

LA PRISE DE PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LES SOCIÉTÉS DE PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

AU CROISEMENT DES RÈGLES DE DROIT PUBLIC ET DU DROIT DES SOCIÉTÉS

par **Sandra Hahn Duraffourg**

Avocat au barreau de Paris, cabinet De Pardieu Brocas Maffei

Thomas Vaseux

Avocat au barreau de Paris, cabinet De Gaulle Fleurance

Les collectivités territoriales n'ont, par principe, pas vocation à prendre des participations dans des sociétés commerciales. Cette interdiction est érigée en tant que principe pour les communes, leurs groupements ainsi que pour les départements¹ et la participation des régions au capital de sociétés commerciales est également limitée par l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

Plusieurs dérogations ont toutefois été progressivement aménagées par le législateur afin de permettre aux collectivités de prendre des participations dans certaines sociétés commerciales, parmi lesquelles figurent notamment les sociétés d'économie mixte locales (SEML)², les sociétés d'économie mixte à opération unique³, les sociétés publiques locales (SPL)⁴ ou encore les sociétés coopératives d'intérêt collectif.

Dans ce contexte, le législateur a dégagé en 2015 une nouvelle exception à ce principe. La loi de transition énergétique pour la croissance verte (dite LTECV)⁵ a ainsi modifié non seulement l'ancien article L. 314-27 du code de l'énergie⁶ mais aussi les articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4211-1, 14^o du CGCT pour permettre aux communes et leurs groupements ainsi qu'aux départements et aux régions de participer, sous certaines conditions, au capital de sociétés dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables (ENR) ou d'hydrogène décarboné⁷.

La participation des collectivités au capital de telles sociétés ainsi que leur contribution au financement de ces dernières sont néanmoins encadrées par le CGCT. Ces sociétés bénéficient

toutefois d'un régime souple de droit privé même si la présence de collectivités conduit à formuler plusieurs points d'attention.

■ Une prise de participation conditionnée

Compétence des collectivités en matière d'installations de production d'ENR

Les collectivités territoriales disposent de certaines compétences leur permettant d'engager des actions en matière énergétique, notamment dans les domaines de la production, de la distribution et de la consommation d'énergie.

Elles disposent ainsi d'une compétence leur permettant de mener une activité de production d'énergies renouvelables⁸.

Commune et EPCI – Les communes et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) peuvent notamment aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter sur leur territoire, toute nouvelle installation de production utilisant des énergies renouvelables⁹.

Département et région – Les départements et les régions bénéficient d'une compétence similaire dont les contours ont toutefois été définis de façon plus restreinte par le législateur¹⁰, pour ne viser que l'aménagement et l'exploitation d'installations de production d'électricité renouvelable, à condition que celle-ci soit destinée à leur propre usage, ou revendue à EDF-OA. La loi de transition énergétique pour la croissance verte vient parachever les possibilités d'actions des collectivités en matière d'installations de production d'ENR.

Compétence partagée ? – Une divergence d'interprétation des dispositions relatives au bloc communal persiste toutefois concernant le caractère exclusif ou partagé de la compétence de production d'ENR.

Les collectivités et les porteurs de projets considèrent que cette compétence est partagée, et que l'intervention conjointe d'une commune et d'un EPCI au capital d'une société de production d'énergies renouvelables est ainsi possible. Cette position semble également celle retenue par l'ADEME¹¹. Tel n'est toutefois pas le cas de certains services de l'État et la direction générale des col-

(1) CGCT, art. L. 2253-1 et L. 3231-6.

(2) CGCT, art. L. 1521-1.

(3) CGCT, art. L. 1541-1.

(4) CGCT, art. L. 1531-1.

(5) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, sur laquelle v. not dossier AJCT 2016. 10 s.

(6) C. énergie, art. L. 294-1.

(7) Not., G. Ezan et J. Lépée, Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition, AJCT 2016. 12.

(8) Cette compétence s'entend, le cas échéant, sous réserve de l'autorisation d'exploiter délivrée par le ministre chargé de l'énergie (C. énergie, art. L. 311-5 s.).

(9) CGCT, art. L. 2224-32.

(10) Loi n° 2010-788 du 12 juill. 2010, art. 88.

(11) ADEME, Guide *Photovoltaïque et collectivités territoriales : Guide pour une approche de proximité*.

lectivités locales (DGCL)¹², qui considèrent que l'investissement conjoint d'un EPCI et d'une commune sur un même projet de production d'ENR est impossible eu égard aux principes d'exclusivité et de spécialité. Selon la DGCL et le ministre de la Transition écologique¹³, les communes peuvent en revanche transférer une partie de la compétence à l'EPCI, afin de répartir entre elles et le groupement les types de projets dans lesquels ils sont susceptibles de prendre des parts (type de technologies de production, puissance installée¹⁴, etc.).

En l'état, les montages juridiques impliquant la participation d'un EPCI et d'une commune membre sont aujourd'hui confrontés à une insécurité juridique et susceptibles d'être bloqués au stade du contrôle de légalité.

Limitation de l'objet social et du périmètre géographique des sociétés

Un objet limité à la production d'ENR ou d'hydrogène renouvelable ou bas carbone – Les collectivités peuvent participer au capital de sociétés commerciales dès lors que leur objet social est la production d'ENR (énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables¹⁵), d'hydrogène renouvelable ou bas carbone dont la définition figure dans le code de l'énergie¹⁶.

Les sources d'ENR sont énumérées par le code de l'énergie et comprennent notamment l'énergie éolienne, solaire, ou encore le biogaz¹⁷. Une incertitude demeure toutefois sur la question de savoir si la production d'ENR ou d'hydrogène décarboné doit être l'unique objet de la société, pour permettre aux collectivités de prendre des participations dans son capital, ou si celle-ci peut exercer d'autres activités. La rédaction des dispositions du CGCT invite à une interprétation stricte. Cette dernière n'est toutefois pas sans soulever des difficultés s'agissant des activités complémentaires à l'activité de production d'ENR. Une clarification serait bienvenue sur ce point.

Un périmètre géographique limité – La notion d'installations situées « à proximité » du territoire de la collectivité, initialement visée par l'article 109 de la LTECV pour les communes et les départements, ayant posé des difficultés d'interprétation, celle-ci a été remplacée par celle de « limitrophe », considérée plus explicite. Cette notion s'apprécie différemment en fonction des collectivités actionnaires. Le territoire « limitrophe » doit être entendu, s'agissant des communes, comme « celui des communes voisines » (la même lecture peut donc être retenue pour les départements) et s'agissant des groupements de communes, comme « territoire des groupements de communes voisins »¹⁸.

Les régions, ne peuvent, quant à elles, prendre de participations dans une société dont l'objet est la production d'ENR que si les installations sont situées « sur leur territoire »¹⁹.

Niveau de participation au capital

Les dispositions précitées du CGCT ne font pas état d'un seuil ou d'un plafond éventuel de détention du capital²⁰.

Risque de requalification – L'actionnariat des collectivités semble toutefois devoir être envisagé de manière minoritaire²¹ et la participation des collectivités ne devrait pas être supérieure à 50 % du capital, afin de ne pas basculer dans la qualification de société d'économie mixte locale, conformément aux dispositions des articles L. 1521-1 et suivants du CGCT.

La SEML constitue une catégorie de sociétés à participation publique distincte, susceptible de prendre en charge la réalisation de toute activité d'intérêt général. Cette catégorie de société préexistait aux sociétés de production d'ENR et permettait ainsi déjà aux collectivités de participer majoritairement au capital de SEM intervenant en

matière de production d'ENR (laquelle est d'intérêt général au sens de l'article L. 1521-1 du CGCT). Le capital de ces SEM doit être détenu majoritairement par les collectivités territoriales et leurs groupements. L'actionnariat majoritairement public justifie alors l'application d'un régime juridique contraignant (notamment en termes de représentation des collectivités ou encore de contrôle des actes)²².

Détournement – Le recours à une société de production d'ENR dont le capital serait majoritairement public aurait *a priori* pour effet de qualifier cette société de SEM, impliquant ainsi l'application du régime afférent. À défaut en effet, le recours à ce type de société avec un capital majoritairement public pourrait être regardé comme constituant un détournement du régime plus contraignant des SEM.

Participation directe ou indirecte

Les collectivités territoriales peuvent directement prendre des participations dans les sociétés de production d'ENR ou participer indirectement au capital de ces sociétés par le biais d'une société holding. En effet, les différentes dispositions du CGCT prévoient que :

« L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions au capital des sociétés ».

■ Encadrement de la participation au financement

Apports en capital

La principale voie de financement des sociétés de production d'ENR réside dans les apports en capital que peuvent consentir les collectivités, en contrepartie de l'obtention d'actions.

(12) CR de la séance du 4 nov. 2022 lors de l'examen du projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables au Sénat.

(13) Rép. Min. n° 10165, 17 sept. 2020, JO Sénat, p. 4279.

(14) Les statuts de l'EPCI devraient toutefois définir avec précision les contours de la compétence qu'ils sont susceptibles d'exercer en matière de production d'énergie afin d'éviter tout blocage.

(15) C. énergie, art. L. 211-2.

(16) C. énergie, art. L. 811-1.

(17) *Ibid.* L'article vise l'énergie éolienne, solaire thermique ou photovoltaïque, géothermique, ambiante, marémotrice, houlomotrice et autres énergies marines, hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz.

(18) Exposé des motifs de l'amendement n° 490 adopté le 16 juill. 2019.

(19) CGCT, art. L. 4211-1, 14°.

(20) CGCT, art. L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4211-1, 14° ; outre les contraintes spécifiques prévues pour les régions aux art. R. 4211-1 s. du CGCT.

(21) M.-A. Vanneaux, Entreprises publiques locales – Les entreprises publiques locales, l'actionnariat des collectivités locales et l'électricité, Revue du gestionnaire public, n° 1, févr. 2021.

(22) CGCT, art. L. 1524-1 s.

Apport en numéraire – L'apport en numéraire (correspondant au versement d'une somme d'argent) constitue ainsi le moyen le plus classique à disposition des collectivités pour participer au financement de ces sociétés.

Apport en nature – L'apport en nature, qui peut notamment consister en la mise à disposition d'un bien (apport en jouissance) ou en la cession d'un bien (apport en propriété), peut toutefois également être envisagé. Ces deux modalités doivent toutefois respecter les règles contraignantes applicables à la cession ou à l'occupation de biens du domaine public ou privé des collectivités.

Ces apports en nature peuvent en outre nécessiter, selon les règles du code de commerce, la désignation d'un commissaire aux apports chargé de procéder à l'évaluation des apports en question²³.

Possibilité de consentir des avances en compte courant d'associés

Depuis 2019²⁴, le CGCT permet également explicitement aux collectivités de participer au financement des sociétés de production d'ENR en leur consentant des avances en compte courant d'associés.

Ces avances doivent toutefois être consenties au prix de marché et notamment dans le respect des conditions définies à l'article L. 1522-5 du CGCT, applicable aux SEML. Le renvoi de principe à ces règles (assorties de quelques dérogations) emporte plusieurs conséquences :

- la durée des avances ne doit pas dépasser deux ans, renouvelable une fois, sauf dans le cas où l'énergie produite bénéficie d'un mécanisme de soutien à la production (obligation d'achat ou complément de rémunération)²⁵, où la durée peut être portée à sept ans renouvelable une fois ;
- l'avance doit faire l'objet d'une convention expresse prévoyant, à peine de nullité, la nature, l'objet, la durée de l'apport, le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de sa transformation en augmentation de capital ;
- à son terme, l'avance doit obligatoirement être remboursée ou transformée en augmentation de capital ;
- aucune autre avance ne peut être consentie si la précédente n'est pas remboursée, si elle est utilisée pour rembourser la première ou si les capitaux propres de la société sont inférieurs à la moitié du capital social ;

(23) Art. L. 225-14 pour les SA et art. L. 225-147 pour les SAS.

(24) Loi n° 2019-1147 du 8 nov. 2019 relative à l'énergie et au climat, art. 42.

(25) Loi n° 2020-1525 du 7 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (loi ASAP).

(26) Loi n° 2022-217 du 21 févr. 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, art. 36.

(27) CGCT, art. R. 4211-3.

(28) CJUE 14 nov. 1984, aff. C-322/82, *SA Intermills c/ Commission des Communautés européennes*.

(29) Lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022 (2022/C 80/01), JOUE n° C 80, 18 févr. 2022.

(30) C. com., art. L. 224-2.

(31) C. com., art. L. 225-17 s.

■ elle n'est possible que si la totalité des avances d'ores et déjà consenties par une commune ou un département et celle envisagée n'excèdent pas ensemble un plafond de 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement ou de 15 % de ces recettes lorsque les installations de production bénéficient d'un mécanisme de soutien²⁶. Pour les régions, le montant total des participations ne doit pas excéder 5 % de ces mêmes recettes²⁷.

Nécessaire respect des règles relatives aux aides d'État

Conditions normales de marché – Si les prises de participation capitalistiques ne doivent pas être considérées comme étant automatiquement contraires aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²⁸, la participation des collectivités actionnaires dans une société porteuse d'un projet de production d'ENR doit impérativement se faire dans des conditions normales de marché, pour échapper à la qualification d'aide d'État.

Cela impose de vérifier si, placé dans une situation analogue, un investisseur privé aurait agi de la même façon que la collectivité actionnaire, ou encore de s'interroger sur les possibilités qu'auraient eues la société de trouver dans les mêmes conditions des capitaux sur le marché privé.

Conséquences de la qualification d'aide d'État – Dans l'hypothèse où la prise de participation de la collectivité serait qualifiée d'aide d'État, l'intervention de la collectivité devrait alors s'effectuer dans le respect des conditions définies par les lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022²⁹.

■ Bénéfice d'un régime souple de droit privé

Choix d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée

Les sociétés de production d'ENR peuvent prendre la forme d'une société anonyme (SA) ou d'une société par actions simplifiée (SAS).

SA – La première forme est bien connue des collectivités territoriales et de leurs groupements puisqu'il s'agit de la forme en laquelle les SEML ou les SPL sont constituées (avec toutefois l'application de contraintes spécifiques prévues par les articles afférents du CGCT).

SAS – La SAS est en revanche moins connue même si elle est couramment utilisée dans la vie des affaires et notamment en matière de production d'ENR.

Cette seconde forme de sociétés est plus souple que la SA. Aucun montant minimum de capital social n'est exigé alors qu'un capital social de 37 000 euros minimum est requis pour la SA³⁰. La gouvernance est également plus souple puisque la SAS doit être dirigée par un seul président et, pour le reste, les associés peuvent déterminer librement dans les statuts les règles d'organisation de la société. La SA doit en revanche être administrée par un conseil d'administration d'au moins trois membres³¹, conformément aux articles L. 225-17 et suivants du code de commerce.

Absence d'application du régime exorbitant des SEM

À l'inverse des SEM, les sociétés ayant pour objet social la production d'ENR ne sont pas soumises à un régime exorbitant, générale-

ment associé aux entités dont la majorité du capital est détenue par des personnes publiques.

Représentation des collectivités dans les organes dirigeants – Les dispositions des articles L. 1524-1 et suivants du CGCT n'ont pas vocation à s'appliquer. Il n'existe ainsi aucune règle tenant à imposer une représentation minimale des collectivités territoriales au sein des organes dirigeants. Un amendement au projet de loi Engagement et proximité alors en discussion et visant à étendre les dispositions afférentes applicables aux SEM à ce type de sociétés avait d'ailleurs été rejeté³².

La représentation effective des collectivités dans les organes de décision n'est ainsi pas garantie par la loi et il appartient à ces dernières de porter une attention particulière à la rédaction des statuts et des pactes d'actionnaires lors de leurs prises de participation, afin de conserver, selon les besoins du projet, une influence sur les décisions à prendre. L'influence des collectivités peut également être garantie par le bénéfice d'un droit de veto sur certaines décisions de la société.

Contrôle – En outre, les dispositions précitées concernant le contrôle du représentant de l'État dans le département sur les délibérations des organes dirigeants des SEM ne s'appliquent pas non plus. La chambre régionale des comptes pourrait toutefois être amenée à contrôler les sociétés de production d'ENR en application de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières.

■ Principaux points d'alerte liés à la présence de collectivités

Encadrement de la mise à disposition du foncier

Dans le cadre du développement de projets de production d'ENR sur le territoire d'une collectivité, cette dernière est parfois amenée à mettre à disposition son foncier pour les besoins de sociétés privées. Cette mise à disposition peut se faire dans le cadre d'apports en nature ou, le plus souvent, de manière indépendante avec la conclusion d'une convention d'occupation. Les modalités de délivrance de telles conventions font l'objet d'évolutions législatives ou jurisprudentielles constantes.

S'agissant des titres d'occupation du domaine public, les articles L. 2122-1-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) posent le principe d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable lorsque l'occupation a pour objet une exploitation économique.

Ce principe est toutefois assorti de nombreux allègements (notamment en cas de manifestation d'intérêt spontanée³³) et de dérogations. Il convient de noter que, à l'heure où ces lignes sont écrites, le projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables adopté par le Parlement et transmis au Conseil constitutionnel (n° 2023-848 DC) entend étendre aux collectivités territoriales la dérogation aménagée par l'article L. 2122-1-3-1 du CGPPP pour le domaine public de l'État, permettant au gestionnaire du domaine de renoncer à organiser une procédure de mise en concurrence lorsque le titre d'occupation est destiné à l'implantation et à l'exploitation d'une installation de production d'ENR bénéficiant d'un soutien public au terme d'un appel d'offres de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)³⁴.

S'agissant des titres d'occupation du domaine privé, le Conseil d'État a considéré que la délivrance de tels titres n'avait pas à être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence³⁵. La prudence reste toutefois de mise dans l'attente d'une éventuelle confirmation du juge européen.

Soumission éventuelle aux règles de la commande publique

La présence de collectivités au capital et le soutien public susceptible d'être accordé aux projets de production d'ENR soulèvent la question de la soumission de la société aux règles de la commande publique, pour les contrats passés répondant à ses besoins, notamment au regard de leur éventuelle qualification d'entité adjudicatrice (voire, de manière *a priori* plus exceptionnelle, de pouvoir adjudicateur³⁶).

Les sociétés de production d'ENR doivent être regardées comme exerçant une activité de réseaux au sens de l'article L. 1212-3, 1° du code de la commande publique incluant notamment la production et la vente d'électricité.

Ces sociétés doivent ainsi être qualifiées d'entités adjudicatrices si elles répondent à la définition d'entreprise publique au sens de l'article L. 1212-1 du même code. Cette qualification sera ici reconnue si ces sociétés sont regardées comme placées sous l'influence dominante d'un ou de plusieurs pouvoirs adjudicateurs (les collectivités territoriales) « en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Cette influence dominante est présumée lorsque le ou les pouvoirs adjudicateurs détiennent la majorité du capital de la société, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres des organes dirigeants.

Il en résulte que le seul fait que les collectivités ne détiennent pas la majorité du capital de la société ne suffit pas à écarter une éventuelle influence dominante de celles-ci, et ce faisant la qualification éventuelle de la société en entité adjudicatrice.

(32) Loi n° 2019-1461 du 27 déc. 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

(33) CGPPP, art. L. 2122-1-4.

(34) Not., C. énergie, art. L. 311-10. L'autorité compétente doit toutefois avoir effectué une publicité préalable telle que prévue à l'art. L. 2122-1-4 précité.

(35) CE 2 déc. 2022, n° 460100, Lebon ; AJDA 2022. 2375 ; AJCT 2023. 111.

(36) La qualification de pouvoir adjudicateur ne peut être exclue mais apparaît moins probable. En effet, les sociétés de production d'ENR ne devraient pas, en règle générale, être regardées comme « créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » au sens de l'art. L. 1211-1 du CCP.