

GUIDE PRATIQUE

LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES ET DE LEURS
GROUPEMENTS AUX SOCIÉTÉS
DE PROJET DÉDIÉES À LA PRODUCTION
D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

→ SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
Enjeux liés à la programmation pluriannuelle de l'énergie	4
Implication des territoires dans la production d'énergies renouvelables	5
Implication durable des syndicats d'énergie	9
I. RÔLE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS GROUPEMENTS	10
1. Compétence en matière de production d'énergies renouvelables	11
2. La participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans les sociétés dédiées à la production d'énergies renouvelables	13
Deux voies ouvertes pour entrer directement dans la gouvernance d'un projet d'énergies renouvelables dans les territoires	13
La participation au capital d'une société commerciale ayant pour objet la production d'énergies renouvelables	15
Qu'est-ce qu'une société de projet ?	17
3. Le choix de la structure juridique la plus adaptée à la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements	18
Deux formes sociétales possibles : SA ou SAS	18
La constitution d'une entreprise publique locale dédiée au projet de production d'énergies renouvelables	21
Participation publique dans une société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)	24

II. CRÉATION D'UNE SPV DÉDIÉE À LA PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES	26
1. Participer avec qui ?	26
Les partenaires des collectivités territoriales et des groupements actionnaires	26
La prise de participation d'une SEML	28
La prise de participation d'une SPL	30
La prise de participation d'une SEMOP	30
2. Comment ?	31
Soumission aux règles de la commande publique	31
Soumission aux règles d'occupation du domaine public	37
Choix de l'actionnariat	43
Choix de la gouvernance	44
3. Quand ? Pour quel projet ?	47
4. Quelles sont les étapes à suivre pour la création d'une SPV ?	48
Études préliminaires sur l'opportunité et la faisabilité d'un projet d'énergie	48
Délibérations obligatoires de la part des organes délibérants	48
Rédaction des textes fondateurs de la société	49
Immatriculation au registre du commerce et des sociétés	49
III. MODALITÉS D'INVESTISSEMENT DANS UN PROJET D'ÉNERGIES RENOUVELABLES	51
1. Prise de participation dans le capital	51
Les apports destinés à former le capital de la société	51
Prise de participation directe ou indirecte	52
Sécuriser la sortie de la SPV	54
2. Financement par la dette des projets d'énergies renouvelables	55
Délivrance d'avances en compte-courant d'associés (CCA)	55
Modes de financement alternatifs	57

INTRODUCTION

ENJEUX LIÉS À LA PROGRAMMATION PLURIANNUELLE DE L'ÉNERGIE

Ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz, réduction de la consommation finale d'énergie, essor des énergies renouvelables, développement des réseaux de chaleur et de froid, lutte contre le réchauffement climatique, nouvel équilibre entre territoires urbains et ruraux, pilotage des réseaux de plus en plus décentralisé : en deux décennies, le paysage énergétique français a été profondément modifié.

La loi LTECV¹ en constitue une étape décisive : la loi a fixé des objectifs ambitieux pour le développement des énergies renouvelables. La France s'est engagée à porter à hauteur de 32 % la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique finale d'ici 2030. **C'est aussi cette période qui sert de référence pour parvenir en principe à l'autonomie énergétique dans les territoires d'outre-mer.**

Les programmations pluriannuelles de l'énergie qui se sont succédé depuis 2015, servent d'outils de pilotage de la politique énergétique dont les objectifs et les priorités d'action pour répondre à l'urgence écologique et climatique sont consacrés aux articles L.100-1 A à L.110-4 du code de l'énergie.

Les efforts se concentrent aujourd'hui autour des deux échéances suivantes : 2028 et 2035.

C'est ce qu'il ressort de la dernière programmation adoptée par décret le 21 avril 2020² après consultation du public³. Des objectifs de développement de la production d'électricité d'origine renouvelable, des objectifs de développement de la production de chaleur et de droit renouvelables et de récupération ainsi que des objectifs de développement de la mobilité propre sont notamment programmés.

Pour atteindre ces objectifs qui nécessitent d'accroître significativement le nombre d'installations produisant de l'énergie à partir des énergies renouvelables, il est fait appel à toutes les initiatives privées mais aussi publiques. L'article L.100-2 du code de l'énergie consacre d'ailleurs cette mobilisation de toutes les parties prenantes pour concourir à la réalisation des objectifs précités, « *l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements, les entreprises, les associations et les citoyens associent leurs efforts pour développer des territoires à énergie positive* », c'est-à-dire des territoires « *qui s'engage dans une démarche permettant d'atteindre l'équilibre entre la consommation et la production d'énergie à l'échelle locale en réduisant autant que possible les besoins énergétiques et dans le respect*

des équilibres des systèmes énergétiques nationaux (...) et favoriser l'efficacité énergétique, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la diminution de la consommation des énergies fossiles et viser le déploiement d'énergies renouvelables dans son approvisionnement ».

Il importe aujourd'hui de réfléchir aux modalités d'accompagnement et de mise en œuvre d'une transition énergétique acceptée de tous et utile à tous. L'adhésion de toutes les parties prenantes, collectivités, citoyens et acteurs locaux est fondamentale. Ces parties sont amenées à jouer de nouveaux rôles dans les territoires.

IMPLICATION DES TERRITOIRES DANS LA PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

La loi MAPTAM¹, la loi NOTRe² et la LTECV ont institué, dès 2014 et 2015, de nouvelles compétences et de nouveaux outils au profit des collectivités territoriales en la matière, dont l'implication est perçue comme un véritable gage de confiance auprès des citoyens, et à travers des interventions au plus proche des territoires. La dernière loi ASAP³ du 27 décembre 2020 et l'ordonnance du 3 mars 2021 portant diverses transpositions de directives européennes relatives à l'énergie⁴ confirment la tendance en cours.

L'implication des acteurs locaux dans le développement de la production d'énergies renouvelables se renforce ainsi progressivement, les collectivités territoriales et leurs groupements se positionnant comme de vé-

ritables acteurs d'impulsion, notamment au regard de la place grandissante qui est faite aux enjeux environnementaux dans les prises de décision et de l'essor des projets structurants dans les territoires.

Par ces interventions, et considérant la richesse énergétique des gisements répartis dans le territoire, il s'opère une appropriation des ressources énergétiques et, par ce biais, leur maîtrise.

Les acteurs publics locaux ne sont toutefois pas les seuls à agir.

Il est relevé le développement d'initiatives citoyennes, dont plus de 259 projets citoyens recensés par Energie Partagée⁵, qui

GRANDS OBJECTIFS

	2028	2035	2050
Émissions de gaz à effet de serre issues de la combustion d'énergie	-40 % par rapport à 1990		Neutralité carbone
Consommation d'énergie primaire des énergie fossiles	-35 %* par rapport à 2012		-50 % par rapport à 2012
Consommation d'énergie finale	-16,5 % par rapport à 2012		
Consommation de chaleur renouvelable	+40 et 60 % par rapport à 2017		
Consommation finale d'énergie d'origine renouvelable	33 %		
Production d'électricité	Doublent des capacités de production d'électricité renouvelable*		50 % nucléaire

* Plusieurs objectifs de la PPE ont été renforcés, en conformité avec la loi énergie et climat de 2019

Source : Programmation pluriannuelle de l'énergie résumée en 4 pages, site du ministère, 2021

¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

² Décret n° 2020-456 du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie

³ La synthèse des avis du public, les motifs de la décision d'adoption de la programmation pluriannuelle de l'énergie et une déclaration environnementale sont disponibles sur le site sur le site internet du ministère de la transition écologique.

¹ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

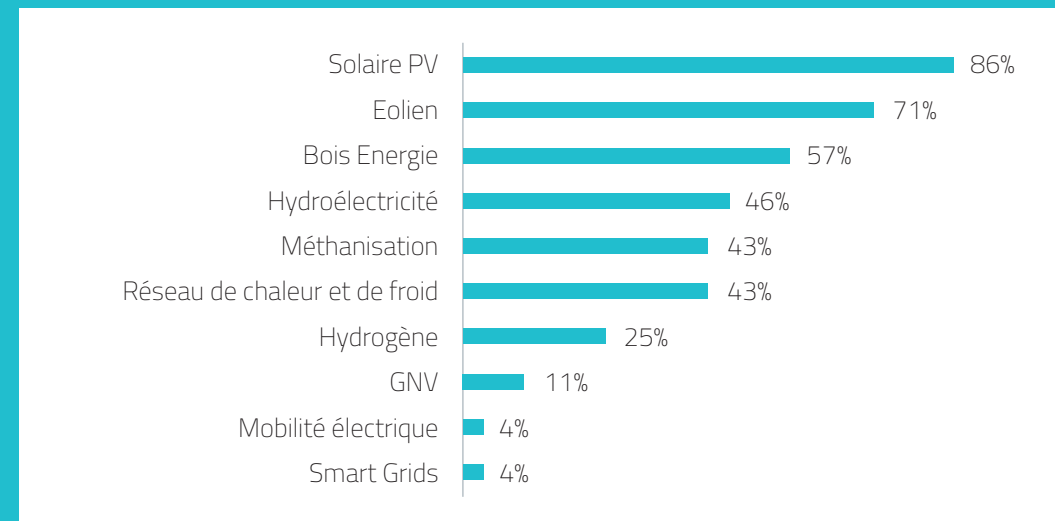
² Loi n° 2015-991 du 17 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

³ Loi n° 2020-1525 du 27 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

⁴ Ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la directive UE 2018/2011 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 et de la directive UE 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

⁵ <https://energie-partagee.org/decouvrir/energie-citoyenne/chiffres-cles/> chiffre janvier 2021

SUR LES PROJETS DÉVELOPPÉS OU EN COURS DE DÉVELOPPEMENT DANS LES TERRITOIRES^{*} :



* Enquête réalisée par la FNCCR en 2019

regroupent plus de 27 000 citoyens actionnaires (60 M€) et 500 collectivités locales ou groupements directement ou par le biais d'une société d'économie mixte. La participation des citoyens est considérée comme un véritable accélérateur au développement des projets de production d'énergies renouvelables et participe d'une meilleure acceptabilité sociale et environnementale des projets.

Deux modes de participation se distinguent.

■ **Une participation dans la gouvernance des sociétés dédiées à la production d'énergies renouvelables** d'abord, ce qui se traduit par un apport en capital dans la société. La souscription d'actions est susceptible de donner accès à des droits de vote au sein du conseil d'administration, ce qui implique une participation directe dans la gouvernance des projets, outre une rémunération sous forme de dividendes. Par ce mode de participation directe, les collectivités locales, leurs groupements et les

citoyens sont intégrés au développement du projet (partage de la gouvernance). Une participation indirecte dans la gouvernance et le capital est également possible via une prise de participation dans le capital d'une société intermédiaire qui capitalise sur une société dédiée aux projets d'énergies renouvelables.

■ **Une participation uniquement financière** ensuite, laquelle se matérialise par un financement de la dette d'un projet d'énergies renouvelables, notamment via le financement participatif (pratique du crowdfunding). Les citoyens sont rémunérés sur la base d'un taux d'emprunt qui court pour une période donnée. La pratique du financement participatif est encadrée depuis 2014¹, ce qui a contribué au développement des plateformes dédiées, dont certaines spécialisées dans les projets d'énergies renouvelables.

¹ Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif et son décret d'application n° 2014-1053 du 16 septembre 2014. Pour une présentation du cadre réglementaire du financement participatif : se reporter au dossier dédié disponible sur le site du ministère de l'économie et des finances

Dans ce cadre, un projet d'énergie participatif s'entend par la participation conjointe des acteurs publics locaux et/ou des citoyens concernés par le développement d'un projet d'énergies renouvelables dans leur territoire.

La possibilité est clairement consacrée à l'article L.294-1 du code depuis le 1er juillet 2021¹), selon lequel les sociétés porteuses d'un projet d'énergie « *peuvent, lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital* » soumettre « *aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation du projet, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements dans le territoire ou à proximité du territoire desquels il se situe* », une prise de participation dans le capital de la société ou dans le financement du projet.

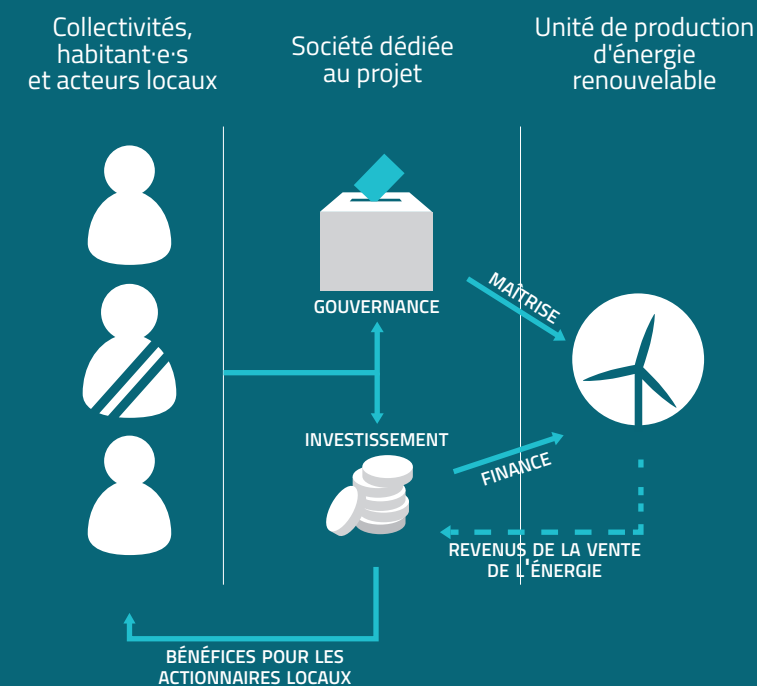
Il se développe ainsi un circuit vertueux de rentabilité autour des projets d'énergies renouvelables.

En outre, les citoyens et les acteurs publics peuvent eux-mêmes devenir producteurs d'énergies renouvelables et se constituer, le cas échéant, sous la forme d'une communauté d'énergie renouvelable (CER) ou d'une communauté énergétique citoyenne (CEC). Ces deux notions résultent des directives européennes Energies renouvelables du 11 décembre 2018 et Électricité du 5 juin 2019², lesquelles ont été transposées par la loi Énergie-Climat, complétée par les ordonnances n° 2021-236 et n° 2021-237 du 3 mars 2021.

Les CER et CEC constituent des entités juridiques, visant à faciliter le déploiement des projets d'énergies renouvelables et contrôlée par ses membres ou actionnaires qui sont des personnes physiques, des acteurs publics ou des petites entreprises sur la base d'une prise de participation volontaire. Ces entités ont toutes deux pour principal objectif de « *fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses actionnaires ou membres (...) plutôt que de générer des profits financiers* ».

Les nouveaux modèles économiques de production seront détaillés dans une publication spécifique dès la publication du décret d'application des communautés d'énergie.

SYNTHÈSE D'UN PROJET D'ÉNERGIE PARTICIPATIF



Source : Énergie Partagée, 2020

¹ Article 5 de l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions 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 et de la directive UE 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. Ladite ordonnance entre en vigueur le 1er juillet 2021.

² Directive UE 2018/2011 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 et Directive UE 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE dite *Clean Energy Package*

FOCUS

POINT D'ATTENTION RELATIF AU « BONUS PARTICIPATIF » PRATIQUÉ DANS LES APPELS D'OFFRES DE LA CRE :

Pour inciter le recours à l'investissement participatif dans les projets d'énergies renouvelables d'origine électrique, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a, à partir de 2016, introduit dans ses appels d'offres nationaux (dits AO CRE 4), l'octroi d'un bonus de rémunération aux porteurs de projets impliquant des collectivités territoriales et/ou des citoyens dans le financement de leurs projets.

Ce « bonus participatif » vient d'évoluer avec la publication des cahiers des charges pour les appels d'offres EnR électriques passant d'une bonification forfaitaire à une bonification dans la notation des projets pour la période courant du second semestre 2021 jusqu'en 2026, selon les critères suivants :

TECHNOLOGIE	FAMILLES	CRITÈRES DE NOTATION
Éolien terrestre	Tout projet éolien terrestre	- Prix : 95 % - Financement citoyen 2 % ou Gouvernance partagée 5 % (sans cumul possible)
Autoconsommation	Toutes les familles	Prix : 100 %
Technologiquement neutre	Technologiquement neutre (hors éolien offshore)	- Prix : 70% - Critères environnementaux : 25 %, comme le PV au sol avec des équivalences pour les autres technologies (cf. ci-dessous pour plus de détails) - Financement citoyen 2 % ou Gouvernance partagée 5 % (sans cumul possible)
Hydroélectricité	Nouveaux site et seuils existants	- Prix : 70 % - Qualité environnementale : 25 % - Financement citoyen 2 % ou Gouvernance partagée 5 % (sans cumul possible)
Photovoltaïque	Sol	- Prix : 70 % - Impact carbone : 16 % - Pertinence environnementale du foncier : 9 % - Financement citoyen 2 % ou Gouvernance partagée 5 % (sans cumul possible)
	Bâtiment	- Prix : 70 % - Impact carbone : 25 % - Financement citoyen 2 % ou Gouvernance partagée : 5 % (sans cumul possible)
	Innovation	- Prix : 55 % - Innovation : 45 %

IMPLICATION DURABLE DES SYNDICATS D'ÉNERGIE

La participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans les projets d'énergies renouvelables implique aujourd'hui une implication croissante des syndicats d'énergie répartis dans le territoire.

Ces derniers peuvent être porteurs des projets (via leur participation dans des SEM ou par l'investissement dans des sociétés de projets dédiées), mais également partenaires de leurs collectivités membres en leur apportant un soutien technique ou opérationnel compte tenu de leur degré de connaissance et de savoir-faire pratique en la matière (pour le suivi des études de faisabilité et le portage du projet par exemple).

L'action des syndicats d'énergie est subordonnée à l'inscription préalable des projets de production d'énergies renouvelables dans leur champ statutaire de compétences. Cette inscription garantit la stabilité dans le temps des projets de production d'énergie qui sont développés par les syndicats d'énergie, tout en leur permettant de se doter des moyens matériels et financiers nécessaires à leur action.

Cette inscription statutaire matérialise ainsi l'engagement moral et politique des syndicats d'énergie dans le développement des énergies renouvelables.

→ I. RÔLE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS GROUPEMENTS

Les collectivités territoriales et leurs groupements (EPCI à fiscalité propre, syndicats mixtes) sont des acteurs essentiels dans le développement de projets d'énergies renouvelables de territoire. Par leur nature et leurs rôles dans la mise en œuvre des objectifs gouvernementaux, ils constituent une charnière stratégique d'intervention pour le foisonnement et la concrétisation de ces projets.

En quelques années, les collectivités territoriales et, plus particulièrement, les Autorités organisatrices de la distribution d'énergie (AODE) ont pris la mesure de leurs responsabilités dans la transition énergétique.

Les leviers d'action et les outils d'intervention pour faciliter et accompagner le développement des projets d'énergies renouvelables ont largement évolué ces dernières années.

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent notamment agir pour :

- **Faciliter l'émergence des projets** au travers de leurs compétences en matière de maîtrise de la consommation d'énergie (en qualité d'AODE notamment) ou de planification urbaine des territoires ;

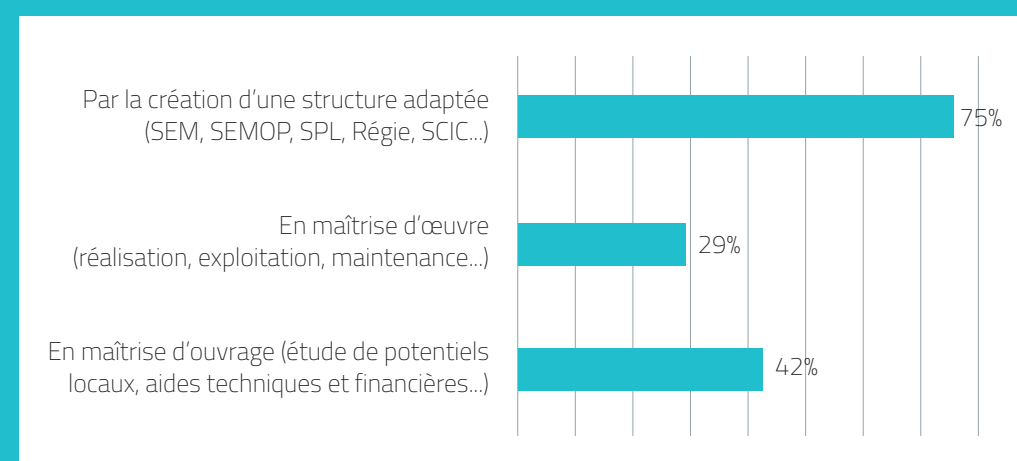
- **Développer ou accompagner des projets** par le recours aux contrats de la commande publique, agissant en qualité de maître d'ouvrage ou en mettant à disposition des débouchés, du foncier ou des gisements ;

- **Participer aux financements des projets** directement ou par l'intermédiaire des entreprises publiques locales, en développant des systèmes d'aides financières (subventions, avances remboursables...) ou en codéveloppant des projets au côté d'autres partenaires public ou privé ;

- **Communiquer et informer les acteurs du territoire** autour des intérêts, des potentiels et des projets en cours.

La prise de participation dans le capital d'une société de projet dédiée à la production d'énergies renouvelables représente aujourd'hui le principal outil de l'action locale.

PROPORTION DES LEVIERS D'ACTION UTILISÉS PAR LES ACTEURS PUBLICS LOCAUX :



1. COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

La compétence des collectivités territoriales et de leurs groupements en matière d'énergies renouvelables s'est renforcée au gré des réformes relative à la transition énergétique. Aujourd'hui, les filières d'énergie et la puissance des installations de production d'énergie ne représentent plus une condition de l'action publique locale¹.

C'est l'article L.2224-32 du code général des collectivités territoriales qui sert de fondement juridique à l'action des communes et de leurs groupements en matière de production d'énergies renouvelables :

Les communes, dans leur territoire, et les établissements publics de coopération, dans le territoire des communes qui en sont membres, peuvent « *aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter (...) toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés (...) ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur (...) lorsque ces nouvelles installations se traduisent par une économie d'énergie et une réduction des pollutions atmosphériques* ».

La production d'énergies à partir d'énergies renouvelables entre donc dans le champ des attributions locales.

S'agissant de la compétence des départements, des régions et de leurs établissements publics, il convient de se reporter à l'article 88 de la loi Grenelle II² qui a étendu le dispositif en matière de production d'électricité, en dehors toutefois de l'hypothèse d'une production d'énergies en autoconsommation individuelle :

« (...) outre le cas où l'électricité est produite pour leur propre usage, et dans la mesure où l'électricité est destinée à être revendue dans le cadre du dispositif de l'article 10 [de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité], les départements et les régions, dans leurs territoires respectifs, ainsi que les établissements publics, dans les territoires des collectivités territoriales qui en sont membres, peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales des installations de production d'électricité utilisant des énergies renouvelables ».

Prises dans leur ensemble, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent prétendre à l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations de production comme mécanisme de soutien financier³.

¹ Sous le régime antérieur à la loi LTECV, seules les communes et leurs groupements étaient autorisés à aménager et exploiter des installations de production hydroélectrique d'une puissance ne pouvant pas dépasser 8 000 kVa.

² Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

³ Le régime applicable à l'obligation d'achat d'électricité est posé aux articles L.314-1 à L.314-13 du code de l'énergie.



FOCUS

POINT D'ATTENTION RELATIF AU « BONUS PARTICIPATIF » PRATiqué DANS LES APPELS D'OFFRES DE LA CRE :

Une divergence d'interprétation entre les services de l'État et les collectivités territoriales demeure à ce jour sur la qualification des dispositions de l'article L.2224-32, selon qu'il s'agisse d'une compétence à laquelle il devrait être fait application des principes d'exclusivité et de spécialité (compétence exclusive) ou d'une faculté d'action conjointe entre les communes et leurs EPCI (compétence partagée).

Cette problématique emporte des conséquences pratiques non négligeables : **de nombreuses structures sont susceptibles de voir leurs actes contestés par les services du contrôle de légalité**. Par ce biais, c'est la capacité d'une commune et d'un établissement public de coopération de prendre, tous deux, part au capital d'une société de production d'énergies renouvelables qui serait contestée.

Dans une approche restrictive, certaines préfetures estiment que l'exercice de la compétence requiert un transfert de compétence préalable, via une habilitation statutaire, de la commune vers l'établissement public de coopération concerné pour lui permettre d'agir.

Récemment, une réponse ministérielle¹ a confirmé cette lecture s'agissant de la prise de participation dans le capital d'une société coopération d'intérêt collectif (SCIC) :

« (...) la participation de la commune au capital de la société n'est possible que dans la mesure où elle n'a pas transféré la compétence en matière de production d'énergie renouvelable à un EPCI, auquel cas seul ce dernier est habilité à prendre des participations en application du principe d'exclusivité. À cet égard, il importe de rappeler que la compétence dont il s'agit, découle des dispositions de l'article L.2224-32 du CGCT. Cette compétence ne relève pas des compétences transférées de plein droit à un EPCI à fiscalité propre. Par suite, son transfert à un EPCI résulte de la volonté expresse des communes qui peuvent considérer que cette compétence serait mieux exercée à l'échelle intercommunale ».

Même si l'article L.2224-32 devait s'interpréter comme une compétence, il est précisé que le principe d'exclusivité n'empêche pas un partage de compétence sous réserve de moduler le cadre d'intervention entre la commune et l'établissement public concerné. De telle sorte que :

« S'agissant, en outre, d'une compétence transférée à titre supplémentaire, l'article L.5211-7 du CGCT indique que les communes peuvent transférer tout ou partie de la compétence. Autrement dit, il leur est loisible de ne transférer qu'une partie de la compétence en matière de production d'énergie selon des modalités qu'elles sont libres de définir (puissance, dimension du parc, type d'énergie...). Les communes peuvent, par exemple, faire le choix de conserver la compétence dans ce domaine pour des projets d'envergure modeste et ne transférer la compétence à l'EPCI que pour les projets revêtant une certaine ampleur. Les statuts de l'EPCI doivent le préciser clairement afin d'éviter toutes ambiguïtés. Même exercée en tout ou partie à l'échelle intercommunale, les communes, qui sont membres de l'EPCI, demeurent associées à l'exercice de la compétence transférée par l'EPCI.

Toutefois, lorsque l'objet de la SCIC est plus large que la seule production d'énergie renouvelable et recouvre également des compétences que les communes n'ont pas transférées à cet EPCI, celles-ci peuvent prendre des participations au capital de la SCIC mais uniquement au titre des compétences non transférées à l'EPCI. Une telle possibilité est, en revanche, exclue dans le cadre des dispositions de l'article L.2253-1 du CGCT dès lors que la participation du bloc communal n'est prévue que pour les SA ou SAS ayant pour objet la production d'énergie renouvelable. »

Au demeurant, à la lecture des dispositions de l'article L.2224-32 précité, la FNCCR (ainsi que les autres professionnels du secteur) considèrent que les communes et les établissements publics de coopération sont habilités par la loi à intervenir dans la production d'énergies renouvelables. Cette faculté est reconnue aux communes et aux établissements publics de coopération sans que le texte ne mentionne d'obligation de transfert préalable comme il est prévu s'agissant de la compétence réseau de chaleur et de froid prévu à l'article L.2224-38 du code par exemple. À défaut de l'exclure en des termes explicites, la notion de compétence partagée pourrait ainsi être retenue.

Cette interprétation correspond à l'esprit de la loi LTECV qui vise à inciter le plus largement possible, les interventions publiques dans le développement et la production d'énergies renouvelables.

L'action des communes et des établissements publics de coopération ne semble donc pas exclusive l'une de l'autre, mais peuvent être jointes, notamment dans le cadre d'un projet d'énergie commun.

2. LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS GROUPEMENTS DANS LES SOCIÉTÉS DÉDIÉES À LA PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

► DEUX VOIES OUVERTES POUR ENTRER DIRECTEMENT DANS LA GOUVERNANCE D'UN PROJET D'ÉNERGIES RENOUVELABLES DANS LES TERRITOIRES

L'article L.2253-1 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) exclut, par principe, « toute participation d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de toute autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général ».

Par dérogation toutefois, depuis la loi LTECV du 17 août 2015, l'investissement participatif des collectivités territoriales et de leurs groupements est autorisé dans des sociétés dédiées spécifiquement à la production d'énergies renouvelables. Il repose sur deux fondements juridiques distincts.

➔ D'une part, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer et prendre des participations dans le capital des entreprises publiques locales de production d'énergies renouvelables :

- La création de sociétés d'économie mixte locales (SEML) est autorisée à l'article L.1521-1 du code ;
- La création de sociétés publiques locales (SPL) est autorisée à l'article L.1531-1 du code ;
- La création de sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) est régie à l'article L.1541-1.

Ces sociétés sont constituées sous la forme de sociétés anonymes (SA), dans lesquelles l'actionnariat public revêt une proportion et des modalités d'action spécifiques selon le modèle d'entreprises publiques locales retenu.

ZOOM SUR

LES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES :

- **119 EPL** entreprises publiques locales recensées dans le domaine de la transition énergétique en 2018 dont **109 SEM, 9 SPL et 1 SEMOP**
- **6 millions d'euros de capital moyen**
- Les collectivités utilisent majoritairement **des sociétés d'économie mixte** du fait de leur objet social polyvalent
- Les collectivités détiennent par ailleurs la large majorité des actions : **environ 65%**
- **Environ une 50aine de SEM** créées par les AODE depuis 2015 **pour la transition énergétique sur les territoires qui permettent de développer et financer des projets sur tout le territoire national**
- **Essentiellement dédiées aux énergies renouvelables** (solaire, éolien, biogaz) et à la distribution d'électricité, de gaz et de chaleur ; autres objets (mobilité verte, et rénovation énergétique)

¹ Participation d'une commune au capital d'une SCIC à visée de transition énergétique, Rép. Min., JO Sénat 17 septembre 2020, page 4279



► LA PARTICIPATION AU CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE AYANT POUR OBJET LA PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

Pour connaître le régime applicable à la gestion d'une SEM dédiée à la production d'énergies renouvelables, vous pouvez vous référer au guide pratique correspondant mis à disposition par la FNCCR.

→ D'autre part, l'article L.2253-1 alinéa 2 autorise les communes et leurs groupements, par délibération de leurs organes délibérants, à participer au capital d'une société anonyme (SA) ou d'une société par actions simplifiée (SAS) dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées dans leur territoire.

Cette possibilité d'investissement participatif local est également consacrée, dans des conditions similaires, pour les départements à l'article L.3231-6 du code et pour les régions à l'article L.4211-1 14° du code.

Précisons que ce mode d'investissement participatif est repris à l'article L.294-1I. du code de l'énergie lorsqu'il est fait référence à la possibilité pour une société commerciale dédiée à la production d'énergies renouvelables, lors de sa constitution ou de l'évolution

de son capital, de proposer la prise de participation dans son capital ou dans le financement du projet aux collectivités territoriales et leurs groupements.

Dans le prolongement des dispositions du code général des collectivités territoriales, l'article L.294-1 II. du code de l'énergie autorise également l'investissement participatif des collectivités territoriales et leurs groupements dans des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) comme autre forme de société commerciale éligible. La participation publique dans les SCIC repose sur des conditions spécifiques régies par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération (définies infra dans le présent guide).

Les articles L.2253-1 et L.294-1 précités renvoient à une même réalité juridique : les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération peuvent être actionnaires d'une société commerciale dédiée à la production d'énergies renouvelables, sans forcément relever du régime applicable aux entreprises publiques.

Le cadre juridique applicable avant la loi énergie-climat

Dans sa version initiale, l'article L.2253-1 alinéa 2 du code n'autorisait que la prise de participation dans le capital des sociétés commerciales dédiées. La loi LTECV ne mentionnait pas la possibilité d'un financement par la dette via l'apport en compte courant d'associé dans des sociétés de projet déjà constituées.

La loi LTECV avait également fixé un cadre géographique d'intervention assez large mais juridiquement flou, en prévoyant que l'investissement dans les unités de production pouvait se faire au moyen d'installations situées dans le territoire de la commune ou de son groupement, mais également dans un périmètre extraterritorial, c'est-à-dire dans un « *territoire situé à proximité et participant à [son] approvisionnement énergétique* » tel qu'il ressort des dispositions des articles L.2253-1 et L.3231-6 pour les communes et les départements.

Par ailleurs, la loi LTECV n'a posé aucun seuil de détention des actions de la société commerciale, à la limite près que si les prises de participation publiques deviennent majoritaires, la société serait susceptible d'entrer dans le régime applicable aux entreprises publiques locales précitées.



Le cadre juridique applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi énergie-climat et la loi ASAP

La loi énergie-climat du 8 novembre 2019¹, ainsi que la loi ASAP du 7 décembre 2020² sont venues préciser les modalités d'investissement participatif des collectivités territoriales et de leurs groupements.

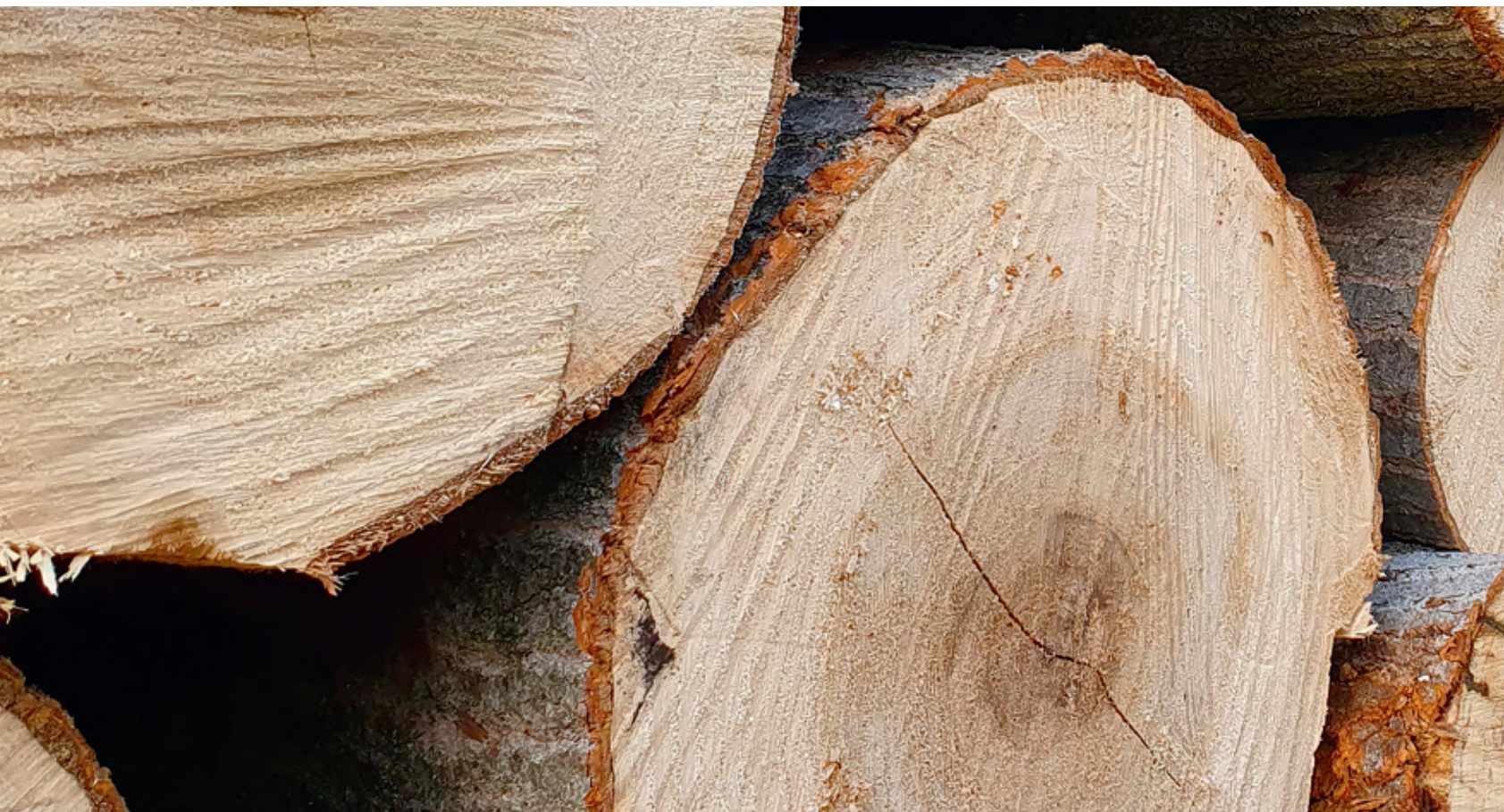
■ **Le critère géographique d'intervention est précisé :** la loi énergie-climat vient pallier les incertitudes liées à la notion de « *territoire situé à proximité et participation à l'approvisionnement énergétique* » applicable en matière d'investissement des communes, des groupements de communes et des départements.

Il est désormais préféré la notion de territoire « *limitrophe* » de sorte que l'investissement participatif doit servir à soutenir la production d'énergies renouvelables par des installations qui sont situées soit dans le territoire de l'actionnaire public, soit dans le territoire limitrophe (c'est-à-dire voisin). Les impératifs liés à l'approvisionnement énergétique sont en revanche supprimés.

Notons toutefois que ce critère géographique n'est pas applicable aux régions : les dispositions de l'article L.4211-1 14° précité n'ont pas été

¹ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

² Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et simplification de l'action publique



modifiées par la loi énergie-climat dès lors que, s'agissant des régions, l'objet social de la société dédiée à la production d'énergies renouvelables doit être réalisée au moyen d'installations situées «*dans leur territoire*» uniquement.

▪ **Est admise la participation indirecte des actionnaires publics au travers d'une structure intermédiaire :** outre la prise de participation dans le capital social d'une société dédiée, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent également prendre des parts dans le capital social de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions de sociétés dédiées à la production d'énergies renouvelables. Des investissements peuvent ainsi être portés par le biais de *holdings*, ce qui contribue à la constitution de sociétés locales d'investissement au sein d'une ou plusieurs sociétés dédiées aux projets d'énergie.

▪ **Enfin, est admise la possibilité de consentir des avances (ou apports) en compte courant d'associés aux sociétés dédiées à la production d'énergies renouvelables :** sous réserve d'agir en qualité d'actionnaires, c'est-à-dire lorsque les collectivités territoriales et leurs groupements ont pris part dans le capital d'une société de production d'énergies renouvelables, ces derniers peuvent également consentir des avances en compte courant servant au financement par la dette des projets d'énergie.

L'octroi d'avances en compte courant d'associés doit obligatoirement être réalisé «*au prix du marché*» et dans les conditions strictes posées à l'article L.1522-5 du code général des collectivités territoriales applicable aux SEM, à savoir notamment :

- L'apport est consenti pour une durée maximale de 2 ans, éventuellement renouvelable une fois ;
- Au terme de cette période, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital ;
- La totalité des avances consenties ne peut dépasser 5% des recettes réelles de fonctionnement du budget de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire ;
- Les organes délibérants des actionnaires publics doivent se prononcer sur l'octroi, le renouvellement ou la transformation en capital d'un apport en compte courant d'associés.

Depuis la loi ASAP toutefois, il peut être dérogé aux conditions posées à l'article L.1522-5 précité : la durée des avances en compte courant peut être portée à 7 ans, renouvelable une fois, sous réserve toutefois que l'énergie produite par les installations de production bénéficie du soutien prévu aux articles L.311-12, L.314-1, L.314-18, L.446-2, L.446-5, L.446-14 ou L.446-15 du code de l'énergie. Il s'agit des hypothèses liées à l'obligation d'achat et au complément de rémunération en cas de production d'électricité, ainsi qu'aux dispositions particulières liés à la vente de biogaz.

Dernière évolution en date, un amendement déposé par le gouvernement dans le projet de loi 3DS auquel la FNCCR a largement contribué propose de porter le montant des avances en compte courant d'associés investissables dans les projets d'EnR locales jusqu'à 15 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la commune ou de son groupement sous réserve que les installations de production bénéficient du soutien prévu aux articles L.311-12, L.314-1, L.314-18, L.446-2, L.446-5, L.446-14 ou L.446-15 du code de l'énergie.

► QU'EST-CE QU'UNE SOCIÉTÉ DE PROJET ?

De son acronyme anglophone *Special Purpose Vehicle* (SPV), la création d'une société de projet sert de support à la structuration technique, juridique et financière d'un projet inscrit dans son objet social. La durée, l'équilibre financier et les modalités d'organisation et de fonctionnement d'une SPV sont établis en fonction du projet visé.

Dans le présent guide, il est examiné la situation d'une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables par des installations situées dans le territoire, voire le territoire limitrophe des collectivités territoriales actionnaires.

Une SPV permet de regrouper les intervenants à l'opération de production d'énergies renouvelables selon le cadrage préalablement défini entre les membres actionnaires.

Pour les collectivités territoriales, la constitution d'une SPV présente les avantages suivants :

▪ **La constitution d'une SPV vise à satisfaire les objectifs communs de ses membres actionnaires,** à savoir : mutualiser les moyens matériels, fonciers et financiers mis à disposition par chacun des membres de la société et permettre leur action coordonnée pour répondre aux enjeux de la transition énergétique ;

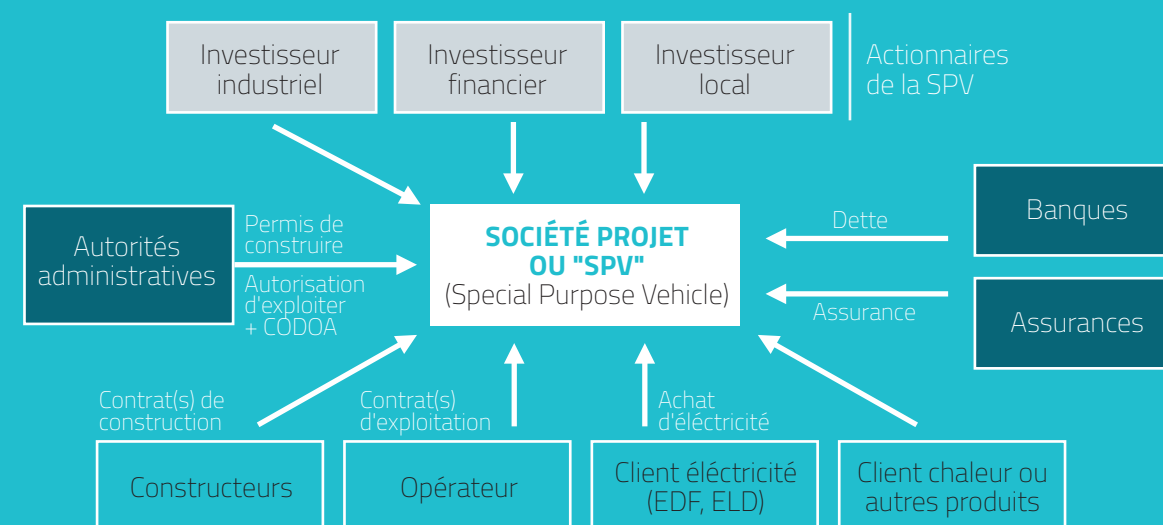
▪ **Accélérer la transition énergétique à l'échelle du territoire** en développant et maîtrisant une partie de la production et, par incident, de la consommation d'énergies renouvelables :

- Satisfaction des objectifs fixés en termes de maîtrise de la demande d'énergie ;
- Satisfaction des objectifs fixés en termes de production d'énergies renouvelables ;
- Satisfaction des objectifs fixés en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

▪ **Massifier l'offre de projet de production d'énergies renouvelables** en développant le tiers investissement pour porter les actions exigées par la transition énergétique sans que les collectivités actionnaires ou leurs groupements ne supportent l'intégralité des coûts liés au développement de la production d'énergies renouvelables ;

▪ Sur le volet financier, une SPV se distingue par la possibilité d'intégrer parmi ses membres actionnaires, des investisseurs publics ou privés, personne physique ou personne morale, établissements bancaires ou financiers intéressés par le projet. Le capital de la SPV peut être renforcé par l'intervention de tiers financeurs. La SPV constitue ainsi le socle de l'investissement participatif.

SYNTHÈSE DES PARTENAIRES SUSCEPTIBLES D'AGIR DANS LE CADRE D'UNE SPV



3. LE CHOIX DE LA STRUCTURE JURIDIQUE LA PLUS ADAPTÉE À LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS GROUPEMENTS

► DEUX FORMES SOCIÉTALES POSSIBLES : SA OU SAS

L'article L.2253-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales autorise la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans le cadre de deux sociétés commerciales au choix :

- La constitution d'une SPV sous la forme d'une société anonyme (SA) ;
- La constitution d'une SPV sous la forme d'une société par actions simplifiée (SAS).

Le choix de la forme sociétale n'étant pas imposé, ce sont les conditions de mise en œuvre et le portage financier du projet de production d'énergies renouvelables qui serviront de critères de décisions.

Si les SA et SAS présentent des traits communs, les modes de gouvernance et les participations financières des actionnaires sont toutefois plus contraignants en cas de recours à une SA.

Régie par les articles L.225-1 et suivants du code de commerce, la SA est une société par actions qui présente nombre de règles de constitution et de fonctionnement contraignantes. Notamment, la constitution d'un conseil d'administration, la nomination de son président ou la constitution d'un directoire avec conseil de surveillance représentent autant d'instances dirigeantes qu'il convient de structurer dans les statuts constitutifs et risque, au cours de son existence, de complexifier la prise des décisions stratégiques.

Les modalités de nomination et de révocation des membres des instances précitées, les règles de quorum et de majorité aux assemblées générales, les modalités de convocation et les conditions liées au cumul des mandats sont strictement visées dans les textes, ce qui limite la marge de manœuvre des actionnaires.

***A contrario*, le choix d'une SAS se caractérise par une plus grande souplesse de fonctionnement.**

Régie par les articles L.227-1 et suivants du code de commerce, la SAS est une société par actions par laquelle ce sont les actionnaires membres qui déterminent librement, dans les statuts constitutifs, les règles d'organisation de la gouvernance et les conditions de transmission des parts sociales. Ils ne sont responsables qu'à hauteur de leurs actifs, ce qui présentent également l'avantage de sécuriser le patrimoine des actionnaires publics, en cas notamment d'apports en nature par la mise à disposition de foncier.

La SAS est devenue le véhicule social le plus plébiscité par les créateurs d'entreprises. Selon l'INSEE, sur la base des statistiques du répertoire SIRENE, la SAS représentait 61% des créations de sociétés commerciales en 2017¹.

¹ INSEE, Tableaux de l'Economie française, « Démographie des sociétés et des EI », édition 2019

EXEMPLE

CRÉATION D'UNE SAS POUR PORTER LE PROJET DE PARC ÉOLIEN D'ECHALLON

Située dans le Haut-Bugey (département de l'Ain), la commune d'Echallon, la CNR et le fonds régional OSER ont formé en 2015 une SAS dédiée à la construction et à l'exploitation d'un parc de huit éoliennes. La gouvernance du projet se structure autour des trois actionnaires, la commune détenant 10 % du capital, la CNR 70 % et le fonds OSER 20 %. Le montage repose sur la conclusion d'un protocole de mise à disposition foncière entre la commune d'Echallon et la CNR.

L'autorisation d'exploitation de l'unité de production est en cours d'instruction à ce jour.

SYNTHÈSE DES FORMES SOCIÉTALES
OUVERTES À LA PARTICIPATION PUBLIQUE LOCALE

	Société anonyme (SA)	Société par actions simplifiée (SAS)
Nombre d'associés	2 associés minimum	Aucun minimum défini
Capital social de départ	37 000 euros minimum	Aucun minimum défini
Composition du capital social	Apports en numéraire + apports en nature	
Modes de souscription des apports en numéraire	Les apports en numéraire sont libérés lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois, sur décision du conseil d'administration, dans un délai maximal de 5 ans à compter de l'immatriculation de la société au RCS.	
Apports en industrie	Non autorisés	L'émission d'actions inaliénables résultant d'apports en industrie est autorisée. Les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition de ces actions.
Dividendes	Au prorata de la participation	
Instances de gouvernance	Dirigée par un conseil d'administration ou un conseil de surveillance Désignation d'un président	Instance dirigeante librement définie dans les statuts constitutifs, outre la désignation obligatoire d'un président
Gestion des mandats	Prévue par la loi	Définie dans les statuts constitutifs
Risques et responsabilités pesant sur les actionnaires	Limités aux apports	
Fiscalité	Assujetties à l'impôt sur les sociétés	
Publicité	Enregistrement au greffe du tribunal de commerce + Publication dans un journal d'annonces légales	
Recours à des commissaires aux apports	Obligatoire en cas d'apports en nature lors de la constitution de la société	Obligatoire en cas d'apports en nature Dispense possible sous réserve de ne pas dépasser des seuils maximum

► LA CONSTITUTION D'UNE ENTREPRISE PUBLIQUE
LOCALE DÉDIÉE AU PROJET DE PRODUCTION D'ÉNERGIES
RENOUVELABLES

L'article L.2253-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales fait référence à la prise de participation au sein de sociétés commerciales (SA ou SAS). Il n'est donc pas à exclure la constitution d'une SPV sous le statut juridique des entreprises publiques locales, ces dernières revêtant la forme d'une société anonyme.

La constitution d'une entreprise publique locale aura lieu lorsque la participation des collectivités territoriales ou de leurs groupements est supérieure à 50 % du capital social.

Trois catégories d'entreprises publiques peuvent être envisagées selon la part d'actionnariat public :

- Une société d'économie mixte locales (SEML) régie à l'article L.1521-1 et suivants du code ;
- Une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) régie à l'article L.1541-1 et suivants du code ;
- Une société publique locale (SPL) régie à l'article L.1531-1 et suivants du code.

EXEMPLE
CRÉATION DE LA SEM BI-METHA77 DÉDIÉE À
L'ALIMENTATION DU RÉSEAU DE BUS LOCAL

Le projet Bi-Metha77 a été conçu pour favoriser le développement de l'économie circulaire dans le territoire de l'agglomération Melun Val de Seine. L'objectif était de construire une unité de méthanisation permettant d'alimenter la flotte de bus de transport de l'agglomération.

En 2015, une société de projet a été créée, sous forme de SEM, afin de développer et d'exploiter l'unité. Le choix de la structure s'explique principalement par la composition de l'actionnariat de la SPV, majoritairement composée de personnes morales de droit public : le Syndicat départemental des énergies de Seine-et-Marne (53,33 %), la Communauté d'agglomération Melun Val de Seine (26,67 %), la SEM Île-de-France Énergies (10,67 %), la Communauté de communes Brie des Rivières et Châteaux (2,67 %), Engie (2,67 %), Holding Jullemier (2,67 %) et la commune de Dammarie-les-Lys (1,32 %).

SYNTHÈSE DES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES
DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES

	SEM	SEMOP	SPL
Statut juridique	Société anonyme régie par le code de commerce		
Actionnariat	Min. 1 collectivité et 1 personne morale de droit privé	Min. 1 collectivité et 1 personne morale de droit privé	Min. 2 collectivités
Capital	Public > 50 % Privé ≥ 15 %	Entre 34 et 85 % public Entre 15 et 66 % privé	100 % public
Objet	Aménagement, construction, exploitation de SPIC out toute autre activité d'intérêt général	Objet unique : soit la réalisation d'une opération de construction, soit la gestion d'un SPIC pouvant inclure la construction des ouvrages ou toute opération d'intérêt général. Une fois l'opération réalisée, la SEMOP est dissoute de plein droit.	Aménagement, construction, exploitation de SPIC ou toute autre activité d'intérêt général Intervient uniquement pour le compte de ses actionnaires publics et dans leurs territoires

Structures	Avantages	Inconvénients
SPL	▪ Contrôle exclusivement public ▪ Pas de mise en concurrence avec les actionnaires de la SPL (mandats, prestations, DSP...)	▪ Actionnaires doivent être compétents ▪ Absence d'actionnaire privé : prive d'une expertise métier ▪ La collectivité supporte une partie du risque en tant qu'actionnaire (soutien structure en cas de difficultés financières) ▪ Limitation aux territoires des collectivités actionnaires ▪ La SPL ne peut travailler que pour ses actionnaires ▪ Le capital de la SPL doit être dimensionné pour le portage d'investissements lourds
SEM	▪ Contrôle majoritairement public ▪ Adjoint l'expertise métier actionnaire privé ▪ Effet levier double pour collectivité (emprunt + investisseurs privés) ▪ Opérations propres possibles : filiales et prises de participation autorisées	▪ Actionnaires doivent être compétents ▪ La collectivité supporte une partie du risque en tant qu'actionnaire (soutien structure en cas de difficultés financières) ▪ Règles de la commande publique y compris avec collectivité(s) actionnaire(s) ▪ Modèle économique équilibré ▪ Appétence des privés via risque-rentabilité ▪ Le capital de la SEM doit être dimensionné pour le portage d'investissements lourds
SEMOP	▪ Mise en concurrence de l'actionnaire et non de la structure elle-même ▪ Contrôle public/privé ▪ Sélection actionnaire et exploitant dans la même procédure et négociation de l'ensemble de la documentation contractuelle ▪ Adjoint l'expertise d'un opérateur privé ▪ Contrat peut inclure la conclusion, entre la SEMOP et la CT, un BEA nécessaire à la réalisation de son objet	▪ Actionnaires doivent être compétents ▪ Une opération, un périmètre, un contrat ▪ Règles de la commande publique ▪ Modèle économique équilibré ▪ Impossibilité de créer des filiales et de prendre des participations ▪ Trouve sa pertinence lorsque la SEMOp doit porter des investissements assez importants

► PARTICIPATION PUBLIQUE DANS UNE SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'INTÉRÊT COLLECTIF (SCIC)

La constitution d'une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables peut également être envisagée sous le statut d'une société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)¹. Régie par les articles 19 quinquies et suivants de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947², il s'agit d'une société commerciale qui prendra la forme d'une SA ou SAS pour autoriser la participation des collectivités territoriales et leurs groupements dans son capital social.

Si les SCIC peuvent prendre la forme d'une Société à responsabilité limitée (SARL), cette forme sociétale semble exclue dans le cadre d'un projet de production d'énergies renouvelables impliquant la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements à défaut d'être autorisée par l'article L.2253-1 alinéa 2 précité.

Les SCIC ont pour objet «*la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale*» et se caractérisent par une gestion démocratique entre ses membres actionnaires et une gestion désintéressée, la majorité des excédents devant être réinvestis dans l'activité de la société.

Le fonctionnement des SCIC reposent sur un modèle de multi sociétariat.

En effet, les SCIC doivent comprendre trois catégories d'associés au moins :

- Les bénéficiaires habituels, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative ;
- Les salariés ou, en l'absence de personnes salariées au sein de la société, les producteurs des biens ou services de la coopérative (ce qui pourrait correspondre aux producteurs d'énergie) ;
- Une troisième catégorie d'associés différente des deux premières.

Pris ensemble, les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir jusqu'à 50 % du capital des SCIC. Ils représenteraient une troisième catégorie d'associés.

Ainsi, le recours aux SCIC peut servir de support au développement de projets citoyen de production d'énergies renouvelables, les collectivités territoriales et les citoyens pouvant agir conjointement en vue de satisfaire l'objectif d'utilité sociale poursuivi. Le projet coopératif est défini dans les statuts constitutifs de la société.

Les SCIC se singularisent également dans leurs modes de gouvernance : outre la possibilité de créer des collèges d'associés, chaque associé dispose des mêmes pouvoirs de décision au sein des assemblées générales. Chaque associé dispose en effet d'une voix à l'assemblée générale ou, s'il y a lieu, dans le collège auquel il appartient et ceci, indépendamment de ses apports dans le capital social.

¹ Site Internet dédié au réseau des SCIC
² Modifiée par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

SYNTHÈSE DES SPÉCIFICITÉS PROPRES AUX SCIC

	Société anonyme (SA)	Sous la forme d'une SAS
Objet	Production ou fourniture de biens et services d'intérêt collectif, présentant un caractère d'utilité sociale. Le projet coopératif est défini dans les statuts.	
Nombre d'associés	Minimum 3 associés de catégories distinctes	
Actionnariat public	Jusqu'à 50 % du capital social maximum	
Capital social de départ	18 500 euros minimum	Aucun minimum défini
Rémunération des parts sociales	▪ 57,50 % du résultat sont affectés à la constitution de réserves impartageables ▪ Le solde peut être en partie affecté à la rémunération plafonnée des parts sociales après déduction des éventuelles aides publiques et associatives ; l'équivalent de ces aides et le dernier solde sont affectés aux mêmes réserves impartageables	
Mode de gouvernance	1 associé = 1 voix Possibilité de créer des collèges d'associés présents lors des AG	
Instance de gouvernance	Dirigée par un conseil d'administration ou un conseil de surveillance Désignation d'un président	Instance dirigeante librement définie dans les statuts constitutifs, outre la désignation obligatoire d'un président

→ II. CRÉATION D'UNE SPV DÉDIÉE À LA PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

1. PARTICIPER AVEC QUI ?

► LES PARTENAIRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DES GROUPEMENTS ACTIONNAIRES

La création d'une SPV implique nécessairement un partenariat entre les entités actionnaires.

Une collectivité territoriale prenant des parts dans le capital d'une SPV peut librement s'associer à tout autre actionnaire, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, de personnes publiques ou privées. Le choix des partenaires, et notamment les objectifs qu'ils poursuivent dans leur prise de participation et la proportion de leur souscription dans le capital social sont déterminants dans la structuration juridique de la société.

Notamment, il peut s'agir (même à titre cumulatif) :

▪ **D'une ou plusieurs autres collectivités territoriales ou leurs groupements ;**

→ La détention 100 % publique du capital social de la SPV justifierait la création d'une SPL.

▪ **D'une ou plusieurs personnes morales de droit privé** (associations, entreprises, propriétaires privés d'une unité de production d'énergie, fournisseurs d'énergie, opérateurs de réseaux, etc.) ;

→ Le choix du statut juridique de la SPV (SA, SAS, SEML, SEMOP ou SCIC) dépendra de la répartition du capital social entre les actionnaires conformément à leurs caractéristiques propres.

▪ **D'une ou plusieurs personnes physiques de droit privé** (citoyens, riverains de l'installation) ;

→ L'hypothèse renvoie à la situation d'un projet d'énergie citoyen, associant personnes publiques et citoyens au sein d'une SPV telle que prévue à l'article L294-1 précité du code de l'énergie.

Les liens entre actionnaires et la place dévolue aux actionnaires publics dans la gouvernance du projet d'énergie peuvent être librement définis dans un pacte d'actionnaires à rédiger lors de la constitution d'une SPV.

En outre, des tiers investisseurs (établissements bancaires, établissements financiers, fonds d'investissement, personnes physiques ou morales via la pratique du *crowdfunding* notamment) peuvent intervenir dans le financement du projet de production d'énergies renouvelables. Ces tiers investisseurs seront liés à la SPV par des conventions de financement notamment, sans être pour autant membres actionnaires. Le financement par la dette se distingue de la prise de participation dans le capital social de la SPV.



FOCUS

POINT D'ATTENTION SUR LA RÉDACTION D'UN PACTE D'ACTIONNAIRES

À la différence des statuts, la rédaction d'un pacte d'actionnaires n'est pas une formalité obligatoire. Il peut être fait recours à un avocat spécialisé pour ces éléments.

Il s'agit d'un document contractuel, permettant d'organiser les relations entre les actionnaires, en termes notamment de répartition des pouvoirs, protection des minoritaires ou fixation des modalités d'évolution de l'actionnariat en cas de cession, fusion ou transformation de la SPV. Il vise à créer une convergence des intérêts parfois divergents (capitaux privés vs. capitaux publics) tout en équilibrant les relations.

Les stipulations d'un pacte d'actionnaires ne sont pas limitées, de sorte qu'il peut régir tous les sujets que les actionnaires voudront lui confier le soin de réglementer et les rédiger librement.

Considérant les spécificités liées à l'investissement participatif des acteurs publics locaux, il est conseillé d'inclure les aspects suivants : les apports – le capital social, la gestion de la gouvernance de la société, l'exercice du droit de vote, la mise en place de collèges spécifiques parmi les actionnaires, la mise en place des droits de veto, ainsi que les obligations de sortie notamment en cas de transfert de la compétence tirée de l'article L.2224-32 du code général des collectivités territoriales à l'égard d'un autre acteur public (cession de l'actionnariat public).

La FNCCR proposera dans les prochains mois un outil d'aide à la rédaction du pacte d'actionnaires.

► LA PRISE DE PARTICIPATION D'UNE SEML

Parmi les actionnaires potentiels, une Société d'économie mixte locale (SEML) peut prendre des participations dans une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables. L'article L.1524-5 alinéa 15 du code général des collectivités territoriales autorise la prise de participation d'une SEML dans toute société commerciale, sous réserve de recueillir l'accord préalable des collectivités actionnaires.

Récemment, par un arrêt du 24 novembre 2020, portant sur la prise de participation d'une SEML à prendre des participations dans 11 sociétés anonymes dédiées à la production d'énergies renouvelables, **le juge administratif a confirmé la faculté des SEML de prendre des participations dans le capital d'une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables**, et ce sans limitation d'ordre géographique quant au lieu d'implantation des unités de production d'énergie (CAA Bordeaux, 24 novembre 2020, *Préfet de la Guadeloupe*, n° 18BX03419).

EXEMPLE

PRISE DE PARTICIPATION DE LA SEM SOLEIL DANS LA SAS METHAMOLY

L'unité de méthanisation dite Methamoly, située entre Lyon et Saint-Etienne, est née sous l'impulsion de douze éleveurs bovins constitués au sein de la SAS Agri EnR. En 2015, le projet se développe par la création de la SAS Methamoly dont l'actionnariat est partagé entre la SAS Agri EnR (à hauteur de 51 %) et le fonds régional OSER, Energie Partagée, ENGIE et la SEM SOLEIL (dont les 49 % de capital restant sont partagés en parts égales). La SEM SOLEIL, regroupant le SIEL TE42 (syndicat mixte), Sergies (syndicat des énergies de la Vienne) et des collectivités du département de la Loire, est partie prenante du projet.

L'unité de méthanisation est opérationnelle depuis mars 2019 et permet de répondre à la consommation annuelle de gaz de 1500 riverains.

Par ce biais, il peut s'agir, pour les collectivités actionnaires de la SEML, de renforcer les mesures opérationnelles prises en faveur du développement des projets d'énergies renouvelables dans leur territoire via une SPV.

Des règles de prudence s'imposent toutefois :

▪ **La collectivité actionnaire doit se poser la question de l'opportunité d'une telle prise de participation** au regard du tissu concurrentiel du marché de la production d'énergies renouvelables : cette participation ne va-t-elle pas finalement avantager la SPV visée au détriment de l'un de ses concurrents, et ce sans justification suffisante ? Dit autrement, il faut veiller à ce que la participation d'une SEML dans le capital social d'une SPV ne s'assimile pas à une aide d'Etat déguisée par la collectivité actionnaire ;



FOCUS

POINT D'ATTENTION SUR LA SIGNATURE D'UNE CONVENTION DE CO-DÉVELOPPEMENT ENTRE COLLECTIVITÉ ET / OU SEM ET SPV

En fonction des spécificités du projet d'énergie, et outre l'adhésion de la collectivité et / ou SEM dans le pacte d'actionnaires, la signature d'une convention de co-développement peut être envisagée entre la collectivité et / ou SEM et la SPV créée dans le but, notamment, de définir un cadre commun d'intervention et prévoir la mise à disposition par la SEM des moyens matériels et humains pouvant être nécessaires à l'exercice de l'objet social de la SPV.

▪ **La collectivité actionnaire devra s'interroger sur la finalité de l'opération** portée par la SPV de sorte que l'apport en capital, à partir des deniers publics de la collectivité actionnaire de la SEML, entre dans son champ de compétence au sens de l'article L.2224-32 précité ;

▪ **Il est impératif que l'opération portée par la SPV entre également dans le champ de compétence de la SEML elle-même** ou ayant un caractère complémentaire ou accessoire à son activité principale.

▪ **Une SEM ne doit pas se comporter comme une société holding se limitant à gérer des participations financières** ; cela est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi de 1983 qui fait de ces sociétés des outils à disposition des collectivités territoriales pour la mise en œuvre de leurs compétences. Le SEM peut prendre des participations dans des sociétés mais cela ne peut être son seul objet.

► LA PRISE DE PARTICIPATION D'UNE SPL

En l'absence de textes contraires, les sociétés publiques locales (SPL) semblent également pouvoir prendre part au capital social d'une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables selon le régime applicable aux SEML.

L'hypothèse est toutefois plus difficile à mettre en œuvre dès lors que¹ :

- **L'objet social de la SPV doit contribuer à la réalisation des missions** qui sont spécifiquement dévolues à la SPL, entrant dans le champ de ses compétences ou ayant un caractère accessoire à son activité ;
- **La SPV doit nécessairement intervenir dans le périmètre territorial de la SPL ;**
- **La prise de participation ne doit pas remettre en cause, dans la durée, la relation de quasi-régie** unissant la SPL et les collectivités actionnaires : la prise de participation doit rester minoritaire et ne conférer aucun pouvoir de contrôle à la SPL sur la SPV.

Il est déconseillé aux collectivités territoriales et leurs groupements d'engager la SPL auxquelles elles appartiennent dans la prise de participation d'une autre société commerciale².

► LA PRISE DE PARTICIPATION D'UNE SEMOP

Contrairement aux SEML et aux SPL, une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) ne peut pas prendre de participation dans le capital social d'une autre société commerciale (dont une SPV). Conformément à l'article L.1541-1 du code général des collectivités territoriales, la SEMOP est créée pour une opération unique et n'a pas vocation pendant toute sa durée de vie de diversifier ses activités.

¹ Les conditions de l'actionnariat d'une SPV sont précisées dans la circulaire n° COT/B11/08052 du 29 avril 2011.

² Rép. Min. n° 82271, JO Assemblée nationale du 13 décembre 2011, page 13047

2. COMMENT ?

► SOUMISSION AUX RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

LORSQUE LA SPV ENR EST TITULAIRE D'UN CONTRAT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

La prise de participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans le capital d'une SPV amène à s'interroger sur l'opposabilité des règles de la commande publique.

Défini à l'article L2 du code de la commande publique, un contrat de la commande publique se matérialise par la satisfaction de deux critères cumulatifs :

- Un critère matériel tenant à la satisfaction d'un besoin public ;
- Un critère financier lié à l'onérosité du contrat.

Dès lors, les règles de la commande publique seront applicables lorsque la constitution d'une SPV ayant pour objet la production d'énergies renouvelables sert de support à l'exécution d'un contrat de la commande publique dont la SPV serait titulaire (via la conception, construction et/ou la gestion d'une unité de production).

Les modalités de valorisation énergétique retenues par la SPV sont susceptibles d'influencer l'analyse de qualification d'un contrat de la commande publique. Par exemple, l'installation de panneaux photovoltaïques sur une dépendance relevant de la propriété publique aux fins d'injection de l'énergie produite (opération en injection) pourrait reposer sur une autorisation d'occupation domaniale, sans nécessairement être qualifiée de contrat de la commande publique.

La création de la SPV correspond à la création d'un opérateur économique dédié. En tant que telle, la SPV est susceptible de candidater à des appels d'offres lancés par des pouvoirs adjudicateurs et de se positionner en tant que prestataire. La collectivité pour satisfaire ses besoins devra donc logiquement la mettre en concurrence avec d'autres opérateurs économiques.

Seules deux hypothèses permettent de s'en dispenser dans des conditions restrictives.

→ D'une part, les articles L.2511-1 à L.2511-5 du code de la commande publique fixent les critères d'identification d'une situation de quasi-régie¹. Pour reprendre la doctrine européenne², il s'agit de la situation dans laquelle un pouvoir adjudicateur et une entité autonome titulaire du contrat, bien que juridiquement distincts sur le plan formel, entretiennent des relations si étroites qu'on peut les assimiler entre eux comme relevant d'une même personne (placés sous le « même toit » pour expliquer l'expression « in-house »). En pareil cas, compte tenu des liens existant entre les parties, l'obligation de publicité et mise en concurrence préalable n'a pas lieu d'être.

¹ Précisons qu'une situation de quasi-régie concerne les actionnaires publics qui sont pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entités adjudicatrices

² La théorie de l'exception in-house est consacrée pour la première fois par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire dite Teckal (CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98).

TROIS CRITÈRES CUMULATIFS DOIVENT ÊTRE REMPLIS POUR Y PRÉTENDRE :

▪ **La collectivité actionnaire exerce sur la SPV un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services :** la situation est réputée acquise lorsque la collectivité actionnaire « *exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* ». Un lien de dépendance doit ainsi demeurer de la SPV vers l'actionnaire public, ce qui se matérialise à partir de la part de détention du capital social¹ ou de la représentation de l'actionnaire public au sein des instances dirigeantes de la SPV (nombre de représentants, nombre de voix). L'actionnaire public doit disposer d'un pouvoir de contrôle effectif sur les activités et la gestion de la SPV² ;

▪ **La SPV réalise plus de 80 % de son activité pour le compte de l'actionnaire public :** pour le déterminer, il convient de prendre en compte l'ensemble des activités comprises dans l'objet social de la SPV, dont la part d'activités qui seront réalisées pour le compte de tiers ou pour son propre compte.

▪ **La SPV ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital³,** à l'exception des formes de participation privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la SPV. Dit autrement, ce critère n'exclut pas la prise de participation d'actionnaires privés. Pour prétendre à l'exception in-house, ces participations sont toutefois encadrées :

- Les capitaux privés ne doivent conférer aucune capacité de contrôle ou blocage des décisions de la SPV, de sorte que l'actionnaire privé ne peut pas exercer d'influence sur la SPV ;
- Les participations directes de capitaux privés sont requises par une disposition légale.

Dans ce cadre, les modes d'investissement participatif des collectivités territoriales et de leurs groupements (par l'intermédiaire d'une participation publique majoritaire et la détention d'une majorité des voix au sein des instances dirigeantes de la SPV notamment) peuvent être aménagés pour concourir à l'exercice par l'actionnaire public d'un contrôle effectif et exclusif sur les activités de la SPV et, par ce biais, remplir les critères précités.

Il est précisé qu'une SPL sera toujours en situation de quasi-régie compte tenu de son actionnariat public exclusif.

➔ D'autre part, il convient d'appréhender la situation des contrats de la commande publique qui sont attribués par des entités adjudicatrices au profit d'une « *entreprise liée* ».

Cette situation de dispense de mise en concurrence préalable est régie aux articles L.2511-7 et L.2511-8 du code de la commande publique. Outre les caractéristiques des contrats pouvant être confiés basés sur le chiffre d'affaires moyen réalisé, la SPV peut être considérée comme une « *entreprise liée* » si :

- Ses comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'actionnaire public entité adjudicatrice ;
- Elle est susceptible d'être, directement ou indirectement, soumise à l'influence dominante de l'actionnaire public. Etant précisé qu'en application de l'article L.1212-2 du code de la commande publique, une influence est réputée dominante lorsque l'actionnaire public dispose de la majorité de vote ou peut désigner plus de la moitié des membres des instances dirigeantes.

Il en résulte que, là encore, ce sont les règles de gouvernance de la SPV et ses modalités d'organisation qui seront déterminantes pour identifier, ou non, la possibilité d'une dispense de mise en concurrence.

Dans les faits, les situations de quasi-régie et d'entreprise liée reposent sur des critères restrictifs, lesquels doivent être examinés au cas par cas selon le rôle joué par l'actionnaire public.

¹ CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, aff. C-340/04 ; CJCE, 13 novembre 2018, Coditel Brabant, aff. C-324/07

² CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte, n° 365079

³ CJCE, 21 juillet 2005, CONAME, aff. C-231/03



LORSQUE LA SPV ENR ENTEND CONFIER UN CONTRAT DE LA COMMANDE PUBLIQUE À UN TIERS

Les règles de la commande publique ne s'appliquent pas seulement entre la collectivité actionnaire et la SPV envisagée. La problématique se pose aussi dans les relations que la SPV entretient avec des tiers.

Qualification des SPV EnR en pouvoir adjudicateur

Une fois créée, la SPV peut en effet revêtir la qualification de pouvoir adjudicateur lorsqu'elle a recours à des contrats pour satisfaire ses besoins, ce qui l'oblige le cas échéant à mettre en concurrence les opérateurs avec lesquelles elle entend conclure.

Une personne morale de droit privé est tenue de respecter les règles de la commande publique lorsqu'elle est pouvoir adjudicateur au sens de l'article L.1211-1 2° du code de la commande publique :

- « Les pouvoirs adjudicateurs sont : (...)
- 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont :
- a. Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - b. Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - c. Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. »

→ Sur la satisfaction d'un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial :

N'est pas assimilable à un pouvoir adjudicateur, la société créée pour exercer des activités satisfaisant des besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel et commercial.

Pour interpréter ce critère, la CJUE fonde son analyse sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé la création de la personne morale et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité (CJUE, 16 décembre 2003, aff.C-283/00).

→ Sur la mention « créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général » :

Dans sa décision BFI Holding (CJCE, 10 avril 2008, aff.C-393/06), la Cour précise que « *constituent en général des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, [...], des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* ».

→ Sur le caractère « autre qu'industriel et commercial » :

La CJUE a précisé que : « *les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché* » (CJUE, 10 novembre 1998, aff.C-360/96, considérants 50 et 51).

Il ressort de la décision *Adolf Truley* (CJCE, 27 février 2003, aff.C-373/00) qu'une pluralité d'indices peut être examinée pour l'apprécier, selon que l'organisme ne poursuit pas de but lucratif, n'assume pas le risque économique de son exploitation et n'exerce pas son activité dans les conditions normales du marché. L'analyse du tissu concurrentiel fait également partie des éléments à vérifier (CJUE, 10 avril 2008, aff. C-393/06 précitée). Il est également tenu compte du fait que l'activité de la société donne lieu à la réalisation de bénéfices (CJUE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 54).

En sens inverse, si une personne publique soutient financièrement l'entité visée qui agit sur le marché, de sorte que la personne publique compense au moins pour partie le risque de perte économique, il y a fort à penser qu'elle n'exerce pas une activité d'intérêt général de nature industrielle et commerciale. C'est ce qui ressort de la fin du point 2.2.3 de la fiche DAJ sur les pouvoirs adjudicateurs : « *En outre, le fait que le pouvoir adjudicateur auquel l'organisme est lié opère une recapitalisation de la personne morale dans le cas où celle-ci est déclarée en faillite ou réalise des pertes financières, est un indice du caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin satisfait. La personne morale de droit privé ne se comporte pas comme un simple opérateur privé puisqu'il n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'il se laisse guider par des considérations autres que purement économiques* ».

La création d'une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables poursuit une activité d'intérêt général, pouvant être estimée comme de nature industrielle et commerciale dès lors que :

- La SPV a vocation à agir normalement sur le marché concurrentiel de l'énergie renouvelable ;
- La SPV est une société commerciale ayant, par sa nature, vocation à réaliser des bénéfices et à supporter les éventuelles pertes d'exploitation sans compensation par les actionnaires publics.

Cette qualification peut être retenue sous réserve de clauses contraires dans les statuts.

→ Sur le lien de dépendance de la société à l'égard d'un pouvoir adjudicateur :

Les autres conditions de l'article L.1211-1 2° précité, lesquelles s'apprécient selon l'influence détenue par un pouvoir adjudicateur sur la SPV, doivent être

examinées au cas par cas, selon les caractéristiques de la société créée et du rôle joué par les collectivités actionnaires en son sein.

Sont à prendre en compte les conditions suivantes :

- Si l'activité de la SPV est financée à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur, étant précisé que la notion de financement renvoie à toutes les ressources financières susceptibles d'être allouées (prise de participation, financement par la dette, subvention, etc.) dès lors qu'elles proviennent d'un pouvoir adjudicateur (CJCE, 13 décembre 2007, aff. C-337/06) ;
- Si la gestion de la SPV est soumise au contrôle effectif d'un pouvoir adjudicateur ;
- Si l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de la société est composé de membres dont plus de 50 % d'entre eux sont désignés par un pouvoir adjudicateur. La notion de « *dépendance étroite* » ressort d'une décision *Commission c/ France* (CJCE, 1er février 2001, aff.C-237/99).

Ces conditions sont alternatives : il suffit que l'une d'elles soit remplie pour que l'existence d'un lien de dépendance étroite avec un pouvoir adjudicateur soit avérée.

Il n'est pas permis d'en dégager une qualification automatique des SPV en pouvoir adjudicateur, et ce indépendamment de la production d'énergies renouvelables (l'objet de la société n'étant pas au nombre des faisceaux d'indices à prendre en compte). **L'exercice de qualification reposera sur une analyse au cas par cas des statuts constitutifs de la SPV**, pour connaître la part d'influence et le lien de dépendance que sont susceptibles de jouer les collectivités actionnaires sur la SPV.

Qualification des SPV EnR en entité adjudicatrice

De même, la qualification d'une SPV ayant pour objet la production d'énergies renouvelables peut être requalifiée en entité adjudicatrice, ce qui emporte application des règles de la commande publique. En pareil cas, la SPV sera tenue par l'obligation de mise en concurrence des tiers avec lesquelles la société entend conclure.

Il est précisé que la qualification d'entité adjudicatrice implique l'application de règles spécifiques au stade de la passation des contrats de la commande publique.

La définition d'une entité adjudicatrice est posée à l'article L.1212-1 du code de la commande publique, laquelle renvoie à l'exercice d'activités d'opérateurs de réseaux :

« Les entités adjudicatrices sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateurs de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4 ;
2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent des activités d'opérateurs de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4 ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ».

Outre le critère organique tenant à la qualification (ou non) en pouvoir adjudicateur, la qualification en entité adjudicatrice repose sur un critère matériel, en fonction de l'exercice d'une activité d'opérateurs de réseaux.

Sont notamment considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux, « la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de

réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou chaleur, d'électricité ou d'eau potable » si l'on se réfère à la définition légale prévue à l'article L.1212-3 du code.

La jurisprudence applicable ne précise pas à ce jour la notion d'activité d'opérateurs de réseaux en matière de production d'énergies renouvelables, le juge administratif s'étant principalement prononcé à l'égard des activités de gestion et d'exploitation des réseaux de transport. En particulier, il ressort que lorsque l'acheteur entend confier la gestion et l'exploitation d'activités de réseau à un tiers, ce qui pourrait être le cas d'une SPV confiant l'activité de production d'énergies renouvelables à un opérateur, l'acheteur n'est pas entité adjudicatrice du fait de l'externalisation des missions de production¹.

Dans un sens contraire, ne sont pas considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux, « l'alimentation [en gaz ou en chaleur et en électricité] des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes » au sens de l'article L.1212-4 du code :

→ En matière d'alimentation en gaz ou en chaleur, lorsque :

la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celle d'opérateur de réseaux et (2) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité ;

→ En matière d'alimentation en électricité, lorsque :

(1) la production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celle d'opérateur de réseaux et (2) la quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

Dans ce cadre, comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, celle d'entité adjudicatrice n'est pas automatique lorsqu'il s'agit d'une SPV à la production d'énergies renouvelables. **Une analyse au cas par cas est requise en fonction de l'objet statutaire de la SPV envisagée**, des prestations confiées au tiers cocontractant de la SPV et des caractéristiques du projet d'énergie.

C'est uniquement dans l'hypothèse où l'activité de production d'énergies renouvelables confiée à la SPV est indépendante à la gestion d'« activités de réseaux destinés à fournir un service au public » que la qualification en entité adjudicatrice serait donc à exclure.

► SOUMISSION AUX RÈGLES D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

En fonction des spécificités du projet d'énergie envisagé, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent être amenés à mettre à disposition de la SPV des emprises foncières relevant de la propriété publique comme support de l'activité de production d'énergies renouvelables.

Il y a lieu de faire application des règles d'occupation domaniale prévues par le code général de la propriété des personnes publiques, dont l'article L.2122-1 du code impose la délivrance d'un titre d'occupation.

→ **Lorsqu'il s'agit d'autoriser l'occupation d'une dépendance du domaine public en vue d'une exploitation économique**, il est acquis depuis 2017¹ que la délivrance du titre d'occupation doit être précédée d'une « *procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* » conformément à l'article L.2122-1-1 du code précité.

Une procédure allégée peut être envisagée « *lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limitée* », ce qui pourrait éventuellement être le cas en matière de production d'énergies renouvelables dès lors que l'assiette foncière de l'unité de production peut représenter qu'une partie d'un immeuble public (par exemple : l'installation de panneaux photovoltaïques sur la toiture d'un immeuble public). Le cas échéant, la collectivité actionnaire n'est tenue « *que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution* » du titre d'occupation.

¹ Obligation instaurée depuis l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques

¹ CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, n° 297711 ; CE, 23 novembre 2011, Société GIHP Lorraine Transports, n° 349746 s'agissant de l'externalisation de l'activité d'exploitation de réseaux de transports

Dans l'hypothèse où l'occupation domaniale est comprise dans le cadre d'un contrat de la commande publique, la délivrance du titre d'occupation correspondant peut être considérée comme « *s'inscrivant dans le cadre d'un montage contractuel ayant [déjà] au préalable donné lieu à une procédure de sélection* » au sens de l'article L.2122-1-2 2° du code général de la propriété des personnes publiques. Dans pareil cas, il n'est pas nécessaire de (re)mettre en concurrence le titulaire du contrat.

Par déduction, il en résulte que la procédure de sélection visée à l'article L.2122-1-1 précité aurait vocation à s'appliquer uniquement dans l'hypothèse où la prise de participation de la collectivité actionnaire dans le capital de la SPV comprendrait un apport en nature (ie. une mise à disposition foncière), sans qu'il soit confié à la SPV la réalisation de prestations via un contrat de la commande publique.

→ **Lorsqu'il s'agit d'autoriser l'occupation d'une dépendance du domaine privé**, aucune disposition légale ne consacre une obligation spécifique de mise en concurrence préalable. Il est précisé que l'obligation de mise en concurrence prévue à l'article L.2122-1-1 précité n'est pas strictement opposable, étant propre à la situation des dépendances du domaine public, ce qui a impliqué de nombreuses incertitudes en doctrine sur l'assimilation des régimes applicables aux dépendances du domaine public et du domaine privé. En l'état de la jurisprudence actuelle, cette assimilation semble devoir l'emporter¹ : l'option la plus sécurisante consisterait à organiser une procédure de mise en concurrence préalable en cas de mise à disposition d'une dépendance du domaine privé.

En toute hypothèse, des exceptions et des dérogations à ce principe de mise en concurrence ont cependant été prévues aux articles L.2122-1-2 et L.2122-1-3 du code général de la propriété des personnes publiques.

L'article L.2122-1-2 précité vise les hypothèses dans lesquelles la mise à disposition foncière est comprise dans une opération ou un montage contractuel spé-

cifique, comprenant déjà la tenue d'une procédure de sélection préalable. L'obligation de mise en concurrence n'est pas applicable :

« 1° Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 ;
2° Lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ;
3° Lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ;
4° Sans préjudice des dispositions figurant aux 1° à 5° de l'article L. 2122-1-3, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ».

L'article L.2122-1-3 précité vise les hypothèses dans lesquelles l'organisation d'une procédure de sélection est injustifiée ou impossible. Le titre d'occupation peut être délivré de gré à gré dans les cas suivants, sous réserve de communiquer sur les considérations de droit et de fait permettant de justifier la dispense de sélection :

« 1° Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ;
2° Lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ;
3° Lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse ;

4° Lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ;
5° Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient. »

Enfin, l'article L.2122-1-4 du code général de la propriété des personnes publiques autorise la délivrance d'un titre d'occupation de gré à gré lorsqu'elle intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée ou, dit autrement, d'un appel à manifestation d'intérêts (AMI), sous réserve d'une publicité suffisante permettant de s'assurer de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente.

Le recours à l'AMI s'apparente ainsi à une forme allégée de procédure de sélection préalable à l'octroi d'un titre d'occupation domaniale (hors les cas de qualification du titre en contrat de la commande publique).



FOCUS

POINT D'ATTENTION SUR L'EXERCICE D'UN « CONTRÔLE ÉTROIT » PAR LA COLLECTIVITÉ ACTIONNAIRE SUR LA SPV

Dans le cadre des projets d'énergie, le choix du foncier sur lequel sera développée l'installation peut se retrouver impacté par la gouvernance de la SPV. Il faut donc avoir, et ce dès le stade de la recherche du foncier, le réflexe d'interroger en amont la gouvernance adéquate de la SPV et prendre, ainsi, en compte l'obstacle lié à l'obligation d'une mise en concurrence préalable.

L'article L.2122-1-3 2° du code général de la propriété des personnes publiques prévoit la remise intuitu personae d'un titre d'occupation « *lorsque le titre est délivré à (...) une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit* ».

C'est justement lorsque ce domaine public appartient à une collectivité actionnaire de la SPV auprès de laquelle elle entend mettre à disposition son domaine pour le développement d'une installation de production d'énergies renouvelables que la notion de « *contrôle étroit* » entre en jeu s'agissant des modalités de mise à disposition du domaine et, au-delà de la gestion domaniale, va venir interroger la place de la collectivité actionnaire dans la gouvernance de la SPV.

¹ Par une réponse ministérielle du 30 janvier 2020, le ministre de l'Action et des comptes publics se réfère à la jurisprudence européenne *Promoiimpresa*, rendue le 14 juillet 2016 (aff. n° C-458/14 et C-67/15), pour considérer l'obligation de mettre en œuvre une procédure de sélection préalable à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine privé : Rép. Min. « *Domaine privé des collectivités publiques* » n° 16130, JO Sénat du 10 septembre 2020, page 4096



Contrôle étroit = Situation de quasi-régie ?

Dès son entrée en vigueur, beaucoup d'auteurs doctrinaux ont vu dans la notion de « *contrôle étroit* » de l'article L.2122-1-3 précité un critère similaire à celui existant dans le domaine du droit de la commande publique s'agissant de la quasi-régie, laquelle renvoie à l'existence d'un « *contrôle analogue* ». Autrement dit, le contrôle analogue serait pour ces auteurs « *la version domaniale de la quasi-régie* »¹.

Or, il semble que ces deux notions se distinguent l'une de l'autre à plus d'un titre.

Tout d'abord, par la formulation employée : la notion de contrôle « *étroit* » semble en effet moins stricte que la notion du contrôle « *analogue* ». Ensuite, la notion de contrôle analogue en droit de la commande publique participe d'un triptyque de conditions, tandis que le critère du contrôle étroit en domanialité publique est une condition unique. En tout état de cause, force est de constater que le contenu de cette notion demeure pour le moment flou – et donc potentiellement source d'insécurité juridique. Seule la jurisprudence sera à même de définir les contours de cette notion en pratique.

Pistes de définition

Des premières pistes d'analyse ressortent d'une jurisprudence rendue dans un autre domaine, au sujet du monopole économique en matière de jeux de hasard et de paris. En effet, la notion de « *contrôle étroit* » a été analysée par le Conseil d'État dans le cadre de l'attribution d'un monopole économique en matière de jeux de hasard et de paris à un opérateur privé déterminé. Dans le cadre de plusieurs affaires², le Conseil d'État a analysé le contrôle exercé par l'État sur des sociétés privées de jeux (Française des Jeux, PMU...) à l'aide de plusieurs éléments d'analyse qu'il est intéressant de relever ici : analyse par le juge des statuts des sociétés et de la place accordée à l'État, l'existence d'un contrôle économique et financier exercé par l'État (ministres devant approuver le budget ainsi que le règlement, etc.).

Préconisations dans le cadre des projets d'énergies

Dans l'attente de jurisprudence sur la notion « *contrôle étroit* », les gestionnaires domaniaux doivent se montrer prudents lorsqu'ils décident de recourir à la dérogation prévue par l'article L. 2122-1-3 2° précité.

Dans le cas particulier d'une collectivité qui délivrerait un titre foncier à une SPV – et donc un opérateur économique privé – au sein de laquelle elle est associée, il convient d'étudier les pistes permettant de qualifier un contrôle étroit exercé par la collectivité sur cette société. En pratique, cela questionne la place de la collectivité actionnaire dans cette société et les modalités financières et statutaires qui doivent être mises en place afin de lui permettre d'exercer un tel contrôle étroit (notamment son pouvoir de décision et de contrôle sur les activités confiées à la SPV).

De ce point de vue, et comme indiqué précédemment, les dispositions statutaires de la SPV peuvent être aménagées de sorte de prévoir des modalités de financement, d'organisation et de fonctionnement qui permettent justement de déplacer « le curseur » sur l'influence de tel ou tel actionnaire.

¹ « La version domaniale de la quasi-régie », A. Patino-Martin ; La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 40, 9 Octobre 2017, act. 420

² CE, 30 déc. 2011, Société Bwin Interactive Entertainment AG, n° 321920 ; CE, 9 décembre. 2016, n° 385934

SCHÉMATISATION DE L'APPEL À MANIFESTATION D'INTÉRÊTS

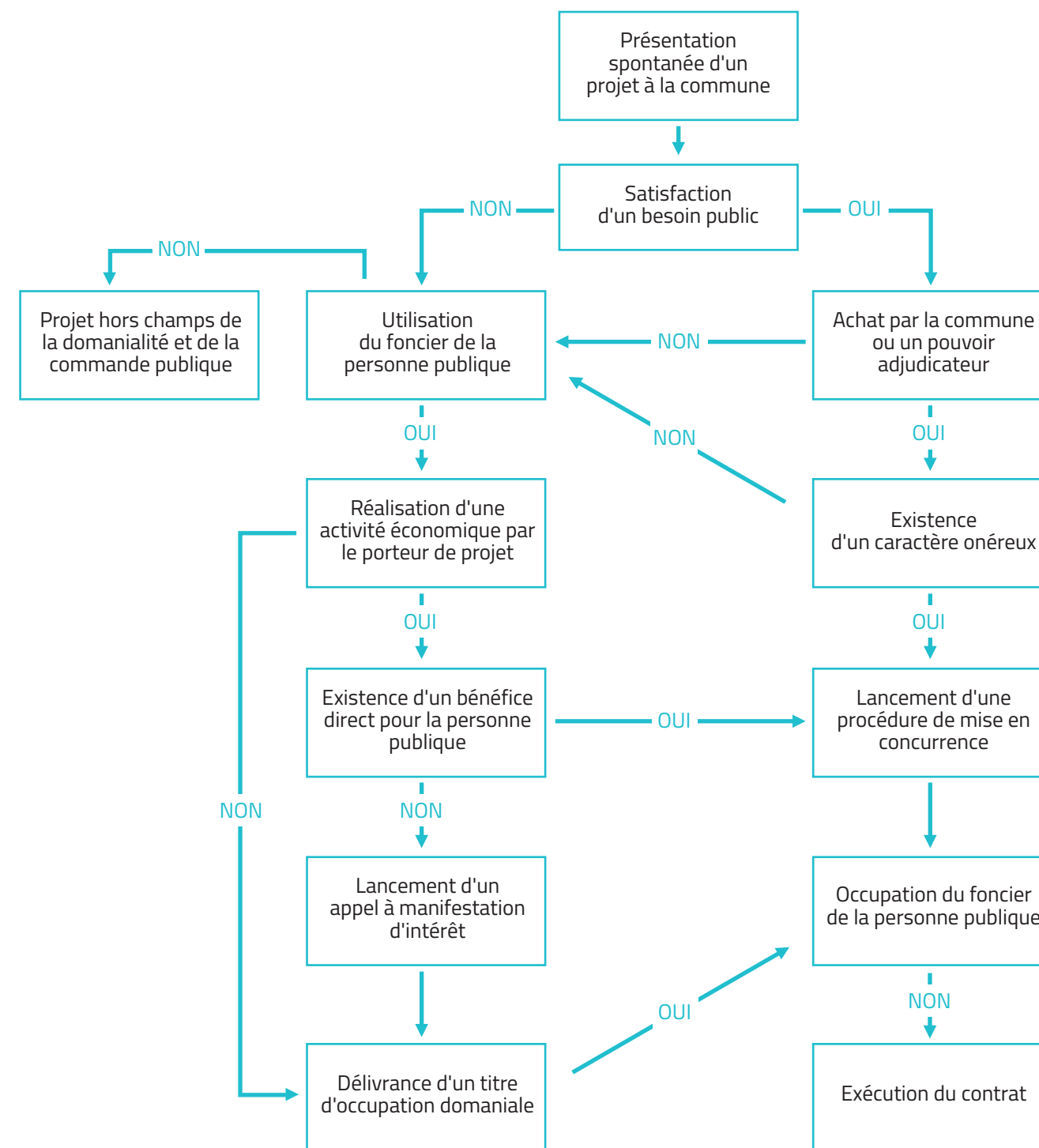


TABLEAU RELATIF AUX MODALITÉS D'ATTRIBUTION
DES AUTORISATIONS D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC
EN VUE D'UNE EXPLOITATION ÉCONOMIQUE

Article L.2122-1-2 CG3P	
▪ Si autorisation d'occupation comprise dans une opération plus importante ayant donné lieu à une procédure de sélection préalable ▪ Si autorisation d'occupation comprise dans un contrat public ou montage ayant donné lieu à une procédure de sélection préalable ▪ Urgence (1 ans max) ▪ Prolongation d'une autorisation sans dépasser la durée d'amortissements des investissements ou de dénouement de la relation contractuelle	Absence de formalisme sans justification = délivrance de titres à l'amiable
Article L.2122-1-3 CG3P	
▪ Seule une personne en particulier peut occuper la dépendance (ex : terrasses des cafés) ▪ Surveillance directe et contrôle étroit de l'autorité compétente sur l'occupant et ses activités ▪ Après procédure de sélection ou publicité infructueuse ou sans réponse ▪ Si les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ▪ Si des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient	Absence de formalisme avec justification = délivrance de titres à l'amiable
Article L. 2122-1-1 al 2 et L. 2122-1-4 CG3P	
▪ Occupation ou utilisation de courte durée (jours, semaines, mois) ▪ Nombre d'autorisations disponibles non limité ▪ Manifestation d'intérêt spontanée d'un opérateur	Procédure de publicité préalable
Tous les autres cas	Procédure de sélection des candidats potentiels

► CHOIX DE L'ACTIONNARIAT

Les collectivités territoriales et les groupements peuvent librement décider la part de détention du capital qu'ils entendent souscrire, ou dit autrement la proportion de l'actionnariat public.

Cette proportion est déterminante dans l'identification du régime juridique applicable à la SPV.

- En particulier :
- En cas de participation publique majoritaire, la SPV entre dans le régime applicable aux SEM et SEMOP ;
 - En cas de participation publique exclusive, la SPV entre dans le régime applicable aux SPL.



FOCUS

POINT D'ATTENTION SUR LA GESTION COMPTABLE DES RÉSULTATS DE LA SPV ET DES DIVIDENDES

Dans la mesure où une SPV dédiée à la production d'énergies renouvelables est une société commerciale, il est fait application des règles de la comptabilité privée dans la gestion comptable de ses résultats. Sont opposables les dispositions du régime commun à tous les commerçants tels que posées aux articles L.123-12 à L.123-24 du code de commerce, outre les spécificités propres aux sociétés anonymes (SA) et aux sociétés par actions simplifiée (SAS), s'agissant notamment des pouvoirs confiés aux CAC.

L'affectation des résultats déficitaires ou excédentaires de la SPV est décidée en assemblée générale à la clôture de l'exercice comptable. En cas de résultat excédentaire, les résultats doivent prioritairement être affectés à l'apurement des pertes antérieures et à la dotation des réserves obligatoires (d'ordre légal et statutaire), avant d'envisager une distribution de dividendes au bénéfice de ses actionnaires.

La proportion d'actionnariat public est également déterminante sur le rôle qu'entendent adopter les collectivités territoriales et leurs groupements dans la gouvernance stratégique de la SPV, selon qu'ils veulent se placer comme acteur du projet de production d'énergies renouvelables, voire garant des mis-

sions d'intérêt général qui pourraient y être associées. Notamment, la détention d'une partie suffisante du capital de la SPV (à hauteur de 15 %, voire 20 %) peut déjà être en mesure d'assurer à la collectivité actionnaire qu'aucune décision stratégique ou financière de la SPV ne puisse être prise sans son accord ou avis préalable. En droit commun, le pouvoir de décision au sein des instances dirigeantes de la SPV est, par usage, corrélé à la part de détention du capital.

Si la société prend la forme d'une SAS (art. L.227-1 et suivants du Code de commerce), plusieurs modalités relatives à la gouvernance doivent être prises en compte. En effet, les conditions d'adoption des décisions collectives, conditions de quorum et de majorité, sont prévues par les statuts (article L.227-9 du Code de commerce).

Toutefois, certaines décisions ne peuvent être prises qu'à l'unanimité (exemple : article L. 227-19 du code de commerce, les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13 (clauses d'inaliénabilité) et L. 227-17 (clauses envisageant le changement de contrôle affectant un actionnaire).

Enfin, la proportion d'actionnariat public est déterminante sur le degré de responsabilité pesant sur la collectivité actionnaire, ainsi que sur le niveau attendu de rémunération des parts sociales.

L'actionnariat n'est toutefois pas le seul facteur à prendre en compte dans la constitution d'une SPV.

► CHOIX DE LA GOUVERNANCE

Lors de la prise de participation dans le capital d'une SPV, les collectivités territoriales et leurs groupements doivent s'interroger sur le rôle qu'ils attendent jouer dans la gouvernance stratégique de la SPV et, par ce biais, dans la direction opérationnelle du projet de production d'énergies renouvelables.

Par usage, la détention du capital social détermine nécessairement, et de manière proportionnée, les droits et les obligations des actionnaires, l'intensité des pouvoirs de direction et contrôles qu'ils exercent sur la société et le nombre de voix dans les instances dirigeantes.

Pour garantir les intérêts des actionnaires publics, les règles de gouvernance peuvent toutefois être modulées : la rédaction d'un pacte d'actionnaires peut permettre de décorréliser la détention de capital de la détention des voix pour peser sur les décisions stratégiques. Cette décorrélation est un moyen efficace pour permettre à la collectivité actionnaire de peser sur la prise des décisions sans pour autant être actionnaire majoritaire.

EXEMPLE

MODÈLE DE PARTICIPATION CITOYENNE AU SEIN DE LA SAS AILES DE TAILLARD

En 2008, les élus de la communauté des Monts du Pilat s'organisent pour associer l'adhésion du public et la maîtrise du développement éolien dans leur territoire. À la suite d'un appel d'offres lancé en 2012, la société Quadran (aujourd'hui Total Quadran) est retenue pour mener la construction d'un parc de 10 éoliennes. Pour porter le projet, la SPV Ailes de Taillard est créée en 2013, sous la forme d'une SAS, détenue à 50 % par Quadran, à 25 % par la SEM Soleil et à 25 % par les citoyens de la commune.

Chaque citoyen peut acheter jusqu'à 4 actions et à chaque action est attachée un droit de vote. La gouvernance

de la SAS prévoit la création d'un Comité Stratégique afin de contrôler les décisions du président de la SAS. Ce comité est composé de 2 représentants de la SEM Soleil, 2 représentants du collège des citoyens et 4 représentants de Quadran. La composition de ce comité stratégique est indépendante de la composition de l'actionnariat.

En cas d'augmentation du capital, le pacte d'actionnaires prévoit également des seuils planchers de droits de vote, à la faveur du collège des citoyens et des collectivités.

En toute hypothèse, indépendamment même de la part de détention du capital social, les règles de gouvernance peuvent être librement organisées entre les actionnaires pour permettre, le cas échéant, à l'actionnaire public d'exercer un contrôle effectif et exclusif sur les actions de la SPV, celui-ci étant décisif dans la soumission aux règles de la commande publique et règles d'occupation domaniale comme indiqué précédemment.

Les modalités suivantes – non-exhaustives mais pouvant être cumulées – peuvent être intégrées dans un pacte d'actionnaires pour permettre l'exercice d'un contrôle effectif par la collectivité actionnaire :

▪ **La majorité des voix au sein des organes délibérants peut être accordée à la collectivité actionnaire**, et ce indépendamment de la part de détention du capital social ;

▪ **Le pouvoir de décision de la collectivité actionnaire peut être aménagé par l'intermédiaire de l'une et/ou l'autre des mécanismes de prise de décision** ci-dessous :

- Un vote favorable de la collectivité actionnaire serait rendu obligatoire sur les décisions stratégiques de la SPV, pour lui assurer un pouvoir d'influence fort. S'agissant notamment du vote du budget, sur les modalités de financement des projets d'énergie ou de validation des dossiers de demande et dépôt des autorisations administratives requises dans la mise en œuvre des projets, sur le choix d'attribution des opérateurs titulaires des contrats commande publique conclus par la SPV ;

- Des décisions pourraient être adoptées par la collectivité actionnaire seulement, après avis préalable uniquement des actionnaires privés. Ceci pourrait concerner toutes les orientations stratégiques de la SPV, dont par exemple (à titre non-exhaustif) :

- ↳ L'accueil d'un nouvel actionnaire,
- ↳ La dilution d'un actionnaire existant,

- ↳ Le vote du budget annuel de la société ;
- ↳ La modification des statuts en cours d'exécution.

- Toutes les autres décisions à prendre, de portée non-stratégique, pourraient faire l'objet de réflexion préalable via la création d'un organe de contrôle composé à part égales entre les actionnaires ou à part majoritaire pour la collectivité actionnaire, avant d'être votées en séance par les organes délibérants de la SPV. Cela pourrait concerner les décisions considérées comme impératives, telles que la désignation du président et autres dirigeants, les règles de quorum ou la durée des mandats.

Des mécanismes d'échanges d'information et de prises de décision collectives peuvent être pensés en contrepartie pour rassurer les actionnaires privés et préserver leurs intérêts spécifiques.

Tout actionnaire, peu important son apport dans le capital social, dispose d'un droit à l'information, ce qui comprend le droit de se faire communiquer les documents et les rapports d'activité sur la gestion de la société, de proposer le cas échéant des solutions d'optimisation s'il devait y avoir des difficultés, et de les faire voter dans le cadre des assemblées générales. Ce droit à l'information est de nature à rassurer les actionnaires privés sur l'absence de risque de dépossession de la gestion de la SPV, ou pour le moins sur l'absence de risque de désinformation compte tenu du pouvoir fort conféré à l'actionnaire public.

L'ensemble est à retranscrire dans les statuts constitutifs de la SPV et le pacte d'actionnaires.

3. QUAND ? POUR QUEL PROJET ?

Est visée la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans des SPV ayant pour objet social la production d'énergies renouvelables au moyen d'installations situées dans leur territoire, voire dans leur territoire limitrophe en ce qui concerne les communes et leurs groupements et les départements.

Il n'est fait aucune distinction entre les sources d'énergies renouvelables, de sorte qu'il peut s'agir des « *énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz* » tel qu'il ressort de la définition légale posée à l'article L.211-2 du code de l'énergie¹.

Il est toutefois relevé une ambiguïté d'ordre textuelle quant à la prise de participation des départements et des régions dans les projets d'énergie autre que la production d'électricité. Si les articles L.3231-6 et L.4211-1 14° du code général des collectivités territoriales autorisent en effet l'investissement dans des SPV dédiées aux projets d'énergies renouvelables sans distinction entre les énergies considérées, l'article 88 de la loi Grenelle II qui fonde la compétence en la matière ne prévoit que l'hypothèse d'une production d'électricité.

En pratique, cette ambiguïté ne semble toutefois pas constituer un obstacle dans la mise en œuvre des projets d'énergie, étant précisé que la FNCCR n'a pas connaissance d'opposition qui aurait été faite par les services du contrôle de légalité à l'égard des délibérations validant la participation publique aux projets d'énergies autres que ceux basés sur la production d'électricité.

De même, lorsque les projets d'énergies ne portent pas seulement sur la production mais comportent également des prestations de distribution ou lorsque les réseaux ne sont pas intégralement alimentés par des énergies renouvelables, ces circonstances ne semblent pas bloquantes. Les collectivités territoriales et leurs groupements demeurent compétents au sens de l'article L.2224-32 du code général de la collectivité territoriale et de l'article 88 de la loi Grenelle II pour aménager et exploiter des unités de production utilisant des énergies renouvelables, ce qui se veut plus larges en termes de champ d'action.

¹ La définition des énergies renouvelables posée à l'article L.211-2 du code de l'énergie est renforcée par l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 précité, entrant en vigueur le 1er juillet 2021.

4. QUELLES SONT LES ÉTAPES À SUIVRE POUR LA CRÉATION D'UNE SPV ?

► ÉTUDES PRÉLIMINAIRES SUR L'OPPORTUNITÉ ET LA FAISABILITÉ D'UN PROJET D'ÉNERGIE

D'initiative publique ou privée, la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans un projet d'énergies renouvelables implique nécessairement la réalisation d'études préliminaires, tant sur le plan technique, juridique que financier, pour apprécier l'opportunité du projet et ses conditions de mise en œuvre. En particulier, le plan d'affaires, la mobilisation des ressources financières, les spécifications techniques du projet et les objectifs poursuivis en matière de production et performance énergétique seront à examiner.

La FNCCR recommande aux collectivités territoriales et leurs groupements de se faire accompagner dans l'étude du montage juridico-financier qui servira de support à la création d'une SPV, notamment pour tenir compte des spécificités du projet d'énergie envisagé et des intérêts en suspens.

Le recours à un AMO est conseillé.

► DÉLIBÉRATIONS OBLIGATOIRES DE LA PART DES ORGANES DÉLIBÉRANTS

Une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire est requise pour autoriser la création d'une SPV et/ou la prise de participation dans le capital d'une société préexistante.

En pratique, l'assemblée délibérante autorise l'exécutif au visa des textes fondateurs de la société, sur la base de ses statuts constitutifs et du pacte d'actionnaires s'il existe. La logique veut que ces actes aient été négociés en amont entre les parties intéressées, ce qui implique que

l'assemblée délibérante ait préalablement autorisé l'exécutif à négocier les actes.

Il en résulte que deux délibérations sont nécessaires à la création d'une SPV :

■ **Une première pour autoriser la création de la SPV dans son principe même** et permettre à l'exécutif de prendre les actes correspondants, dont la négociation des statuts et du pacte d'actionnaires ;

■ **Une seconde pour autoriser l'exécutif à signer les statuts et le pacte d'actionnaires**, ainsi que permettre la désignation du ou des représentants de la collectivité actionnaire au sein des instances de la SPV.

Dans l'hypothèse où la collectivité actionnaire envisage de confier un contrat, et notamment un contrat de la commande publique à la SPV créée, ce qui ne peut matériellement intervenir qu'après la création effective de la société – la société devant avoir la capacité de contracter –, la prise d'une troisième délibération par les organes délibérants est nécessaire pour valider la signature dudit contrat.

Les délibérations doivent être transmises et soumises au contrôle de légalité.

► RÉDACTION DES TEXTES FONDATEURS DE LA SOCIÉTÉ

Les actionnaires déterminent librement les clauses des statuts constitutifs, sous réserve toutefois de satisfaire les caractéristiques de la société (SA, SAS, SEM, SPL, SEMOP, SCIC) en fonction du régime juridique applicable et de se conformer aux dispositions du code général des collectivités territoriales et du code de commerce.

Les actionnaires ne sont pas tenus de se reporter à des modèles standards.

Il peut être pertinent de faire rédiger les statuts constitutifs et, le cas échéant, le règlement intérieur de la SPV et le pacte d'actionnaires par un avocat spécialisé pour éviter les clauses-trappes ou ambiguës.

► IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS

La SPV n'a d'existence légale qu'à partir de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés dans le ressort du tribunal de commerce où se situe son siège social.

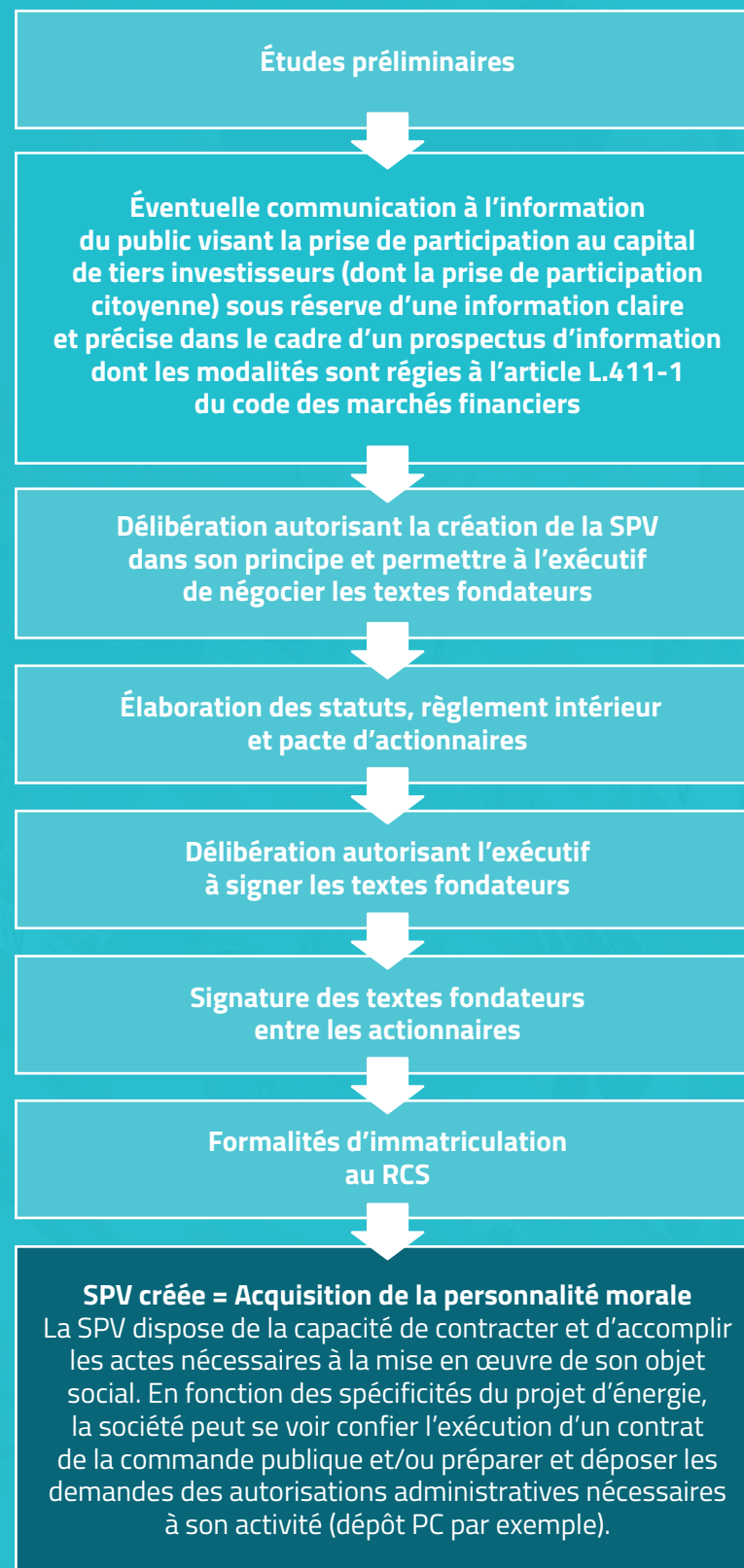
Pour y procéder, des formalités préalables sont nécessaires :

- La signature des statuts constitutifs, règlement intérieur et pacte d'actionnaires ;
- L'enregistrement des statuts auprès du service des impôts du siège de la société dans les 3 mois suivants ;
- L'inscription de la société au répertoire SIRENE au terme des démarches d'immatriculation engagées auprès du Centre de formalités des entreprises compétent (CFE). Ces démarches sont nécessaires à l'obtention des numéros SIREN et SIRET délivrés gratuitement par l'INSEE ;
- L'ouverture d'un compte bancaire avec dépôt du capital social souscrit ;
- L'engagement des CAC nécessaire à la vérification des comptes annuels.

Dès l'immatriculation réalisée et son dépôt au greffe du tribunal de commerce compétent, l'acte constitutif de la société doit faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales.

C'est à partir de son immatriculation que la SPV acquiert une personnalité morale et les droits et obligations qui en découlent, ce qui comprend la capacité de contracter et accomplir tout acte nécessaire à son activité.

SYNTHÈSE DES ÉTAPES DE CRÉATION D'UNE SPV



→ III. MODALITÉS D'INVESTISSEMENT DANS UN PROJET D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

L'article L.2253-1 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales et l'article L 294-1 du code de l'énergie identifient, tous deux, **deux modes de participation** qui sont ouverts aux collectivités territoriales et à leurs groupements dans le financement d'une SPV portant un projet d'énergies renouvelables :

- Soit la prise de participation dans le capital d'une SPV permettant d'agir dans sa gouvernance ;
- Soit le financement uniquement du projet objet social de la SPV.

1. PRISE DE PARTICIPATION DANS LE CAPITAL

► LES APPORTS DESTINÉS À FORMER LE CAPITAL DE LA SOCIÉTÉ

Deux catégories d'apports peuvent être envisagées par les collectivités territoriales et leurs groupements pour prendre part au capital d'une SPV :

▪ **Des apports en numéraires** : il s'agit d'une somme d'argent. À cette fin, les collectivités territoriales et leurs groupements sont autorisés à recourir à l'emprunt pour acquérir des parts en capital ou les financer sur leurs fonds propres. La libération d'apports en numéraire se traduit par la détention de titres de participation d'un point de vue comptable.

▪ **Des apports en nature** : il s'agit des biens immobiliers ou mobiliers pouvant être mis à disposition par la collectivité actionnaire dans le patrimoine de la SPV. Point de vigilance : pour les terrains ou parcelles, seul le domaine privé de la personne publique peut faire l'objet d'un apport en nature, le domaine public étant inaliénable et imprescriptible (3111-1 CG3P).

Si la collectivité souhaite faire sortir un bien de son domaine public (art. 2141-1 du CG3P) elle devra constater la désaffectation du bien à un service public ou à l'usage direct du public et le déclasser (délibération de l'assemblée délibérante).

La libération d'apports en nature implique la désignation d'un commissaire aux apports pour apprécier la valeur numéraire et les modalités de gestion comptable de ces apports dans la SPV. Le recours aux commissaires aux apports est obligatoire dans une SPV prise sous la forme de SA, tandis qu'il ne l'est que dans certains cas spécifiques dans une SPV prise sous la forme d'une SAS.

Ces deux types d'apports peuvent se cumuler entre eux.

La libération d'apports en industrie (mise à disposition de connaissances par exemple) est théoriquement possible. L'hypothèse est toutefois peu répandue dans les pratiques financières des collectivités territoriales et leurs groupements, étant précisé qu'un apport en industrie n'ouvre pas droit à détention de parts dans le cadre d'une SPV prise sous la forme d'une SA tandis qu'il ouvre droit à des actions spécifiques, dites inaliénables (n'entrant pas dans le calcul du capital), dans le cadre d'une SPV prise sous la forme d'une SAS.



FOCUS

POINT D'ATTENTION SUR LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DE LA COLLECTIVITÉ ACTIONNAIRE

La constitution d'une SPV prise sous la forme d'une société commerciale par actions (SA ou SAS) présente l'avantage de limiter la responsabilité de la collectivité actionnaire aux montants de ses apports initiaux.

► PRISE DE PARTICIPATION DIRECTE OU INDIRECTE

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Energie-Climat¹, la prise de participation des collectivités territoriales et de leurs groupements s'apparentait uniquement à l'hypothèse d'une **participation directe** dans le capital d'une SPV ayant pour objet la production d'énergies renouvelables.

Le législateur a, désormais, complété le dispositif en autorisant l'hypothèse d'une **participation indirecte** : les collectivités territoriales et leurs groupements sont autorisés à prendre des parts dans le capital d'une société intermédiaire ayant pour seul objet de détenir des parts dans le capital d'une SPV portant des projets de production d'énergies renouvelables. Dit autrement, les collectivités actionnaires peuvent investir par le biais de holdings elles-mêmes actionnaires d'une ou plusieurs SPV dédiées aux projets d'énergies renouvelables.

¹ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

Par ce procédé d'investissement, la collectivité actionnaire n'a pas vocation à participer directement dans la gouvernance du ou des projets d'énergie portés par une SPV cible, mais intervient dans son financement.

La collectivité actionnaire peut librement envisager la création d'une société locale d'investissement finançant une ou plusieurs SPV portant des projets d'énergie. En pareil cas, dans la mesure où elle intervient dans la gouvernance stratégique de cette structure intermédiaire, elle est en mesure d'influencer la prise de décision dans le financement des SPV dont les projets d'énergie seront estimés les plus opportuns dans le territoire.

Le choix entre une participation directe et/ou indirecte est laissée à l'appréciation de la collectivité actionnaire, en fonction de ce qu'elle estimera le plus approprié selon les intérêts en suspens.

EXEMPLE

VENDÉE GNV : CRÉATION D'UN RÉSEAU DE STATIONS D'AVITAILLEMENT EN GNV ET BIO GNV

La SEML Vendée Energie a été créée en 2012 par le du Syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée (SyDEV) pour développer, construire et exploiter des installations de production d'énergies renouvelables (éolien, photovoltaïque, méthanisation) dans l'ensemble du territoire vendéen.

Depuis 2016, Vendée Energie s'est dotée d'une filiale dite Vendée GNV ayant pour objet la construction d'un réseau de huit stations d'avitaillement en matière de GNV et de bioGNV au profit des entreprises, collectivités et particuliers dans le département de Vendée. L'initiative peut être soulignée par son ampleur et son caractère innovant, permettant une valorisation globale du bio méthane produit par les exploitants agricoles et sa distribution en circuit court au titre des transports de marchandises et de personnes.

► SÉCURISER LA SORTIE DE LA SPV

Les actionnaires d'une SPV sont libres de céder toutes ou partie des parts sociales qu'ils détiennent. La cession permet l'entrée d'un nouvel actionnaire ou le rachat des parts sociales par les actionnaires préexistants.

La cession des parts sociales intervient selon les modalités prédéterminées dans les statuts constitutifs, voire selon les précisions stipulées dans le pacte d'actionnaires lorsqu'il existe.

Possibilité d'anticiper par l'intégration de clauses spécifiques

La FNCCR recommande de sécuriser la sortie d'un ou plusieurs actionnaires dès la création de la SPV.

En effet, la cession des parts sociales peut être encadrée par l'intégration de clauses spécifiques dans les statuts ou le pacte d'actionnaires dans l'objectif, notamment, de sécuriser le portage financier de la SPV et garantir la stabilité des conditions d'exécution de la production d'énergies renouvelables dans le temps :

- Une **clause d'inaliénabilité** tend à pérenniser la répartition du capital initialement prévue : cette clause interdit une cession de parts sociales pendant une période prédéterminée, jusqu'à 10 ans au maximum.
- Une **clause d'agrément** consiste à subordonner l'arrivée d'un nouvel actionnaire en cas de cession des parts sociales, à l'obtention de l'accord préalable des actionnaires présents dans la SPV. Par usage, l'accord est voté en assemblée générale extraordinaire. Les dispositions des statuts constitutifs précisent les modalités de cette autorisation préalable et les conséquences en cas de refus des actionnaires.

Dans l'hypothèse d'un actionnariat public, l'accord préalable à l'arrivée d'un nouvel actionnaire peut être sollicité auprès des seules collectivités actionnaires.

■ Une **clause de préemption** vise à contraindre l'actionnaire cédant à proposer en priorité le rachat des parts sociales qu'il détient aux actionnaires avant d'envisager une tierce intervention. Le cas échéant, la SPV conserverait ainsi les mêmes actionnaires sous une nouvelle répartition du capital.

Cette préemption peut être envisagée pour le compte des collectivités actionnaires uniquement, sous réserve de tenir compte de la proportion du capital déjà détenue par les actionnaires publics. En cas de dépassement des seuils de détention applicables aux entreprises publiques locales, la cession des parts sociales aurait pour effet de modifier le régime juridique applicable, ce qui est exclu (par exemple : en cas de souscription de l'actionnariat public, de 45 % à 51 %, la cession des parts sociales rendrait applicable le régime juridique des SEM en méconnaissance du régime à partir duquel la société a été créée).

De manière plus spécifique encore, il peut être intégré une clause permettant de maintenir le nombre de voix détenu par la collectivité actionnaire au sein des instances dirigeantes ou l'étendue de son pouvoir de direction et de contrôle, indépendamment de la répartition du capital détenu par les autres actionnaires. Le rôle de la collectivité actionnaire au sein de la SPV peut ainsi être sauvegardé même en cas de cession des parts sociales.

L'enjeu réside dans une rédaction rigoureuse des statuts et du pacte d'actionnaires dès la création de la SPV.

Formalités à suivre lors de la cession de parts sociales

Dans le cadre d'une SPV sous la forme d'une SA ou SAS, **les dispositions légales ne requièrent pas la formalisation d'un acte écrit de cession des parts sociales** bien qu'une signification aux autres actionnaires, notamment en assemblée générale, est a minima recommandée pour permettre leur information.

Le transfert se matérialise par un virement de compte à compte de la valeur des parts sociales cédées.

La gestion comptable de la société impose tout de même l'établissement d'un ordre de mouvement précisant les informations suivantes : date du transfert, compte du cédant à débiter, nombre et nature des actions cédées, identification du compte du cessionnaire à créditer et/ou à créer, puis la mise à jour du registre des mouvements.

En l'absence d'acte écrit de cession, la cession doit être déclarée aux services des impôts via le formulaire n° 2759 dit « Déclaration de cessions de droits sociaux non constatées par un acte ». Cette déclaration sert de base de référence pour acquitter les droits d'enregistrement correspondants. Les droits d'enregistrement sont payables par l'acquéreur dans un délai d'un mois suivant le dépôt du formulaire.

2. FINANCEMENT PAR LA DETTE DES PROJETS D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

Pour répondre aux besoins de financements des sociétés, les collectivités territoriales disposent de différents leviers d'action dont celui du financement par la dette des projets d'énergies renouvelables.

► DÉLIVRANCE D'AVANCES EN COMPTE-COURANT D'ASSOCIÉS (CCA)

Depuis la loi énergie-climat¹, les collectivités territoriales et leurs groupements sont autorisés à consentir des avances en compte-courant d'associés aux sociétés de production d'énergies renouvelables lorsque :

- Il y a prise de participation dans le capital de la SPV (ils interviennent en qualité d'actionnaires) ;
- Il y a prise de participation directe dans une SPV (et non pas dans une structure intermédiaire).

¹ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

L'avance en compte-courant d'associés est une forme de prêt consenti par les actionnaires pour répondre à un besoin de financement de la société. Ce mode de financement par la dette peut intervenir dès la constitution de la SPV, notamment pour compenser de faibles capacités de financement sur fonds propres de la part des actionnaires (faible capital de départ), voire pour servir d'avances à l'octroi d'aides ou subventions publiques selon les spécificités du projet d'énergie, ainsi qu'en cours de vie sociale, en cas de difficultés de trésorerie ou dans le financement de prestations supplémentaires dans la production d'énergies renouvelables.

L'avance en compte-courant d'associés donne droit à remboursement de l'actionnaire émetteur, étant précisé que son recours paraît plus sécurisé et rémunérateur (n'étant pas subordonné aux résultats d'exploitation de la SPV à la différence de la rémunération sous forme de dividendes en cas de participation dans le capital).

Par ce mode de financement, une collectivité actionnaire ou tout autre actionnaire émetteur ne peut prétendre à des droits supplémentaires dans la gouvernance de la SPV. Il est toutefois manifeste que la détention d'une dette sur la SPV renforce le rôle joué par la collectivité actionnaire dans la gestion des affaires de la société.

Le régime juridique applicable à l'octroi d'avances en compte-courant d'associés a progressivement été adapté pour permettre son utilisation par les acteurs publics dans les projets d'énergies renouvelables¹.

Sur le plan formel, l'octroi d'avances en compte-courant doit obligatoirement faire l'objet :

- **D'une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité émettrice**, étant prise sur le visa d'un rapport de présentation et d'une délibération du conseil d'administration de la société exposant les motifs de l'apport considéré, son montant, sa durée et les conditions de son remboursement, avec la possibilité d'une éventuelle rémunération ou transformation en augmentation de capital ;

- **D'une convention écrite entre la collectivité actionnaire et la société bénéficiaire**, précisant la nature, l'objet et la durée de l'apport, ainsi que les conditions de son remboursement, avec la possibilité d'une éventuelle rémunération ou transformation en augmentation de capital.

¹ Notons que depuis la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, la condition posée à l'article L.312-2 du code monétaire et financier selon laquelle l'octroi de CCA était limité aux seuls actionnaires détenteurs de plus de 5 % du capital de la société, a été supprimée.

D'un point de vue matériel, l'octroi d'avances en compte-courant doit obligatoirement être réalisé « au prix du marché » (pour éviter la requalification d'aides d'État) et dans les conditions posées à l'article L.1522-5 du code général des collectivités territoriales applicable aux SEM, telles que :

- L'apport est consenti pour une durée maximale de 2 ans, éventuellement renouvelable une fois ;
- Au terme de cette période, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital ;
- Aucune nouvelle avance ne peut être accordée par une même collectivité avant que la précédente n'ait été remboursée ou incorporée au capital de la société ;
- Une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance ;
- La totalité des avances consenties ne peut dépasser 5 % des recettes réelles de fonctionne-

ment du budget de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire ;

- Aucune avance ne peut être accordée par la collectivité actionnaire si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables de la société, les capitaux propres de la société sont devenus inférieurs à la moitié du capital social.

Par dérogation depuis la loi ASAP¹, **la durée des avances en compte-courant d'associé peut être portée à 7 ans, renouvelable une fois**, sous réserve toutefois que l'énergie produite par les installations de production bénéfice du soutien prévu aux articles L.311-12, L.314-1, L.314-18, L.446-2, L.446-5, L.446-14 ou L.446-15 du code de l'énergie. Il s'agit des hypothèses liées à l'obligation d'achat et au complément de rémunération en cas de production d'électricité, ainsi qu'aux dispositions particulières liées à la vente de biogaz.

Dernière évolution en date, un amendement déposé par le gouvernement dans le projet de loi 3DS auquel la FNCCR a largement contribué propose de porter le montant des avances en compte courant d'associés dans les projets d'EnR locales jusqu'à 15 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la commune ou de son groupement sous réserve que les installations de production bénéfice du soutien prévu aux articles L.311-12, L.314-1, L.314-18, L.446-2, L.446-5, L.446-14 ou L.446-15 du code de l'énergie.

► MODES DE FINANCEMENT ALTERNATIFS

Ambiguïté textuelle sur la capacité des collectivités territoriales et de leurs groupements

Une incertitude ressort des dispositions légales en vigueur sur la capacité des collectivités territoriales et de leurs groupements à émettre tout type de titres de créances au bénéfice des sociétés de production d'énergies renouvelables. En effet, si l'article L.314-28 L.294-1 du code de l'énergie les autorise à « *participer au financement du projet* », sans préciser ni restreindre la nature des financements par la dette pouvant être mis en œuvre, l'article L.2253-1

alinéa 2 du code général des collectivités territoriales autorise uniquement l'octroi d'avances en compte-courant d'associés, ce qui se veut plus restrictif.

En l'état des dispositions applicables, **la FNCCR recommande aux collectivités territoriales et leurs groupements de privilégier le recours à l'avance en compte-courant d'associés pour financer les projets d'énergie.**

¹ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

Une clarification législative est nécessaire pour sécuriser l'émission d'autres titres de créances, étant précisé qu'une expertise financière serait, le cas échéant, requise pour accompagner les collectivités territoriales et leurs groupements dans le portage financier du projet d'énergies.

Il existe une pluralité d'obligations comportant chacune des spécificités à maîtriser.

De manière générique, trois catégories d'obligations peuvent être considérées :

- Les **obligations simples** par lesquelles l'entité émettrice dispose d'un droit à remboursement du montant nominal investi, selon un taux d'intérêt et une périodicité prédéterminés ;
- Les **obligations convertibles en actions**, correspondant à des obligations simples avec la possibilité de convertir tout ou partie de la dette en titre d'actions, dont les règles spécifiques sont contractualisées ;
- Les **obligations remboursables en actions**, par lesquelles la dette détenue sur la société est remboursée à son échéance via la souscription d'actions dans le capital.

Il existe d'autres titres de créances plus spécifiques, qui sont gérés par la voie contractuelle.

Capacité d'émettre des titres participatifs

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont pas directement autorisés à émettre des titres participatifs au sein des sociétés porteuses de projets de production d'énergies renouvelables.

Les entités susceptibles d'émettre des titres participatifs sont limitativement énumérées à l'article L.213-32 du code monétaire et financier. Parmi elles, sont notamment autorisées les « *sociétés par actions appartenant au secteur public* »¹ et les sociétés anonymes coopératives, ce qui signifie que

les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent agir par l'intermédiaire de SEML et SPL (considérant l'actionnariat public majoritaire de ces sociétés) ou de SCIC prise sous la forme de SA, dans lesquelles ils seraient membres.

L'émission des titres participatifs est encadrée aux articles L.228-36 et L.228-37 du code de commerce.

Les titres participatifs sont des titres de créances, qui ouvrent droit à une rémunération fixe représentant au moins 60 % du montant nominal du titre et une rémunération variable, laquelle est fixée dans le contrat d'émission (à partir d'un taux d'autofinancement courant) en fonction de la croissance du chiffre d'affaires, de la croissance de production ou encore du résultat net de la société.

Par principe, les titres participatifs sont souscrits pour une durée indéterminée, n'étant remboursable qu'en cas de liquidation de la société. Ils peuvent l'être uniquement à l'initiative de la société émettrice et après l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à 7 ans, dans les conditions fixées dans le contrat d'émission.

Les porteurs de titres participatifs sont automatiquement regroupés en une masse dotée de la personnalité juridique pour la défense de leurs intérêts communs (se réunissant une fois par an au minimum). Ils sont également titulaires de droits individuels, leur permettant de prétendre à certains droits dans le suivi des activités de la société, et notamment la communication des documents sociaux.

¹ La notion de « société appartenant au secteur public » renvoie à la situation d'une participation majoritaire publique dans le capital d'une société commerciale, ce qui correspond au régime applicable aux SEML et, à plus forte raison aux SPL. Cette qualification est confirmée dans une récente réponse du Ministre de la transition écologique : Rép. Min. n° 18361, JO Sénat du 14 janvier 2021, page 269.

LES CAHIERS DE LA FNCCR
N° 3 juin 2022

Directeur de la publication :

Pascal Sokoloff

Rédaction :

Lionel Guy, Pamela Aoun, Charles-Antoine Gautier, Cécile Fontaine, Flavien Lousteau, Cabinet LLC (Justine Bain-Thouvez, Maxime Seno, Bérengère Dieudé)

Coordination collection : Service communication FNCCR – Alexandre Allion

Mise en Page : Irène Chanrion

Photos : FNCCR, Animaflora PicsStock, Pixabay, Alexandre Allion, Jem Sanchez Pexels, Lagarde Lucie, Mateus Andre, Laura Penwell Pexels, Freepik.com, kovyphoto, Adobe Stock

Tous droits réservés –

Reproduction totale ou partielle interdite sans autorisation et citation de l'auteur



Guide rédigé en collaboration avec :

M^e Justine BAIN-THOUVEREZ, avocat associé, docteur en Droit public

M^e Maxime SENO, avocat associé, spécialiste en Droit public

M^e Bérengère DIEUDÉ, avocat



SERVICES PUBLICS LOCAUX
DE L'ÉNERGIE, DE L'EAU,
DE L'ENVIRONNEMENT ET
DES E-COMMUNICATIONS

FNCCR

20 bd Latour-Maubourg
75007 Paris

www.fnccr.asso.fr

EN SAVOIR PLUS

fnccr@fnccr.asso.fr

01 40 62 16 40