (M.-N.)**, **BUIS (S.)** et a., Rapport n°2230 fait au nom de la commission spéciale pour l'examen du projet de loi après engagement de la procédure accélérée relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, T.1, Assemblée Nationale, 27 septembre 2014

BATAILLE (C.), **BIRRAUX (C.)**, *La performance énergétique des bâtiments : comment modular la règle pour mieux atteindre les objectifs ?*, Les rapports de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques n°2141 (Assemblée Nationale), n°135 (Sénat), 2009

BATTISTEL (M.-N.), **STRAUTMANN (E.)**, Rapport d'information n° 1404 déposé par la Commission des affaires économiques en application de l'article 145 du Règlement sur *L'hydroélectricité*, Assemblée Nationale, 7 octobre 2013

BELOT (C.), **JUILHARD (J.-M.)**, Rapport d'information n°436 fait au nom de la délégation du Sénat à l'aménagement et au développement durable du territoire sur *Les énergies locales*, Sénat, 28 juin 2006

BERGES (P.), **BROTONS (A.)**, **ESCANDE-VILBOIS (S.)** et a., *Enjeux et réformes de la péréquation financière des collectivités territoriales*, Ministère de l'économie et des finances, Ministère de l'intérieur, juin 2013

BOCKEL (J.-M.), CAYEUX (C.), DELEBARRE (M.) et a., Rapport d'information n°108 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur *Les collectivités territoriales et le changement climatique*, Sénat, 22 octobre 2015

BOITIER (B.), CALLONNEC (G.), DOUILLARD (P.) et a., *La transition énergétique vue par les modèles macroéconomiques*, France Stratégie, n° 2015-05, octobre 2015

BOUDIE (F.), Avis fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Assemblée Nationale, 26 juin 2013

BOURGOGNE (J.-M.), SERP (B.), *Rapport sur les dispositifs d'accompagnement des collectivités locales à l'ouverture des données publiques*, 17 octobre 2016, en ligne sur le site opendatafrance.net et sur celui de la mission Etalab

BOURQUIN (M.), Rapport d'information n° 82 fait au nom de la mission commune d'information sur *La commande publique*, Sénat, 14 octobre 2015

BROTTE (F.), Rapport n°761 au nom de la commission des affaires économiques en vue de la lecture définitive de la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau sur les éoliennes, Assemblée Nationale, 28 février 2013

CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS, *Rapport intermédiaire sur le financement de la rénovation énergétique des logements privés*, mission confiée à la Caisse des Dépôts par Madame la Ministre de l'Égalité des territoires et du Logement et Madame la Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, juin 2013

CANFIN (P.), GRANDJEAN (A.), *Mobiliser les financements pour le climat, une feuille de route pour financer une économie décarbonnée*, rapport public, juin 2015

CHAMBRE REGIONALE DES COMPTES DE HAUTE-NORMANDIE, *Rapport d'observations définitives sur la gestion du syndicat intercommunal d'électricité et du gaz de l'Eure*, 2 mars 2010

CHANCEL (L.), ERARD (T.), SAUJOT (M.), *La précarité énergétique face au défi des données*, Study, IDDRI, n°01/15, avril 2015

CHANTEGUET (J.-P.), Rapport d'information n°1122 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, *Contribution au débat sur le volet énergétique de la transition écologique*, 11 juin 2013

CLEMENT (A.), **SAVARY (G.)**, Rapport d'information n°1768 déposé par la commission des affaires européennes sur *La réforme européenne des concessions : directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concessions*, Assemblée Nationale, 5 février 2014

CLEMENT (P.), Rapport n°369 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle adopté par le Sénat relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de loi constitutionnelle (n°249) de M. H. Morin et plusieurs de ses collègues relative à l'exercice des libertés locales, 1^{ère} partie, Assemblée Nationale, 13 novembre 2002

COLLIN (Y.), **DALLIER (P.)**, **PILLET (F.)**, **VANDIERENDONCK (R.)**, Rapport d'information n°1 fait au nom du groupe de travail de la commission des finances et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur *Les outils fonciers à disposition des élus locaux*, Sénat, 1^{er} octobre 2013

COLLOMBAT (P.-Y.), **DARNAUD (M.)**, **MERCIER (M.)**, **VANDIERENDONCK (R.)**, Rapport d'information n°730 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la mission de suivi et de contrôle des dernières lois de réformes des collectivités territoriales, Sénat, 29 juin 2016

COMMISSARIAT GENERAL A LA STRATEGIE ET A LA PROSPECTIVE, *La crise du système électrique européen*, Diagnostic et solutions, Rapports et documents, janvier 2014

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE, *Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine, Eolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque*, Analyse, avril 2014

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE, *La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective*, octobre 2014

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE, *Les dispositifs de couverture des pertes d'énergie des réseaux publics d'électricité*, rapport de synthèse, mars 2010

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE, *Rapport sur la qualité de l'électricité, Diagnostics et propositions relatives à la continuité de l'alimentation en électricité*, octobre 2010

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE, *Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel*, décembre 2014

COMMISSION EUROPEENNE, *Le financement à long terme de l'économie européenne*, Livre vert, 25 mars 2013, Bruxelles

COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport sur l'attitude des citoyens européens vis-à-vis de l'environnement*, Eurobaromètre spécial n°295, mars 2008

CONSEIL D'ETAT, *Le contrat : mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, EDCE n°59, La Documentation française, 2008

COUR DES COMPTES, *L'Etat et le financement de l'économie*, Rapport public thématique, juillet 2012

COUR DES COMPTES, *L'intercommunalité en France : Rapport public au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés*, octobre 2005

COUR DES COMPTES, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence : une construction inaboutie*, Rapport public annuel, février 2015

COUR DES COMPTES, *La fin de l'exploitation charbonnière*, Rapport public annuel, février 2009

COUR DES COMPTES, *La fin des activités minières*, Rapport public, décembre 2000

COUR DES COMPTES, *La mise en œuvre par la France du paquet énergie-climat*, communication au président de l'Assemblée Nationale pour le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, décembre 2013

COUR DES COMPTES, *La politique de développement des énergies renouvelables*, Rapport public thématique, juillet 2013

COUR DES COMPTES, *Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire : une place à trouver dans la nouvelle organisation de l'Etat*, Rapport public annuel, février 2016

COUR DES COMPTES, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, Rapport public thématique, novembre 2007

COUR DES COMPTES, *Les certificats d'économies d'énergie*, Rapport public thématique, octobre 2013

COUR DES COMPTES, *Les communautés urbaines : rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés*, novembre 2001

COUR DES COMPTES, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, Rapport public annuel, février 2013

COUR DES COMPTES, *Les finances publiques locales*, Rapport public thématique, octobre 2014

COUR DES COMPTES, *Les finances publiques locales, Rapport sur la situation financière et la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*, La Documentation française, octobre 2015

COUR DES COMPTES, *Les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises*, Rapport public particulier, novembre 1996

COUR DES COMPTES, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*, Rapport public annuel, février 2015

COURTEAU (R.), Rapport n°70 au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, Sénat, 23 octobre 2012

COURTOIS (J.-P.), Rapport n°169 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de réforme des collectivités territoriales, Sénat, 16 décembre 2009

CRESTA (J.), **SCHNEIDER (A.)**, Rapport d'information n° 3975 déposé par la commission des affaires européennes sur *La sécurité de l'approvisionnement énergétique*, Assemblée Nationale, 19 juillet 2016

CRUCIANI (M.), *La transition énergétique en Suède*, Etudes de l'Ifri, juin 2016

DALLIER (P.), Rapport d'information n°193 fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur *L'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, 1^{er} février 2006

DARNE (J.), Rapport n°3137 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, Assemblée Nationale, 13 juin 2001

DE CHARENTENAY (J.), LESEUR (A.), BORDIER (C.), Le schéma régional climat-air-énergie : un outil d'orientation pour la transition énergétique et climatique des régions françaises, Etude Climat, CDC Climat Recherche, n°36, septembre 2012

DE RUGY (F.), GUILLET (J.-J.), Rapport d'information n°4153 déposé en application de l'article 146-3 al 8 du Règlement par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur *La mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n°1951) du 15 mai 2014 sur le paquet « énergie-climat »*, Assemblée Nationale, 19 octobre 2016

DEFLESSELLES (B.), LAMBERT (J.), Rapport d'information n° E3452, E3494, E3756, E3772, E3774 et E3780 sur *Le paquet énergie-climat* déposé par la Commission chargée des affaires européennes, Assemblée Nationale, 18 novembre 2008

DESESSARD (J.), PONIATOWSKI (L.), Rapport n°667 fait au nom de la Commission d'enquête sur *Le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques*, T.1, 11 juillet 2012

DIDIER (M.) (dir.), *Conséquences de la loi NOTRe en matière d'intervention économique des collectivités territoriales*, Association des maires de France, mai 2016

DILAIN (C.), Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Sénat, 22 mai 2013

DRON (D.), FRANCO (T.), *Livre blanc sur le financement de la transition écologique, Mobiliser les financements privés vers la transition écologique*, Ministère de l'économie et des finances, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, novembre 2013

DUCHESNE (C.), CYTERMANN (L.), VACHEY (L.) et a., *Rapport relatif aux données d'intérêt général*, Ministère de l'économie et des finances, septembre 2015

DUQUESNE (P.), JACOB (V.), *Rapport sur la réforme de l'épargne réglementée*, Ministère de l'économie et des finances, 19 septembre 2012

FEDERATION NATIONALE DES COLLECTIVITES CONCEDEANTES ET REGIES, *Réussir la révolution numérique : des réseaux, des services et des données au profit des citoyens, des services publics et de l'économie*, Livre blanc, juin 2016

FILLEUL (J.-J.), Avis présenté au nom de la commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Sénat, 22 mai 2013

GALLOIS (L.), *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 5 novembre 2012

GAZEAU (J.-C.), **PARENT (B.)** et a., *Les certificats d'économies d'énergie : efficacité énergétique et analyse économique*, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, ministère des finances et des comptes publics, ministère de l'économie, du redressement productif et du numérique, juillet 2014

GERMAIN (J.), Avis présenté au nom de la commission des finances sur le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Sénat, 22 mai 2013

GIROD (P.), Rapport n°77 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 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, Sénat, 15 novembre 2000

GLOBAL CHANCE, *L'énergie en Allemagne et en France, une comparaison instructive*, n°30, septembre 2011

GRANDGUILLAUME (L.), **LOUWAGIE (V.)**, Rapport d'information n°3097 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la mission d'information commune en conclusion des travaux de la mission sur *La Banque publique d'Investissement Bpifrance*, Assemblée Nationale, 30 septembre 2015

GUILLET (J.-J.), **QUILES (P.)**, Rapport d'information n°3468 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 8 février 2006 sur *Energie et géopolitique*, 20 novembre 2006

HOEFFEL (D.), Rapport d'information n° 239 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à *La décentralisation*, 1996 - 1997

JOUZEL (J.), TISSOT-COLLE (C.), *La transition énergétique : 2020-2050 : un avenir à bâtir, une voie à tracer*, Les avis du Conseil économique, social et environnemental, janvier 2013

KRATTINGER (Y.), Rapport d'information n°49 fait au nom de la mission commune d'information sur l'avenir de l'organisation décentralisée de la République, Sénat, 8 octobre 2013

LA FABRIQUE DE LA CITE, *Quel rôle pour les villes dans la transition énergétique*, janvier 2013

LE DEAUT (J.-Y.), SIDO (B.), Rapport n°1352 de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la transition énergétique à l'aune de l'innovation et de la décentralisation, 11 septembre 2013

LENOIR (J.-C.), Rapport n° 3278 au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur *le projet de loi relatif au secteur de l'énergie*, Assemblée Nationale, août 2006, p. 208

MANDIL (C.), PERCEBOIS (J.), *Energies 2050*, Ministère de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, février 2012

MARITON (H.), Rapport d'information n°1463 déposé en application de l'article 146 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire relatif à *La transition énergétique*, Assemblée Nationale, 16 octobre 2013

MERCIER (M.), PIRES BEAUNE (C.), Rapport n°2524 (Assemblée Nationale) et n°248 (Sénat) fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative à *L'amélioration du régime de la commune nouvelle pour des communes fortes et vivantes*, 27 janvier 2015

MEZARD (J.), Rapport n°430 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 pour le développement des sociétés publiques locales, Sénat, 20 mai 2009

MOUILLER (P.), POINTEREAU (R.), Rapport d'information n°265 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les dispositions applicables aux collectivités territoriales du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Sénat, 28 janvier 2015

OCDE, *Réforme de la réglementation en Allemagne : Electricité, gaz et pharmacies*, 2004

PEBEREAU (M.), *Rompre avec la facilité de la dette publique : Pour des finances publiques au service de notre croissance économique et de notre cohésion sociale*, La Documentation française, décembre 2005

PELLETIER (P.), *Financements de la rénovation énergétiques des logements privés et déploiement du tiers-financement : état des lieux et perspectives*, Rapport remis à la Ministre du logement et de l'habitat durable, 21 mars 2017

PERBEN (D.), *Imaginer les métropoles d'avenir*, Assemblée Nationale, janvier 2008

PERBEN (D.), Rapport n°2516 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2280 adopté par le Sénat, de réforme des collectivités territoriales, T.1, Assemblée Nationale, 14 mai 2010

POIZE (N.), *Etude du cadre législatif et réglementaire applicable au financement participatif des énergies renouvelables*, ADEME, rapport d'étude n°1510C0042, décembre 2015

PONIATOWSKI (L.), Rapport d'information n°185 fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur *Le compteur électrique évolué*, Sénat, 15 décembre 2010

QUENTIN (D.), **URVOAS (J.-J.)**, Rapport d'information n°1153 rédigé au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur *La clarification des compétences des collectivités territoriales* en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par J.-L. Warsmann, 8 octobre 2008

REVOL (H.), *Politique énergétique de la France*, rapport n°439, Sénat, 1997-98

RIDORET (D.), *Encourager l'investissement public des collectivités territoriales*, Les avis du Conseil économique, social et environnemental, juillet 2015

VANDIERENDONCK (R.), Rapport n°580 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi modifié par l'Assemblée Nationale, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, Sénat, 15 mai 2013

VANDIERENDONCK (R.), Rapport n°859 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi modifié par l'Assemblée Nationale, de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, T1, Sénat, 19 septembre 2013

VILLEROY DE GALHAU (F.), *Le financement de l'investissement des entreprises*, Rapport à Manuel Valls, Premier ministre de la République Française, septembre 2015

III. Articles

AGENCE NATIONALE POUR L'INFORMATION SUR LE LOGEMENT (ANIL), « Les aides financières des collectivités locales dédiées à la rénovation énergétique des logements privés », *Enquêtes et observations du réseau des ADIL*, mars 2014

ALADJIDI (F.), « Annulation des troisièmes tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE 3) », Conclusions sur CE, 28 novembre 2012, *Sté Direct Energie et a.*, n°330548, n°332639 et n°332643, *RJEP*, n°706, mars 2013, 13 p.

AUBY (J.-B.), **MAUGUE (C.)**, « Les contrats de délégation de service public », *JCP G*, n°9, I 3743, 2 mars 1994

BARBIER (V.), **FROIS (P.)**, **LE MASNE (P.)**, « Service public local et développement durable », *Revue d'Economie Régionale & Urbaine*, 2003/2, pp. 317-338

BENOIT (G.), « La France présente les contours de sa première obligation verte », *Les Echos*, 3 janvier 2017

BERNARD (E.), « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3, pp. 353-385

BERNARD (J.-P.), « Novembre 1956 à Paris », *Vingtième Siècle, Revue Histoire*, n°30, avril-juin 1991, pp. 68-81

BERTHONNET (A.), « L'électrification rurale ou le développement de la « fée électricité » au cœur des campagnes françaises dans le premier XX^{ème} siècle », *Histoire & Sociétés rurales*, 2003/1, vol. 19, pp. 193-219

BEZANÇON (X.), « Une approche historique du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*, 1995, pp. 27-50

BILLET (P.), « Collectivités territoriales et transition énergétique », *JCP A*, n°41, 2296, 7 octobre 2013, 6 p.

BILLET (P.), « Les collectivités territoriales et l'efficacité énergétique des bâtiments », *JCP A*, n°42, 2279, 24 octobre 2016, 3 p.

BODA (J.-S.), FONTAINE (C.), « Le Conseil d'Etat et la mise en concurrence des concessions de distribution d'électricité : le cas de la Polynésie française », *JCP A* n°5, 2027, 3 février 2014

BOISSELLIER (S.), « Les grands territoires au Moyen-Age », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, (en ligne) 21/2011, URL : <http://crm.revues.org/12416>

BOISSINOT (J.), WAYSAND (C.), « Le financement des investissements de long terme : quel rôle pour les pouvoirs publics », *Revue d'économie financière*, n° 108, décembre 2012, pp. 133-150

BORDIER (C.), MOREL (R.), « Financier la transition vers une économie verte par les obligations : un grand *bond* en avant ? », *Point Climat*, CDC Climat recherche, n°14, mai 2012

BOULOUIS (N.), « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617

BOUNEAU (C.), VILA (J.-B.), « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°1, dossier 2, janvier 2016, 10 p.

BOUVIER (M.), « Le Conseil Constitutionnel et l'autonomie fiscale des collectivités territoriales : du quiproquo à la clarification », *Cah. c. const.*, n°33, octobre 2011

BRACONNIER (S.), « La délimitation du périmètre des concessions. L'exemple des colonnes montantes d'électricité », *RDI*, 2015, p. 332

BRACONNIER (S.), « La régulation des services publics », *RFDA* 2001, p. 43

BRACONNIER (S.), « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA* 2015, p. 1795

BRACONNIER (S.), « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI*, 2015, pp. 8-20

BRACONNIER (S.), PHAN VAN (L.) (dir.), « Coup de projecteur sur le lien entre l'éclairage public et les concessions de distribution d'électricité », *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, août 2014

BRAMERET (S.), « La société publique locale, entre service public et transparence », *RFDA* 2012, p. 1127

BRAMERET (S.), « Les sociétés d'économie mixte locales », *JCP A*, n°51-52, 2397, 19 décembre 2011

BULLIER (A.), « Dispositifs de financement alternatifs pour la rénovation énergétique du bâtiment », *Les cahiers de Global Chance*, n°35, juin 2014, pp. 12-24

BULLIER (A.), **MILIN (C.)**, « Dispositifs de financement alternatifs pour la rénovation énergétique du bâtiment », *Les cahiers de Global Chance*, n°35, Juin 2014, pp.12-23

CABANES (C.), **NEVEU (B.)**, « L'absence de mise en concurrence des concessions de distribution d'électricité confortée par le juge administratif - CAA Paris, 25 février 2013, n°12PA00593 », Complément Services Publics, *Le Moniteur*, avril 2013

CARLES (J.), « La société publique locale, un outil adapté à l'évolution des missions du service public local ? », *RFDA* 2012, p. 1099

CHABANAS (N.), **VERGEAU (E.)**, « Nationalisations et privatisations depuis 50 ans », *INSEE Première*, n° 440, avril 1996

CHARTIER (D.), « Aux origines des flous sémantiques du développement durable : une lecture critique de la stratégie mondiale de la conservation de la nature », *Ecologie et politique*, n°29, 2004/2, pp. 173 – 183

CHEVALLIER (J.), « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA* 1997, p. 8

CHIU (V.), « Vers la remunicipalisation du service public d'eau potable en France », *Pyramides*, (en ligne) 25/2013, pp. 247-262, URL : <http://pyramides.revues.org/985>

CLASTRES (C.), « Les réseaux intelligents : régulation, investissement et gestion de la demande électrique », *Cahier de recherche* n°39, Laboratoire d'économie de la production et de l'intégration internationale, novembre 2010, 28 p.

CODANI (P.), **STAROPOLI (C.)**, « Transition énergétique : comment mobiliser les financements privés », *La Tribune*, 17 septembre 2015

DACOSTA (B.), « Le statut des biens de retour », Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n°342788, *Rec.*, *AJDA* 2013. 7 ; *D.* 2013. 252, obs. D. Capitant

DE GAULMYN (I.), « Les sociétés d'économie mixte analysent leur actionnariat privé, *Les Echos*, 22 octobre 1993

DE LADOUCETTE (P.), « Charbonnages de France et la société française » in *Les mutations industrielles*, Annales des Mines, mai 2004, pp. 7-17

DE LAROCHELAMBERT (T.), « La transition énergétique du Danemark : un modèle de planification démocratique européen », *Les cahiers de Global Chance*, n°38, janvier 2016, pp. 17-55

DE MONICAULT (F.), « Les réseaux d'énergie face aux défis du numérique », *Le Figaro*, 10 juin 2017

DE PERTHUIS (C.), « La transition énergétique : les ambiguïtés d'une notion à géométrie variable », *Les Cahiers de la Chaire Economie du Climat*, n°21, mars 2013, 14 p.

DELBOSC (A.), **DE PERTHUIS (C.)**, Les marchés du carbone expliqués, *Caring for climate series*, Caisse des dépôts et consignations, juillet 2009

DELVOLVE (P.), « Les sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1069

DEMAILLY (D.), **SPINAZZE (L.)**, **TREYER (S.)**, « Développement durable : quatre priorités pour l'après 2015 », *Policy brief*, IDDRI, n°04/16, juin 2016

DESTOT (M.), « Pourquoi la France a besoin de métropoles puissantes », *Les Echos*, 17 décembre 2013

DEVES (C.), « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart ? », *RFDA* 2012, p. 1082

DOMINO (X.), **BRETONNEAU (A.)**, « Biens de retour : gare aux boomerangs », *AJDA* 2013, p. 457

DOUENCE (J.-C.), « Le droit de l'action économique à l'épreuve du partenariat », *Revue d'économie financière*, pp. 239-256

DROIN (N.), « Aux origines du socialisme municipal : César de Paepe », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°2015/2, n°42, pp. 167-198

DU MARAIS (B.), « Le Conseil d'Etat et le partenariat public privé institutionnalisé », *JCP A*, n°51-52, 2398, 19 décembre 2011

DUMEZ (H.), JEUNEMAITRE (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*, vol. 21, n°4, 2003, pp. 1-14

DURAND (G.), « L'avenir des sociétés d'économie mixte locales », *Revue d'économie financière*, 1995, pp. 289-298

ECKERT (G.), « Droit à l'information du concédant », *Contrats et Marchés publics*, n°2, février 2013

ECKERT (G.), « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *ADJA* 2014, p. 1941

FENDER (A.), POUPEAU (F.-M.), « L'émergence d'un nouveau mode de gouvernement local des réseaux en Allemagne. Une ville moyenne et son Stadtwerk face au processus de libéralisation », *Sociologie du travail*, 2007, pp. 366-382

FONTAINE (C.), « Les contrats de concession de distribution publique d'électricité et la loi relative à la transition énergétique », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 52-55

FOURMON (A.), « La naissance et la constitution d'un « service public de l'efficacité énergétique » à la française et du tiers-financement des travaux de rénovation énergétique », *RTDI*, n°3, 2014, pp. 4-8

GAILLARD (Y.), THUILLIER (G.), « Qu'est-ce qu'un investissement », *Revue économique*, vol. 19, n°4, 1968, pp. 607-637

GAUDEMET (Y.), « A la recherche de l'ouvrage public », *RJEP*, n°680, novembre 2010, 10 p.

GLASER (E.), « Nature des travaux exécutés par un concessionnaire », *Droit administratif*, n°5, comm. 77, mai 2009, 4 p.

GODARD (O.), « Fiscalité énergétique », *Revue de l'Energie*, 1999, pp. 194-200

GODARD (O.), « La pensée économique face à la question de l'environnement », *Cahier* n°2004- 025, Ecole polytechnique, septembre 2004, 31p.

GRANDJEAN (A.), « Comment financer la transition énergétique ? » *Variances* n°54, mars 2016, pp. 32-35

GRANDJEAN (A.), « La transition énergétique en France », *Etudes*, avril 2014, n°4204, pp. 29 -30

GUYOMAR (M.), « Ouvrage public et service public de l'électricité. Conclusions sur Tribunal des conflits, 12 avril 2010, *Electricité réseau distribution France c/ Michel*, n°3718 », *RFDA* 2010, p. 551

IDOUX (P.), « Les spécificités de l'actionariat public », *RFDA* 2012, p. 1101

IZARD (C.), « Après l'Accord de Paris, une concrétisation de la transition énergétique dans les territoires est nécessaire ... et possible ! », *AJCT*, 2016, p. 01

JANICOT (L.), « La fonction de collectivité chef de file », *RFDA* 2014, p. 472

JEANNEAU (E.), **RICCI (N.)**, « Les marchés publics globaux », *Contrats publics*, n°158, octobre 2015, pp. 58-62

KALFECHE (G.), « Le contrôle des collectivités sur les sociétés publiques locales : faut-il rénover le in house ? L'activité des sociétés publiques locales. La société publique locale, acteur économique local », *RFDA* 2012, p. 1120

KISS (A.-C.), **SICAULT (J.-D.)**, « La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972) », *Annuaire français de droit international*, vol. 18, 1972, pp. 603-628

LACROIX (V.), **ZACCAÏ (E.)**, « Quarante ans de politique environnementale en France : évolutions, avancées, constante », *RFAP*, 2010/2, n°134, pp. 205-232

LAVAL MADER (N.), « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA* 2012, p. 1092

LAYRISSE (A.), **ROUYERAN (T.)**, « Le financement participatif des projets de production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 34-39

LE BAUT-FERRARESE (B.), « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *JCP A*, n°42, 2278, 24 octobre 2016, 6 p.

LE CACHEUX (J.), LAURENT (E.), « Le marché européen du carbone en quête de stabilité », *Regards croisés sur l'économie*, 2009/2, n°6, pp. 117-127

LE CACHEUX (J.), TOURJANSKY (L.), « Dix ans de décentralisation française : éléments de bilan », *Observations et diagnostics économiques : revue de l'OFCE*, n°41, 1992, pp. 151-193

LE CHATELIER (G.), « Le débat sur la clause de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 9 février 2009, pp. 186-191

LE CHATELIER (G.), GRANJON (R.), « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques au lendemain du décret n°2016-530 du 27 avril 2016 », *AJCT* 2016, pp. 623 – 627

LE ROUX (M.), « La loi du 16 mars 2015, un second souffle pour les communes nouvelles », *AJDA* 2015, p. 1266

LECOQC (F.), « Les marchés carbone dans le monde », *Revue d'économie financière*, n°83, mars 2006, pp. 13-30

LES CAHIERS DE GLOBAL CHANCE, « La transition énergétique en Suède : un aperçu du modèle scandinave », n°36, novembre 2014

LEVAIN (L.), PRATS-DENOIX (M.), « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP E*, n°16, 1188, avril 2015

LINOTTE (D.), « La société publique locale comme outil de la non mise en concurrence ? », *RFDA* 2012, p. 1133

LLORENS (F.), « La théorie des biens de retour après l'arrêt Commune de Douai », *Revue juridique de l'économie publique*, n°709, étude 9, juin 2013, 21 p.

LORRAIN (D.), « Le grand fossé ? Le débat public/privé et les services urbains », *Politiques et management public*, vol. 5, n°3, 1987, mai 2009, pp. 83-102,

MAJZA (B.), « La marge de manœuvre des collectivités territoriales dans le financement de la transition énergétique », *Energie, environnement, infrastructures*, n°1, dossier 4, janvier 2016, 8 p.

MARCOU (G.), « Développement économique : la région, chef de file ? », *RFAP*, n°156, 2015/4, pp. 1037-1048

MARCOU (G.), « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », *RFDA* 1995, p. 462

MASSE (R.), « Histoire de l'électrification rurale en France », *Etudes et travaux en ligne du Gret*, n°03, 2005

MATHIEU (M.), **RÜDINGER (A.)**, « Evolution des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables électriques en France : comment concilier les enjeux d'intégration et de déploiement », *Working papers*, IDDRI, 02/16, janvier 2016, 28 p.

MATHIEU (M.), **RÜDINGER (A.)**, **PESCIA (D.)**, « L'intégration des énergies renouvelables dans le système électrique français : quels enjeux d'optimisation ? », *Working papers*, IDDRI, n°01/16, janvier 2016, 16 p.

MELLERAY (F.), « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité. Note sous Tribunal des Conflits, 12 avril 2010, ERDF c. Michel et Conseil d'Etat, Ass., avis cont., 29 avril 2010, M. et Mme Béligaud », *RFDA* 2010, p. 572

METZGER (O.), **LEHOUX (F.)**, « Les nouveaux contrats globaux de la commande publique, les CREM et REM », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre 2013, dossier 35, 9 p.

MEUNIER (O.), **MIGNOLET (M.)**, « Les aides à l'investissement : opportunes ? efficaces ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2004/1, pp. 39-54

MOREL (R.), **DELBOSC (A.)**, « Mesurer l'efficacité financière du Fonds vert pour le climat : l'effet de levier, de la théorie à la pratique », *Point Climat*, CDC Climat recherche, n°19, septembre 2012, 7p.

NEMERY (J.-C.), « L'interventionnisme économique des collectivités locales » in *Les Annales de la recherche urbaine*, n°28, 1985, *Pouvoirs locaux*, pp. 139-146

NICINSKI (S.), « A propos des concessions locales de distribution d'électricité. Evitons les surtensions ! », *AJDA* 2010, p. 1737

NICINSKI (S.), « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135

NICINSKI (S.), « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives. Note sous Conseil d'Etat, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP), n°348909, au Lebon ; AJDA 2012, 1037 ; ibid. 1129, tribune Braconnier (S.) ; ibid. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; RDI. 2012. 566, obs. N. Foulquier ; AJCT 2012. 445, obs. A.-S. Juilles », *RFDA* 2012, p. 1181

NOËL (M.), ORIER (J.), « Participations des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable », *Contrats publics*, n°160, décembre 2015, pp. 40-43

NOGUELLOU (R.), « Où en est le droit de l'urbanisme ? », *RFDA* 2012, p. 849

OFFNER (J.-M.), « Les territoires de l'action publique locale. Fausses pertinences et jeux d'écarts », *RFSP*, 2006/1, vol. 56, pp. 27-47

ORSONI (G.), « Tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (CE, 28 mars 2012, n°330548, *Direct Energie (Sté)*) », *RTD Com.*, 2012, p. 733

PASTRE (O.), « Le banquier-actionnaire », *Revue française de gestion*, 2002/5, n°141, pp. 249-253

PAULIAT (H.), « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *JCP A*, n°44-45, 2355, 5 novembre 2012

PEANO (D.), « La hiérarchie des normes à l'épreuve du Grenelle 2 », *Construction – Urbanisme*, n°9, étude 10, septembre 2011

PETIOT (M.-A.), TERNEYRE (P.), « Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques », *AJDA* 2012, p. 412

PEYRICAL (J.-M.), « Vers un service public de l'efficacité énergétique », *Les Echos*, 28 janvier 2015

PEZ (T.), « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA* 2016, p. 237

PHAN-VAN (L.), « Un utile rappel des principes qui doivent gouverner les redevances de concession pour la distribution publique d'électricité », *RJEP*, n°661, comm. 10, février 2009

PINOL (J.-L.), « Les systèmes d'information géographique et la pratique de l'histoire », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n°2011/5, n°58 - 4 bis, pp. 111-126

PITTARD (Y.), « Le PLU après la loi ALUR », Cahier spécial loi ALUR, *RTDI*, 2014, pp. 11-22

POIZE (N.), RÜDINGER (A.), « Projets citoyens pour la production d'énergie renouvelable : une comparaison France-Allemagne », *Working papers*, IDDRI, n°01/14, janvier 2014, 24 p.

PONTIER (J.-M.), « Les collectivités territoriales et la transition énergétique », *JCP A*, n°23, 2162, 8 juin 2015, 9 p.

POUPEAU (F.-M.), « L'agence locale comme outil d'une politique d'efficacité énergétique ? Deux études de cas en Grande-Bretagne », *Politiques et Management public*, Institut de management public, 2007, pp. 1-23

POUPEAU (F.-M.), « La fabrique d'une solidarité nationale. Etats et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », *RFSP*, 2007/5, vol. 57, pp. 599-628

POUPEAU (F.-M.), « La fabrique d'une solidarité nationale. Etats et élus ruraux dans l'adoption d'une péréquation des tarifs de l'électricité en France », *RFSP*, 2007, n°57, pp. 599-628

POUPEAU (F.-M.), « Les entreprises locales d'énergie : la fin d'un levier d'action pour les villes françaises ? », *Les Annales de la recherche urbaine, Plan Urbanisme – Construction – Architecture*, 2008, pp. 153-158

POUPEAU (F.-M.), « Quelle place pour les collectivités territoriales dans le secteur électrique français ? », *Les Annales des Mines*, 2004, pp. 46-50

POUPEAU (F.-M.), « Un néo-libéralisme centralisateur. Les collectivités locales dans la libéralisation du système de distribution électrique français », *Politiques et management public*, vol. 18, n°2, 2000, pp. 1-24

RAINEAU (L.), « Vers une transition énergétique ? », *Natures Sciences Sociétés*, vol.19, n°2, 2011, pp. 133-143

RAPP (L.), « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107

RAYMUNDIE (O.), « Les marchés globaux de performance dans le secteur de l'énergie », *Contrats Publics*, n°160, décembre 2015, pp. 64-68

REINMANN (I.), ORTEGA (O.), « Le tiers-financement, une innovation pour financer l'efficacité énergétique », *Immobilier durable*, n°66, 4^{ème} trimestre 2013, pp. 33-38

RICHER (L.), « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA* 1997, p. 103

ROMAN-SEQUENSE (B.), « La société coopérative d'intérêt collectif et les collectivités territoriales », *JCP A*, n°5, 2027, 2 février 2015

ROULET (T.), « Quels sont les principaux pays émetteurs de GES ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2009/2, n°06, pp. 31-32

ROUYERAN (T.), RICCI (N.), « Les contrats passés par les SPL », *Contrats Publics*, n°131, avril 2013

RÜDINGER (A.), « Comment financer la transition énergétique ? Eléments d'analyse pour une approche stratégique », *Working papers*, IDDRI, n°01/15, février 2015, 28 p.

RÜDINGER (A.), « Eléments d'analyse pour une stratégie de déploiement et d'intégration des énergies renouvelables électriques en France », *Working papers*, IDDRI, n°03/16, janvier 2016, 32 p.

RÜDINGER (A.), « L'enjeu du financement de la transition énergétique : le cas de l'Allemagne », IDDRI, février 2013

RÜDINGER (A.), « La rénovation thermique en France et en Allemagne : quels enseignements pour le débat sur la transition énergétique ? », *Working papers*, n°07/13, mai 2013, IDDRI, 14 p.

RÜDINGER (A.), « La transition énergétique par tous et pour tous : quel potentiel d'hybridation pour les projets d'énergies renouvelables », *Working papers*, IDDRI, n°05/16, mars 2016, 22 p.

RÜDINGER (A.), « Le tournant énergétique allemand : état des lieux et idées pour le débat français », *Les cahiers de Global Chance*, n°33, mars 2013, 11 p.

RÜDINGER (A.), CIHAN AYKUT (S.), « Les transitions énergétiques allemandes et françaises », *Annuaire français de relations internationales*, 2015, pp. 389-407

SCHIER (G.), « Capital-risque : le mode d'emploi de la négociation », *L'expansion Management Review*, n°120, 2006/1, pp. 66-69

SHISHLOV (I.), BELLASSEN (V.), « Attirer les investissements privés vers l'efficacité énergétique par l'intermédiaire de la finance carbone », *Point Climat*, CDC Climat recherche, n°27, février 2013

SOKOLOFF (P.), « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficacité des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Energie, environnement, infrastructures*, n°1, dossier 3, janvier 2016

SOLOW (R. M.), « La théorie de la croissance et son évolution », *Revue française d'économie*, vol. 3, n°2, 1988, pp. 3-27

STAHL (J.-H.), « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? » in *Le Conseil constitutionnel et les collectivités territoriales*, *Cah. c. const.*, n°42, janvier 2014

TENAILLEAU (F.), WEILL (S.), « Les marchés de partenariat », *JCP A*, n°41, 2292, 12 octobre 2015

TESSON (F.), « La réalité juridique de l'action publique en matière de transition énergétique. Une évolution normative prise dans un mouvement global », *AJDA* 2015, p. 1960

TESSON (F.), « La réalité juridique de l'action publique en matière de transition énergétique. Une évolution normative prise dans un mouvement global », *AJDA* 2015, p. 1960

TESSON (F.), BONNEAU (O.), « Vers un droit public de l'économie d'énergie ? Les collectivités territoriales face à leurs nouvelles obligations », *AJDA* 2012, p. 2256

THALMANN (P.), « Le financement des grandes infrastructures : comment faire participer le secteur privé ? », *Revue économique*, vol. 48, n°2, pp. 189-196

THERME (J.), « La révolution du numérique dans le domaine de l'énergie », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2015/2, n°78, pp. 73-77

THEYS (J.), « Le développement durable face à sa crise : un concept menacé, sous exploité ou dépassé ? », *Développement durable et territoires*, vol. 5, n°1, février 2014, 21 p.

TRUCHET (D.), « Unité et diversité des grands principes du service public », *AJDA* 1997, p. 38

TYSZLER (J.), BORDIER (C.), « Les compteurs électriques communicants : une meilleure gestion du réseau, un effet incertain sur la maîtrise de la demande en énergie », *Point Climat*, CDC Climat recherche, n°31, octobre 2013, 8 p.

VAN EECKHOUT (L.), « Comment sera financée la transition énergétique ? », *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014

VAN EECKHOUT (L.), « Quel financement de la transition énergétique », *Le Monde*, 17 juin 2014

VAQUIERI (J.-F.), PACHEN-LEFEBVRE (H.), FONTAINE (C.), « Qui doit exercer la maîtrise d'ouvrage ? », *Contrats publics*, n°109, avril 2011, pp. 34-35

VERPEAUX (M.), « Vous avez dit clause générale de compétence ? », *Commentaire*, 2010/1, n°129, pp. 81-88

VIDELIN (J.-C.), « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n°51-52, 2393, décembre 2011

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 », *JCP A*, n°28, 2217, 15 juillet 2014

VIVIEN (F.-D.), « Jalons pour une histoire de la notion de développement durable », *Mondes en développement*, 2003/1, n°121, pp. 1-21

ZACCAÏ (E.), « Le développement durable dans la crise en Europe », *Développement durable et territoires* (en ligne), vol.4, n°3, octobre 2013, mis en ligne le 30 octobre 2013, URL : <http://developpementdurable.revues.org/10207>

IV. Principaux sites consultés

www.ademe.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.cre.fr

www.curia.europa.eu

www.ec.europa.eu/commission/

www.ecologique-solidaire.gouv.fr (anciennement developpement-durable.gouv.fr)

www.economie.gouv.fr

www.edf.fr

www.enedis.fr

www.legifrance.fr

www.rte-france.com

www.senat.fr

www.vie-publique.fr

Annexe : Liste des personnes rencontrées

Dans le cadre de ces recherches, plusieurs personnes ont été rencontrées afin de recueillir leurs visions de la transition énergétique :

- **BATAILLE (C.)**, Député du Nord (12^{ème} circonscription)
- **BOCKEL (J.-M.)**, Sénateur du Haut-Rhin
- **BOUILLANT (N.)**, Directeur de cabinet d'A. Vallini, secrétaire d'Etat à la réforme territoriale
- **BORDIER (C.)**, Chef de projet Territoires et climat, Caisse des Dépôts et Consignations Climat
- **CHANTEGUET (J.-P.)**, Président de la Commission du Développement Durable à l'Assemblée Nationale
- **DENIZOT (D.)**, Responsable de la Commission environnement, services publics locaux et énergie de l'Assemblée des communautés de France
- **DUSSOPT (O.)**, Député de l'Ardèche (2^{ème} circonscription)
- **ELOIRE (B.)**, Conseiller développement durable et équilibre des territoires, Assemblée des Départements de France
- **FONTAINE (P.)**, Conseiller du directeur général de l'énergie et du climat à la Direction Générale de l'énergie et du climat
- **GARNIER (N.)**, Délégué général d'AMORCE
- **GREAU (D.)**, attaché parlementaire de D. Baupin, député de Paris (10^{ème} circonscription)
- **HUSSON (J.-F.)**, Sénateur de Meurthe-et-Moselle
- **ISAAC-GEORGES (G.)**, Conseiller environnement, énergie et logement, Association des régions de France
- **JACOUTOT (T.)**, Chargé de mission Développement urbain durable et organisation territoriale, Association des maires des grandes villes de France

- **LAMY (F.)**, Préfet, membre du Conseil d'Etat
- **LEBRANCHU (M.)**, Ministre de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique
- **MASCARAU (G.)**, Responsable du département mobilité et environnement, Fédération des entreprises publiques locales
- **RAPENEAU (P.)**, Président de la Communauté Urbaine d'Arras
- **RÜDINGER (A.)**, Chercheur associé à l'Institut du développement durable et des relations internationales
- **STEPHAN (G.)**, Responsable de la mission développement durable, Association des maires de France
- **TABOURDEAU (G.)**, Délégué général de l'association des entreprises locales de distribution (ANROC)

- **Au sein de l'entreprise DALKIA, Groupe EdF :**

- **BENFAID (M.)**, Conseiller du Président en charge des collectivités territoriales
- **CIKALA (V.)**, Direction stratégie
- **CLERGEOT-TOMASINI (C.)**, Chargée de mission auprès des collectivités territoriales
- **KIEFFER (D.)**, Directeur des Affaires Publiques
- **MENAGER (Y.)**, Analyste énergie Europe

- **Au sein de l'entreprise TILIA :**

- **AUMAITRE (V.)**, senior manager
- **ROGER-LACAN (C.)**, Président-Directeur Général, membre du Conseil d'Etat

Table des matières

Principales abréviations.....	5
Sommaire	8
Introduction générale.....	10
Section 1. La notion de transition énergétique	16
§1. Développement durable et transition énergétique	17
§2. Une histoire française de l'énergie	23
Section 2. Un nouveau modèle de croissance	31
§1. Un nouveau modèle économique : la croissance verte.....	32
§2. Une géopolitique favorable à la transition énergétique.....	35
Section 3. Les collectivités territoriales et la réalisation de la transition énergétique..	38
§1. Le service public énergétique.....	39
§2. L'action économique des collectivités territoriales.....	44
Première partie : Le service public énergétique et les collectivités territoriales	47
Titre 1. La répartition des compétences en matière énergétique.....	49
Chapitre 1. Des compétences énergétiques locales inégalement réparties.....	50
Section 1. La proximité, critère d'attribution des compétences énergétiques.....	50
§1. La commune, attributaire principale des compétences énergétiques	51
A. La distribution d'électricité et de gaz, compétence historique des communes	
51	
B. De nouvelles compétences communales : la production d'énergies	
renouvelables et la gestion des réseaux de chaleur	55
1) La production d'énergie renouvelable.....	55
2) La gestion de la distribution de chaleur	58
§2. Le département et la région, collectivités titulaires de compétences énergétiques	
résiduelles.....	60

Section 2. L'évolution des besoins énergétiques locaux et la clause générale de compétence.....	63
§1. La clause générale de compétence au service de l'action publique locale.....	64
A. La clause générale de compétence	64
B. La protection constitutionnelle de la clause générale de compétence.....	68
§2. La clause générale de compétence nécessaire à la transition énergétique locale ?	72
A. Des réformes successives au nom de l'efficacité	72
B. L'inefficacité de la suppression de la clause générale de compétence pour la réalisation de la transition énergétique.....	76
Chapitre 2. L'évolution de l'organisation territoriale et la transition énergétique.....	79
Section 1. Les acteurs énergétiques locaux : régions et intercommunalités	80
§1. La région, une collectivité aux compétences énergétiques surévaluées.....	81
A. Une planification régionale inefficace	81
1) L'évolution des schémas de planification énergétique.....	82
2) L'articulation entre les schémas énergétiques régionaux et le plan local d'urbanisme	85
a) Les rapports de prise en compte et de compatibilité en matière d'urbanisme	85
b) Les rapports entre les documents d'urbanisme et schémas de planification énergétique	87
B. La région, administrateur économique local	91
§2. L'intercommunalité au cœur de la transition énergétique.....	94
A. « L'intercommunalisation », une modalité de gestion territoriale	96
1) Des établissements publics de coopération intercommunale préservant la liberté locale	98
2) La coopération intercommunale forcée.....	101
a) La coopération intercommunale imposée par l'autorité préfectorale ..	101
b) La coopération intercommunale imposée par la loi.....	103

B.	« L'intercommunalisation » des compétences énergétiques	106
1)	Les compétences énergétiques de l'intercommunalité.....	107
2)	Les compétences d'aménagement territorial de l'intercommunalité	109
Section 2.	L'acteur énergétique nouveau : la métropole	113
§1.	La métropole et la centralisation des pouvoirs locaux	114
A.	Les considérations politiques et économiques ayant présidé à la création de la métropole.....	115
B.	Une gouvernance territoriale centralisée.....	119
§2.	La métropole dans le système énergétique français	123
A.	La concentration métropolitaine des compétences énergétiques locales ...	123
B.	Le renforcement de la place des communes rurales pour la mise en œuvre de la transition énergétique	126
Titre 2.	Les modes de gestion du service public énergétique par les collectivités territoriales	131
Chapitre 1.	La gestion des missions de service public énergétique par les collectivités territoriales : entre gestion directe et externalisation.....	137
Section 1.	Les limites de la gestion publique directe	138
§1.	Le caractère inadapté de la régie	140
§2.	Les avantages restreints de la société publique locale	143
A.	La création de la société publique locale	145
1)	L'objet social.....	146
2)	L'intérêt public local	148
B.	L'exercice par la société publique locale de son activité	151
1)	Le contrôle de la collectivité territoriale	151
2)	L'action pour le compte de ses actionnaires publics locaux	156
Section 2.	Les avantages de la gestion publique indirecte	160
§1.	L'actionnaire public et la société d'économie mixte locale.....	165
A.	L'adhésion des actionnaires minoritaires à l'intérêt général.....	165
B.	La protection des actionnaires minoritaires	169

1) Les règles de délibération.....	169
2) La constitution de groupes publics énergétiques locaux	171
§2. Le droit de la concurrence et la société d'économie mixte locale.....	172
A. La création de la société d'économie mixte et les aides d'Etat.....	173
B. La réalisation du service public énergétique par la société d'économie mixte locale et les règles de concurrence	176
Chapitre 2. La gestion indirecte du service public énergétique	183
Section 1. La réalisation du service public énergétique à travers les contrats publics	184
§1. Le marché et la concession, modalités du service public énergétique	185
§2. Concessions, marchés publics et contrôle des collectivités territoriales	191
A. La durée des concessions énergétiques	192
B. La définition des besoins publics énergétiques	195
1) L'évaluation des besoins publics énergétiques	196
2) La dérogation au principe de l'allotissement des marchés publics	197
Section 2. Le marché public, contrat de gestion déléguée du service public énergétique	200
§1. La gestion du service public énergétique par le marché public global	202
A. La réalisation et l'exploitation d'ouvrages énergétiques : le recours au marché public global	203
B. La gestion du service public énergétique, objet du marché public global	207
§2. Le financement des marchés publics globaux, critère distinctif des contrats de concession	211
Seconde partie : La recomposition du service public énergétique et le rôle des collectivités territoriales.....	216
Titre 1. La gestion de la distribution d'électricité par les collectivités territoriales ..	221
Chapitre 1. Le renouveau du cadre juridique de l'activité de distribution d'électricité	223
Section 1. La concession de distribution électrique, un contrat dérogatoire au droit commun	225

§1. Le caractère obligatoire de la concession.....	226
A. L’obligation de délégation	227
B. L’obligation de délégation, l’organisation de la distribution et le droit de l’Union	230
C. L’obligation de délégation et la libre administration des collectivités territoriales	234
§2. Le risque d’exploitation dans la concession de distribution électrique.....	238
A. La limitation du risque d’exploitation et le tarif d’utilisation des réseaux. 239	
1) Le principe de la péréquation tarifaire	242
2) La recherche d’efficacité dans la détermination du tarif d’utilisation des réseaux.....	244
3) Le coût de l’activité de distribution et le tarif d’utilisation des réseaux 247	
a) Les charges nettes comptables du distributeur	247
b) La rémunération des capitaux propres.....	248
c) Le compte de régulation des charges et produits.....	249
B. La répartition des risques et le fractionnement de la maîtrise d’ouvrage... 251	
Section 2. La concession de distribution électrique, des relations contractuelles conflictuelles	255
§1. La difficile coordination des investissements sur le réseau de distribution	258
§2. La difficile information de l’autorité concédante.....	264
A. La connaissance lacunaire du patrimoine concédé.....	264
B. Une information opaque.....	270
C. Les limites légales à l’information	274
Chapitre 2. L’évolution de la relation concessive sous l’influence de la transition énergétique	280
Section 1. Les réseaux intelligents et la revalorisation du pouvoir de l’autorité concédante.....	282
§1. Les réseaux de distribution électrique intelligents	284
A. Les raisons d’être du réseau intelligent	284

B. Le déploiement des réseaux intelligents : le compteur évolué.....	288
§2. L'évolution de la relation concessive sous l'influence des réseaux intelligents	
.....	293
A. La place des collectivités locales dans la définition des investissements ..	294
1) Une connaissance accrue des besoins sur le réseau concédé	295
2) Réseaux intelligents et coordination des investissements	297
B. Le service public local de la donnée	300
1) La donnée énergétique	300
2) La gestion du service public local de la donnée.....	305
Section 2. Les réseaux intelligents et le renforcement de l'action publique locale ...	309
§1. L'implication des collectivités territoriales dans le développement des énergies	
renouvelables.....	311
A. L'influence des réseaux intelligents sur la localisation des unités de	
production.....	312
B. Les collectivités territoriales, productrices d'énergie renouvelable.....	317
§2. La création d'un service public local de l'efficacité énergétique.....	320
A. Service public local de l'efficacité énergétique	322
B. Lutte contre la précarité énergétique et réseaux intelligents	326
Titre 2. Le financement de la transition énergétique par les collectivités territoriales	
.....	331
Chapitre 1. Un soutien public inadapté aux besoins financiers des acteurs privés	335
Section 1. La création d'un environnement de confiance par les pouvoirs publics ...	337
§1. Les facteurs favorables à l'investissement des acteurs privés.....	338
A. La lisibilité du cadre économique et réglementaire	338
B. La stabilité du cadre réglementaire	346
§2. L'appui de l'investissement public	348
A. La création d'une relation de confiance à travers une institution financière	
publique.....	349
B. Un investissement public fondé sur des critères fiables et transparents.....	353

Section 2. Le manque de lisibilité et de cohérence des financements publics	357
§1. La multiplicité des soutiens publics étatiques	358
A. L’illisibilité des aides publiques à destination des ménages	359
1) La diversité du parc résidentiel et tertiaire à rénover	360
2) Les aides publiques pour la rénovation énergétique	363
3) Le manque de cohérence des critères d’éligibilité	366
B. Le financement de la production renouvelable : l’instabilité de l’obligation d’achat	369
1) L’évolution de la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique 370	
2) L’obligation d’achat et le financement public de la production renouvelable	372
a) L’euro-compatibilité du tarif d’achat.....	376
b) L’efficacité relative du tarif d’achat et le complément de rémunération 379	
3) Les insuffisances du soutien public aux énergies renouvelables	382
§2. L’apparition des soutiens publics locaux	386
A. Le tiers-financement de la rénovation énergétique par les collectivités territoriales	387
1) Le tiers-financement de la rénovation énergétique des logements.....	388
2) Les formes juridiques des sociétés de tiers-financement	391
B. Les soutiens additionnels	392
1) Les aides locales à la rénovation énergétique	393
2) La participation minoritaire des collectivités territoriales au capital de sociétés de production énergétique renouvelable	396
Chapitre 2. L’autonomie des collectivités territoriales dans le financement de la transition énergétique	400
Section 1. Les ressources financières des collectivités territoriales pour la transition énergétique	402

§1. Le financement direct des investissements locaux.....	402
A. Le financement en fonds propres par la revente de certificats d'économie d'énergie.....	403
B. Le recours à l'emprunt obligataire	407
§2. Le financement indirect des investissements locaux : la création d'établissements de crédit	411
Section 2. Le financement de la transition énergétique locale : le fonds d'investissement public local	415
Conclusion générale	419
Index	422
Index des principaux arrêts et jugements cités	426
Bibliographie.....	433
I. Ouvrages	433
A. Ouvrages généraux, traités et manuels.....	433
B. Ouvrages spécialisés	433
C. Contributions à un ouvrage	435
D. Thèses.....	435
II. Rapports, études et avis	436
A. Rapports et études	436
B. Avis	437
III. Articles	446
IV. Principaux sites consultés	458
Annexe : Liste des personnes rencontrées.....	460

Résumé (1700 caractères) :

La conférence des Etats parties à la convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui s'est tenue à Paris à la fin de l'année 2015 (COP 21) a relancé l'intérêt des Etats pour la protection de l'environnement et la transition écologique et énergétique. Depuis plus d'une décennie, de nombreuses lois sont intervenues qui placent les collectivités territoriales au cœur de ce dispositif. Aujourd'hui, la réalisation de la transition énergétique repose sur un partenariat entre collectivités publiques, gardiennes du service public, et entreprises privées maîtrisant ingénierie et technique propres au secteur énergétique. Cette politique publique s'inscrit ainsi dans le contexte de réforme de l'action publique qui modifie profondément les modes de gestion des services publics.

Descripteurs : Collectivité territoriale, transition énergétique, électricité, gestion publique, entreprise publique locale, contractualisation, distribution d'électricité, concession, partenariat

Abstract (1700 characters):

The conference of the member states of the United nations framework convention about climate change, which took place in Paris, december 2015, increased the state's interest either for the protection of the environment and the ecological transition. From more than a decade, many laws had have the goal to place local authorities into the hearth of this system. Today, the realization of the energy transition is based on a partnership between public authorities, garantor of the public service and private companies mastering engineering and energy techniques. This policy take place in the story of a new public management, which profoundly changes the way public services are managed.

Keywords : Local authority, energy transition, power, public management, local public firm, contractualisation, utilities, partnership