



Les nouvelles formes de commercialisation de l'énergie à l'aune de la commande publique

La loi relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, dite loi APER¹, a introduit dans le code de l'énergie deux nouveaux articles L. 331-5 et L. 441-6 qui reconnaissent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices la possibilité de passer des contrats dans les conditions du code de la commande publique pour répondre à leurs besoins en électricité ou en gaz produit à partir de sources renouvelables², dans le cadre d'opérations d'autoconsommation ou d'un contrat de vente directe à long terme (autrement désigné « PPA », pour Power Purchase Agreement, ou « BPA » pour Biomethane Purchase Agreement).

Ces nouvelles formes de commercialisation de l'énergie, dites désintermédiées, relèvent d'une logique de « circuit court » dans la mesure où elles permettent au consommateur final soit d'autoconsommer sa propre production, soit d'acquérir de l'électricité et du gaz directement auprès d'un producteur ; elles se distinguent en cela des offres de fourniture classiques qui relèvent de l'activité d'achat pour revente et incluent souvent un approvisionnement sur les marchés de gros.

Dans un contexte de crise énergétique, le recours à ces montages permet de bénéficier d'un prix de l'électricité stable et compétitif sur le long terme en sécurisant à la fois le producteur et le consommateur et ce, sans soutien de la part de l'Etat. Ces nouveaux dispositifs visent également à agir concrètement en faveur de la décarbonation des territoires - ambition affichée tant au niveau européen que national - et à renforcer notre indépendance énergétique.

Si le législateur, à travers la loi APER, a répondu aux attentes des acteurs publics en leur permettant de bénéficier comme tout autre consommateur final de ces nouveaux modes d'achat de l'énergie, la passation de tels montages soulève encore un certain nombre d'interrogations.

La Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie devrait à terme publier une fiche technique pour apporter des précisions sur ce sujet ainsi que cela a été évoqué lors des travaux précédant l'adoption de la loi APER, des discussions ayant été engagées en ce sens avec la FNCCR et France urbaine.

Mais, sans attendre la publication de cette fiche, la Fédération a souhaité accompagner dès à présent ses adhérents qui ont d'ores et déjà engagé des démarches en vue de mettre en œuvre ces nouvelles formes de commercialisation. La présente note vise donc à apporter des premiers éléments de réponse quant aux modalités d'inscription de ces opérations dans le cadre de la commande publique.

Notre objectif est de rendre pleinement effectives les nouvelles possibilités offertes par la loi APER dans le code de l'énergie tout en veillant à la sécurité juridique des montages, étant précisé que compte tenu du caractère récent de ces dispositions, l'interprétation qui sera faite de leur articulation avec les règles de la commande publique est susceptible d'évoluer.

Après une présentation des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie (1), nous examinerons la catégorie de contrat de la commande publique à laquelle recourir (2), puis nous nous interrogerons sur les conditions dans lesquelles le montage doit donner lieu à l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (3). Enfin, nous apporterons des précisions sur les modalités de mise en œuvre de la consultation (4).

¹ Voir l'article 86 de la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables.

² Sont concernés l'électricité, le biogaz, le gaz renouvelable et le gaz bas-carbone.

Table des matières

Synthèse opérationnelle	4
1. Quelles sont les nouvelles formes de commercialisation de l'électricité ou du gaz renouvelable ?	6
a) <i>L'autoconsommation individuelle</i>	<i>6</i>
b) <i>L'autoconsommation collective</i>	<i>7</i>
c) <i>Le contrat de vente directe d'électricité ou de gaz renouvelable</i>	<i>8</i>
2. A quelle catégorie de contrat de la commande publique recourir ?	9
a) <i>Le contrat de concession</i>	<i>9</i>
b) <i>Le marché de partenariat</i>	<i>12</i>
c) <i>Le marché public</i>	<i>13</i>
3. Dans quelles conditions organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable ?	18
a) <i>La mise en œuvre d'une opération d'ACI</i>	<i>18</i>
b) <i>La mise en œuvre d'une opération d'ACC</i>	<i>19</i>
1. <i>L'AODE est à l'initiative de l'opération d'ACC mais n'y participe pas</i>	<i>20</i>
2. <i>La personne publique consommatrice est à l'initiative de l'opération d'ACC</i>	<i>21</i>
3. <i>La participation d'une personne publique consommatrice à une opération d'ACC existante ou dont un tiers prend l'initiative</i>	<i>22</i>
c) <i>La conclusion d'un contrat de vente directe d'énergie d'origine renouvelable</i>	<i>24</i>
4. Selon quelles modalités organiser la consultation ?	24
a) <i>La définition du besoin</i>	<i>24</i>
b) <i>L'estimation de la valeur du marché</i>	<i>25</i>
c) <i>La durée des contrats</i>	<i>25</i>
d) <i>Le caractère global de la mission confiée au tiers dans le cadre d'une opération d'ACI</i>	<i>26</i>
e) <i>Le principe d'allotissement</i>	<i>26</i>
f) <i>Les critères de sélection des offres</i>	<i>27</i>
1. <i>Définir un critère lié au lieu d'implantation de l'installation de production d'énergie renouvelable</i>	<i>27</i>
2. <i>Le critère lié au développement de nouveaux actifs de production d'énergies renouvelables</i>	<i>29</i>

Synthèse opérationnelle

La loi n°2023-175 du 10 mars 2023, dite loi « APER », a intégré les nouvelles formes de commercialisation de l'énergie dans le champ de la commande publique tout en levant le frein lié à la durée des marchés. Désormais, quelle que soit la nature du contrat de la commande publique conclu pour consommer de l'électricité ou du gaz renouvelable selon le régime de l'autoconsommation ou de la vente directe, les collectivités peuvent fixer la durée du montage en tenant compte des investissements à réaliser pour l'opération, y compris lorsqu'elles n'acquiescent pas les installations de production.

De manière générale, la FNCCR considère que le code de la commande publique constitue un outil au service de la décarbonation des territoires, en offrant un cadre suffisamment souple à ces opérations tout en respectant les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures.

1. Quelles sont les nouvelles formes de commercialisation ?

- L'autoconsommation individuelle (ACI) consiste pour l'autoconsommateur à produire et consommer de l'électricité sur un même site, en faisant appel le cas échéant à un tiers investisseur ;
- L'autoconsommation collective (ACC) qui correspond à un dispositif de partage de l'électricité ou du gaz entre un ou plusieurs consommateurs et un ou plusieurs producteurs, dans les limites d'un périmètre géographique ;
- La vente directe d'électricité qui consiste pour un producteur à vendre directement de l'électricité ou du gaz à un consommateur final.

2. A quelle catégorie de contrat de la commande publique recourir ?

Pour chacune des nouvelles formes de commercialisation, la catégorie du contrat de la commande publique à laquelle recourir doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas, en fonction des caractéristiques du montage et

plus particulièrement du mode de rémunération du co-contractant.

Le marché de partenariat est envisageable uniquement pour les opérations d'autoconsommation ou de vente directe d'une certaine ampleur (seuil minimal de deux millions d'euros hors taxe) et dans les cas où la collectivité a vocation à acquiescent l'installation de production à l'issue du montage.

Le contrat de concession est particulièrement adapté dans le cas où la personne publique a vocation à acquiescent l'installation de production à l'issue du contrat, sous réserve que l'opérateur supporte un risque lié aux aléas du marché.

En l'absence d'acquisition de l'installation de production et de transfert du risque d'exploitation, l'achat d'énergie dans le cadre d'une opération d'ACC ou d'un contrat de vente directe peut faire l'objet d'un marché public de fournitures, le cas échéant d'une durée longue, fixée en fonction des investissements à réaliser.

Enfin, la mise en œuvre d'une opération d'ACI, d'ACC ou d'un contrat de vente directe peut également prendre la forme d'un marché public global de performance.

3. Quand organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence ?

Dès lors que l'opération répond directement à un besoin de la personne publique, selon des exigences qu'elle a fixées, en contrepartie d'un prix, la mise en place d'une opération d'ACI doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence de tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés. Il en est de même en cas d'offre spontanée formulée par un opérateur.

La conclusion d'un contrat de vente directe d'électricité ou de gaz suppose également l'organisation d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables.

La mise en œuvre d'une opération d'ACC nécessite une analyse plus approfondie

prenant en compte le degré d'implication de l'acheteur public dans cette opération, avant de procéder à une mise en concurrence des opérateurs intéressés. Trois hypothèses sont distinguées par la Fédération :

- Lorsque l'opération d'ACC est mise en œuvre à l'initiative d'une AODE qui ne participe pas elle-même à l'opération, le choix du ou des producteurs pourra être assujéti aux obligations de publicité et de mise en concurrence, dans la mesure où le montage est de nature à répondre à un besoin direct de l'AODE et qu'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées ;
- Si la personne publique consommatrice est à l'initiative de l'opération, il revient à l'acheteur public de lancer une consultation selon les règles de la commande publique pour identifier les producteurs susceptibles de mettre en œuvre celle-ci ;
- Lorsque la personne publique consommatrice participe à une

opération déjà existante ou dont un tiers prend l'initiative, des raisons techniques peuvent être invoquées pour déroger aux formalités de publicité et de mise en concurrence préalables en fonction du degré d'avancement de l'opération à laquelle la personne publique est invitée à participer.

4. *Selon quelles modalités organiser la consultation ?*

La préparation de la consultation doit tenir compte des spécificités des nouvelles formes de commercialisation tout en veillant au respect des principes de la commande publique (définition du besoin, durée, allotissement, critère de sélection)

La circonstance que ces modes d'achat relèvent d'une politique énergétique visant à promouvoir le développement des énergies renouvelables dans les territoires devrait ainsi autoriser l'acheteur à définir des critères de sélection s'inscrivant dans une telle stratégie sans qu'ils aient pour effet de privilégier certains opérateurs par rapport à d'autres.

1. Quelles sont les nouvelles formes de commercialisation de l'électricité ou du gaz renouvelable ?

a) L'autoconsommation individuelle

L'article L. 315-1 du code de l'énergie définit l'opération d'autoconsommation individuelle (ci-après désignée « ACI ») comme le fait pour un producteur, dit « autoproducteur », de consommer lui-même, et sur un même site, tout ou partie de l'électricité produite par son installation. Dans ce cadre, l'installation de production peut être détenue ou gérée par un tiers financeur qui peut se voir confier l'installation et la gestion de l'installation de production, selon les instructions de l'autoproducteur. L'électricité ainsi consommée sur site n'étant pas injectée sur le réseau public, elle ne donne pas lieu au paiement du tarif d'acheminement et n'est pas non plus assujettie à la fiscalité de l'énergie. Ce montage permet donc de diminuer la facture d'électricité.

L'autoproducteur conserve un contrat passé avec un fournisseur pour couvrir sa consommation d'électricité excédant le volume d'électricité acheté dans le cadre de l'opération d'ACI compte tenu du caractère intermittent de la production d'énergie renouvelable.

Les personnes publiques peuvent avoir recours à de telles opérations en mettant leur foncier ou leurs toitures à disposition d'un tiers financeur. En pratique, le contrat passé avec cet opérateur porte non pas sur l'achat d'électricité, dans la mesure où le consommateur est également le producteur d'électricité, mais sur un service consistant à mettre en œuvre une opération d'ACI en réalisant et en exploitant une installation de production sur le site de consommation de la personne publique concernée.

A noter que l'unicité de personne morale entre le producteur et le consommateur doit être préservée, quand bien même l'autoconsommateur décide de confier à un tiers les prestations d'installation, gestion, entretien et maintenance³. Il est alors essentiel que le contrat conclu, et plus précisément son cahier des charges, soit en adéquation avec le fait que l'opérateur agisse conformément aux instructions de l'autoproducteur. On relèvera également que seul l'autoproducteur est habilité à vendre le surplus de l'électricité non consommée sur le site en signant une convention pour bénéficier d'un dispositif de soutien.

L'ACI n'est prévue qu'en matière d'électricité.

³ Art. L 315-1 alinéa 3 du code de l'énergie.

b) L'autoconsommation collective

Aux termes de l'article L. 315-2 du code de l'énergie, l'opération d'autoconsommation est dite collective (ci-après désignée « ACC ») lorsque les échanges d'électricité sont effectués entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale organisatrice, (ci-après désignée la « PMO »), et dont les points de soutirage et d'injection sont situés dans le même bâtiment. Une opération d'ACC est qualifiée d'étendue lorsque les points de soutirage et d'injection des participants respectent certains critères, notamment de proximité géographique⁴ et de puissance des installations de production⁵.

Dans le cadre d'une telle opération, l'achat d'électricité nécessite au préalable de regrouper l'ensemble des participants à l'opération - consommateurs et producteurs - au sein d'une PMO et gérer les relations avec le gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité. La forme juridique est libre (société commerciale, association, etc.), l'article L. 315-2 indiquant simplement qu'elle doit être dotée de la personnalité morale. Dans ce cadre, les échanges d'électricité s'opèrent sur le réseau public de distribution d'électricité, selon une répartition définie par la PMO.

Le consommateur qui participe à une opération d'ACC conserve un contrat passé avec un fournisseur pour couvrir sa consommation d'électricité excédant le volume acheté dans le cadre de ladite opération. Par ce contrat, le fournisseur exécute également la mission de responsable d'équilibre⁶ et procède, à partir des données de comptage que lui transmet le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité pour la facturation de l'électricité, à la répartition entre les volumes commercialisés dans le cadre de l'opération d'ACC et ceux qui font l'objet du contrat de fourniture pour le complément.

En pratique, se sont également développées des opérations communément appelées ACC patrimoniale dans lesquelles une personne, généralement une collectivité, répartit entre ses différents sites de consommation l'électricité qu'elle produit, l'ensemble de ces sites de production comme de consommation étant situé dans une zone géographiquement limitée conformément aux critères de proximité géographique susmentionnés. Ce dispositif se distingue de l'ACC classique dans la mesure où, faisant intervenir une seule personne, il ne donne pas lieu à de la vente d'électricité. Pour cette raison, nous ne l'aborderons pas dans la présente note : ce montage ne correspondant pas à un achat, il ne relève pas du champ de la commande publique.

Il existe également un régime de l'ACC en matière de gaz renouvelable⁷. Un projet de décret est en cours d'adoption pour préciser le cadre de ce nouveau dispositif selon des modalités similaires à celles de l'ACC électrique.

⁴ En vertu de l'arrêté du 21 novembre 2019 fixant le critère de proximité géographique de l'ACC étendue, la distance séparant les deux participants les plus éloignés n'excède pas deux kilomètres (avec cependant des dérogations possibles jusqu'à 20 kilomètres dans certaines conditions).

⁵ En vertu de l'arrêté du 21 novembre 2019 précité, la puissance cumulée des installations de production doit être inférieure à 3 MW sur le territoire métropolitain continental et à 0,5 MW dans les zones non interconnectées.

⁶ À tout moment, la quantité d'électricité injectée sur le réseau doit être égale à la quantité d'électricité soutirée. Ainsi, aux termes de l'article L. 321-5 du code de l'énergie, chaque producteur et chaque consommateur est responsable des écarts entre les injections et les soutirages d'électricité auxquels il procède. Il peut contracter à cette fin avec un responsable d'équilibre qui prend en charge les écarts ou demander à son fournisseur de le faire. Le responsable d'équilibre ou le fournisseur s'est ainsi engagé contractuellement auprès du gestionnaire du réseau de transport public d'électricité à financer le coût des écarts constatés a posteriori entre l'électricité injectée et l'électricité consommée au sein d'un périmètre d'équilibre.

⁷ Article L. 448-1 du code de l'énergie.

c) Le contrat de vente directe d'électricité ou de gaz renouvelable

Les contrats de vente directe d'électricité sont des contrats d'achat d'électricité produite à partir d'une source renouvelable conclus directement entre un producteur et un consommateur final. Ils correspondent à la notion d'« accord d'achat d'électricité renouvelable » définie par la directive RED II⁸ comme « *un contrat par lequel une personne physique ou morale accepte d'acheter directement à un producteur d'électricité de l'électricité produite à partir de sources renouvelables* ». Ces montages permettent de financer la construction et l'exploitation de nouvelles installations de production tout en garantissant pour le consommateur une certaine stabilité des prix.

Contrairement à l'ACC, la vente directe d'électricité n'est soumise à aucun critère de proximité géographique, elle ne donne pas lieu non plus au recours à une PMO, ni à la conclusion d'une convention avec le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité pour la répartition des volumes.

En revanche, aux termes de l'article L. 333-1 du code de l'énergie, le producteur doit être titulaire d'une autorisation administrative pour conclure un tel contrat ou, à défaut, désigner un producteur ou un fournisseur tiers, déjà titulaire d'une telle autorisation, afin qu'il assume, par délégation, à l'égard des consommateurs finals, les obligations incombant aux fournisseurs d'électricité, notamment celles visant à garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité (les garanties de capacités).

En pratique, cette délégation pourra être attribuée au fournisseur avec lequel le consommateur a passé un contrat pour couvrir sa consommation d'électricité excédant le volume d'électricité acheté dans le cadre du contrat de vente directe. Par ce contrat, le fournisseur exécutera également la mission de responsable d'équilibre et procédera, à partir des données de comptage que lui transmet le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité pour la facturation de l'électricité, à la répartition entre les volumes commercialisés dans le cadre du contrat de vente directe et ceux qui font l'objet du contrat de fourniture.

Des contrats de vente directe à long terme sont également prévus pour l'achat de biogaz, de gaz renouvelable ou de gaz bas-carbone, eux aussi assujettis à une autorisation administrative laquelle peut être déléguée à un tiers afin qu'il assume, par délégation, les obligations incombant aux fournisseurs de gaz⁹.

⁸ Voir §17 de l'article 2 de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, telle que modifiée par la directive (UE) 2023/2413 du Parlement européen et du Conseil en date du 18 octobre 2023, dite directive « RED III ».

⁹ Art. L. 443-1 du code de l'énergie.

2. A quelle catégorie de contrat de la commande publique recourir ?

L'article L. 331-5 du code de l'énergie tel qu'issu de la loi APER dispose :

« Dans les conditions prévues par le code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du même code peuvent recourir à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins en électricité produite à partir de sources renouvelables mentionnées à l'article L. 211-2 du présent code :

1° Avec un tiers mentionné à l'article L. 315-1 pour la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle mentionnée au même article L. 315-1. Ce contrat peut confier au titulaire l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production pour autant qu'il demeure soumis aux instructions de l'autoproduiteur ;

2° Dans le cadre d'une opération d'autoconsommation collective mentionnée à l'article L. 315-2 avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération ;

3° Dans le cadre d'un contrat de vente directe à long terme d'électricité mentionné au 2° du I de l'article L. 333-1.

La durée du contrat est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations. »

Des dispositions similaires existent pour la consommation par les acteurs publics de gaz d'origine renouvelable¹⁰.

La loi APER a donc expressément inscrit les nouvelles formes de commercialisation de l'énergie dans le champ de la commande publique mais sans préciser, pour chacune d'elle, la catégorie du contrat de la commande publique à laquelle recourir. Ce choix relève, à l'instar de tout montage assujéti aux règles de la commande publique, d'une appréciation au cas par cas au regard des caractéristiques du montage et plus particulièrement du mode de rémunération du co-contractant.

Nous allons donc examiner ci-après quelle peut être, pour chacune des nouvelles formes de commercialisation, la catégorie de contrat la plus appropriée.

a) Le contrat de concession

Le contrat de concession est défini à l'article L. 1121-1 du code de la commande publique :

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code 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.

¹⁰ Art. L. 441-6 du code de l'énergie.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique 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, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

On distingue les contrats de concession de travaux des contrats de concession de services, étant précisé que le contrat de concession de services ne porte pas nécessairement sur une mission de service public et peut par ailleurs inclure la réalisation d'un ouvrage ou l'acquisition de biens nécessaires au service¹¹.

❖ *Le recours à la concession pour la mise en œuvre d'une opération d'ACI*

Le principal inconvénient au recours au contrat de concession pour une opération d'ACI correspond à la difficulté de caractériser un transfert de risque au concessionnaire dans la mesure où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit payer un prix fixe au producteur d'énergie renouvelable.

Il pourrait être alors envisagé la mise en place d'objectifs de performance à réaliser par le producteur afin que le prix varie en fonction des objectifs atteints.

A notre sens, il s'agirait d'un contrat de concession de services, le service concédé consistant en la mise en œuvre d'une opération d'ACI, lequel inclut la réalisation d'un ouvrage. La collectivité peut, à l'issue du montage, acquérir l'installation réalisée sur son patrimoine.

❖ *Le recours à la concession pour la mise en œuvre d'une opération d'ACC ou d'un contrat de vente directe*

Contrairement à l'ACI, l'ACC et la vente directe donnent lieu non à la réalisation d'une prestation de services mais bien à l'acquisition de volumes d'électricité ou de gaz. Dans ces conditions, et dans la mesure où il n'existe pas de concession de fourniture, le contrat de concession ne serait à notre sens envisageable que dans le cas où la collectivité aurait vocation à acquérir l'installation de production à l'issue du contrat et sous réserve que l'opérateur supporte un risque lié aux aléas du marché. Il s'agirait alors d'un contrat de concession de travaux, l'installation de production étant alors constitutive d'un bien de retour.

Là encore, il sera nécessaire de justifier d'un transfert de risque à l'opérateur. Sur ce point, la doctrine souligne, s'agissant des contrats de vente directe, que « *la possibilité de conclure un contrat de concession est donc tributaire du volume de production acquis par la collectivité et du mécanisme de prix qui sera retenu pour rémunérer l'exploitation et la vente d'électricité par le concessionnaire* »¹².

¹¹ Art. L. 1121-3 du code de la commande publique.

¹² Cf. Les interrogations suscitées par le nouveau Power Purchase Agreement « à la française » au regard des exigences du droit de la commande publique - Etude par Romain Micalef (chercheur postdoctoral à la Chaire de droit des contrats publics - membre de l'EDPL, université Jean Moulin Lyon III - qualifié aux fonctions de maître de conférences en droit public)

CONCESSION DE TRAVAUX ART. L1121-2 CCP	CONCESSION DE SERVICES ART. L1121-3 CCP
<u>Objet concession de travaux :</u> • Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux. • Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.	<u>Objet concession de services :</u> • Il peut consister à concéder la gestion d'un service. • Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Le contrat de concession de services ne porte pas nécessairement sur une mission de service public et peut par ailleurs inclure la réalisation d'un ouvrage.
AVANTAGES	INCONVENIENTS
• Financement de l'ouvrage par l'opérateur • Durée longue pour amortir les investissements. • La concession de services peut inclure la réalisation d'un ouvrage sans obligation pour la collectivité d'acquérir l'ouvrage construit (régime de propriété de l'ouvrage négocié dans le contrat).	• Risque de requalification en marché public s'il n'y a pas de transfert de risque à l'opérateur ; étant précisé que la part de risque transférée au concessionnaire doit impliquer une réelle exposition aux aléas du marché. • Nécessité de définir un service dans le cas du recours à la concession de services.

b) Le marché de partenariat

Le marché de partenariat est défini à l'article L. 1112-1 du code de la commande publique :

« Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;*
- 3° 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. »*

L'un des principaux avantages de ce montage est de permettre à l'acheteur de rémunérer l'opérateur sous forme de « loyers », à compter de la mise à disposition de l'ouvrage à réaliser. Le paiement est ainsi différé, les prestations étant rémunérées à compter de l'achèvement des travaux. Ce montage permet donc un préfinancement privé par le titulaire du contrat. La rémunération peut en outre être liée à un critère de performance.

En revanche, ce montage n'est adapté que pour des projets de grande ampleur : il n'est possible d'y recourir que pour des opérations d'un seuil minimal de deux millions d'euros hors taxe¹³.

Les conditions de recours sont en outre assez strictes : l'acheteur doit démontrer 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. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* »¹⁴.

Enfin, une procédure relativement lourde doit être mise en œuvre (évaluation du mode de réalisation du projet, étude de soutenabilité budgétaire).

¹³ Voir art. R. 2211-1 du code de la commande publique.

¹⁴ Voir art. L. 2211-6 du code de la commande publique.

MARCHE DE PARTENARIAT

Article L. 1112-1 et articles L. 2200-1 et suivant du CCP

- Ce marché repose sur le transfert de la maîtrise d'ouvrage à un opérateur qui assurera *a minima* la réalisation et le préfinancement des travaux, missions auxquelles pourront s'adjoindre la conception et l'entretien-maintenance de l'équipement.
- **Marché global** : pas d'allotissement, « à la carte ».

AVANTAGES	INCONVENIENTS
• Paiement public différé de loyers au titulaire, soumis à des objectifs de performance, à compter de la mise à disposition des ouvrages et des équipements réalisés. • Ce montage permet donc un préfinancement privé par le titulaire du contrat. • Durée du contrat fixée en fonction de l'amortissement des équipements et ouvrages à réaliser.	• Procédure de passation lourde et complexe - Réalisation d'une étude préalable justifiant le recours au marché de partenariat, rapport de soutenabilité budgétaire. • Seuil de recours : il n'est possible d'y recourir que pour des opérations d'un seuil minimal de 2 millions d'euros hors taxe.

c) *Le marché public*

Aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique :

« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. »

On distingue les marchés de travaux, de services et de fournitures, étant précisé, s'agissant de ce dernier, qu'il peut comprendre à titre accessoire des travaux de pose et d'installation.

Et lorsque le marché public porte sur une mission globale, il peut également prendre la forme d'un marché global de performance tel qu'il est défini à l'article L. 2171-3 du code de la commande publique :

« Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. »

Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables. ».

Le marché global de performance déroge ainsi au principe d'allotissement qui s'applique aux marchés publics¹⁵.

- ❖ *Le recours au marché de fournitures pour la mise en œuvre d'une opération d'ACC ou d'un contrat de vente directe sans acquisition de l'installation de production*

L'achat d'électricité ou de gaz effectué dans le cadre d'une opération d'ACC ou d'un contrat de vente directe pourrait donner lieu à la passation d'un marché de fournitures dans toutes les hypothèses où, d'une part, l'acheteur acquiert uniquement des volumes d'électricité et non l'installation qui les produit et, d'autre part, l'opérateur est rémunéré par un prix, sans supporter le risque d'exploitation de l'opération.

L'un des principaux apports des articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie est d'autoriser l'acheteur à fixer la durée du marché « *en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations* ». En cela, les articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie dérogent nécessairement au principe de la commande publique selon lequel la durée d'un marché public ne peut pas tenir compte de la durée d'amortissement des investissements à réaliser pour des ouvrages que l'acheteur n'acquiert pas¹⁶.

Ainsi, concrètement, l'acheteur public pourra passer un marché public de fourniture d'électricité ou de gaz renouvelable d'une durée longue (15/20 ans) pour permettre au titulaire d'amortir l'installation à réaliser pour produire les volumes consommés - cet actif demeurant la propriété de l'opérateur - en contrepartie d'un prix de l'électricité ou du gaz stable et compétitif sur toute la durée du marché.

MARCHE PUBLIC DE FOURNITURES

Article L. 1111-1 du CCP :

- Permet de répondre à des besoins en matière de fournitures ou de services en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent
- A pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation

AVANTAGES	INCONVENIENTS
• Adapté à l'acquisition de volumes d'électricité ou de gaz sans acquisition de l'installation de production • Permet de bénéficier d'un prix de l'électricité ou de gaz stable et compétitif sur la durée du marché	• Certaines interprétations peuvent considérer que la durée du marché ne peut pas correspondre à 15 ou 20 ans malgré l'apport des articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie : la durée ne peut pas tenir compte de la durée d'amortissement des investissements à réaliser pour des ouvrages que l'acheteur n'acquiert pas

¹⁵ Art. L. 2113-10 du code de la commande publique.

¹⁶ La Cour administrative d'appel de Marseille a ainsi jugé ce dernier « ne pouvant se prévaloir des règles qui régissent les biens dits de retour qui reviennent à la collectivité publique à l'issue d'une délégation de service public, dès lors qu'elle a conclu un marché public et non une délégation de service public et qu'en conséquence, les [biens] n'ont pas vocation à devenir sa propriété à l'issue de ce marché mais restent propriété de son contractant » (CAA Marseille, 13 novembre 2023, req. n° 22MA00485).

❖ *Le recours au marché global de performance pour la mise en œuvre d'une opération d'ACI, d'ACC ou d'un contrat de vente directe avec acquisition de l'installation de production*

L'objet de ce montage peut correspondre à celui d'un projet en autoconsommation ou d'un contrat de vente directe dans la mesure où il peut porter tout à la fois sur la conception, la réalisation et l'exploitation de prestations, étant précisé que, selon la doctrine administrative¹⁷, ces prestations peuvent être de travaux, de services ou de fournitures. En outre, il n'y a pas lieu de transférer le risque d'exploitation au titulaire qui peut donc être intégralement rémunéré par un prix, sa rémunération ne dépendant que de l'atteinte de ses engagements de performance.

On doit cependant relever que l'article L. 2191-5 du code de la commande publique interdit le paiement différé dans les marchés publics. En conséquence lorsque le marché comprend la réalisation d'un ouvrage, le paiement de celui-ci doit en principe intervenir à son achèvement. L'article L. 2191-6 du code de la commande publique précise à cet égard qu'en « *cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction* ».

Doit-on alors en déduire que seul le recours au contrat de concession ou au marché de partenariat serait envisageable pour la mise en œuvre d'un projet d'autoconsommation ou d'un contrat de vente directe dans le cadre duquel l'acheteur a vocation à acquérir l'installation de production ?

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, ces deux catégories de contrats sont loin d'être, dans tous les cas, adaptées à ce type d'opération. Il n'est pas toujours simple en effet de transférer à l'opérateur le risque lié à l'exploitation lorsque sa rémunération constitue essentiellement en un prix versé par l'acheteur. Et le seuil de deux millions d'euros hors taxes à partir duquel les acheteurs peuvent recourir à un marché de partenariat est souvent difficile à atteindre, en particulier pour les collectivités territoriales, compte tenu de la taille des projets.

A notre sens, l'esprit des nouveaux articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie vise très clairement à faciliter le recours par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aux nouvelles formes de commercialisation de l'énergie sans écarter aucune catégorie de contrat de la commande publique. Ces dispositions ont pour effet d'étendre à l'ensemble de ces contrats la règle - en principe réservée aux concessions et aux marchés de partenariat - selon laquelle la durée est fixée en tenant compte des amortissements à réaliser pour l'exécution du contrat.

Les nouvelles formes de commercialisation de l'électricité ou du gaz doivent en effet nécessairement s'inscrire dans une durée longue afin que l'opérateur puisse financer le cas échéant la réalisation d'un nouvel actif de production d'énergie renouvelable tout en permettant au consommateur de bénéficier d'une énergie renouvelable à un prix stable et attractif.

Cette durée longue est ainsi directement liée aux modalités de financement de l'actif de production à réaliser, ces éléments ne pouvant être décorrélés et sont essentiels à l'équilibre économique du montage envisagé.

C'est tout particulièrement le cas de l'ACI avec tiers financement : il s'agit bien pour l'autoconsommateur de faire financer un bien immobilier par un tiers, de bénéficier de la jouissance de ce bien pendant toute la durée du contrat en consommant l'électricité produite en contrepartie du versement d'un prix, puis d'en récupérer la propriété à l'échéance du contrat.

¹⁷ Les marchés globaux, fiche technique publiée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, 28 janvier 2020.

Certes, l'article L. 331-5 du code de l'énergie n'a pas pour objet de créer une nouvelle forme de montage contractuel complexe, type crédit-bail immobilier, spécifique au domaine des énergies renouvelables. Mais, à l'inverse, une lecture réductrice de ces dispositions qui consisterait à leur opposer le principe d'interdiction du paiement différé conduirait à les vider de leur substance et à remettre en cause l'objectif explicitement affiché par le législateur de faciliter la mise en œuvre d'une opération d'ACI dans le cadre d'un contrat de la commande publique¹⁸.

Un moyen de lever cette contradiction apparente serait de considérer que le montage n'a pas pour objet l'acquisition d'un actif de production mais la réalisation d'une opération d'ACI qui constitue un service global dont les différentes prestations sont par nature indissociables, le prix versé par l'autoproduiteur couvrant l'ensemble des coûts induits par ce service sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les coûts de réalisation et les coûts d'exploitation. Dans ces conditions, on pourrait considérer que les articles L. 2191-5 et L. 2191-7 du code de la commande publique n'ont pas vocation à s'appliquer aux opérations d'ACI mises en œuvre dans le cadre d'un marché global de performance. Un raisonnement identique pourrait être transposé à tous les nouveaux modes de commercialisation dans le cadre desquels l'acheteur acquiert l'actif réalisé pour l'approvisionner en électricité ou en gaz renouvelable.

En conclusion, en adoptant la loi APER, le législateur a clairement affiché sa volonté de faciliter le recours par les acheteurs publics aux nouvelles formes de commercialisation de l'énergie en conciliant l'équilibre économique particulier de ces montages - le financement sur une durée longue d'un nouvel actif de production - avec les règles de la commande publique. Ce faisant, il s'inscrit pleinement dans le droit de l'Union qui vise à lever tous les obstacles au développement de ces nouvelles formes de consommation d'énergie d'origine renouvelable¹⁹.

Selon la FNCCR, il est essentiel que, dans sa mise en œuvre pratique, la portée de ce texte ne soit pas remise en cause par une lecture trop restrictive des règles de la commande publique.

¹⁸ Il convient de noter que certains auteurs considèrent que l'article L. 331-5 du code de l'énergie ne déroge pas à l'interdiction du paiement qui aurait donc lieu de s'appliquer aux marchés passés dans le cadre d'une opération d'ACI (X. Mouriessé et T. Le Mercier, De la mise en œuvre de projets photovoltaïques d'autoconsommation par les personnes publiques, Contrats et marchés publics n° 11, novembre 2023, 10).

¹⁹ Directive 2018/2001 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

MARCHE GLOBAL DE PERFORMANCE

Article L. 2171-3 du CCP :

- Associe l'**exploitation ou la maintenance** à la **réalisation ou à la conception-réalisation de prestations** afin de remplir des **objectifs chiffrés de performance**.
- Objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
- Comporte des **engagements de performance mesurables**.

AVANTAGES	INCONVENIENTS
• Globalité des prestations : Périmètre large du contrat diminuant le risque d'interface intégrant la maintenance exploitation en sus de la conception réalisation. • Pas de transfert de risque d'exploitation au titulaire qui peut donc être intégralement rémunéré par un prix, sa rémunération ne dépendant que de l'atteinte de ses engagements de performance.	• Une lecture stricte des règles de la commande publique amène certains auteurs à considérer que l'interdiction du paiement différé doit s'appliquer aux marchés passés dans le cadre d'une opération d'ACI, d'ACC ou de contrat de vente directe.

3. Dans quelles conditions organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable ?

Les articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie, tels qu'issus de la loi APER, ont expressément reconnu aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices la possibilité de mettre en œuvre des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie pour répondre à leurs besoins en électricité ou en gaz d'origine renouvelable.

Dès lors, à notre sens, les acheteurs publics disposent d'un fondement juridique leur permettant de définir leur besoin en se référant expressément à l'une de ces formes de commercialisation désintermédiées (ACI, ACC ou vente directe) sans avoir à la mettre en concurrence avec des offres de fourniture classiques relevant de l'activité d'achat pour revente. Et dans la mesure où ces modes de commercialisation font chacun l'objet d'un régime juridique qui leur est propre, ils n'ont pas non plus à être mis en concurrence entre eux.

Mais dès lors que ces opérations entrent dans le champ de la commande publique, une procédure de publicité et de mise en concurrence doit en principe être organisée préalablement à leur mise en œuvre. Nous allons ci-après en préciser les conditions.

a) La mise en œuvre d'une opération d'ACI

D'emblée, il importe de souligner que l'opération d'ACI se distingue de la mise à disposition du domaine public à un opérateur afin que celui-ci y réalise et exploite une installation de production d'électricité en vue de vendre l'énergie produite à un tiers. En effet, la jurisprudence estime qu'un tel montage avec vente en totalité de l'électricité produite n'entre pas dans le champ de la commande publique²⁰ et peut donc donner lieu à un simple appel à manifestation d'intérêt préalable à la mise à disposition du domaine²¹.

L'opération d'ACI est en revanche clairement assujettie aux règles de la commande publique dès lors que le montage répond directement à un besoin de la personne publique, cette dernière confiant à l'opérateur une prestation - la mise en œuvre d'une opération d'ACI - selon des exigences qu'elle a fixées, en contrepartie d'un prix. Le contrat de la commande publique devra alors inclure la mise à disposition du domaine à l'opérateur afin de lui permettre de réaliser et d'exploiter une installation de production d'électricité sur le site concerné.

Par ailleurs, il convient d'examiner le cas dans lequel un opérateur propose de sa propre initiative de mettre en place une opération d'ACI pour les besoins de la personne publique consommatrice.

²⁰ CAA Lyon, 2 avril 2020, req. N°18LY01186 : En l'espèce, une commune avait conclu des conventions pour autoriser une société à occuper la toiture de gymnases en vue de réaliser et d'exploiter une installation de production d'électricité photovoltaïque, pour une durée de vingt ans, en contrepartie du paiement d'une redevance d'occupation du domaine public. La cour administrative de Lyon a relevé que « Si la délibération autorisant la signature de ces conventions est motivée par l'intérêt général s'attachant pour la commune à entamer une démarche écologique par l'implantation sur certains bâtiments publics d'unités de production d'électricité photovoltaïque, elle est cependant étrangère aux activités des services publics municipaux et à celles qui seraient exercées pour leur compte ». On notera néanmoins que cette jurisprudence est susceptible d'évoluer à la suite de la reconnaissance par le législateur de la qualification de service public à caractère industriel ou commercial de la production d'énergie renouvelable (voir art. L. 1412-1 du CGCT tel qu'issu de la loi APER).

²¹ Cf. Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 modifiant le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P). La publicité, qui doit être « suffisante », vise à permettre au gestionnaire du domaine public de s'assurer de l'absence de potentielle concurrence, bien que le CG3P ne donne aucune indication ni sur les modalités de publicité ni sur sa durée. A l'inverse des règles en matière de commande publique, la législation est volontairement lacunaire sur ce point pour laisser une marge de manœuvre plus importante.

Au vu de la jurisprudence, la circonstance que la personne publique ait été contactée par l'opérateur lui ayant proposé une offre spontanée ne répondant pas à un besoin initialement exprimé par celle-ci, est sans incidence sur la qualification en marché public. Le fait que la personne publique ait accepté l'offre de l'opérateur atteste qu'elle a finalement identifié un besoin qu'elle souhaite satisfaire en recourant à lui²². Aussi, dès lors que la personne publique décide de donner suite à cette proposition, elle doit en principe procéder à une publicité et organiser une mise en concurrence de tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés.

Ce principe de mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés en cas d'offre spontanée peut connaître une dérogation lorsqu'est établie une relation de quasi-régie entre l'acheteur et l'opérateur²³.

La mise en œuvre d'une opération d'ACI doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence de tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés dès lors qu'elle répond à un besoin de la personne publique et selon des exigences qu'elle a fixées en contrepartie d'un prix.

b) La mise en œuvre d'une opération d'ACC

Aux termes des articles L. 331-5 et L. 441-6 du code de l'énergie, les acheteurs publics qui souhaitent s'approvisionner en électricité ou en gaz d'origine renouvelable dans le cadre d'une opération d'ACC doivent recourir à un contrat de la commande publique.

Or, la consommation d'électricité ou de gaz d'origine renouvelable au sein d'une opération d'ACC s'inscrit dans le cadre d'un montage global qui inclut, d'une part, l'acte passé avec la PMO pour convenir des règles d'organisation de l'opération, d'autre part, le contrat d'achat d'électricité ou de gaz liant le consommateur au producteur participant à ladite opération.

Plus précisément, l'acheteur qui souhaite acquérir de l'électricité ou du gaz dans le cadre d'une opération d'ACC doit, au préalable, adhérer à la PMO pour définir les conditions d'organisation de cette opération et en particulier les modalités de répartition de l'électricité autoconsommée entre les participants²⁴. Par cette adhésion, l'acheteur s'engage donc à acheter, pour l'alimentation de ses sites entrant dans le périmètre de l'opération, l'électricité ou le gaz produit au sein de l'opération selon les règles de répartition qui auront été définies.

Il est essentiel de noter que l'adhésion à une association, comme la prise de participation dans le capital d'une société, n'entre pas dans le champ de la commande publique sauf si un contrat de la commande publique est attribué à cette entité lors de sa création²⁵.

²² TA Nîmes, 6 mai 2010, Société CTR, n° 0900993 ; TA Pau, 14 décembre 2010, Société CTR, n° 0900090.

²³ Art. L. 2511-1 du code de la commande publique.

²⁴ Sur ce sujet, la FNCCR considère que les participants à l'opération d'ACC peuvent par convention multipartite désigner une PMO et l'habiliter à les représenter auprès du gestionnaire du réseau de distribution. En effet, d'un point de vue juridique, le contrat permet, comme l'adhésion à des statuts d'association, d'engager les participants et la PMO et d'offrir un certain nombre de garanties aux consommateurs (transparence des règles de mise en œuvre de l'opération, participation à la prise de décision, suivi de l'opération,). Le conventionnement offre une certaine souplesse par rapport à l'adhésion à une personne morale et permet dans certains cas de faciliter le déploiement des opérations.

²⁵ CJCE, 15 octobre 2009, Acoset SpA, Aff. C-196/08.

En revanche, le contrat que l'acheteur passe en qualité de consommateur participant à une opération d'ACC avec le ou les producteurs participants à cette même opération pour acheter l'électricité ou le gaz produit dans ce cadre est bien de nature à constituer un contrat de la commande publique dans la mesure où il satisfait un besoin de l'acheteur public en contrepartie d'une rémunération.

La question qui se pose alors est celle de savoir comment organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion du contrat d'achat d'électricité ou de gaz dès lors qu'en adhérant à la PMO, l'acheteur public s'est engagé à consommer l'énergie produite par le producteur participant à l'opération selon les règles de répartition définies dans la convention d'ACC conclue avec le gestionnaire du réseau de distribution ?

On doit donc déterminer comment articuler les principes de transparence et de mise en concurrence de la commande publique avec le montage global de l'ACC.

A cette fin, il nous semble que le critère principal à prendre en compte est celui du degré d'implication de l'acheteur public dans l'opération, ce qui nous conduit à distinguer les trois hypothèses suivantes :

1. Le cas d'une autorité organisatrice de la distribution d'électricité (ci-après, « AODE ») qui est à l'initiative d'une opération d'ACC sans y participer elle-même ;
2. Le cas d'une personne publique à l'initiative de l'opération d'ACC et qui y participe en tant que consommatrice ;
3. Le cas d'une personne publique qui participe en tant que consommatrice à une opération d'ACC mise en œuvre à l'initiative d'un tiers.

Il convient au préalable de souligner que l'analyse développée ci-dessous vise à éviter deux écueils : d'une part, la méconnaissance des règles de la commande publique qui viendrait fragiliser les opérations, d'autre part, une situation dans laquelle le consommateur participant à une opération d'ACC aurait à mettre en concurrence le producteur participant à la même opération en totale contradiction avec l'esprit même de l'ACC et les règles fixées collectivement au sein de la PMO. La logique de la commande publique ne correspondant pas toujours à celle de la transition énergétique, des arbitrages devront probablement être rendus par la doctrine administrative, et le cas échéant par le juge, pour déterminer comment les concilier au mieux.

1. L'AODE est à l'initiative de l'opération d'ACC mais n'y participe pas

La FNCCR considère qu'une AODE est habilitée à faciliter le déploiement d'opérations d'ACC sur son territoire, sous réserve d'y être autorisée par ses statuts, dans la mesure où il s'agit d'un dispositif qui vise tout à la fois le développement des énergies renouvelables et la maîtrise de la demande d'énergie en faisant participer activement les participants à la gestion de leurs consommations.

Dans ces conditions, une AODE pourrait être amenée à lancer une opération d'ACC sans pour autant y participer en tant que consommatrice ou productrice. C'est en particulier le cas où elle joue le rôle de PMO dite « mutualisée » pour les besoins des utilisateurs de ses réseaux afin de faciliter la mise en œuvre opérationnelle des opérations sur son territoire.

Dans ce cadre, l'AODE sera amenée à sélectionner un ou des producteurs en vue de la réalisation de l'opération. La question se pose alors de savoir si cette sélection doit s'inscrire ou non dans le champ de la commande publique. Pour y répondre, il convient de déterminer si le contrat qu'il est envisagé de conclure avec le ou les opérateurs retenus répond à un besoin direct de l'AODE et, dans l'affirmative, s'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées²⁶. Tel peut être le cas lorsque la mission confiée tend à la satisfaction d'un besoin public qui relève de la compétence de la collectivité concernée²⁷.

A notre sens, et bien que l'AODE ne consomme pas elle-même l'énergie produite au sein de l'opération, il pourrait être considéré que le choix de ce ou ces producteurs relève de la commande publique dans la mesure où l'opération relève bien d'une compétence de l'AODE, mise en œuvre selon des conditions qu'elle aura définies (définition de prescriptions dans un cahier des charges), le ou les producteurs se rémunérant par l'exploitation de l'opération d'ACC qui leur est confiée en vendant l'électricité ou le gaz aux consommateurs participants. Le montage pourrait ainsi correspondre à un contrat de concession, l'AODE ne versant pas directement un prix aux opérateurs qui supportent dès lors le risque lié à l'exploitation de la mission qui leur est confiée.

Il convient néanmoins de préciser que l'application ou non des règles de la commande publique dans cette hypothèse dépendra du degré d'implication de l'AODE et en particulier du niveau de précision des prescriptions que cette dernière imposera aux candidats. Dans certaines hypothèses, un simple appel à projets pourrait être, selon nous, envisagé²⁸.

2. La personne publique consommatrice est à l'initiative de l'opération d'ACC

Dans cette hypothèse, il revient à l'acheteur public de lancer une consultation selon les règles de la commande publique pour identifier les producteurs susceptibles de mettre en œuvre l'opération d'ACC afin de répondre à ses besoins en énergie pour ceux de ses sites inclus dans le périmètre concerné.

Pour choisir entre le marché public ou à la concession, la collectivité concernée devra d'apprécier si le montage transfère un risque d'exploitation au producteur, ce qui pourrait être le cas si sa rémunération ne dépendait pas uniquement de la vente d'énergie à ladite collectivité mais reposait également sur la vente à d'autres consommateurs participants.

²⁶ Voir en ce sens, avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 2019 relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, NOR : CPAX1828916

²⁷ Ibid.

²⁸ L'appel à projet ne doit pas faire perdre de vue qu'il existe des risques de requalification importants sur le terrain de la commande publique. L'appel à projets doit certes se rattacher à l'intérêt général porté par la collectivité qui le sollicite, mais il ne peut pas non plus s'y rattacher trop précisément ou trop fortement et traduire un besoin public déterminé de la personne qui le lance. L'essentiel en la matière est donc que les prescriptions demeurent des orientations générales et qu'elles ne puissent pas être considérées comme traduisant une « commande » par la personne publique qui répondrait à ses besoins.

3. La participation d'une personne publique consommatrice à une opération d'ACC existante ou dont un tiers prend l'initiative

Le fait que la personne publique, autoconsommatrice, ait accepté l'offre spontanée d'un tiers (par exemple, un producteur) de participer à une opération d'ACC atteste qu'elle a identifié un besoin qu'elle souhaite satisfaire en recourant à ladite offre. De la même façon qu'en matière d'ACI, il pourrait alors être estimé que si les personnes publiques souhaitent y donner suite, elles doivent mettre en concurrence tous les opérateurs économiques qui seraient potentiellement en mesure d'offrir une offre de vente d'électricité ou de gaz en ACC dans la zone concernée.

Cependant, compte tenu cumulativement des critères de proximité géographique applicables aux opérations d'ACC, des contraintes liées à la puissance des installations et de l'équilibre économique de ces opérations, il est probable que, pour un site de consommation donné, il ne soit pas possible d'envisager la mise en œuvre de plusieurs opérations d'ACC concurrentes.

Dans un tel contexte, il devrait être plus judicieux d'élargir l'opération à de nouveaux producteurs pour optimiser les échanges d'électricité ou de gaz plutôt que de multiplier des opérations sur une même zone.

La FNCCR considère que la liberté des acheteurs pour participer aux opérations d'ACC ne doit pas être en partie remise en cause par la contrainte d'organiser une consultation préalable pour s'assurer qu'aucune autre opération d'ACC ne puisse être mise en œuvre dans une zone donnée. Une telle obligation constituerait une contrainte forte susceptible de freiner, voire de bloquer la réalisation d'un certain nombre de projets compte tenu de l'implication forte des acteurs publics, et des collectivités locales en particulier, dans le déploiement de ces boucles locales.

A cet égard, on soulignera que le projet de refonte de la directive Electricité afin d'améliorer l'organisation du marché de l'électricité de l'Union reconnaît expressément aux organismes publics un véritable droit au partage de l'électricité²⁹. Si celui-ci n'a ni pour objet, ni pour effet de déroger aux règles de la commande publique, inversement, la commande publique ne doit pas conduire à remettre en cause ce droit au partage.

Autrement dit, une procédure de publicité et de mise en concurrence peut être difficile, voire impossible, à organiser dans l'hypothèse où une collectivité est invitée à participer à une opération d'ACC existante ou mise en œuvre à l'initiative d'un tiers. Dans ces conditions, il convient de déterminer si la collectivité concernée pourrait invoquer les dispositions du code de la commande publique qui dispensent sous certaines conditions l'acheteur public des formalités de publicité et de mise en concurrence préalables.

On pense en particulier à l'article R. 2122-3 du code de la commande publique aux termes duquel un acheteur « *peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour (...) des raisons techniques [ou] l'existence, de droits d'exclusivité* ».

²⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) 2019/943 et (UE) 2019/942 ainsi que les directives (UE) 2018/2001 et (UE) 2019/944 afin d'améliorer l'organisation du marché de l'électricité de l'Union.

Pour l'application de ces dispositions, le juge administratif vérifie qu'aucun opérateur n'est véritablement en mesure de proposer une offre similaire et considère que, même si cette possibilité n'est qu'hypothétique, elle fait obstacle à la passation du marché sans publicité ni mise en concurrence³⁰. Il n'est donc pas possible de considérer que cette dérogation aux règles de mise en concurrence s'applique de plein droit dès lors que la collectivité n'est pas l'initiative de l'opération d'ACC.

Mais la collectivité devrait pouvoir justifier au cas par cas que l'habilitation dont bénéficie le producteur pour vendre l'électricité ou le gaz autoconsommé ne saurait, même de manière hypothétique, bénéficier à un producteur ne participant pas à l'opération sauf à méconnaître les règles relatives à l'ACC. Il reviendrait alors à la collectivité concernée de bien motiver sa décision de participer à l'opération d'ACC - et donc d'acheter de l'électricité ou du gaz au producteur participant sans publicité ni mise en concurrence préalables en application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique - en constatant l'absence d'autres opérations d'ACC dans la zone où est implanté son site de consommation et la circonstance qu'une seconde opération concurrente aurait peu de chance de parvenir à un équilibre économique.

On soulignera néanmoins que la possibilité d'invoquer l'article R. 2122-3 du code de la commande publique dépend nécessairement du degré d'avancement de l'opération à laquelle la collectivité est invitée à participer : il sera bien entendu plus aisé d'en faire application dans le cas où le producteur dispose déjà d'une installation de production - ou du moins d'un foncier - et/ou a déjà identifié d'autres consommateurs participants. Inversement, en l'absence de ces éléments, l'offre spontanée d'un producteur devrait probablement être mise en concurrence au préalable. Dans cette dernière hypothèse, en effet, d'autres opérateurs seraient encore potentiellement en mesure de mettre en œuvre une opération d'ACC dans la zone concernée.

Enfin, dans le cas où plusieurs producteurs participeraient à l'opération d'ACC, il pourrait être fait valoir que les règles de répartition de l'énergie autoconsommée, convenues avec le gestionnaire du réseau de distribution dans le cadre de la convention d'ACC, déterminent, pour un consommateur donné, le producteur qui a vocation à approvisionner ses sites au regard notamment de contraintes techniques liées à la disponibilité de l'installation de production et au profil de consommation de l'acheteur. Autrement dit, ces règles de répartition impliquent que seul un producteur est en mesure de commercialiser l'énergie autoconsommée auprès de l'acheteur participant à l'opération.

La mise en œuvre d'une opération d'ACC nécessite de la part des acteurs publics une analyse au cas par cas prenant en compte le degré d'implication de l'acheteur dans l'opération pour déterminer les obligations procédurales à appliquer.

Il devrait être possible de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence lorsque la personne publique consommatrice participe à une opération déjà existante ou dont un tiers prend l'initiative, sous réserve du degré d'avancement de l'opération.

³⁰ Voir en ce sens, les jurisprudences suivantes : CE, 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole, n° 296192 ; CE, 10 octobre 2018, n° 419406 ; CAA de Bordeaux, 5 mai 2022, n° 19BX04960.

c) La conclusion d'un contrat de vente directe d'énergie d'origine renouvelable

Dans la mesure où ce montage n'est pas subordonné à des critères de proximité géographique et ne s'inscrit pas non plus dans une démarche globale, l'organisation d'une publicité et d'une mise en concurrence préalablement à la conclusion du contrat de vente directe d'électricité ou de gaz ne soulève pas de difficulté juridique particulière.

4. Selon quelles modalités organiser la consultation ?

a) La définition du besoin

Faisant chacune l'objet d'un régime juridique propre, distinct de celui applicable à l'achat pour revente d'électricité ou de gaz, la spécificité de ces nouvelles formes de commercialisation doit être prise en compte dans la définition des besoins de l'acheteur.

En application de l'article R. 2111-4 du code de la commande publique, les spécifications techniques au moyen desquelles l'acheteur est tenu de définir ses besoins³¹ ne doivent pas nécessairement être liées aux caractéristiques d'un produit et « peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. En tout état de cause, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs » ; ces spécifications techniques ne sauraient néanmoins avoir pour effet de fausser la concurrence en créant une discrimination entre les opérateurs économiques.

La définition des besoins ne se résume donc pas à la seule analyse des besoins fonctionnels en électricité ou en gaz et tient compte des éléments propres à ces nouvelles formes de commercialisation, telle en particulier la désintermédiation entre le producteur et le consommateur. Concrètement, l'acheteur doit viser explicitement dans les pièces de la consultation le mode de commercialisation retenu pour satisfaire ses besoins en électricité ou en gaz renouvelable, de manière à pouvoir écarter toute offre reposant sur une autre forme de commercialisation, telle notamment l'achat pour revente.

Des préoccupations environnementales peuvent en outre être intégrées dans la définition des besoins sous réserve d'être justifiées par l'objet du marché. Ces nouvelles formes de commercialisation s'y prêtent tout particulièrement dans la mesure où le législateur les a explicitement instituées pour développer les énergies renouvelables. Et lorsque l'acheteur est une collectivité ou un groupement de collectivités territoriales, il a vocation à participer à la mise en œuvre de la politique énergétique nationale ainsi que le prévoit l'article L. 100-2 du code de l'énergie, ce qui peut le conduire à définir sa stratégie d'achat d'électricité en y intégrant l'objectif de développement de nouvelles capacités de production d'énergie renouvelable.

La définition des besoins implique de préciser le mode de commercialisation souhaité - ACI, ACC, vente directe - et ne saurait reposer sur une seule analyse fonctionnelle.

³¹ Art. L. 2111-2 du code de la commande publique.

b) L'estimation de la valeur du marché

Pour identifier la procédure à mettre en œuvre, l'acheteur détermine la valeur estimée du besoin, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle³².

Il conviendra en particulier de prendre en compte le montant hors taxe de l'ensemble des marchés passés pour permettre à l'acheteur de consommer les volumes d'électricité ou de gaz commercialisés dans le cadre du contrat de vente directe ou de l'opération d'ACC, et en particulier les marchés passés avec le fournisseur et le cas échéant l'agrégateur (rattachement à un périmètre d'équilibre, acheminement sur les réseaux, fourniture pour le complément, gestion de l'intermittence) en sus du contrat de vente directe lui-même conclu avec le producteur. L'ensemble de ces contrats visant à répondre au besoin en électricité ou en gaz renouvelable pour des sites de consommation déterminés doivent être pris en compte pour l'estimation du montant.

La valeur du besoin à estimer se calcule au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou au moment du lancement de la consultation en l'absence d'un tel avis. Il est naturellement interdit de scinder artificiellement ses achats (saucissonnage en plusieurs consultations pour échapper aux seuils). C'est pourquoi, dans le cadre de l'opération, l'ensemble des marchés passés pour permettre de consommer les volumes d'électricité ou de gaz doivent être pris en considération pour estimer le montant hors taxe.

c) La durée des contrats

L'article L. 331-5 du code de l'énergie précise les conditions dans lesquelles fixer la durée des contrats de la commande publique passés les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices pour satisfaire leurs besoins en électricité d'origine renouvelable dans le cadre d'une opération d'autoconsommation - individuelle ou collective - ou d'un contrat de vente directe :

« La durée du contrat est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations. »

Des dispositions similaires sont prévues à l'article L. 441-6 du code de l'énergie pour les contrats de vente directe de gaz.

En d'autres termes, que le contrat soit passé sous la forme d'un marché public ou d'un contrat de concession, l'acheteur peut fixer une durée qui tient compte de l'amortissement par le titulaire :

- Des investissements nécessaires à la réalisation de nouveaux actifs de production d'énergie renouvelable,

Ou

³² Art. R. 2121-6 du code de la commande publique.

- De la durée résiduelle d'amortissement si la production d'énergie est réalisée à partir d'un actif de production existant (par exemple des éoliennes sorties des dispositifs de soutien de l'État),

et ce même si, au terme du contrat, l'acheteur ne les acquiert pas.

La durée correspond au temps raisonnablement escompté par l'opérateur pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation de l'installation de production avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

d) *Le caractère global de la mission confiée au tiers dans le cadre d'une opération d'ACI*

En application des articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du code de la commande publique, l'acheteur n'est pas tenu d'allotir le marché passé en application du 1° de l'article L. 331-5 du code de l'énergie pour confier à un tiers l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production nécessaire à la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle.

En effet, les prestations ainsi confiées répondent toute à un même besoin par nature indissociable - la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle au sens de l'article L. 315-1 du code de l'énergie - elles ne sauraient à ce titre donner lieu à des lots distincts.

Le législateur a ainsi, à notre sens, habilité l'acheteur à recourir à un seul et même opérateur afin de préserver l'équilibre économique de ce mode de valorisation de l'électricité, la dévolution en lots séparés étant de nature à rendre financièrement bien plus coûteuse l'exécution des prestations.

e) *Le principe d'allotissement*

Le principe de l'allotissement du marché³³ s'applique en revanche au contrat de vente directe dans la mesure où il est possible d'identifier des prestations distinctes (production, fourniture, agrégation). Toutefois, la FNCCR considère que l'acheteur devrait pouvoir décider de réunir au sein d'un même lot les prestations confiées au fournisseur et celles confiées à l'agrégateur dès lors qu'il justifie que pour ces prestations, la dévolution en lots séparés « *risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* » selon les conditions prévues par l'article L. 2113-11 du code de la commande publique.

Chacun des lots ainsi définis peut faire l'objet d'une consultation qui lui est propre. Il est précisé que le lot correspondant au contrat de vente directe passé avec le producteur est susceptible de s'inscrire dans une temporalité différente de celle des lots relatifs à la fourniture et à l'agrégation dans la mesure où sa durée tient compte de la durée d'amortissement des investissements à réaliser pour son exécution.

³³ Art. L. 2113-10 du code de la commande publique.

A noter que l'obligation d'allotissement ne concerne ni les contrats de concession ni les marchés de partenariat.

Si le principe d'allotissement des marchés s'applique au contrat de vente directe dans la mesure où des prestations distinctes peuvent être identifiées, la Fédération estime qu'il devrait être possible de réunir au sein d'un même lot les prestations confiées au fournisseur et celles confiées à l'agréateur compte tenu des contraintes spécifiques à ces activités.

f) Les critères de sélection des offres

1. Définir un critère lié au lieu d'implantation de l'installation de production d'énergie renouvelable

Les nouvelles formes de commercialisation relèvent toutes de la logique de circuit court, c'est-à-dire d'un mode d'achat désintermédié sans pour autant être nécessairement assimilées à un achat local.

Certes, le caractère local des opérations d'autoconsommation résulte indiscutablement de la loi : il s'agit de consommer de l'électricité produite sur le même site ou au sein d'un périmètre géographiquement limité. Pour ces deux montages, l'acheteur devra donc préciser dans la consultation le lieu d'implantation de l'installation de production nécessaire à l'exécution des prestations, celui-ci constituant une condition légale de mise en œuvre du régime de l'autoconsommation.

Tel n'est pas le cas, en revanche, du contrat de vente direct pour lequel les textes n'imposent aucune condition de distance entre l'installation de production et le site de consommation. Deux cas sont alors envisageables pour ce type de contrat :

- l'acheteur dispose d'un foncier qu'il souhaite mettre à disposition pour la création d'un nouvel actif de production. Dans cette hypothèse, la question de la localisation des installations est de facto résolue ;
- l'acheteur n'a pas ou ne souhaite pas mettre de foncier à disposition, mais souhaiterait que l'énergie achetée soit produite dans un périmètre géographique donné (qui peut être plus vaste que les limites géographiques de la collectivité).

Or, en vertu de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique, l'acheteur ne peut pas faire mention dans les spécifications techniques servant à la définition du besoin d'une provenance ou d'une origine déterminée, sauf lorsque cette mention est justifiée par l'objet du marché. Des dispositions similaires s'appliquent aux contrats de concession³⁴.

³⁴ Art. R. 3111-2 du code de la commande publique

En application de ces dispositions, un critère de sélection lié à l'implantation géographique des entreprises serait jugé discriminatoire³⁵. Le Conseil d'Etat a en revanche admis, s'agissant d'un contrat de délégation de service public, qu'un critère relatif au nombre d'emplois locaux créés peut être justifié par l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution - en l'espèce il s'agissait d'un contrat portant sur l'exploitation d'une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale - en prenant soin de relever qu'un tel critère « *n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales* »³⁶.

S'agissant des marchés publics, il y a lieu, pour l'application des dispositions de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique, « *d'examiner si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits, puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle* »³⁷.

La FNCCR interprète cette jurisprudence comme permettant à l'acheteur d'exiger des candidats à un contrat de vente directe d'électricité ou de gaz qu'ils réalisent une installation de production dans une zone géographique à proximité du ou des sites de consommation sous la stricte réserve de démontrer que cette exigence n'a pas pour effet d'exclure de la consultation des opérateurs. Il pourrait ainsi être fait valoir que dans les cas où il existe suffisamment de foncier disponible dans la maille géographique retenue, le critère lié à l'implantation géographique de l'installation n'a pas pour effet de privilégier des entreprises locales.

Il pourrait également être établi un lien entre la localisation des installations de production d'électricité et l'objet du contrat de vente directe d'électricité ou de gaz dans la mesure où promouvoir la consommation de l'énergie produite localement a un effet positif sur le fonctionnement des réseaux publics, et que la création d'un nouvel actif de production d'énergie renouvelable participe à augmenter la résilience énergétique d'un territoire.

L'échelle géographique à retenir sera à apprécier au cas par cas : celle-ci ne doit pas avoir pour effet de restreindre la concurrence tout en étant suffisamment fine pour justifier d'un lien entre les volumes d'énergie injectés sur les réseaux publics et les volumes soutirés par l'acheteur public.

Il convient de relever que cette interprétation de la Fédération ne fait actuellement pas l'objet d'un consensus, un certain nombre d'auteurs considérant qu'un critère lié à l'implantation géographique de l'installation est assimilable à un critère local qui serait par nature contraire aux principes de la commande publique.

³⁵ Tel est le cas d'un critère lié à la présence d'installations de production sur le territoire national, CJCE, 27 octobre 2005, Commission c/ Espagne, Aff. C-158/03

³⁶ CE, 20 décembre 2019, Société Edeis, req. n° 428290

³⁷ CE, 10 juillet 2020, n° 430864 ; voir également, CAA de Nancy, 6 avril 2021, n° 20NC01980.

2. Le critère lié au développement de nouveaux actifs de production d'énergies renouvelables

Dans le cadre des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie renouvelable, l'acheteur peut souhaiter imposer aux candidats de proposer uniquement des volumes d'électricité produits par une nouvelle installation de production d'électricité dans l'objectif de promouvoir les énergies renouvelables sur un territoire. Un tel critère est désigné critère d'additionnalité et relève des critères environnementaux qui peuvent, conformément aux articles R. 2152-7 et R. 3124-4 du code de la commande publique, être introduits dans la consultation sous réserve d'être justifiés au regard de l'objet ou des conditions d'exécution du marché ou du contrat de concession.

Il est rappelé que les exigences qui peuvent être imposées aux soumissionnaires en matière environnementale, doivent porter, au moins en partie, sur les activités de l'entreprise qui concourent à la réalisation des prestations objets du marché ; à défaut, elles ne sont pas justifiées³⁸.

Dans ces conditions, si un critère lié à la démarche engagée par l'entreprise soumissionnaire pour soutenir de nouveaux projets d'énergie renouvelable pourrait être regardée comme n'étant pas directement lié à l'objet d'un marché de fourniture d'électricité ou de gaz lorsque le fournisseur s'approvisionne sur le marché de gros, la FNCCR considère qu'exiger la réalisation de nouvelles capacités d'énergies renouvelables dans le cadre d'une opération d'autoconsommation ou d'un contrat de vente directe d'électricité ou de gaz est bien lié à l'objet du marché dès lors que ces installations sont nécessaires à l'exécution du contrat.

Plus précisément, un tel critère vise directement à répondre à l'objectif pour lequel ces nouveaux modes de commercialisation ont été institués, à savoir développer, et non seulement soutenir, la production d'énergies renouvelables dans les territoires.

On ajoutera qu'à défaut de pouvoir fixer un tel critère, il pourra être très compliqué pour l'acheteur de rédiger les pièces de la consultation dans la mesure où de ce caractère additionnel dépend l'équilibre économique global de l'opération et en particulier son mode de financement et sa durée. Concrètement, il sera difficile, voire impossible, de comparer une offre portant sur une installation à réaliser avec une autre reposant sur une installation déjà amortie.

Cependant, à la date de la présente, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie avec qui la FNCCR a discuté de ce point, ne partage pas cette analyse.

Le critère d'additionnalité constitue un important levier pour favoriser la production d'énergies renouvelables dans le cadre des nouveaux modes de commercialisation. Il est en outre indispensable pour déterminer les principales caractéristiques du montage faisant l'objet de la consultation (durée, rémunération, ...).

³⁸ Voir en ce sens CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, req. n° 417580 ; voir également CJCE, 4 décembre 2003, ENV AG et Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich, aff. C-448/01 ; CE, 15 février 2013, Société Derichebourg, req. n° 363921 et CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, req. n° 364950.