



LES ACTEURS PUBLICS LOCAUX DANS LE NOUVEL ECOSYSTEME DES MODES DE COMMERCIALISATION DE L'ELECTRICITE



Les défis énergétiques, environnementaux et politiques actuels obligent les acteurs publics locaux à s'inscrire dans un nouvel écosystème énergétique les contraignant, au même titre que les autres acteurs, à repenser leur façon de consommer et de produire de l'énergie afin de répondre aux impératifs, européens et nationaux, de décarbonation des territoires.

Acteurs primordiaux dans le succès de la politique énergétique nationale, ces derniers sont actuellement fortement impactés par l'explosion des prix sur les marchés de l'électricité et du gaz. Comme l'ensemble des consommateurs, les services publics locaux sont concernés par ce phénomène. Pour s'en convaincre une enquête réalisée par la FNCCR auprès de ses adhérents a fait ressortir, dans le cadre du renouvellement des marchés publics relatifs à ce type d'achat, des hausses très importantes - pouvant aller jusqu'à + 300% pour l'électricité - qui grèvent lourdement le budget des collectivités et ne leur laissent pas d'autre choix, dans certains cas, que de supprimer des services publics, notamment ceux particulièrement énergivores.

Depuis 2007, le secteur de la vente d'électricité étant entièrement libéralisé, tout consommateur peut librement choisir son fournisseur d'électricité. Plus concrètement, les collectivités territoriales et leurs groupements employant 10 agents ou plus ou dont les recettes atteignent ou dépassent 2 millions € ne peuvent plus aujourd'hui bénéficier des tarifs réglementés.

C'est dans ce contexte que les personnes soumises à la commande publique sont tenues, lorsqu'elles souscrivent une offre de marché, de le faire dans le cadre d'un marché public.

Les acheteurs d'électricité peuvent choisir de se regrouper pour mutualiser leurs compétences et obtenir des offres de prix compétitives.

C'est dans cet objectif qu'un grand nombre de Syndicats d'énergie ont constitué des groupements de commandes en matière d'achat d'énergie afin de répondre aux besoins d'accompagnement et de conseil des acheteurs publics situés sur leurs territoires. Ces groupements de commandes doivent permettre tout à la fois de sécuriser les procédures de consultation, d'obtenir des prix attractifs en faisant jouer la concurrence et d'accompagner leurs membres lors de l'exécution du marché avec des interlocuteurs dédiés pour un service de proximité.



Cependant, de récentes décisions du juge administratif sont venues mettre à mal l'efficacité de ces groupements en complexifiant le recours par ces derniers à la technique de l'accord-cadre, technique privilégiée en matière d'achat d'énergie.

Au regard de ces difficultés, un nombre toujours plus grand de personnes publiques envisage de diversifier leurs modes d'achat en recourant, notamment, aux contrats d'achat direct d'électricité renouvelable, plus communément appelés « Power Purchase Agreement » ou « PPA ». Ces montages répondent également à un souci croissant de réappropriation par les territoires de leur capacité de valorisation énergétique.

Toutefois, recourir à ces nouvelles formes de commercialisation de l'électricité n'est pas sans soulever un certain nombre de questions juridiques, notamment au regard du droit de la commande publique, ce qui peut freiner le développement des projets.

Dans le contexte d'un marché de l'énergie dégradé, il apparaît plus que nécessaire de tout mettre en œuvre pour que les collectivités, garantes de l'intérêt général et du bon fonctionnement des services publics locaux, puissent disposer des moyens leur permettant de répondre au mieux à leurs besoins énergétiques par les nouveaux dispositifs de commercialisation de l'électricité à leur disposition. Au-delà de la satisfaction de leurs besoins propres, ce nouvel écosystème énergétique sera le vecteur de nouvelles opportunités d'agir concrètement en faveur de la décarbonation dans les territoires, ambition affichée tant au niveau européen que national.



Dans l'attente d'un cadre juridique stabilisé, l'ensemble des éléments partagés dans la présente étude a pour seule vocation de présenter l'état des réflexions de la FNCCR sur le sujet des PPA et comporte nécessairement une grande part de prospective.

Il est par ailleurs rappelé que la régularité d'un contrat s'apprécie toujours au cas par cas ; l'analyse développée dans le présent document devra être adaptée à la spécificité de chaque projet.

SOMMAIRE

SYNTHESE OPERATIONNELLE.....	5
1. <i>Présentation des PPA.....</i>	<i>6</i>
2. <i>Le PPA et la fourniture d'électricité.....</i>	<i>9</i>
3. <i>Quel est le montage de la commande publique le plus pertinent pour conclure un PPA ?</i>	<i>11</i>
3.1. <i>Marché de partenariat ?</i>	<i>11</i>
3.2. <i>Marché Global de Performance (MGP) ?</i>	<i>13</i>
3.3. <i>Contrat de concession ?</i>	<i>15</i>
3.4. <i>Marché de fournitures ?</i>	<i>18</i>
SYNTHESE DES MONTAGES ENVISAGEABLES.....	23
4. <i>Actions de la FNCCR</i>	<i>24</i>



SYNTHESE OPERATIONNELLE

Les Power Purchase Agreement, plus communément appelés PPA, sont des contrats d'achat d'électricité renouvelable, généralement de long terme, conclus directement entre un producteur et un consommateur final.

Le recours à ces contrats permet de soutenir le développement des énergies renouvelables (EnR), 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 nécessiter de soutien de la part de l'Etat.

Toutefois, en l'état du droit, le recours par les acteurs publics à ce type de contrat est rendu difficile au regard des **règles de la commande publique**, notamment celle relative à la durée, pouvant conduire à freiner le développement des projets. Cette situation les désavantage grandement par rapport aux acteurs privés et les empêche de se couvrir vis-à-vis de marchés de l'électricité extrêmement haussiers.

Dans ce contexte, les acteurs publics locaux s'interrogent sur le montage contractuel à mettre en œuvre pour passer un PPA. Pour tenter de leur apporter une réponse, la FNCCR a passé en revue les différents montages de la commande publique existants pour déterminer celui qui serait le plus adapté (marchés de partenariat, marché global de performance, concession, marché de fourniture).

Il ressort de cette analyse qu'en l'état du droit, les personnes publiques pourraient mobiliser les PPA selon les modalités suivantes :

- La collectivité acquiert l'installation : dans ce cas de figure, les montages de la commande publique apparaissant les plus adaptés sont le **marché de partenariat** (p. 9) et la **concession de travaux** (p. 13).
- La collectivité n'acquiert pas l'installation : dans cette hypothèse, la FNCCR considère, que les collectivités pourraient recourir à un **marché public de fournitures** (p. 16) en veillant :
 - d'une part, à définir leurs besoins au moyen de spécifications techniques propres aux PPA (mode de commercialisation particulier, considérations environnementales) ;
 - d'autre part, à fixer la durée du marché en prenant en considération les besoins de l'acheteur en termes de visibilité des prix et de promotion de la transition énergétique.

Néanmoins, dans l'attente d'un cadre législatif et réglementaire stabilisé, tout risque juridique ne peut être écarté.

C'est la raison pour laquelle la **FNCCR milite pour faire évoluer le droit**, notamment en proposant différents amendements (introduction de nouveaux articles dans le code de l'énergie et celui de la commande publique, p. 23) afin d'offrir un cadre juridique clair et sécurisé aux acheteurs publics qui souhaitent passer un PPA.

Ces propositions d'amendements ont vocation à être déposées dans le cadre de l'examen des différents projets de loi annoncés pour l'été par le Gouvernement.

1. Présentation des PPA

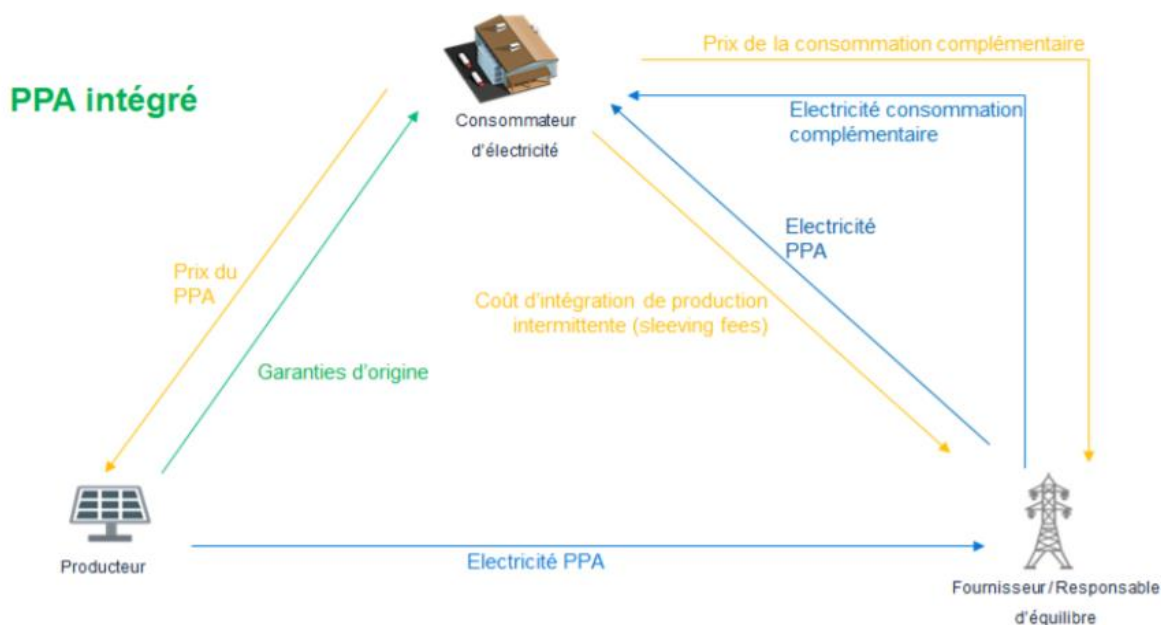
Dans le cadre d'un PPA, l'électricité d'origine renouvelable peut être produite à partir d'installations de différentes technologies (photovoltaïque, éolien, hydroélectrique, biomasse, autres), que les actifs soient déjà existants ou à construire.

Ce contrat n'est pas nouveau en soit, mais il regagne de l'intérêt dans le secteur des EnR du fait notamment des circonstances suivantes :

- Les PPA offrent une certaine sécurité financière aux différents acteurs concernés : pour le producteur, ils permettent de garantir un prix de vente de l'électricité sur une période plus ou moins longue, de financer de nouvelles capacités de production ou de sortir d'un dispositif de soutien arrivé à échéance. Pour sa part, le consommateur peut bénéficier d'un prix fixe d'achat sur une certaine durée. C'est également un moyen pour les entreprises d'acheter de l'électricité d'origine renouvelable et de s'inscrire ainsi dans une démarche de responsabilité sociétale (RSE).
- Le dispositif des garanties d'origine ne permet pas d'obtenir une complète désintermédiation entre producteur et acheteur contrairement au PPA.
- La sortie du tarif d'obligation d'achat de certaines capacités nécessite de trouver un relai de commercialisation.
- Plus généralement, la souplesse des PPA permet une grande variété de montages et de schémas contractuels.
- A terme, ce mode de valorisation de l'électricité peut se substituer aux dispositifs de soutien au développement des EnR.

Le PPA peut prendre des formes multiples. Il n'existe donc pas de contrat standard. Néanmoins, il peut être dégagé quelques grands schémas contractuels.

Il a pour objet la vente directe d'électricité par un producteur à un consommateur final. Le consommateur final conserve généralement pour sa consommation résiduelle un contrat de fourniture classique avec un fournisseur d'électricité, appelé contrat de fourniture complémentaire, afin de couvrir sa consommation d'électricité excédant le volume d'électricité acheté dans le cadre du PPA. Les volumes d'électricité produits par le producteur sont intégrés dans la consommation du consommateur par l'intermédiaire de tierces parties - fournisseur ou un responsable d'équilibre distinct pouvant être le producteur lui-même - alors appelé intégrateur, agrégateur ou sleever.



Remarque : Schéma simplifié, nombreuses variantes possibles en fonction des besoins et des contraintes du consommateur d'électricité

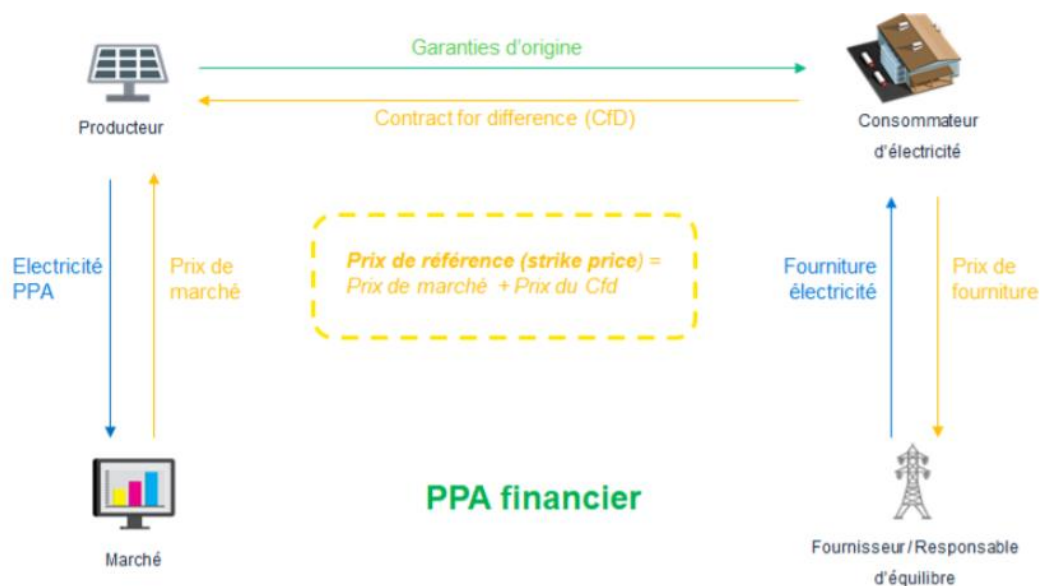
Source schéma : La Plateforme Verte

2

Le PPA financier (virtual PPA)

Dispositif contractuel particulier qui ne concerne pas réellement la vente d'électricité mais constitue davantage un outil permettant de garantir au producteur un tarif fixe pendant la durée contractuelle en proposant la prise en charge du risque marché.

Peu utilisé en France et en Europe, mais mis en œuvre aux Etats-Unis - dans le cas de marchés de l'énergie opérant sur des zones non interconnectées



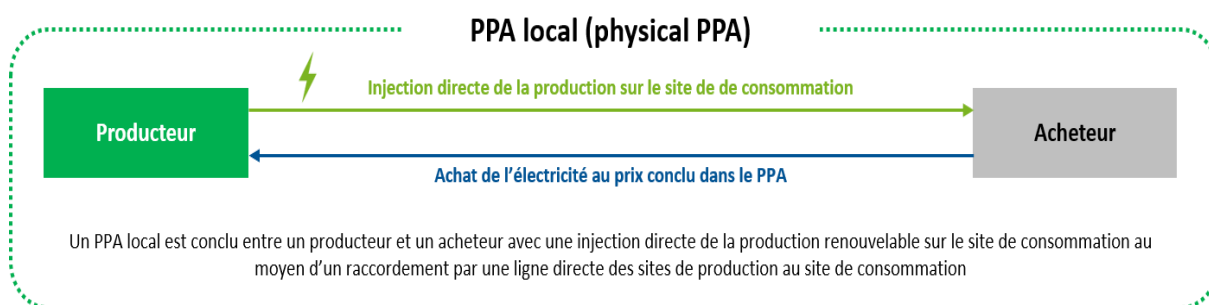
Remarque : Schéma simplifié, nombreuses variantes possibles en fonction des besoins et des contraintes du consommateur d'électricité

Source schéma : La Plateforme Verte

3

Le PPA Local

Le PPA Local est conclu entre un producteur et un consommateur avec une injection directe sur le site de consommation. Proche d'un dispositif d'autoconsommation individuelle avec tiers-financement et s'appliquant à des cas particuliers de transit via des réseaux privés (*site industriel, site portuaire ou aéroportuaire, ...*).



2. Le PPA et la fourniture d'électricité

Le PPA correspond à la notion juridique de contrat d'achat d'électricité renouvelable qui est définie dans la directive (UE) 2018/2001 du 11 décembre 2018¹ (dite « RED II » ou « EnR ») mais n'a pas fait l'objet d'une transposition en droit interne.

En effet, en vertu de l'article 2 (§17) de la directive, un « *accord d'achat d'électricité renouvelable* » est 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 ».

L'article 15 de ce même texte précise que :

« Les États membres évaluent les barrières administratives et réglementaires aux contrats d'achat de long terme d'électricité renouvelable et suppriment les barrières injustifiées, et ils facilitent le recours à de tels accords. Ils veillent à ce que ces contrats ne soient pas soumis à des procédures ou des frais discriminatoires ou disproportionnés ».

Si nous pouvions espérer une clarification notamment sur la définition et le régime en droit interne des PPA dans le cadre de la publication des ordonnances de transposition du paquet « *une énergie propre pour tous les européens* », notamment l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la directive (UE) 2018/2001, tel ne fut pas le cas.

La notion de contrat d'achat d'énergie renouvelable est bien visée par l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 mais elle n'y est pas définie².

Confusion avec les offres de fournisseurs s'approvisionnant sur le marché de gros

Un des premiers obstacles qui pourrait remettre en cause la possibilité pour un acheteur public de recourir à un PPA serait l'obligation d'avoir à mettre en concurrence des offres sous forme de PPA avec des offres de fourniture d'électricité dites classiques, c'est-à-dire avec approvisionnement sur le marché de gros.

Selon un raisonnement rapide, il pourrait être en effet considéré que dès lors que la consultation vise à couvrir ses besoins en électricité, l'acheteur public ne saurait la circonscrire aux seuls PPA, une offre de fourniture classique d'électricité étant également de nature à répondre à de tels besoins.

Or, si la réglementation applicable ne définit pas explicitement ce qu'est un contrat de fourniture d'électricité, ce dernier fait généralement référence au contrat de vente d'électricité conclu entre, d'une part, un fournisseur au sens de l'article L.333-1 du code de l'énergie, c'est-à-dire un opérateur titulaire d'une autorisation d'exercer l'activité d'achat d'électricité pour revente aux clients finals, et d'autre part, un consommateur final d'électricité.

¹ 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.

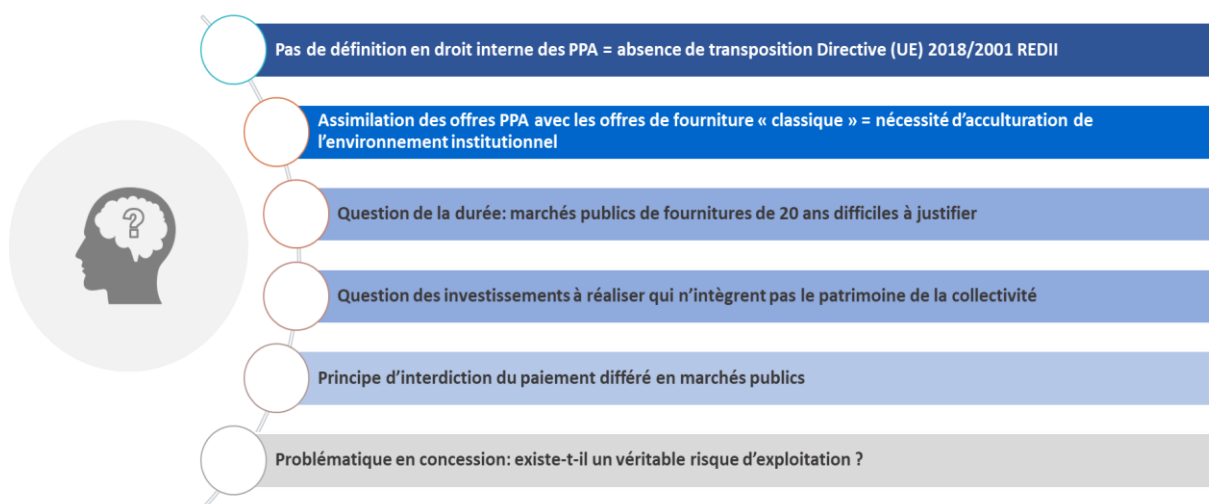
² Voir l'article L.291-2 du code de l'énergie.

La spécificité du PPA tient au fait qu'il est conclu directement entre le consommateur final et un producteur d'électricité renouvelable, lequel vend l'électricité qu'il produit sans opération de sourcing sur les marchés de l'énergie et ne dispose pas nécessairement de l'autorisation d'exercer l'activité d'achat pour revente.

Aussi, il semble exclu de comparer des offres sous forme de PPA avec des offres de fourniture d'électricité classiques car leurs caractéristiques principales (prix, durée, engagements des parties) diffèrent surtout s'agissant des PPA de longue durée qui permettent le financement de nouvelles capacités de production.

L'enjeu pour les personnes publiques sera donc, par une rédaction minutieuse du dossier de consultation des entreprises, en particulier s'agissant de la définition de leurs besoins (voir infra), d'établir qu'elles entendent recourir, non à une offre de fourniture classique, mais bien à une nouvelle forme de commercialisation de l'électricité.

Synthèse des principaux freins actuels :



3. Quel est le montage de la commande publique le plus pertinent pour conclure un PPA ?

Les acteurs publics locaux s'interrogent sur le montage contractuel à mettre en œuvre pour passer un PPA. Pour tenter de leur apporter une réponse, la FNCCR a passé en revue les différents montages de la commande publique existants pour déterminer celui qui serait le plus adapté.

Nous allons présenter ci-dessous les avantages et inconvénients de chacun avant de formuler des propositions.

3.1. Marché de partenariat ?

Aux termes des dispositions de l'article L. 1112-1 du code de la commande publique (CCP), le 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 ».*

Les avantages :

L'opérateur est rémunéré par l'acheteur, 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. En outre, la rémunération est liée à un critère de performance.

La durée peut être longue (20 ans) car elle est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues³.

³ Art. L. 2213-2 du CCP.

Les inconvénients :

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 2 millions d'euros hors taxe⁴.

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* »⁵.

La procédure est ainsi lourde à mettre en œuvre (réalisation d'une évaluation du mode de réalisation du projet et d'une étude de soutenabilité budgétaire).

Conclusion : Ce montage n'est envisageable que pour les très grosses opérations et dans les cas où la collectivité a vocation à acquérir l'installation de production à l'issue du montage.

SYNTHESE

MARCHE DE PARTENARIAT

Article L. 1112-1 et article 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.

⁴ Art. R. 2211-1 du CCP.

⁵ Art. L. 2211-6 du CCP.

3.2. Marché Global de Performance (MGP) ?

Aux termes des dispositions de l'article L. 2171-3 du CCP, le MGP :

« [...] 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 ».

Les avantages :

- L'objet de ce montage correspond bien à celui d'un projet en PPA 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 administrative](#)⁶, 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.

Les inconvénients :

- L'article L. 2191-5 du CCP **interdit le paiement différé dans les marchés publics** - de sorte que le paiement de l'ouvrage à réaliser doit intervenir à son achèvement - et l'art. L. 2191-6 prévoit 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* ».
- Le préfinancement de l'actif de production semble donc, en l'état de la réglementation, exclu dans le cadre d'un MGP. Dès lors que l'installation est intégralement payée à sa livraison, **il semble difficile de justifier une durée longue du marché.**

Conclusion : Ce type de montage ne semble pas adapté, en l'état, compte tenu de l'impossibilité de faire préfinancer les travaux par le titulaire du marché.

⁶ Les marchés globaux, fiche technique publiée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, 28 janvier 2020.

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.	• Interdiction du paiement différé dans les marchés publics = le paiement de l'ouvrage à réaliser doit intervenir à son achèvement. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction. • Le préfinancement de l'actif de production semble donc, en l'état de la réglementation, exclu dans le cadre d'un MGP. Dès lors que l'installation est intégralement payée à sa livraison, il semble difficile de justifier une durée longue du marché.

3.3. Contrat de concession ?

Conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 du CCP :

« 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. »

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.

Art. L. 1121-2 du CCP :

« Un contrat de concession de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° 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.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Art. L. 1121-3 du CCP :

« Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

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 donc pas nécessairement sur une mission de service public et peut par ailleurs inclure la réalisation d'un ouvrage.

Les avantages :

- La concession permet de faire préfinancer l'ouvrage par l'opérateur et de fixer une durée longue pour amortir ses investissements.
- Lorsqu'il s'agit d'une concession de travaux, la collectivité **acquiert nécessairement l'installation de production à l'échéance du contrat** conformément à l'article L. 3132-5 du CCP (notion de bien de retour). Inversement, si une concession de services peut inclure la réalisation d'un ouvrage, **l'article L. 3132-5 du CCP ne devrait pas obliger l'autorité concédante à acquérir nécessairement l'ouvrage construit** pour l'exécution du service dès lors que ce dernier ne constitue pas un service public ; le régime de propriété de l'ouvrage devrait alors pouvoir être librement négocié dans le contrat.

- La procédure de passation est relativement souple.

Les inconvénients :

- Le risque juridique lié à la requalification en marché public ne peut être écarté : il ne saurait y avoir de contrat de concession que si le titulaire se voit **transférer un risque lié à l'exploitation**. Selon le CCP et la jurisprudence, la part de risque transférée au concessionnaire doit impliquer une réelle exposition aux aléas du marché ; dans ces conditions, le seul aléa climatique semble difficilement pouvoir constituer un risque d'exploitation en cas de consommation totale des volumes produits.
- Il est nécessaire de définir un service pour recourir à la concession de services.

Conclusion : Dans le cadre du PPA, la collectivité n'a pas *a priori* vocation à acquérir l'installation de production à l'issue du contrat. Dans cette hypothèse, seule la concession de services serait envisageable, le recours à la concession de travaux nécessitant pour l'autorité concédante de devenir propriétaire de l'ouvrage.

Le service concédé pourrait alors correspondre à un service d'optimisation de nouvelles capacités de production d'EnR, lequel permet à l'autorité concédante de participer aux objectifs du service public de l'électricité à savoir de contribuer à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement, à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie et à la maîtrise des choix technologiques d'avenir, comme à l'utilisation rationnelle de l'énergie.

SYNTHESE

CONTRAT DE CONCESSION	
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> • la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public. • 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 donc 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.

3.4. Marché de fournitures ?

Aux termes de l'article L. 1111-1 du CCP :

« 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. »

L'article L. 1111-3 du CCP précise que le marché de fournitures « 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 ».

Les avantages :

- Le principal avantage de ce montage réside dans sa **simplicité**. Il correspond en outre aux **principales caractéristiques d'un PPA** dans la mesure où l'objet est l'achat de fournitures (sous réserve que l'acheteur n'acquiert pas l'actif de production) en contrepartie d'un prix versé par l'acheteur fixé dans le marché.

Les inconvénients :

- Le marché de fournitures ne peut comprendre des travaux d'installation qu'à titre accessoire. La question se pose alors de savoir **comment intégrer, et en particulier financer, la construction d'une nouvelle installation de production** dans un marché de fournitures.
- Une **durée de 15 à 20 ans** peut être regardée comme **disproportionnée** pour un marché de fournitures.

Les arguments au soutien de ce montage

La FNCCR considère que, nonobstant les inconvénients identifiés ci-dessus, des arguments pourraient être invoqués pour justifier le recours au marché de fournitures en matière de PPA s'agissant plus particulièrement de l'objet du contrat et de sa durée.

Sur l'objet

S'agissant de la définition des besoins de l'acheteur, il convient de veiller :

- (i) d'une part à bien distinguer l'offre en PPA d'une offre de fourniture d'électricité classique (approvisionnement sur le marché de gros) en retenant des spécifications techniques particulières,
- (ii) d'autre part, à ne pas intégrer les travaux de réalisation de l'installation de production dans le périmètre de l'objet du marché.

(i) Retenir des spécifications techniques propres aux PPA

Selon la [doctrine administrative](#)⁷, pour être efficace, l'expression des besoins impose :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur la documentation technique ou sur l'organisation d'un sourcing ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté, voire des coûts liés à son élimination ou à son recyclage.

Autrement dit, **la définition des besoins ne se résume pas à la seule analyse des besoins fonctionnels en électricité et pourrait intégrer des éléments propres aux PPA que l'on ne retrouve pas dans une offre de fourniture d'électricité classique**, telle en particulier la désintermédiation entre producteur et consommateur. De même, le sourcing devrait permettre à l'acheteur de définir ses besoins en se référant aux offres de PPA qui existent sur le marché et de bien souligner leurs spécificités par rapport aux offres de fourniture classiques.

On ajoutera que les spécifications techniques au moyen desquelles l'acheteur est tenu de définir ses besoins⁸ 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* »⁹ sous réserve de ne pas avoir pour effet de fausser la concurrence en créant une discrimination entre les opérateurs économiques.

Des préoccupations environnementales peuvent en outre être intégrées dans la définition des besoins sous réserve d'être justifiées par l'objet du marché. On notera d'ailleurs qu'un décret pris en application de la loi Climat et résilience rend obligatoire, à compter de 2026, l'introduction de critère(s) prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre lorsque l'analyse des offres repose sur plusieurs critères¹⁰. A notre sens, l'acheteur pourrait valablement définir sa stratégie d'achat d'électricité en y intégrant l'objectif de développement de nouvelles capacités de production d'EnR.

⁷ La définition du besoin, Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie, Fiche publiée le 1er avril 2019.

⁸ Article L. 2111-2 du code de la commande publique.

⁹ Voir la fiche de la DAJ précitée et l'article R. 2111-4 du code de la commande publique.

¹⁰ Décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique.

Ainsi les personnes publiques pourraient démontrer que la couverture de leurs besoins en électricité passe par une **autre façon de consommer** notamment en finançant ou en promouvant le développement de nouveaux projets d'EnR à l'échelle d'un territoire. Les acheteurs publics peuvent ainsi participer activement à la politique énergétique nationale en promouvant, au niveau local, la part des EnR acheminée sur les réseaux publics¹¹.

Par ailleurs, on pourrait invoquer la dérogation prévue au second alinéa de l'article R. 2111-7 du CCP selon laquelle il est possible de définir l'objet du marché en faisant mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier (production EnR et non approvisionnement sur le marché) ou d'une **provenance ou origine déterminée (implantation locale) si elle est justifiée par l'objet du marché**.

En synthèse, l'acheteur public qui souhaite recourir à un PPA devrait pouvoir définir ses besoins d'une manière distincte de celle utilisée dans le cadre d'un contrat classique de fourniture d'électricité : si les besoins purement fonctionnels sont identiques - à savoir les besoins en électricité pour un ou des sites donnés - d'autres éléments peuvent être pris en compte afin de **bien cibler des offres sous forme de PPA sans que la consultation ne soit regardée comme excluant de manière discriminatoire les offres de fourniture classiques**.

(ii) Exclure les travaux de réalisation de l'installation du périmètre du marché

L'acheteur ne peut recourir à un marché public de fournitures pour passer un PPA que s'il n'acquiert pas l'actif de production. Il convient donc de faire valoir que les travaux réalisés pour assurer cette fourniture constituent uniquement un moyen de production nécessaire à la livraison du produit objet du marché et non une prestation acquise par l'acheteur.

A cet égard, on relèvera que la définition du marché de travaux repose sur le fait que l'ouvrage réalisé répond « *aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* »¹². Autrement dit, dès lors que l'acheteur ne définit pas dans le marché de besoin spécifique s'agissant de l'installation de production à réaliser, on pourrait considérer que celle-ci constitue, non pas l'objet du contrat, mais uniquement un moyen d'exécuter ledit contrat.

Dans ces conditions, on peut considérer que les coûts liés à ce moyen de production peuvent être couverts par le prix de la fourniture versé par l'acheteur à compter de la livraison de l'électricité sans méconnaître le principe d'interdiction du paiement différé posé à l'article L. 2191-5 du CCP. En effet, dès lors que les travaux de réalisation de l'actif de production ne constituent pas une prestation objet du marché et que lesdits ouvrages ne sont pas acquis par l'acheteur, il n'y a pas lieu de considérer que lesdits travaux donnent lieu au paiement d'un prix, ils correspondent uniquement à un coût.

¹¹ A noter que la loi dite Climat et résilience du 22 août 2021 prévoit que des objectifs régionaux de développement des énergies renouvelables seront établis pour contribuer aux objectifs de la politique énergétique nationale et de la programmation pluriannuelle de l'énergie.

¹² Voir l'art. L. 1111-2 du CCP, voir également l'avis du Conseil d'Etat relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine du 22 janvier 2019, n° 396221.

On notera toutefois que la circonstance que l'acheteur public finance une installation de production sans pour autant l'acquérir peut interroger. Il convient en particulier d'éviter que le prix payé par la collectivité soit regardé comme dépourvu de contrepartie ou constitutif d'une libéralité au profit du producteur en soulignant dans les pièces du marché les avantages que le montage procure à l'acheteur en termes de visibilité des prix et de promotion de la transition énergétique.

S'agissant de la durée

La durée des marchés publics est encadrée. Ainsi, conformément à l'article L. 2112-5 du CCP :

« La durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés ».

La fixation de la durée par le pouvoir adjudicateur est donc libre, dans la limite générale d'une nécessaire remise en concurrence périodique et de la nature des prestations, et dans la limite particulière de quatre ans pour les accords-cadres, sauf exception dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur.

Ainsi, contrairement au régime des concessions¹³, le CCP ne prévoit pas de faire coïncider la durée du marché avec celle de l'amortissement des investissements. Certes une réponse ministérielle a admis que la règle applicable à la durée des concessions puisse être transposée à un marché public lorsque l'amortissement des investissements réalisés à l'occasion de l'exécution de ce marché le nécessite¹⁴. Cette analyse semble toutefois plus délicate à soutenir dans l'hypothèse où l'acheteur n'acquiert pas l'installation réalisée.

A cet égard, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a récemment jugé injustifiée une durée de quinze ans pour un marché public de prestations de services de traitement des déchets au motif que cette durée a été fixée en tenant compte, non des prestations prévues par le marché, mais des investissements réalisés par le titulaire, ce qui revient, selon le juge, à faire supporter à l'acheteur l'amortissement des ouvrages réalisés par l'opérateur privé alors même que ceux-ci ne constituent pas des biens de retour¹⁵.

Dans ces conditions, il paraît préférable de justifier la durée du marché par les besoins de l'acheteur en termes de visibilité des prix et de promotion de la transition énergétique plutôt que par l'amortissement des investissements à réaliser dès lors que ceux-ci ne reviennent pas à la collectivité à l'échéance du contrat.

¹³ Pour rappel, l'article R. 3114-2 du code de la commande publique dispose : « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat ».

¹⁴ Voir en ce sens Question n° 66370 ; Réponse publiée au JO de l'Assemblée Nationale le 13/01/2015.

¹⁵ CAA Bordeaux, 5 mai 2022, n° 19BX04960.

Conclusion : Au vu des éléments qui précèdent, la FNCCR considère, qu'en l'état du droit, les collectivités pourraient recourir à un marché public de fournitures pour passer un PPA lorsqu'elles n'acquièrent pas l'installation de production en veillant :

- ▮ d'une part, à définir leurs besoins au moyen de spécifications techniques propres aux PPA (mode de commercialisation particulier, considérations environnementales) ;
- ▮ d'autre part, à fixer la durée du marché en prenant en considération les besoins de l'acheteur en termes de visibilité des prix et de promotion de la transition énergétique.

Tout risque juridique ne pouvant toutefois pas être écarté pour ce montage, **la FNCCR milite pour faire évoluer le droit** afin d'offrir un cadre juridique stabilisé aux acheteurs publics qui souhaitent passer un PPA.

SYNTHESE DES MONTAGES ENVISAGEABLES

Collectivité acquiert les installations



Collectivité n'acquiert PAS les installations



Concession de service

L. 1121-3 du CCP

- Nécessité de l'existence d'un réel risque d'exploitation
- Définition d'un service, la concession de fourniture n'existant pas

Concession de travaux

L. 1121-2 du CCP

- Nécessité de l'existence d'un réel risque d'exploitation

Marché de partenariat

L. 1112-1 du CCP

- Uniquement adapté aux projets de grande ampleur
- Conditions de recours strictes
- Procédure lourde de mise en œuvre

Marché global de performance

L. 2171-3 du CCP

Recours au MGP nécessite de pouvoir déroger au principe de l'interdiction du paiement différé dans les marchés publics (L. 2191-5 et -6 du CCP)

Marché de fournitures

L. 1111-3 du CCP

- L'acheteur ne doit pas définir les caractéristiques de l'installation dans les pièces du marché = la réalisation de l'installation n'est pas l'objet du marché

4. Actions de la FNCCR

La FNCCR se mobilise maintenant depuis plusieurs mois afin que les acteurs publics locaux, fortement éprouvés par la hausse du prix de l'énergie, soient mieux protégés des aléas du marché. Dans ce cadre, l'accès aux contrats d'achat d'électricité renouvelable constitue une solution qui permettrait aux collectivités à la fois de soutenir le développement des EnR dans leur territoire et de bénéficier d'un prix de l'énergie stable et compétitif pour le fonctionnement des services publics.

Représentant les intérêts de ses adhérents, la FNCCR, en dialogue régulier avec les différents ministères sur le sujet - en particulier la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et la Direction générale de l'énergie et du climat - propose de faire évoluer les textes en vigueur pour permettre aux collectivités de recourir à ces contrats dans un cadre clair et sécurisé.

Les propositions de la FNCCR pour sécuriser le recours aux nouvelles formes de la commercialisation de l'énergie par les collectivités et leurs groupements :

- ✍ Définir la notion de contrat d'achat d'électricité renouvelable dans le code de l'énergie ;
- ✍ Préciser dans cet article que les acheteurs publics peuvent y recourir y compris pour une durée longue ;
- ✍ Introduire la notion de contrat long terme pour le gaz ;
- ✍ Introduire dans le code de la commande publique une nouvelle forme de marché : le « marché de consommation d'énergies renouvelables ».

❖ Introduire dans le code de l'énergie la définition du contrat d'achat d'électricité renouvelable

Afin de combler l'absence de transposition en droit interne de la définition des contrats d'achat d'électricité renouvelable et ainsi faciliter leur recours par les acteurs publics en les distinguant de l'activité d'achat pour revente qui repose essentiellement sur un sourcing sur le marché de gros, *la FNCCR propose d'introduire dans le code de l'énergie un nouvel article* rédigé de la manière suivante :



« Tout consommateur final peut, dans le cadre d'un contrat, acheter directement à un producteur de l'électricité produite à partir de sources renouvelables. Ce contrat est désigné « contrats d'achat d'électricité renouvelable ».

Ce contrat peut être conclu avec un producteur d'électricité sans que ce dernier ait à être titulaire de l'autorisation visée à l'article L 333-1 du présent code.

La durée de ce contrat est fixée en tenant compte du mode de production et de commercialisation particulier de l'électricité, y compris lorsqu'il est passé par une personne visée à l'article L.1210-1 du code de la commande publique.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions et les modalités d'application du présent article ».

Un amendement similaire pourrait être rédigé pour introduire dans le code de l'énergie la notion de contrat d'achat de gaz renouvelable.

❖ Introduire dans le code de la commande publique une nouvelle forme de marché, le « marché de consommation d'énergies renouvelables »

Au regard des difficultés actuelles liées aux règles de la commande publique, il serait opportun de faire évoluer ces dernières pour pouvoir faciliter le recours par les acteurs publics aux nouvelles formes de commercialisation de l'électricité. La rédaction de cet article pourra être ultérieurement adaptée pour tenir compte des nouvelles formes de commercialisation du gaz (autoconsommation, contrat d'achat direct) qui pourraient être introduites à l'occasion de la refonte de la directive Gaz. **La FNCCR propose ainsi d'introduire dans le code de la commande publique une nouvelle forme de marché :**



« Un marché de consommation d'énergies renouvelables est un marché dont l'objet principal est de couvrir tout ou partie des besoins de l'acheteur en électricité dans le cadre d'une opération d'autoconsommation au sens des articles L. 315-1 et L. 315-2 du code de l'énergie ou sous la forme d'un contrat d'achat d'électricité renouvelable conclu directement avec un producteur. Ce marché peut également inclure le financement, la conception, la réalisation et l'exploitation de l'installation de production nécessaire à la satisfaction des besoins en électricité.

Compte tenu de sa nature, l'objet de ce marché peut être défini au moyen de spécifications techniques faisant mention d'un mode de production particulier ou d'une provenance ou origine déterminée conformément au second alinéa de l'article R. 2111-7.

La durée du marché de consommation d'énergies renouvelables est fixée en tenant compte des investissements supportés par le titulaire pour la satisfaction des besoins en électricité de l'acheteur y compris quand ce dernier n'acquiert pas les ouvrages réalisés. »

Cécile FONTAINE
Cheffe du service juridique
c.fontaine@fnccr.asso.fr

Flavien LOUSTAU
Juriste
f.loustau@fnccr.asso.fr

Lionel GUY
Chef de service EnR - MDE
l.guy@fnccr.asso.fr

Fédération nationale des collectivités concédantes et régies
20, boulevard de Latour Maubourg - 75007 PARIS - Tél. 01 40 62 16 40 - fnccr@fnccr.asso.fr - www.fnccr.asso.fr

