

Position de la FedEpl sur les SAS et SA dédiées aux énergies renouvelables créées par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

Adoptée par le Conseil d'administration du 31 mars 2016

Suite à l'adoption de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (la « Loi TECV »), les collectivités locales ont vu s'étendre leurs capacités juridiques en faveur de la promotion des énergies renouvelables (EnR). En effet, l'article 109 de la loi TECV dispose que les communes et leurs groupements, les départements et les régions peuvent « *participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire* ».

I - Un nouveau statut autonome et encadré

La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales à but lucratif est, en principe, interdite hors les dérogations prévues au Code général des collectivités territoriales (CGCT), à savoir celles prévues respectivement à l'article L.2253-1 du même code, pour les communes, à l'article L.3231-6 pour les départements et à l'article L. 4211-1 pour les régions.

Par son article 109, la Loi TECV apporte une nouvelle dérogation expresse à ce principe qui vient s'ajouter à celle des Sem dans les trois articles précités. Il crée ainsi un nouveau statut juridique autonome.

Ce régime dérogatoire est toutefois doublement encadré :

- par la forme sociale des entreprises susceptibles de recevoir la participation des collectivités (SA ou SAS uniquement) ;
- par l'objet social de ces sociétés, que le législateur a matériellement et géographiquement restreint puisqu'il doit porter sur la production (électrique à partir) d'énergies renouvelables via des installations idéalement situées sur le territoire des collectivités actionnaires.

Ainsi, et depuis la promulgation de la loi TECV, ces sociétés peuvent *a priori* financer, porter, construire, exploiter et maintenir des installations de production d'énergie renouvelable dès lors qu'elles exploitent également ces installations. Cette activité relèvera, pour la production d'électricité de source renouvelable, du code APE 3511Z.

II- De nombreuses incertitudes juridiques

Si l'article 109 instaure un nouveau régime spécifique, demeurent un certain nombre de zones d'ombre. La situation appelle aujourd'hui les observations juridiques suivantes.

1 – Ainsi, la prise en charge d'un **projet situé sur le territoire** d'une collectivité actionnaire ne pose aucune difficulté. Il n'en va pas de même pour les projets situés sur un territoire proche de celui de celui d'une collectivité potentiellement actionnaire : la capacité d'intervention de la collectivité ne sera pas toujours évidente, et devra être analysée au cas par cas et sous réserve de l'appréciation souveraine du juge.

2 – Concernant le **niveau de la participation d'une collectivité au capital social d'une SAS ou d'un SA de production d'EnR**, quelle que soit son origine, la Loi TECV ne délimite pas l'étendue de cette prise de participation publique. Elle pourrait donc, *a priori*, être aussi bien minoritaire que majoritaire. Cependant, ce raisonnement doit être tempéré. D'une part, comme cette possibilité s'inscrit dans le cadre d'une dérogation au principe selon lequel les collectivités ne peuvent participer au capital de sociétés commerciales, il n'est pas évident, hors de toute mention expresse, que le législateur ait voulu déroger aux règles applicables aux Sem, en cas de participation majoritaire de collectivités au capital de la société.

3 – D'autre part, et quoi qu'il en soit, il convient de préciser que des **élus siégeant au sein des instances dirigeantes** d'une SAS d'EnR engageraient directement leurs responsabilités civile, pénale et financière dans l'exercice de ces fonctions, car ils ne pourraient se prévaloir du régime de protection prévu pour les élus mandataires de collectivités au sein d'Epl (cf. CGCT, art. L.1524-5). Si la société est une SA, les élus engageraient *a minima* leur responsabilité pénale et financière, la responsabilité civile incombant à la collectivité actionnaire (cf. CGCT, art. L.2253-5, L.3231-8 et L.4253-4). **La présence d'élus ailleurs qu'à l'assemblée générale de telles sociétés n'apparaît donc pas juridiquement sûre.**

Plus encore, **toute relation d'affaires ou commerciale entre une telle société et une collectivité**, ou une Epl, pourrait exposer les élus concernés à **la mise en cause de leur responsabilité sur les plans pénal, administratif et électoral** : en créant un risque de délit de favoritisme et/ ou de prise illégale d'intérêts, en entachant les délibérations auxquelles ils ont participé d'illégalité en tant que conseillers intéressés ou les exposant à la peine d'inéligibilité prévue, au code électoral, pour les élus qualifiés « d'entrepreneurs de services » communaux, départementaux ou régionaux.

4 – En outre, les **prises de participation, les augmentations de capital et les apports en compte courant** des collectivités actionnaires dans une SAS ou une SA d'EnR ne sont pas expressément exclus du régime des aides aux entreprises fixé aux articles L. 1511-1 et suivants du CGCT, contrairement à ce que prévoient les articles L. 1522-4 et L. 1522-5 du même code pour les Sem, et par extension les Spl et les SemOp. Toute aide ou tout concours financier versé à une SAS ou une SA d'EnR est donc susceptible de **constituer une aide économique prohibée**, relevant le cas échéant du régime des aides d'Etat.

III - Un arbitrage au regard d'une politique publique locale de l'énergie

Le périmètre d'intervention souhaité par les acteurs publics constitue un critère déterminant dans la structuration d'opérateurs énergétiques locaux. Ainsi, les Sem peuvent être créées pour porter « *toute activité d'intérêt général* » relevant des compétences de la collectivité actionnaire, alors que les SA et SAS visés à l'article 109 de la loi TECV ne sont susceptibles d'être financées par des collectivités que si leur objet porte exclusivement sur la production d'énergie renouvelable par des installations situées sur leur territoire ou, sous conditions, à proximité de celui-ci.

Le recours aux SA et SAS est ainsi exclu pour porter tout autre aspect de la politique énergétique locale, notamment en matière d'efficacité énergétique, d'aide à la maîtrise d'énergie, de construction ou de réhabilitation de logements. Il ne permet pas non plus à la collectivité actionnaire de porter des projets situés en dehors de son territoire qui ne contribueraient pas à l'alimentation de celui-ci.

Les Sem intervenant dans le domaine de l'énergie et les SAS/ SA d'énergie renouvelable peuvent ainsi être conçues comme des instruments complémentaires de politique énergétique locale, ni forcément alternatifs ni nécessairement exclusifs.

Si les SAS/ SA de production locale d'énergie semblent les vecteurs appropriés d'une participation capitalistique restreinte des collectivités ($\leq 10\%$) et d'une implication modérée de ces dernières à la gouvernance de ces sociétés, tout projet impliquant une participation sensiblement plus importante et/ ou une volonté accrue de contrôler la société opératrice devrait s'orienter vers un montage différent, voire plus élaboré.

Le choix de l'une ou l'autre de ces formes d'intervention sera le résultat d'une réflexion préalable d'ensemble sur la politique énergétique de la collectivité, ses ressources financières et le potentiel de son territoire en matière d'énergie renouvelable. Ces structures seront alors l'un des instruments de sa stratégie de développement énergétique.

Le pilotage de sa politique énergétique globale ne pourra être assuré que par une Sem (voire une Spl), dont le vaste périmètre d'intervention et la participation publique majoritaire (voire exclusive) assureront à la collectivité actionnaire de coordonner et de maîtriser l'ensemble de ses interventions dans ce domaine.

Le financement et le portage d'un ou d'une série de projets d'installations de production d'électricité de source renouvelable pourront, en revanche, être confiés à une SA ou SAS au sein desquels les investissements privés pourront être facilités.

Ces sociétés de projet pourraient être des filiales des Sem précitées, qu'il s'agisse d'opérateurs EnR ou d'entreprises locales de distribution (ELD), s'inscrivant alors pleinement dans la stratégie de gamme engagée par le mouvement des Epl depuis 2004. Les collectivités auront ainsi le choix de participer directement ou indirectement au capital de ces sociétés de production d'EnR.

Notons néanmoins que ces formes sociales pourraient évoluer au cours de la vie des projets.