

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Crise énergétique : identification des leviers contractuels

► Focus sur le contrat d'achat direct d'électricité à long terme

Apports de la loi EnR

Modalités de financement

► Achat d'énergie ou autoconsommation ?

Conclusion d'accords-cadres

Modalités de recours à l'autoconsommation individuelle

► Quels outils pour limiter la consommation énergétique ?

Marché global et marché de partenariat de performance énergétique

Expérimentation du tiers-financement

Intégrer la performance énergétique dans les contrats : recommandations...



Crise énergétique : quelles politiques de consommation et quels modes d'achat d'énergie ?

Passée la surprise de l'augmentation des factures d'énergie et son impact budgétaire, les acteurs publics ont d'abord été amenés à auditer leurs postes de consommation d'énergie, leur capacité à les répercuter dans les tarifs de leurs services publics supportés par les usagers ou dans leur fiscalité, à solliciter les aides ponctuelles allouées en 2022 et prolongées en 2023.

Puis, est rapidement venu le temps pour les acteurs publics de se réinterroger sur leurs pratiques d'achats d'énergie pour en contrôler davantage les prix et envisager de consommer autrement. Les objectifs financiers ont alors rejoint les objectifs environnementaux et précipité leur traduction concrète.

Une première approche du sujet consiste à chercher à réduire les prix d'achat des énergies utilisées. À cet effet, les techniques classiques d'achat d'énergie ont dû et doivent être retravaillées.

Les outils jusque-là éprouvés dans le cadre d'un marché énergétique qui était stable ou à la baisse, tels les accords-cadres d'achat d'énergie, passés seul, en groupement de commandes ou par des centrales d'achat, méritent d'être améliorés pour sécuriser autant que possible la fixation du prix.

Le temps court et l'achat instantané sur le marché de gros, qui permettaient jusqu'à la crise énergétique l'achat le moins cher d'énergie, n'atteignent plus aujourd'hui cet objectif. Il faut désormais, dans ces marchés classiques de fourniture d'énergie, de durée limitée à quatre ans, sécuriser la constitution du prix d'achat d'énergie et laisser une plus faible part aux clauses trop volatiles (les clauses de « swap »).

Cet objectif s'inscrit il est vrai dans l'incertitude de l'avenir du tarif d'accès régulé au nucléaire historique (l'ARENH), dans un cadre pour l'heure fixé jusqu'à fin 2025, comme des solutions qui seront retenues par la Commission européenne aux termes de sa réforme annoncée du marché de l'électricité.

L'achat à long terme peut également offrir une solution au problème. C'est là l'enjeu qu'il y avait à autoriser, dans la récente loi d'accélération des énergies renouvelables, la conclusion par les acteurs publics des contrats d'achat direct d'électricité à long terme (ou *Power Purchase Agreement*, PPA), outil nouveau de la commande publique pour acheter à long terme de l'énergie renouvelable directe-

ment auprès d'un producteur. Ce dernier, sécurisé par la garantie d'un acheteur sur une longue durée (dans ce cadre exceptionnellement autorisée), peut développer un outil de production d'énergie renouvelable.

Une seconde approche de la question consiste pour les acteurs publics à réfléchir à limiter leurs consommations énergétiques (agir sur les quantités achetées) et responsabiliser leurs achats (acheter de l'énergie renouvelable).

Ce faisant, en contrepoint ou en complément de la réaction, légitime, qui se veut urgente en achetant moins cher, la recherche de la performance énergétique des bâtiments publics et des activités de service public fortement consommatrices d'énergie ouvre le champ d'action dans le temps, servant alors aussi une politique de décarbonation locale.

Il y a là matière à passer d'une action subie à une action choisie et une politique énergétique ambitieuse.

Plusieurs outils de la commande publique pourront être mobilisés à cet effet. Il en va du marché global de performance énergétique, du marché de partenariat de performance énergétique, des pratiques en matière de rédaction de clauses de performance énergétique.

C'est là aussi l'occasion de réfléchir à verdir les achats d'énergie au sein des marchés à conclure. Les acheteurs publics pourront ainsi chercher à favoriser, dans la passation ou l'exécution de leurs marchés publics, l'utilisation des énergies renouvelables.

Une autre manière enfin de verdir l'achat d'énergie consiste à chercher à concilier les deux outils que sont l'accord-cadre d'achat d'énergie et l'achat d'électricité à long terme susvisé. À cet effet, introduire un lot dans l'accord-cadre propre à l'achat direct d'électricité auprès d'un producteur, imposer aux fournisseurs d'acheter une part de l'énergie qu'ils revendent auprès d'un producteur d'électricité renouvelable par ailleurs mis en concurrence par l'acheteur, sont aussi des solutions à inventer pour mieux acheter.

Ainsi, de la feuille de route de décarbonation à l'achat énergétique responsable, il y a quelques pas... et surtout de bonnes pratiques d'acheteur à adopter.

Marie-Hélène Pachen-Lefèvre
Avocate Associée, SEBAN & ASSOCIES
Spécialiste en droit public

Retrouvez
les textes cités sur
MONITEURJURIS

ÉDITORIAL

3

Crise énergétique : quelles politiques de consommation et quels modes d'achat d'énergie ?

VEILLE

7

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX.....7

Marchés publics – Contrats de concession – Copie de sauvegarde – Transmission

Arrêté du 14 avril 2023 (NOR : ECOM2308848A)

■ JURISPRUDENCE NATIONALE7

Marchés publics – Marché de substitution – Droit de suivi – Modalités

CE 5 avril 2023, Ministre des armées c/ Société Iveco France, req. n° 463554

Marché public de fournitures – Illicéité de l'objet du marché

CE 5 avril 2023, Commune de Hyères et Société Compagnie européenne de réalisations antiparasitaires, req. n° 459834

Marché public de travaux – Pénalités de retard – Modulation – Groupement

CE 12 avril 2023, Société A., req. n° 461576

Responsabilité – Action subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable – Imputabilité de la part correspondant à la faute de la victime

CE 12 avril 2023, Société SMA, req. n° 463881

LE MONITEUR | BOUTIQUE

www.lemoniteurboutique.com

Faites le bon choix et commandez en ligne



La garantie du meilleur prix



Expédition en 48 h des livres en stock



Feuilleter d'extraits en ligne



Paiement sécurisé



ABONNEMENTS



E-BOOKS



EPUBS ET PDFS



CHANGEMENTS
NUMÉRIQUES À JOUR



★★★★ Avis des lecteurs



Livraison Colissimo à 1 €
France métropolitaine



Suggestion de produits
complémentaires



Mandats administratifs acceptés

DOSSIER

13

Crise énergétique : identification des leviers contractuels

Favoriser l'utilisation des énergies renouvelables dans les marchés publics	14
Ana Nuytten et Alexandra Ouzar	
Contrat d'achat direct d'électricité à long terme : apports de la loi EnR	19
Jacques Dabreteau	
Le financement des contrats de fourniture d'énergie renouvelable avec la loi d'accélération	24
Adrien Fourmon	
Achat public d'énergie : privilégier le recours à l'accord-cadre ?	28
Yvonnick Le Fustec	
La mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle dans le cadre de la commande publique	34
Cécile Fontaine	
Marché global de performance énergétique : les principales caractéristiques	38
Laurent Sery et Ivana Vidakovic	
Le marché de partenariat de performance énergétique : un outil adapté à certains cas de figure	46
Astrid Boullault	
Quel mode de passation privilégier pour un « CPE » ?	51
Cédric Vial	
Intégrer la performance énergétique dans les contrats : recommandations	55
Benoît Louis	
Le nouveau cadre légal de l'expérimentation du tiers-financement en marché global de performance	59
Olivier Ortega	
Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés de production d'énergie renouvelable	63
Christophe Cabanes	
Contrats de la commande publique et CO₂	68
Pierre Pintat et Alexandre Gilliot	

Au sommaire du prochain numéro
Sous-traitance et commande publique



Veille

Retrouvez l'intégralité de la veille sur **MONITEURJURIS**

Textes officiels nationaux

Arrêtés

Marchés publics – Contrats de concession – Copie de sauvegarde – Transmission

■ Arrêté du 14 avril 2023 (NOR : ECOM2308848A)

 À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

Un arrêté du 14 avril dernier pris en application des articles R. 2132-11, R. 2332-14 et R. 3122-17 du Code de la commande publique modifie le deuxième alinéa de l'article 2-I de l'annexe 6 du Code de la commande publique (arrêté du 22 mars 2019, NOR : ECOM1831545A) en ajoutant un nouveau mode de transmission de la copie de sauvegarde par voie électronique.

Le I de l'article 2 de cette annexe prévoit que :

« I.- Le candidat ou le soumissionnaire peut faire parvenir une copie de sauvegarde dans les délais impartis pour la remise des candidatures ou des offres soit sur un support papier ou sur support physique électronique, soit par voie électronique lorsque l'acheteur ou l'autorité concédante l'autorise dans les documents de la consultation.

« La copie de sauvegarde transmise à l'acheteur ou à l'autorité concédante sur support papier ou sur support physique électronique doit être placée dans un pli comportant la mention "copie de sauvegarde".

« La copie de sauvegarde adressée par voie électronique est transmise au moyen d'outils et de dispositifs conformes aux exigences minimales des moyens de communication électronique prévus par les dispositions de l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique (annexe 8 du Code de la commande publique). »

Jurisprudence nationale

Conseil d'État

Marchés publics – Marché de substitution – Droit de suivi – Modalités

■ CE 5 avril 2023, *Ministre des armées c/ Société Iveco France*, req. n° 463554

 À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

► Le 11 janvier 2007, la structure intégrée du maintien en condition opérationnelle des matériels aéronautiques du ministère de la défense (Simmad) a conclu avec la société Iveco France un marché ayant pour objet l'acquisition de véhicules de dégivrage et d'antigivrage pour aéronefs. Par une décision du 24 avril 2008, la Simmad a résilié le marché aux torts de cette société. Par un jugement du 29 août 2012, devenu définitif, le TA de Bordeaux a rejeté les demandes de la société Iveco France contestant notamment cette décision de résiliation. Les 25 juin 2013 et 8 décembre 2014, la Simmad a notifié à la société Iveco France deux décomptes provisoires mettant à sa charge le coût des dépenses supplémentaires résultant de la passation d'un marché de substitution ayant le même objet que le marché initial. La société Iveco France a demandé au TA de Bordeaux de la décharger des sommes figurant dans ces décomptes de résiliation provisoires et d'arrêter le décompte définitif du marché résilié. Par un jugement du 2 mai 2016, le TA de Bordeaux a rejeté ces demandes. Par un arrêt du 20 décembre 2018, la CAA de Bordeaux a rejeté l'appel de la société Iveco France. Par une décision du 26 février 2020, le Conseil d'État, statuant au contentieux, a annulé cet arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions relatives à la fixation du décompte définitif du marché résilié. La Simmad a émis un titre exécutoire, le 15 décembre 2017, pour recouvrer le solde définitif du décompte de liquidation, d'un montant 2 096 488,72 euros. Par un jugement du 30 décembre 2019, le TA de Bordeaux a rejeté la demande de la société Iveco France tendant à l'annulation de ce titre exécutoire et à la décharge de l'obligation de payer cette somme. Enfin, par courrier du 2 mai 2017, la Simmad a adressé à la société Iveco France le décompte général et définitif de liquidation, faisant apparaître un solde à sa charge de 2 096 488,72 euros. Par un jugement du 3 juin 2019, le TA de Bordeaux a rejeté la demande de la société Iveco France tendant à ce que le solde négatif du marché, d'un montant de 2 096 488,72 euros, soit réduit à la somme de 57 204,08 euros. La ministre des Armées se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 28 février 2022 en tant que la CAA de Paris a fait partiellement droit aux appels de la société Iveco France contre les jugements des 2 mai 2016, 3 juin 2019 et 30 décembre 2019

Favoriser l'utilisation des énergies renouvelables dans les marchés publics

Fruits d'une longue démarche législative de verdissement de la commande publique, divers leviers permettent désormais aux acheteurs publics de favoriser les énergies renouvelables lors de la passation puis de l'exécution de leurs contrats de la commande publique tels que les marchés publics. En parallèle, les énergies renouvelables trouvent depuis peu également leur place dans de nouvelles techniques d'achat d'énergie sous la forme, notamment, de marchés publics.

Par son poids dans l'activité économique, la commande publique constitue également un moyen d'intervention efficace pour accélérer et consolider la transition vers des modes de production et de consommation plus vertueux afin de répondre aux enjeux liés à la protection de l'environnement et notamment celui d'une nécessaire diminution des émissions de gaz à effet de serre », tels sont les termes de l'étude d'impact du Projet de loi relatif à l'industrie verte⁽¹⁾ présenté en Conseil des ministres le 16 mai 2023 et dont plusieurs mesures intéressent la commande publique.

C'est dans la droite ligne de cette logique pragmatique que l'utilisation et la promotion des énergies renouvelables par les acheteurs publics, favorisées, encouragées et parfois imposées par les textes européens et nationaux aux objectifs ambitieux, s'inscrit

Et grâce à un « verdissement » de la commande publique qui s'appuie notamment sur le développement des énergies renouvelables pour repenser l'achat public, les acheteurs disposent ainsi désormais d'outils leur permettant d'intégrer la considération environnementale au cœur de la passation puis de l'exécution de leurs contrats de la commande publique, bien qu'aucun ne soit spécifique aux énergies renouvelables.

Au-delà de tels leviers, les acheteurs publics peuvent désormais se tourner, pour répondre à leurs besoins en matière d'approvisionnement en énergie, vers les énergies renouvelables en usant de techniques d'achat innovantes dans le respect des règles de la commande publique, impulsées par un cadre juridique en pleine évolution.

Auteurs

Ana Nuytten
Avocate à la Cour

Alexandra Ouzar
Avocate à la Cour
Cabinet Seban et associés

(1) Projet de loi relatif à l'industrie verte, étude d'impact, 15 mai 2023.

l'objet des prestations requises et le cas échéant, sur le degré d'intégration de ces dernières auxdites prestations. En effet, selon l'objet du marché public en cause, les énergies renouvelables pourront occuper une place accessoire ou au contraire centrale dans l'achat, tel que c'est naturellement le cas des marchés de fourniture d'énergie mais également de ceux portant sur des prestations de service de transport par véhicule à moteur⁽⁵⁾ ou encore sur la construction ou la rénovation des bâtiments⁽⁶⁾.

Une fois l'objet du marché ainsi déterminé, il conviendra de définir la nature et l'étendue précise des besoins à satisfaire par le marché public envisagé. Sans revenir sur l'importance d'une détermination tout aussi transparente que fine des besoins par les acheteurs publics afin de respecter les principes de la commande publique, on notera que, de longue date, la prise en compte des objectifs de développement durable est requise à ce stade. En effet, l'article 5 du Code des marchés publics prévoyait déjà : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. »⁽⁷⁾. Sous l'empire de ces dispositions, le juge administratif considérait alors que les acheteurs publics avaient à concilier dans la définition de leurs besoins « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social » ce qui leur permettait sans nullement que cela leur soit imposé de retenir des considérations environnementales dans l'attribution du marché⁽⁸⁾. Ainsi, une sorte « d'obligation de moyen » pesait en la matière sur les acheteurs publics sans qu'ils ne soient tenus de retranscrire de quelconques exigences environnementales ou énergétiques dans les exigences techniques fixées par les documents de la consultation⁽⁹⁾.

C'est là l'une des nouveautés de la loi Climat et résilience, venue intégrer l'obligation de prise en compte dans les spécifications techniques prévues au marché « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »,

(5) Voir en ce sens arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1830223A) relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics.

(6) Prestations pour lesquelles l'article L. 228-4 du Code de l'environnement impose à la commande publique de prendre en compte les exigences de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre et de stockage du carbone et veille au recours à des matériaux de réemploi ou issus des ressources renouvelables.

(7) Disposition désormais reprise et précisée à l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique

(8) CE, 23 novembre 2011, req. n° 35170.

(9) Voir en ce sens, La définition des besoins, Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019 ; Rép. min. n° 25167, *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75 ; M.-H. Pachon-Lefèvre et A. Ouzar, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi Climat et Résilience », *Contrats Publics – Le Moniteur* n° 226, décembre 2021.

à compter du 22 août 2026⁽¹⁰⁾. Ainsi, les acheteurs ont d'ores et déjà la possibilité d'inclure des prescriptions techniques dans leurs marchés tenant à l'utilisation d'ENR, possibilité qui pourra bientôt s'inscrire, dans le cadre de cette obligation. Ces spécifications techniques pourront être appuyées par le fait d'imposer à l'opérateur économique qu'il détienne un label, sous réserve de respecter les conditions prévues aux articles R. 2111-12 à R. 2111-17 du Code de la commande publique.

On rappellera toutefois, qu'afin de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques, les spécifications techniques requises par les documents de la consultation en matière d'ENR, bien qu'éventuellement innovantes dans une certaine mesure, ne pourront être excessivement restrictives en ayant indirectement pour effet de favoriser ou écarter certains opérateurs⁽¹¹⁾.

L'intégration des énergies renouvelables au stade de l'analyse des offres et des conditions d'exécution du marché public par le titulaire

L'intégration d'un critère de sélection des offres tenant à l'utilisation d'ENR voire plus généralement environnemental n'était jusqu'alors pas envisagée comme une obligation pour les acheteurs publics, mais comme une faculté liée à l'objet du marché⁽¹²⁾. En effet, le Code de la commande publique impose seulement aux acheteurs l'attribution des marchés publics aux soumissionnaires ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et aux critères d'être à cette fin objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution⁽¹³⁾.

En ce sens, la CJUE a considéré le critère d'attribution portant sur le niveau d'émission d'oxyde d'azote et de bruit des autobus comme effectivement lié au à l'objet du marché public en cause, portant sur des services de transports urbains par autobus⁽¹⁴⁾. De même, elle admettait en 2003 le principe du recours à un critère de sélection des offres exigeant la fourniture d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables (même pondéré à 45 %) tout en le considérant, dans le marché public en cause illicite, car rédigé dans des termes dont il ressortait qu'il ne concernait pas son objet⁽¹⁵⁾. En effet, le critère consistait « à attribuer des points pour la quantité d'électricité produite à partir d'énergie

(10) Voir en ce sens l'article 35 de la Loi Climat et résilience ainsi que l'article L. 2111-2 du Code de la commande publique dans sa version à venir à compter du 22 août 2026.

(11) Il en va de même de la mention de marques ou brevet, voir en ce sens *La définition des besoins*, Direction des Affaires Juridique du Ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019, précité.

(12) Pour un exemple jurisprudentiel sous l'empire des dispositions du Code des marchés publics, voir CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

(13) CCP, art. L. 2152-7.

(14) CJUE 17 septembre 2022, aff. C-513/99.

(15) CJCE 4 décembre 2003, aff. C-448/01 et conclusions de l'avocat général sous l'arrêt.

ou plusieurs consommateurs finals qui sont liés entre eux au sein d'une personne morale organisatrice et dont les points de soutirage et d'injection sont situés dans le même bâtiment, dans les termes de l'article L. 315-2 du Code de l'énergie.

Ces dispositifs étaient déjà utilisés par les acheteurs publics locaux pour produire et consommer de l'électricité pour leurs besoins propres.

L'article 86 de la loi APER a introduit un nouvel article L. 331-5 du Code de l'énergie qui consacre expressément la possibilité pour les acheteurs publics mettre en œuvre de telles opérations « dans les conditions prévues par le Code de la commande publique » et d'ainsi recourir à la conclusion d'un contrat de la commande publique « dans le cadre d'opération d'autoconsommation collective mentionnée à l'article L. 315-2 avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération » et « avec un tiers mentionné à l'article L. 315-1 pour la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle mentionnée au même article L. 315-1 ». Concrètement, le choix du ou des producteurs participant à cette opération est soumis aux règles de la commande publique.

De surcroît, s'agissant de l'autoconsommation individuelle, l'article susvisé précise que le contrat de la commande publique conclu pourra confier au titulaire « l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production pour autant qu'il demeure soumis aux instructions de l'autoproduiteur ».

Il sera également noté que l'article 100 de la loi APER introduit dans le Code de l'énergie un article L. 448-1 qui fixe le régime de l'autoconsommation collective en matière de gaz d'origine renouvelable.

Les contrats de vente directe à long terme d'électricité

La loi APER introduit en droit interne la notion de « contrat de vente directe à long terme d'électricité », désormais prévue aux articles L. 331-5 et L. 333-1 du Code de l'énergie, qui s'inspire de la notion de « PPA » (« Power Purchase Agreement ») sans toutefois donner une définition à cette notion.

Il s'agit d'un montage contractuel désintermédié entre un producteur et un consommateur final d'électricité.

L'objectif principal, au-delà de la consommation d'énergies renouvelables, est bien la maîtrise par la collectivité

de ses coûts pour s'approvisionner en énergie car, dans un marché de fourniture d'énergie classique, le fournisseur se charge lui-même de s'approvisionner auprès d'un producteur ou sur le marché de gros de l'électricité à des prix qui, au vu du contexte actuel, peuvent être très élevés.

On soulignera également que ce dispositif présente aussi le bénéfice pour les producteurs d'énergie de source renouvelable d'obtenir, sur le long terme, une certaine sécurité financière sans avoir besoin de recourir aux dispositifs de soutien étatique que sont l'obligation d'achat et le complément de rémunération.

L'article 86 de la loi APER susvisé qui, tel qu'exposé, a introduit un article L. 331-5 dans le Code de l'énergie précise donc que les acheteurs publics peuvent conclure des contrats de vente directe à long terme dans le respect des règles de la commande publique. On le comprend aisément dans la mesure où un tel contrat vise précisément à répondre à un besoin public. La mise en œuvre d'une procédure de publicité préalable et de mise en concurrence est donc de rigueur.

En outre, la loi APER a permis de clarifier la durée de ce contrat et ainsi de lever une difficulté liée à la conclusion d'un tel contrat sous forme de marché public. En effet, le nouvel article L. 331-5 du Code de l'énergie prévoit que la durée du contrat de vente directe d'électricité « est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations ». Pour rappel, aux termes de l'article L. 2112-5 du Code de la commande publique, la durée des marchés publics doit tenir compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique et, comme en dispose l'article L. 2125-1 de ce même code, les accords-cadres sont quant à eux limités à une durée de quatre ans.

Les opérations d'autoconsommation tout comme les contrats de vente directe à long terme d'électricité sont des techniques d'achat favorisant le recours aux énergies renouvelables. La loi APER, en affirmant ou réaffirmant la possibilité pour les acheteurs publics d'y recourir s'inscrit ainsi concrètement dans la lignée d'autres dispositifs législatifs plus généraux pouvant permettre, sous réserve du strict cadre des principes de la commande publique, de faire des marchés publics un vecteur du développement des énergies renouvelables.

Contrat d'achat direct d'électricité à long terme : apports de la loi EnR

L'article 86 de la loi EnR facilite la conclusion de contrats d'achat direct d'électricité à long terme entre producteurs et consommateurs finaux d'énergie (ou gestionnaires de réseaux pour leurs pertes), en instituant un cadre propre à ces contrats, dont le contenu présente un caractère à la fois clarificateur et incitatif. En outre, si le verrou de la durée limitée des marchés a été levé pour permettre aux acheteurs relevant du Code de la commande publique de conclure ce type de contrat, certaines interrogations demeurent quant aux modalités concrètes de recours à ce nouvel instrument.

La récente crise mondiale a rappelé avec force la dépendance étroite des activités humaines, en particulier économiques, aux matières premières et aux sources d'énergie, dans le contexte d'une transition écologique contrariée par le retour (conjoncturel ?) aux énergies fossiles. Mettant l'économie mondiale à l'épreuve ou plutôt « sous tension », la pénurie d'énergie causée par la reprise économique post-Covid 19, et accentuée par l'invasion russe de l'Ukraine, a conduit les États et les opérateurs économiques à réfléchir aux moyens de sécuriser leur approvisionnement tout en luttant contre la volatilité des prix, en mobilisant au passage pour les premiers l'arme fiscale afin de lutter contre les profits « excessifs » des entreprises productrices d'électricité⁽¹⁾.

Garantir la stabilité de l'approvisionnement, donner une meilleure visibilité sur les prix de l'énergie, tels sont aussi les enjeux auxquels visent à répondre les contrats d'achat direct d'électricité à long terme, encore dénommés *corporate power purchase agreements* (CPPA) ou *power purchase agreements* (PPA). Cela explique qu'ils soient amenés à connaître un puissant développement dans les années à venir, tout au moins en France qui

Auteur

Jacques Dabreteau
Avocat associé, département droit public
Ashurst LLP

[1] Cf. article 54 de la loi n° 2022-1726 du 30 décembre 2022 de finances pour 2023 instaurant une contribution sur la rente inframarginale de la production d'électricité.

– on le sait – accuse un retard certain sur ses voisins européens⁽²⁾.

L'expansion prévisible de ce type de contrat s'inscrit, plus largement, dans une évolution du marché de l'électricité qui, d'une organisation monopolistique héritée de l'immédiate après-guerre, s'est récemment ouvert à la concurrence sous l'impulsion européenne, la loi du 10 février 2000⁽³⁾ promouvant par ailleurs la production d'énergies renouvelables au moyen de mécanismes de soutien public⁽⁴⁾ destinés à inciter à investir dans de nouvelles capacités de production. Or, la baisse constante des coûts de production et la maturité acquise par certaines filières renouvelables, telles que les filières éolienne et solaire, ont d'abord facilité la transition vers des mécanismes de soutien à la vente d'énergie sur le marché (contrat de complément de rémunération⁽⁵⁾), et permettent aujourd'hui d'envisager le recours accru au financement privé des installations de production d'énergies renouvelables, dont le CPPA constitue un instrument clé.

Les CPPA sont généralement conclus pour une longue durée (de l'ordre de quinze à vingt ans en pratique) entre des producteurs assurant le financement, la construction et l'exploitation de centrales de production d'énergie (électricité ou gaz) et des clients finals qui s'engagent à acquérir l'énergie produite pour les besoins de leur consommation. Ils présentent donc une évidente attractivité en période de turbulences sur le marché et de forte volatilité des prix de l'énergie. En outre, s'ils ne sont pas réservés aux énergies produites à partir de sources renouvelables, un nombre croissant de clients, publics et privés, cherchent à « verdier » leur approvisionnement en le diversifiant et trouvent dans le CPPA l'instrument idoine pour bénéficier d'une énergie verte à un prix prévisible, dont ils peuvent par ailleurs se prévaloir pour soigner leur image.

Dans ce contexte favorable, la promotion par les pouvoirs publics de ce type de contrat s'est d'abord manifestée par la création en novembre 2022 d'un fonds de garantie à destination des industriels dont l'objet est de

couvrir le risque de contrepartie (risque de défaut de paiement de l'acheteur ou *offtaker*) et ainsi de surmonter la frilosité des établissements de crédit à financer de tels projets. Avec cette garantie (onéreuse), et sous certaines conditions, le producteur sera payé même si l'acheteur fait défaut au cours de la durée du CPPA.

Il n'est pas étonnant que le législateur – incité par les opérateurs – ait ensuite souhaité mobiliser ce levier d'action, encore trop faiblement développé en France, pour accélérer la transition énergétique en vue d'atteindre l'objectif ambitieux de la neutralité carbone d'ici 2050. C'est à cette fin qu'au titre des mesures transversales de financement des énergies renouvelables, l'article 86 de la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables autorise la conclusion de contrats d'achat direct d'électricité à long terme entre producteurs et consommateurs finaux d'énergie (ou gestionnaires de réseaux pour leurs pertes), permettant aux premiers de sécuriser leurs revenus, et aux seconds d'obtenir une stabilité d'approvisionnement associée à une visibilité sur les prix sur le long terme.

L'objet du présent article est donc d'analyser le contenu du cadre propre aux contrats d'achat d'électricité à long terme créé par le législateur avant d'évoquer la faculté offerte aux acheteurs relevant du Code de la commande publique de recourir à de tels contrats pour répondre à leurs besoins en énergie.

Contenu du cadre propre aux contrats d'achat direct d'électricité à long terme créé par le législateur

Présentés dans l'étude d'impact comme une nouvelle modalité de financement de la production d'énergies renouvelables, et destinés – une fois conclus – à se substituer aux divers dispositifs de soutien public, les contrats d'achat direct d'électricité à long terme se voient soumis à un régime relativement épuré reposant sur un cadre juridique clarifié et sur un dispositif fiscal incitatif.

Un cadre juridique clarifié

S'il est exact que l'absence de cadre juridique clair n'a pas empêché jusqu'ici la conclusion de CPPA en France, force est de constater qu'elle n'a pas non plus facilité l'avènement et le développement de ce type de contrat, le défaut de règles étant souvent de nature à modérer les ardeurs des opérateurs économiques en France.

C'est pourquoi le premier objectif poursuivi par le législateur était de créer un cadre clair et sécurisé pour lever l'incertitude inhérente au recours aux CPPA.

Hors dispositions propres aux acheteurs relevant du Code de la commande publique, ce cadre repose sur deux principales mesures :

– d'une part, l'obligation pour les producteurs concluant un contrat de vente directe d'électricité à des consommateurs

(2) Rapport n° 526 de M. Henri Alfandari, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 26 novembre 2022 : « Les contrats PPA se développent à mesure que les technologies de production d'énergie renouvelable gagnent en maturité. D'après l'Agence internationale de l'énergie, près de 15 GW de PPA ont été conclus en 2020 aux États-Unis et 7,2 GW en Europe, contre respectivement 9,8 GW et 2,3 GW en 2018. Plus récemment, la Commission de régulation de l'énergie a commandé une étude sur le développement des PPA, qui relève une puissance totale de 40 GW liée à ce type de contrat dans 11 pays européens, résultant souvent de nouvelles installations. L'étude comptabilise 500 MW de capacités renouvelables contractées en PPA en France (en cumul), contre, par exemple, 13 GW en Espagne – dans un cas comme dans l'autre, principalement pour du photovoltaïque ».

(3) Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité.

(4) Obligation d'achat par EDF et les distributeurs non nationalisés de l'électricité produite à un tarif réglementé.

(5) Cf. article 104 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Marché global de performance énergétique : les principales caractéristiques

Le marché global de performance constitue aujourd'hui l'un des principaux outils en vue de l'amélioration de l'efficacité énergétique dans le droit de la commande publique. Comment se distingue-t-il du marché de partenariat ? Quelles sont ses spécificités s'agissant de son contenu... ?

Il est loin le temps où le droit de la commande publique ne visait essentiellement qu'à satisfaire des impératifs de bonne utilisation des deniers publics ou encore à garantir la libre circulation des produits et services dans l'espace communautaire. Dans un monde dans lequel certaines ressources ne cessent de s'épuiser, les préoccupations en matière d'économie d'énergie deviennent de plus en plus prégnantes. Il ne fait plus de doute désormais que le droit de la commande publique doit aussi viser aujourd'hui à garantir des objectifs de développement durable et à garantir notamment la Maîtrise des coûts de l'énergie. Ce droit offre aujourd'hui aux acheteurs différents leviers et outils contractuels permettant de satisfaire ces objectifs. Parmi ceux-ci, le contrat de performance énergétique occupe une place toute particulière. Celui-ci est défini par la directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique comme un « accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes duquel les investissements (travaux, fournitures ou services) dans cette mesure sont rémunérés en fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ou d'un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières »⁽¹⁾. Plus récemment, l'article 1^{er} de l'arrêté du 24 juillet 2020 relatif aux contrats de performance énergétique⁽²⁾ a défini cet outil comme constituant « un contrat conclu entre un donneur d'ordre et une société de services d'efficacité énergétique visant à garantir une diminution des consommations énergétiques du maître d'ouvrage, vérifiée et mesurée par rapport à une situation de référence contractuelle, sur une période de temps donnée grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou

Auteurs

Laurent Sery
Avocat associé
Ivana Vidakovic
Avocate
Adaltys Avocats

(1) Article 1^{er} de la directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012.

(2) Arrêté du 24 juillet 2020 (NOR : TRER2016315A).

prestations de services. En cas de non atteinte des objectifs du contrat, celui-ci prévoit des pénalités financières ». De son côté, la doctrine relève que le contrat de performance énergétique est un accord conclu « entre le détenteur d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure et un opérateur mettant en œuvre des mesures destinées à améliorer l'efficacité énergétique, qui visent à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, une diminution des consommations énergétiques de l'ouvrage, vérifiée et mesurée dans la durée, grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou services. La rémunération de l'opérateur est, au moins en partie, corrélée au niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique générée par cet investissement »^[3]. Il ressort de l'ensemble de ces définitions que le contrat de performance énergétique a principalement pour objet de conduire à améliorer l'efficacité énergétique d'ouvrages existants notamment par le biais d'une diminution des consommations énergétiques tout en intégrant des engagements de performance énergétique. Deux types de contrats globaux sont aujourd'hui principalement utilisés par les acheteurs pour conclure des contrats de performance énergétique : d'une part, le marché de partenariat, d'autre part, le marché global de performance énergétique. À propos de ce dernier, l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique énonce simplement que « le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ». Le marché global de performance permet ainsi de manière remarquable à tout acheteur public, y compris même s'il est soumis aux dispositions de la loi relative à la Maîtrise d'ouvrage publique de confier une mission globale à son titulaire en dérogation avec la règle de l'allotissement et le principe de séparation des phases de conception et de construction d'un ouvrage. Cet outil a aujourd'hui le vent en poupe puisque la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique a prévu la possibilité pour l'État et ses établissements publics ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements de conclure des contrats de performance énergétique sous la forme de marchés publics de performance à paiement différé. Les principales caractéristiques du marché global de performance énergétique méritent donc une nouvelle fois d'être soulignées qu'il s'agisse des éléments essentiels définissant cette notion mais aussi de son contenu.

[3] François Tenailleau, Fasc. 650 : Contrats de performance énergétique, in *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, MAJ du 8 novembre 2020

Le marché global de performance, un marché ayant pour objet principal d'améliorer l'efficacité énergétique

Comme son nom l'indique, le marché global de performance se caractérise essentiellement par son caractère global afin d'améliorer l'efficacité juridique. À cette fin, il permet en effet de confier une mission globale à son titulaire en dérogation avec la règle de l'allotissement et le principe de séparation des phases de conception et de construction d'un ouvrage. Cet outil contractuel se distingue ou plutôt se distinguait devrait-on dire essentiellement du marché de partenariat par l'interdiction d'insertions de clause de paiement différé. Il convient en effet d'observer que cet élément de différenciation tend aujourd'hui à s'estomper compte tenu d'une récente évolution législative intervenue en mars 2023 avec l'introduction dans le droit de la commande publique du contrat de performance énergétique sous la forme d'un marché global de performance à paiement différé.

Le MGP, un outil dérogeant à la règle de l'allotissement et au principe de séparation de la phase de conception et de réalisation des ouvrages

Le Code de la commande publique pose le principe en vertu duquel les marchés « sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes »^[4]. La finalité de cette règle est notamment de permettre de susciter la plus large concurrence possible entre les opérateurs économiques. Cependant, ce même code prévoit des exceptions à cette règle avec notamment les marchés globaux de performance qui constituent des contrats globaux et sont passés par dérogation au principe d'allotissement^[5]. Plus précisément, l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique énonce que le marché global de performance est un contrat qui « associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables ».

Cette définition appelle plusieurs observations relatives tant à l'objet de ce contrat qu'aux missions qui sont confiées au titulaire mais également aux conditions de recours à celui-ci.

Premièrement, une des caractéristiques essentielles du marché global de performance est son objet composite dans la mesure où il conduit à associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations. En autorisant l'association de la mission de maîtrise à celle de l'entrepreneur pour

[4] CCP, art. L. 2113-10.

[5] CCP, art. L. 2171-1.

Le marché de partenariat de performance énergétique : un outil adapté à certains cas de figure

Le marché de partenariat peut se révéler particulièrement adapté pour certaines opérations de rénovation énergétique. Quels sont les avantages de cette catégorie de marché par rapport aux autres contrats permettant aux personnes publiques de procéder à la rénovation énergétique de leur patrimoine ? En outre, le marché de partenariat constitue-t-il un outil efficace pour les personnes publiques qui souhaitent massifier dans des délais rapides la rénovation de leur patrimoine ?

Le constat est connu : la rénovation énergétique est aujourd'hui au cœur des préoccupations de personnes publiques de plus en plus nombreuses, dont le patrimoine vieillissant implique que leur propriétaire prenne, à court terme, une décision concernant le maintien des activités qu'ils accueillent.

Et la préoccupation se comprend sans peine : la vétusté des bâtiments qui sont aujourd'hui le siège de certains services publics ou autres activités des personnes publiques est parfois telle que les difficultés rencontrées sont nombreuses : conditions de confort dégradées (mouvements de chaleur, entrées d'air, éclairage obsolète...), continuité du service parfois affectée (dégâts des eaux causés par une toiture défaillante, impossibilité de tenir telle ou telle réunion dans telle pièce mal isolée...), risques pour la sécurité des agents et des usagers (humidité entraînant des moisissures des réseaux, chaudière défaillante, réseau électrique qui n'est plus aux normes...), et évidemment, consommations énergétiques déraisonnables et frais de fonctionnement excessifs...

Face à ce constat, les personnes publiques se voient offrir principalement deux voies : construire un nouvel ouvrage et y déménager leur activité (solution qui emporte son lot de contraintes opérationnelles pour assurer la continuité du service, qui implique qu'un foncier soit disponible à cet effet et qu'une réflexion soit menée sur le devenir du bâtiment à quitter) ; ou bien engager une rénovation énergétique de leur patrimoine.

Et l'enjeu consiste alors à choisir, au regard de la palette des contrats qu'offre le Code de la commande publique (marché classique, marché non alloti, marché de conception-réalisation, marché global de performance⁽¹⁾...),

[1] La concession sera en revanche le plus souvent exclue, s'agissant d'ouvrages affectés à des services publics ou autres activités des personnes publiques.

Auteur

Astrid Boullault
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Quel mode de passation privilégier pour un « CPE » ?

Les acheteurs publics peuvent conclure des CPE sous la forme d'un marché de partenariat ou d'un marché global de performance énergétique. Concernant la procédure de passation, le choix s'opère concrètement entre la procédure avec négociation et le dialogue compétitif. Cependant, seule une définition précise des besoins permettra aux acheteurs de choisir efficacement la procédure la mieux adaptée.

La loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement pour la rénovation énergétique boulevertera sans doute complètement la problématique liée au « choix » du CPE à privilégier puisqu'elle permettra, à titre expérimental – qui sera sans aucun doute pérennisé dans trois ans, une fois publié le rapport détaillé prévu par ce texte – de prendre le meilleur des deux types de CPE, le marché de partenariat de performance énergétique et le marché public global de performance énergétique. De sorte qu'à défaut de s'interroger sur le « mode de passation à privilégier », l'acheteur public devrait plutôt à l'avenir se demander s'il entre ou non dans ce nouveau cadre et se concentrer sur le type de procédure à privilégier.

Les deux modes de dévolution du contrat de performance énergétique

La directive européenne 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE définit le contrat de performance énergétique comme « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes duquel les investissements (travaux, fournitures ou services) dans cette mesure sont rémunérés en fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ou d'un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières ».

Outil de la loi Grenelle I, le contrat de performance énergétique (CPE) permet ainsi d'améliorer l'efficacité énergétique d'un bâtiment ou d'un ensemble de bâtiments, grâce à des investissements dans des travaux, des fournitures ou des services. Ces investissements peuvent être portés par le maître d'ouvrage ou par un tiers.

Auteur

Cédric Vial
Avocat au barreau de Lyon
BCV Avocats

Intégrer la performance énergétique dans les contrats : recommandations...

La garantie de performance énergétique constitue le mécanisme de sanction qui prémunit le maître d'ouvrage contre une perte pécuniaire consécutive à une consommation énergétique excessive par rapport aux prévisions exprimées dans le contrat. Elle se distingue donc d'une simple clause pénale et fait appel à une logique indemnitaire. En outre, comment s'articulent les clauses de performance énergétique avec les autres enjeux du contrat ?

Le mécanisme de garantie de performance énergétique, qui conduit le titulaire du marché public global à indemniser le maître d'ouvrage public dans l'hypothèse où les engagements de performance auxquels il a librement souscrit ne sont pas atteints, relève d'une logique d'aménagement contractuel et de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du titulaire du contrat.

La garantie de performance énergétique, expression de la responsabilité contractuelle du titulaire du marché public global de performance

La garantie de performance énergétique, contrepartie de l'engagement de performance énergétique réel du titulaire

La garantie de performance énergétique est la contrepartie directe de l'engagement de performance énergétique réel du titulaire du contrat.

L'objet de tout contrat de performance énergétique est davantage la diminution des consommations énergétiques que la réalisation de travaux, la fourniture de biens ou la prestation de services. Ces travaux, biens ou services ne sont en réalité que les vecteurs de la performance énergétique mais ne constituent pas une fin contractuelle en tant que telle. L'obligation essentielle du titulaire du contrat de performance énergétique est de garantir, au moyen des investissements réalisés, la baisse des consommations d'énergie.

Dans cette perspective, la garantie de performance énergétique constitue le mécanisme de sanction qui prémunit le maître d'ouvrage contre une perte pécuniaire

Auteur

Benoît Louis
Avocat associé
LexCity avocats

Le nouveau cadre légal de l'expérimentation du tiers-financement en marché global de performance

À titre expérimental et pour une durée de cinq ans, une loi du 30 mars 2023 autorise les acheteurs publics à conclure des contrats de performance énergétique dérogeant aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du Code de la commande publique. Quel est le cadre juridique de ce nouvel outil mis à la disposition des acheteurs publics pour conduire et financer leurs projets de rénovation énergétique ?

La publication de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique fixe le cadre juridique d'un nouvel outil mis à la disposition des acheteurs publics pour conduire et financer leurs projets de rénovation énergétique.

Cet outil est d'autant plus le bienvenu que le chemin de la transition énergétique passe nécessairement par la rénovation du parc immobilier : les bâtiments résidentiels et tertiaires sont en effet les premiers consommateurs d'énergie et les deuxièmes émetteurs de gaz à effet de serre de l'ensemble des consommateurs en France. Au sein de ce vaste ensemble, comme le rappelle l'exposé des motifs de la proposition de loi, les bâtiments publics de l'État et des collectivités locales représentent 380 millions de m², soit 37 % du parc tertiaire national ; ces bâtiments sont responsables de 76 % de la consommation énergétique des communes.

Cette loi procède de l'adoption à l'unanimité de la proposition de loi n° 579 déposée le 29 novembre 2022, après que l'amendement à la loi de finances pour 2022 qui en était la première version et qui avait été adopté, a été censuré par le Conseil constitutionnel comme constituant, ainsi que neuf autres dispositions, un cavalier législatif⁽¹⁾.

Désormais, il est possible, « à titre expérimental, pour une durée de cinq ans à compter de la promulgation » à l'État et ses établissements publics ainsi qu'aux collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements de déroger aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du Code de la commande publique pour les contrats de performance énergétique conclus sous la

Auteur

Olivier Ortega
Avocat associé
LexCity avocats

Références

Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023

[1] Cf. Cons. const. décision n° 2021-833 DC du 28 décembre 2021.

Contrats de la commande publique et CO₂

Dans les contrats de commande publique intimement liés à l'énergie, les émissions de CO₂ générées ou évitées sont directement prises en compte à tous les stades de l'acte d'achat, et constituent un paramètre important du calcul de la rémunération des titulaires. Cependant, pour les autres contrats, les enjeux environnementaux spécifiquement liés aux émissions de CO₂ n'apparaissent qu'incidemment, et leur prise en compte lors de l'attribution des contrats et de leur exécution dépend de la seule volonté des acheteurs.

Le *Monde sans fin*, roman graphique du dessinateur-auteur Christophe Blain et du spécialiste du climat et de l'énergie Jean-Marc Jancovici⁽¹⁾, a été le livre le plus vendu en France en 2022.

Cet ouvrage a fortement contribué à diffuser, par un effort de vulgarisation, une meilleure compréhension des causes et des enjeux du réchauffement climatique⁽²⁾. La réduction des émissions de gaz carbonique (dioxyde de carbone – CO₂ –), dû aux activités humaines et principal gaz contributeur à l'augmentation actuelle de l'effet de serre terrestre, est aujourd'hui une exigence très largement partagée, au moins dans les idées.

On sait que le CO₂ est inaltérable dans l'atmosphère ; son absorption océanique, dans les sols, ainsi que la photosynthèse, dits « puits de CO₂ »⁽³⁾, sont aujourd'hui les principaux moyens disponibles pour en réduire la quantité dans l'atmosphère.

Même si sa captation et sa séquestration artificielles sont activement étudiées⁽⁴⁾, traiter le problème climatique suppose donc principalement de réguler les émissions de CO₂ dans l'air en tenant compte de la capacité d'absorption des « puits ». La « neutralité carbone » consisterait à parvenir à cet équilibre.

Auteurs

Pierre Pintat
Alexandre Gilliot
Avocats à la cour
Cabinet PINTAT AVOCATS

(1) Paru le 29 octobre 2021 aux éditions Dargaud.

(2) L'ouvrage suscite par ailleurs de vifs débats sur la place du nucléaire ainsi que sur la « décroissance ».

(3) Un « puits » est défini comme « tout système qui absorbe plus de carbone qu'il n'en émet. » ADEME, Les avis de l'ADEME – La neutralité carbone, juillet 2021, p. 2.

(4) Le process consiste à capter le carbone dans les installations de combustion (opération chimique), à le récupérer (opération thermique), à le compresser, à le transporter, puis à l'injecter dans une formation géologique souterraine (anciens gisements de pétrole, aquifères souterrains).

opérations d'économies d'énergie par les fournisseurs d'énergie, au moyen de primes permettant de financer des travaux de rénovation énergétique^[45].

Les CEE comptabilisent une quantité d'énergie économisée, et donc le plus souvent d'émission de CO₂ évitée, sur la durée d'usage estimée d'un équipement ou d'une action de rénovation énergétique^[46].

Les fournisseurs d'énergie dépassant certains seuils fixés par décret (les « obligés ») ont l'obligation de réaliser des économies d'énergie sur une période de temps, soit en réalisant directement ou indirectement des économies d'énergie, soit en acquérant des CEE auprès des personnes habilitées à se voir délivrer des CEE (les « éligibles »).

Les obligés peuvent déléguer tout ou partie de leurs obligations d'économie d'énergie à des tiers (« délégataires »).

Selon une certaine pratique, des acheteurs concluent des marchés publics de travaux d'économies d'énergie avec ces tiers délégataires, aux termes desquels ces derniers s'engagent à effectuer lesdits travaux en échange de la cession du droit à obtenir les CEE.

Cette cession des droits à CEE peut être accompagnée du paiement d'un prix, ou non, voire conduire à ce que le délégataire titulaire du marché verse une rétribution financière à l'acheteur en cas de survaleur (partage de bénéfice pouvant conduire, de fait, à un prix négatif du marché)^[47].

Les émissions de CO₂ générées ou évitées peuvent ainsi constituer un paramètre important du calcul de la rémunération des titulaires.

[45] P. Pintat, « Certificats d'économie d'énergie et collectivités publiques », *CP-ACCP*, n° 76, avril 2008 ; P. Pintat, « Quotas d'émissions de CO₂ et collectivités publiques », *CP-ACCP*, n° 78, juin 2008.

[46] L'unité de compte des CEE est le kilowattheure (kWh) cumac, étant précisé que un (1) CEE est égal à un (1) kWh cumac. Les CEE sont délivrés par le Pôle National des Certificats d'Économies d'Énergie (le « PNCEE »), organisme rattaché à la Direction générale de l'énergie et du climat, elle-même rattachée au Ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires.

[47] Ce montage doit être articulé avec les règles d'ordre public régissant la sous-traitance. Il doit également intégrer les risques de fluctuation du cours des CEE.

Conclusion

Dans les contrats de commande publique intimement liés à l'énergie, les émissions de CO₂ générées ou évitées sont directement prises en compte à tous les stades de l'acte d'achat, et constituent un paramètre important du calcul de la rémunération des titulaires.

Mais force est de constater que pour les autres contrats, les enjeux environnementaux spécifiquement liés aux émissions de CO₂ n'apparaissent qu'incidemment dans les règles applicables à la définition des besoins, et que leur prise en compte lors de l'attribution des contrats et de leur exécution ne dépend que de la seule volonté des acheteurs.

Pourtant, d'ores et déjà, le Code de la commande publique permet à ces derniers de contribuer à une décarbonation de l'économie par les choix qu'ils peuvent faire au stade de la définition des besoins, de la sélection des offres, et dans les règles contractuelles d'exécution des contrats qu'ils fixent.

Certes, la loi Climat et résilience de 2021 n'a renforcé la prise en compte générale de cet enjeu dans la commande publique qu'avec beaucoup de précautions, de façon non spécifique et en partie avec un effet différé.

Mais cela peut être perçu comme une responsabilisation des acheteurs et autorités concédantes, qui se voient ainsi reconnaître une grande marge d'appréciation quant à l'opportunité d'imposer spécifiquement des contraintes en matière d'émissions de CO₂, de fixer librement les niveaux de contrainte, et de sélectionner les opérateurs économiques sur la base de cette considération.

Sans ignorer les nombreuses contraintes qui pèsent sur les acteurs publics, on soulignera, du strict point de vue du droit, que la seule limite à une démarche de contribution de leur part à la décarbonation de l'économie réside dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique^[48], sous le contrôle de la juridiction administrative qui contribuera à identifier et à conforter les bonnes pratiques en la matière.

[48] Liberté, égalité, et transparence des procédures.