



Participations des collectivités territoriales au capital d'une société privée ayant pour objet la production d'énergie renouvelable

Dans le cadre de la production d'énergie renouvelable, la loi du 17 août 2015 permet, pour la première fois, aux collectivités d'être actionnaires d'une structure juridique ayant pour principale vocation la poursuite d'un but lucratif. Quelles sont les caractéristiques de cette participation ? Quels sont les risques pour les collectivités territoriales ?

L'article 111 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (ci-après loi TE), codifié à l'article L. 314-27 du Code de l'énergie institue la possibilité pour les sociétés commerciales, les sociétés d'économie mixte locales comme les sociétés coopératives, constituées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable « lors de la constitution ou de l'évolution de leur capital, de proposer une part aux personnes physiques (...), ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire desquels il se situe ».

Pour permettre la mise en œuvre de l'investissement participatif dans les projets de production d'énergie renouvelable par les collectivités locales, l'article 109 de la loi TE institue une dérogation aux dispositions du CGCT relatives aux communes, aux départements et aux régions, précisant que « sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général (...) ».

Désormais, par dérogation à l'article susmentionné, les collectivités « peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables »^[1].

La loi TE crée donc une dérogation nouvelle à l'interdiction, pour les collectivités territoriales, de participer au capital d'une société commerciale et, en particulier, dans une société dont les collectivités ou leurs groupements ne détiennent pas ensemble la majorité du capital.

Il ressort des débats parlementaires que l'implication des collectivités et des citoyens dans l'actionnariat de ces sociétés a pour but d'éviter « les oppositions locales »

Auteur

Mathieu Noël
Avocat associé

Justine Orier
Avocat

Mots clés

Aide d'État • Énergie renouvelable • Responsabilité • SEML
• Société commerciale

[1] CGCT, art. L. 2253-1 pour les communes et leurs groupements ; CGCT, art. L. 3231-6 pour les départements, et CGCT, art. L. 4211-1 pour les régions.



et de favoriser « la transparence en matière de gestion de ces sociétés »^[2]. L'investissement participatif pourrait également limiter les phénomènes spéculatifs de revente en cascade des sites de production, une fois le tarif d'achat fixé.

Des sociétés privées dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable

La production d'énergie renouvelable concerne les énergies « éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que [de] l'énergie issue de la biomasse, du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz »^[3].

Le Code de l'énergie prévoit que le mécanisme participatif peut être proposé par les sociétés visées au titre II du Code de commerce qui correspond aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique. L'article L. 314-7 du Code de l'énergie vise également les sociétés d'économie mixte locales ainsi que les sociétés participatives.

L'interdiction pour les collectivités de prendre des participations dans des sociétés privées exclut « toute participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général (...) ». Les SEML constituent donc une première dérogation à l'interdiction. L'article 109 de la loi TE instaure une seconde dérogation pour les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ayant pour objet la production d'énergie renouvelable.

Les collectivités pouvaient également, depuis la loi n° 2001-624 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, entrer au capital d'une société coopérative.

Les collectivités locales sont donc, désormais, habilitées à prendre des participations : (i) dans les SEML, (ii) dans les SA et les SAS, (iii) dans les sociétés coopératives régies par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

On observe que les dispositions de la loi TE permettent, pour la première fois aux collectivités, d'être actionnaires d'une structure juridique ayant pour principale vocation la poursuite d'un but lucratif. Les dérogations précédentes visaient l'exécution d'une activité d'intérêt général ou l'exécution d'un service public relevant de leur compétence, à l'instar des SEML, et la satisfaction des « besoins économiques ou sociaux » de leurs membres pour les sociétés coopératives.

[2] Monsieur le député, Ronan Dantec, séance du 17 février 2015 relative à l'adoption de l'article 27.

[3] Code de l'énergie, art. L. 211-2.

Un nouvel outil à disposition des collectivités territoriales pour la production d'énergies renouvelables

Les collectivités territoriales disposent déjà de la compétence pour produire elles-mêmes des énergies renouvelables. Pour les communes et les établissements publics de coopération, l'article L. 2224-32 du CGCT leur permet d'« aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter (...) toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables. (...) ».

L'article 88 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a étendu la compétence de production des énergies renouvelables aux départements et aux régions, ainsi qu'à leurs établissements publics. La suppression de la clause de compétence générale dans la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République ne modifie pas ces dispositions.

Ainsi, les collectivités locales peuvent construire et exploiter une installation de production d'électricité, à condition d'obtenir une autorisation d'exploiter délivrée par l'autorité administrative compétente^[4]. Sous certaines conditions, elles pouvaient également bénéficier du mécanisme dit d'« obligation d'achat ».

La loi TE permet aux collectivités de prendre des participations dans des sociétés privées dont l'objet social est la production d'énergie renouvelable par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à leur approvisionnement énergétique. Les possibilités ouvertes par l'article 109 de la loi sont donc plus larges que le dispositif initial d'investissement participatif du Code de l'énergie, qui ne mentionnait cette possibilité que pour le territoire sur lequel la collectivité se situe.

La notion de territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique des collectivités n'est pas totalement inconnue de la jurisprudence, laquelle avait pu reconnaître l'intérêt public communal pour une action d'une commune pourtant située à l'extérieur de son territoire^[5]. De même, pour les SEML, il n'est pas nécessaire de mentionner dans l'objet de ces sociétés un champ territorial d'intervention^[6]. La novation est plus tangible pour les groupements de collectivités plus sévèrement soumis au principe de spécialité territoriale. En tout état de cause, cette participation extraterritoriale légalement admise sera conditionnée par la démonstration de ce que les installations participent bien à l'approvisionnement des collectivités actionnaires. Il importe toutefois de noter que l'électricité, une fois injectée dans le réseau reste, physiquement intraçable. Ainsi, en dehors de l'hypothèse de l'autoconsommation, il apparaît difficile

[4] Code de l'énergie, art. L. 311-1, L. 311-5 et L. 311-6.

[5] CE 13 décembre 1967, Ville de Dreux, *Rec. CE* p. 487.

[6] CGCT, art. L. 1523-1.



d'identifier un critère pertinent pour prouver la participation des installations à l'approvisionnement énergétique de la collectivité situées hors du ressort territorial de cette dernière.

Les collectivités locales actionnaires dans le cadre de sociétés commerciales qui ne sont pas des entreprises publiques

La participation des collectivités locales au capital de sociétés privées n'accueillant qu'une minorité de capitaux publics a déjà été aménagée dans le cadre de textes spécifiques. Si les SEML ou les SPL doivent être qualifiées d'entreprises publiques, la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique permet une participation minoritaire des collectivités publiques dans ces sociétés privées. Ces sociétés, constituées uniquement pour la durée de vie du contrat qu'elles portent, peuvent être constituées par un actionariat composé « d'opérateurs économiques » (publics ou privés), lesquels peuvent détenir jusqu'à 66 % du capital de la société. La collectivité devant nécessairement conserver une minorité dite de blocage de 34 % du capital.

Pour les prises de participation des collectivités dans des sociétés privées de production d'énergie renouvelable, le texte ne pose aucun seuil de détention par les collectivités territoriales des actions de la société. Dans l'hypothèse où les participations de la collectivité devenaient majoritaires, la société entrerait dans le régime applicable aux entreprises publiques.

Le régime de ces prises de participation reste moins encadré que le régime spécifique applicable aux SEM et aux SEMOP. On relève notamment que l'obligation de communication au contrôle de légalité des délibérations des conseil d'administration ou conseil de surveillance, des contrats passés par la société, des comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes⁽⁷⁾ ne s'impose pas à ces sociétés, pas plus que la représentation obligatoire d'un membre de la collectivité à la tête ou au sein de l'assemblée délibérante⁽⁸⁾.

La collectivité actionnaire devra-t-elle mettre en concurrence la société de production d'énergie renouvelable ?

Pourrait survenir une situation où la société serait amenée à conclure des contrats avec une ou plusieurs de ses collectivités actionnaires. Le cas échéant, pour ne

pas être soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence, et dans la mesure où la collectivité pourrait être considérée comme exerçant sa compétence en tant qu'entité adjudicatrice conformément aux dispositions de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, la société devrait pouvoir entrer dans le champ d'application de l'entreprise dite liée, ou encore pouvoir être considérée comme étant dans une situation de quasi-régie au sens de l'article 17 de la même ordonnance.

Une entreprise liée est une entreprise qui répond à la définition d'entreprise publique au sens des dispositions de l'article 11-2° de l'ordonnance n° 2015-899 lorsque les entités adjudicatrices « détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ». L'autre hypothèse pour répondre à la définition d'entreprise liée serait que la société consolide ses comptes avec la collectivité publique, ce qui, en dehors d'une régie, n'est pas envisageable.

Si la société répond aux critères de l'entreprise publique, et pour être considérée comme une entreprise liée, cette dernière devrait alors réaliser « au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen (...) avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ». Les conditions restent donc extrêmement restrictives et peu adaptées en l'espèce.

Les règles concernant la situation de quasi-régie demeurent elles-aussi très restrictives. Applicables également dans l'hypothèse où la collectivité agit comme entité adjudicatrice, la situation de quasi-régie s'applique si « le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » ou si « la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées » par l'entité adjudicatrice.

En dehors de ces deux hypothèses, la collectivité devra mettre en concurrence la société de production d'énergie renouvelable avant de pouvoir faire appel à ses services.

Un régime de contrôle moins contraignant que pour les entreprises publiques

Pour ce qui est des contrôles que pourrait exercer la chambre régionale des comptes, l'article L. 211-4 du Code des juridictions financières dispose que la vérification des comptes peut concerner les établissements, sociétés, groupements et organismes dans lesquels les collectivités locales... « (...) détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion ». En dehors de cette hypothèse, la société ne pourrait faire d'objet d'un contrôle de ses comptes ou d'un contrôle de gestion au sens des dispositions de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières.

(7) CGCT, art. L. 1524-1.

(8) CGCT, art. L. 1524-5 et L. 1541-1.

Quels risques financiers sont encourus par la collectivité ?

Le choix des formes sociales adaptées devrait permettre aux collectivités de limiter leur responsabilité financière au montant des apports effectués. Dans cette hypothèse, la prise de participation en actions revêt un avantage significatif par rapport à la subvention, permettant à ces dernières de bénéficier d'éventuels dividendes en plus de leur investissement de départ^[9].

La limitation de la responsabilité financière des associés connaît une exception dans l'hypothèse où les dirigeants auraient commis des fautes de gestion^[10]. Dans cette hypothèse, les dirigeants sont amenés à supporter les dettes de la personne morale.

Ce risque est circonscrit pour les élus, mais pas pour les collectivités qu'ils représentent. En effet, les élus qui exerceraient un mandat au sein des sociétés privées de production d'énergie renouvelable pour le compte de la collectivité pourront bénéficier du report de leur responsabilité civile sur la collectivité locale, prévu aux articles L. 2253-5, L. 3231-8, L. 4253-4 du CGCT.

En revanche, leur responsabilité pénale ne pourra faire l'objet d'un transfert de responsabilité, à ce titre et le cas échéant, les élus doivent répondre aux infractions de droit commun : les abus de biens, les abus du crédit, du pouvoir et voix de la société, le délit de banqueroute^[11].

La problématique spécifique des conseils intéressés

Les parlementaires se sont émus, pendant les débats, des risques pour les élus liés à l'incrimination pénale de la prise illégale d'intérêts^[12] et susceptibles de mettre en danger les actes des assemblées délibérantes, en étant considérés comme conseils intéressés^[13].

Les parlementaires ont notamment fait référence à un rapport du service central de prévention de la corruption du mois de juin 2014 constatant que « le développement de l'activité éolienne semble s'accompagner de nombreux cas de prise illégale d'intérêts impliquant des élus locaux ».

Trois hypothèses sont ici à distinguer :

– un élu doit délibérer sur la prise de participation au capital d'une société privée de production d'électricité dont il est déjà actionnaire par ailleurs ;

– un élu doit délibérer sur la prise de participation de la collectivité au capital d'une société privée portant sur la production d'énergie renouvelable sur du foncier lui appartenant.

Dans ces hypothèses, l'élu doit se retirer des débats lorsque ces questions sont abordées par l'assemblée délibérante.

– un élu siège dans l'assemblée délibérante qui délibère sur ses relations avec la société. Des dispositions spécifiques aménagent la notion de conseil intéressé pour les élus représentant des collectivités locales dans les SEM^[14]. Ces dispositions ne sont pas applicables à la prise de participation des collectivités dans des sociétés privées de production d'électricité renouvelable. Il est donc conseillé à l'élu représentant la collectivité dans le conseil d'administration ou le conseil de surveillance des dites sociétés, de se retirer des débats de l'assemblée délibérante si celle-ci est amenée à délibérer sur des décisions la concernant.

L'application de la législation sur les aides d'État

Dans l'hypothèse où la prise de participation de la collectivité pouvait recevoir la qualification d'aide d'État, les conditions d'intervention des collectivités devraient respecter les nouvelles lignes directrices européennes concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, adoptées le 9 avril 2014, publiées le 28 juin 2014 et entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

Toutefois, la jurisprudence européenne considère depuis longtemps que « les prises de participation des collectivités publiques ne sauraient être considérées comme étant automatiquement contraires aux règles du traité »^[15].

Pour ne pas recevoir la qualification d'aide d'État, la collectivité devrait pouvoir être regardée comme un investisseur privé en économie de marché. Le critère de la rentabilité est essentiel pour ne pas recevoir une telle qualification^[16]. La Commission a déjà constaté que l'État n'avait pas agi en tant qu'investisseur privé en économie de marché en recapitalisant la société EDF, en la forme d'un renoncement à une créance fiscale^[17]. La collectivité devra donc, au-delà de l'intérêt écologique du projet, veiller à ce que son intérêt financier ne soit pas compromis par le principe de cette prise de participation.

[9] M. Pelletier, *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés*, PUAM, 2007.

[10] Code de commerce, art. L. 651-2 al. 1^{er}.

[11] Code de commerce, art. L. 654-1 et s. ; Cass. crim. 2 juin 1999, req. n° 98-81.454.

[12] Code pénal, art. 423-12.

[13] CGCT, art. L. 2131-11.

[14] CGCT, art. L. 1524-5.

[15] CJCE 14 novembre 1984, SA Intermill c/Commission, aff. C-323/82.

[16] CJCE 3 juillet 2003, Royaume de Belgique c/commission, aff. C-457/00.

[17] CJUE 5 juin 2012, Commission européenne c/ EDF, aff. C-124-10 P.