

## **Recommandation de la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique**

### cadre général

1 – La directive sur les ENR (RED III) n'a pas établi d'exception aux règles des directives sur les marchés publics et les contrats de concession. Les dispositions du code de l'énergie créées ou modifiées par la loi APER portent essentiellement sur les différentes modalités d'exercice des activités régulées que sont la production et la fourniture d'énergie notamment électrique.

Le nouvel article L. 331-5 du code de l'énergie rappelle donc le respect des règles de la commande publique, lorsque la nature de l'autorité contractante et l'objet du contrat en font un contrat de la commande publique.

2 – La définition des besoins : analyse des besoins fonctionnels en électricité prenant en compte des caractéristiques propres à ces nouvelles formes de commercialisation (désintermédiation entre le producteur et le consommateur, participation au développement d'installations d'énergies renouvelables sur un territoire donné ou la sécurisation d'un prix fixe sur une durée contractuelle longue pour se prémunir contre les fluctuations des prix sur le marché de l'électricité).

3 – Des préoccupations environnementales peuvent être intégrées dans la définition des besoins sous réserve d'être justifiées par l'objet du marché. Ces nouvelles formes de commercialisation s'y prêtent tout particulièrement (créées pour développer les énergies renouvelables, vocation des collectivités territoriales à participer à la mise en œuvre de la politique énergétique nationale).

En toute hypothèse, la jurisprudence européenne reconnaît la possibilité pour les acheteurs et les autorités concédantes d'imposer des spécifications techniques et des critères d'attribution relatifs à un mode de production spécifique présentant une performance environnementale avantageuse, notamment concernant les énergies nouvelles renouvelables (CJCE, 12 septembre 2002, Concordia Bus Finland, Aff. C-513/99, et CJCE 4 décembre 2003, EVN Wienstrom, Aff. C-448/01).