



COLLECTIVITÉS ET TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

Après plusieurs mois de consultations et de discussions parlementaires, la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a été adoptée en plein cœur de l'été. Au total, 5 034 amendements ont été déposés et au cours des 150 heures de débat en séance publique, précédés de plusieurs centaines d'heures de travaux en commission, 970 amendements ont été adoptés... L'objectif poursuivi se voulait ambitieux et volontariste, Ségolène Royal l'a d'ailleurs tweeté : « Je veux faire de la France la nation de l'excellence environnementale ».

Un temps éclipsée par la loi NOTRe du 7 août 2015, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte ne doit pas être délaissée plus longtemps par les collectivités territoriales. Composée de huit titres et de 215 articles, elle embrasse largement le champ d'intervention des politiques publiques de l'État et des collectivités territoriales et s'inscrit dans un contexte plus général, celui de la réforme territoriale des lois MAPTAM et NOTRe qui entendent confier d'importants pouvoirs de planification environnementale aux régions.

La commande publique peut-elle être un moyen de favoriser la transition énergétique ? <i>par Romain Granjon et Gilles Le Chatelier</i>	10
Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition <i>par Gaëlle Ezan et Jérôme Lépée</i>	12
La distribution d'énergie au lendemain de la loi relative à la transition énergétique <i>par Bernadette Le Baut-Ferrarese</i>	16
Les collectivités territoriales et l'amélioration de l'efficacité énergétique <i>par Gaëlle Ezan et Jérôme Lépée</i>	21
La mobilité durable et les collectivités territoriales dans la loi relative à la transition énergétique <i>par Pierre Villeneuve</i>	25
La planification territoriale de la transition énergétique <i>par Pierre Villeneuve</i>	29

LA COMMANDE PUBLIQUE PEUT-ELLE ÊTRE UN MOYEN DE FAVORISER LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE ?

par **Romain Granjon**

Avocat associé au cabinet ADAMAS

Gilles Le Chatelier

Avocat associé au cabinet ADAMAS

La commande publique est un des moyens d'action dont disposent les collectivités territoriales pour promouvoir des objectifs au service de différentes politiques publiques. Les préoccupations liées au développement durable ont, depuis plusieurs années, irrigué les règles régissant la commande publique, en utilisant ce levier pour encourager des pratiques plus soucieuses de l'environnement et une utilisation plus économe des moyens.

Toutefois, ces efforts – comme d'autres fournis dans différents domaines – se heurtent au principe de neutralité de la commande publique¹. En effet, il existe une limite « naturelle » à l'utilisation de l'achat public pour favoriser d'autres objectifs de l'action publique, tenant en particulier au respect de l'égalité de traitement des candidats et au souci de la meilleure utilisation des deniers publics². Il faut, dès lors, que la loi intervienne pour assigner aux acheteurs publics des objectifs supplémentaires, l'atteinte de ces derniers devant toutefois se plier aux contraintes issues du droit européen. La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique et à la croissance verte répond à cette démarche. Sans échapper aux inévitables contorsions tenant au respect des règles de concurrence, la loi assigne aux collectivités publiques, et en particulier aux collectivités territoriales, un certain nombre d'objectifs généraux visant à favoriser la transition énergétique dans le champ de la commande publique, auxquels sont adjoints des objectifs plus spécifiques. Par ailleurs, la loi cherche à favoriser, auprès des collectivités territoriales, des pratiques plus respectueuses des impératifs de développement durable, aussi bien au stade de la procédure de passation que de l'exécution des marchés publics, avec à chaque fois des résultats qu'il convient de qualifier, au mieux, de contrastés...

■ De nouveaux objectifs généraux assignés aux collectivités territoriales en matière de marchés publics

Développement de l'économie circulaire – Le premier objectif assigné aux collectivités territoriales par la loi relative à la transition énergétique est celui de favoriser le développement de l'économie circulaire.

Celle-ci est définie comme visant « à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, [...] à une réutilisation, à un recyclage, ou à défaut, à une valorisation des déchets »³.

Commande publique durable – L'article L. 541-1 du code de l'environnement prévoit désormais que « la commande publique durable est mise au service de la transition vers l'économie circulaire et de l'atteinte des objectifs ». Cette notion nouvelle de « commande publique durable » doit ainsi aider à « faire émerger et à déployer

des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage »⁴.

Dans le même esprit, les schémas de promotion des achats publics socialement responsables, créés à l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, doivent désormais contribuer « à la promotion d'une économie circulaire »⁵.

Maîtrise d'ouvrage publique – Un objectif général est également assigné à la maîtrise d'ouvrage publique. Ainsi, les collectivités territoriales doivent, dans leurs constructions, comme l'ensemble des collectivités publiques, « faire preuve d'exemplarité énergétique et environnementale » et également être « chaque fois que possible à énergie positive et à haute performance environnementale »⁶. Un décret définira les notions de bâtiments à énergie positive et à haute performance environnementale.

Ce même impératif d'exemplarité s'applique aux nouvelles installations d'éclairage public⁷.

Sans contester l'intérêt des objectifs ici définis, on peut toutefois légitimement s'interroger sur leur portée réelle, en l'absence soit d'obligations précises posées par la loi, comme en matière de favorisation du développement de l'économie circulaire ou d'exemplarité énergétique, soit du fait de la large marge d'appréciation laissée aux collectivités territoriales pour les mettre en œuvre, comme en matière de construction de bâtiments à énergie positive ou à haute performance environnementale.

On peut craindre que la généralité des objectifs définis ne soit pas de nature à faire obstacle à l'application du principe de neutralité de la commande publique.

(1) N. Boulouis, Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives, RFDA 2014. 617.

(2) Pour une mise en perspective, v. J. Tirole et S. Saussier, Renforcer l'efficacité de la commande publique, Conseil d'analyse économique, n° 22, avr. 2015 : Recommandation n° 1 : « Reconnaître que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus. Charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace ».

(3) C. envir., art. L. 110-1-1 issu de l'art. 70 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015.

(4) Loi n° 2015-992, art. 70.

(5) V. D. Taron, Économie sociale et solidaire : un schéma pour acheter socialement responsable, AJCT 2015. 243.

(6) Loi n° 2015-992, art. 8 II.

(7) Loi n° 2015-992, art. 189.

■ La détermination d'obligations particulières

Au-delà des orientations générales précitées, la loi du 17 août 2015 intervient également de manière plus précise pour fixer des obligations concrètes aux collectivités territoriales. La loi innove ici en tant qu'elle prévoit certaines dispositions venant affecter la définition des besoins des collectivités, au sens des dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, telles qu'encore aujourd'hui en vigueur.

Marchés de fourniture – Ainsi, dans cet esprit, l'article 79 I de la loi impose aux collectivités territoriales et à leurs groupements de diminuer de 30 % avant 2020 leur consommation de papier bureautique en mettant en place un programme à cet effet. De plus, à compter du 1^{er} janvier 2017, 25 % des produits correspondants devront être fabriqués à partir de papier recyclé, l'article 79 II de la loi imposant bien ici une obligation sur le contenu même des marchés de fourniture correspondants.

Parc automobile – Dans la même ligne, la loi du 17 août 2015 impose des obligations particulières en matière de renouvellement du parc automobile des collectivités publiques.

Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements disposant d'un parc de plus de vingt véhicules, dont le PTAC (poids total autorisé en charge) est inférieur à 3,5 tonnes, doivent, lors du renouvellement de leur parc, acquérir au moins 20 % de véhicules à faibles émissions⁸. Ces véhicules sont définis comme « les véhicules électriques ou les véhicules de toutes motorisations et de toutes sources d'énergie produisant de faibles niveaux d'émissions de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques ».

L'obligation à ce titre ne concernera ainsi pas les collectivités territoriales disposant de parcs automobiles réduits. De même, contrairement à l'État et à ses établissements publics, les collectivités territoriales ne sont pas soumises à des obligations du même ordre pour les parcs de véhicules de plus de 3,5 tonnes.

La seule question que posent ces obligations venant encadrer la définition de leurs besoins par les acheteurs publics est celle de la méthode de computation des seuils minimaux d'achat en papiers recyclés ou en véhicules propres. Ce seuil doit-il être calculé sur l'année, ce qui paraît l'approche la plus raisonnable s'agissant des achats de papier recyclé ? Pour les véhicules, le taux de 20 % sera plus difficile à calculer, le rythme de renouvellement du

parc pouvant compliquer le calcul du respect de l'obligation, surtout s'il est lent et étalé dans le temps.

De même, quelle serait la sanction du non-respect de ces obligations ? Le juge administratif censurerait-il un marché de renouvellement dans cette hypothèse et si oui, sur la base de quelle méthode de computation du respect des obligations ? La jurisprudence n'admet exercer qu'un contrôle restreint sur la définition qu'une personne publique fait de ses besoins⁹, mais ici aucune marge d'appréciation n'est normalement laissée à l'acheteur public soumis à une obligation législative précise et inconditionnelle.

On peut se demander si ces obligations – pourtant précises et claires – ne trouveront pas davantage leur sanction dans le contrôle citoyen de l'activité des collectivités concernées.

■ L'apport de la loi de transition énergétique aux règles de passation

Dès lors que la loi de transition énergétique traite de la commande publique pour en faire un des instruments permettant la mise en œuvre des objectifs qu'elle se fixe, se posait nécessairement la question de savoir si les collectivités publiques acheteuses pourraient voir leurs choix guidés par des considérations environnementales plus intenses.

Pour le dire autrement, la loi de transition énergétique vient-elle bousculer le principe de neutralité pour admettre que des considérations environnementales et de performance énergétique s'imposent aux autres critères d'appréciation des offres pour instaurer une forme de « préférence verte » ?

Le législateur a déjà tenté de contraindre la subtile mécanique des marchés publics à certains objectifs de politique publique. Ainsi, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 prévoit la prise en compte de la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté comme critère possible d'appréciation des offres¹⁰. On sait que le juge reste vigilant face à ce type de dispositions satisfaisant des objectifs généraux, tels que la protection de l'environnement, la lutte contre le chômage ou l'insertion professionnelle de publics en difficulté. L'application de ces critères volontaristes de choix ne peut être discriminatoire et leur sélection doit être en rapport avec la prestation demandée¹¹.

Compte tenu de l'encadrement européen des règles relatives à la commande publique, le législateur est nécessairement entravé dans ses efforts pour promouvoir des mécanismes préférentiels de nature à orienter la commande publique afin de répondre à des objectifs politiques plus larges.

La loi de transition énergétique, de manière finalement quelque peu surprenante, s'en tient à une approche prudente de cette problématique. L'article 144 de la loi du 17 août 2015 se contente d'une simple pétition de principe. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 228-4 du code de l'environnement prévoit désormais que « la commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé ». Au regard de l'encadrement jurisprudentiel et du flou de ces dispositions, il n'est pas certain que les effets de la mise en œuvre de la loi de transition énergétique se traduisent par une véritable modification des règles applicables à la commande publique, ni que des acheteurs publics ambitieux puissent valablement s'appuyer sur ces dispositions pour promouvoir une approche plus environnementale de la commande publique...

la loi de transition énergétique vient-elle bousculer le principe de neutralité pour admettre que des considérations environnementales et de performance énergétique s'imposent aux autres critères d'appréciation des offres pour instaurer une forme de « préférence verte » ?

(8) Loi n° 2015-992, art. 37, codifié à l'art. L. 224-7 C. envir.

(9) CE 2 oct. 2013, n° 368846, *D^{ré} de l'Oise*, Lebon; AJDA 2013. 1946; AJCT 2014. 113, obs. S. Hul.

(10) V. H. Pongérard-Payet, Le critère social exprimé d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus, AJDA 2006. 635.

(11) CJCE 26 sept. 2000, aff. C-225/98, *Commission d'France*, AJDA 2000. 1055, note C. Lambert; *ibid.* 2001. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey; RDI 2001. 61, obs. F. Llorens; CJCE 17 sept. 2002, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy AB*, AJDA 2003. 433, note D. Blaise; *ibid.* 2002. 1122, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; RDI 2003. 272, obs. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus; CJCE 4 déc. 2003, aff. C-448/01, *EVN AG c/ Autriche*, AJDA 2004. 334, note T. Gliozzo; CE 25 juill. 2001, n° 229666, *C^{ne} de Gravelines*, Lebon 391; AJDA 2002. 46, concl. D. Piveteau; RDI 2002. 62, obs. M. Degoffe.

■ Les obligations en matière d'exécution

Lorsqu'il est difficile – voire impossible – d'utiliser la commande publique au service d'objectifs de politique publique en jouant sur les critères d'évaluation des offres, le recours peut résider dans les conditions d'exécution imposées aux titulaires des marchés publics.

Sur la base des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics, dans sa version issue de 2001, le pouvoir réglementaire a ainsi autorisé la valorisation d'objectifs de nature sociale ou environnementale dans les conditions d'exécution, mais sur une base purement facultative. Toutefois, encore faut-il que lesdites conditions ne révèlent pas l'existence d'une discrimination potentielle entre les candidats à l'attribution du marché¹².

Sans doute plus assuré de cette voie que de la précédente, le législateur s'est montré plus ambitieux dans ce registre que dans le précédent, même si les avancées restent relativement timides.

Ainsi, l'article 36 de la loi de transition énergétique prévoit que «lorsque les marchés publics impliquent pour leur réalisation que des opérations de transport de marchandises soient exécutées, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, peut se faire au profit des offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de tout mode de transport non polluant».

De même, l'article 79 III de la loi du 17 août 2015 impose aux collectivités territoriales, pour leurs marchés de travaux portant sur la construction ou l'entretien routier, d'inscrire dans leurs appels d'offres «une exigence de priorité à l'utilisation des matériaux issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets».

Au terme de l'examen des conséquences de la loi de transition énergétique sur la commande publique, on ne peut que constater que les modifications positives de comportements qu'elle souhaite encourager chez les acheteurs publics seront sans doute limitées. Si certaines avancées sont enregistrées, elles ne révolutionneront pas la pratique de la commande publique. Ce constat ne pourra qu'une nouvelle fois alimenter la longue polémique sur l'incapacité de la commande publique, au nom du principe de neutralité, à porter efficacement certains objectifs plus ambitieux de politique publique.

(12) CJCE 3 avr. 2008, aff. C-346/06, Dirk Rüffert, AJDA 2008. 727; *ibid.* 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert; RTD eur. 2008. 485, étude S. Robin-Olivier; *ibid.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez; *ibid.* 2015. 258, obs. A. Defossez.

LE RÉGIME JURIDIQUE DES ÉNERGIES RENOUVELABLES : LA PREMIÈRE ÉTAPE DE LA TRANSITION

par Gaëlle Ezan

Avocat associé au cabinet ADAMAS

Jérôme Lépée

Avocat associé au cabinet ADAMAS

La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (ci-après loi de transition énergétique) fixe au développement des énergies renouvelables des objectifs ambitieux. Définies en valeur relative, ces cibles chiffrées portent la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et 32 % de cette consommation en 2030, en précisant qu'elles devront représenter à cette échéance :

- 40 % de la production d'électricité ;
- 38 % de la consommation finale de chaleur ;
- 15 % de la consommation finale de carburant ;
- et 10 % de la consommation de gaz.

Ces ambitions s'étendent à la production de chaleur et de froid renouvelables et de récupération en réseaux, qui devra être multipliée par cinq à l'horizon 2030. Dans les départements d'outre-mer, l'objectif est de parvenir à leur autonomie énergétique à l'horizon 2030 avec, comme objectif intermédiaire, «50 % d'énergies renouvelables à l'horizon 2020». Ainsi inscrits à l'article L. 100-4 du code de l'énergie, ces objectifs seront déclinés en «priorités d'action des pouvoirs publics» dans la future programmation pluriannuelle de l'énergie¹. Après ce panégyrique des énergies renouvelables, la loi de transition énergétique leur consacre un titre V fièrement intitulé «favoriser les énergies renouvelables pour diversifier nos énergies et valoriser les ressources de nos territoires», ainsi qu'un essaimage de dispositions dispersées dans ses 215 articles. Elle ne modifie pas en profondeur leur régime juridique mais lui apporte une série de retouches dont le plein effet reste soumis à l'œuvre du gouvernement.

■ La diversification des énergies renouvelables

Premier aspect sensible de la loi de transition énergétique, elle exprime une reconnaissance accrue du vaste périmètre des ressources renouvelables et de leurs usages.

La mobilisation de la biomasse

Outre la mise en œuvre d'une stratégie nationale de mobilisation de la biomasse², la loi requiert l'élaboration – d'ici le mois de février 2017 – de schémas régionaux biomasse, établis conjointement par les préfets de région et les présidents des conseils régionaux. Ils constitueront un volet annexé aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie³.

(1) C. énergie, art. L. 141-1.

(2) C. énergie, art. L. 211-8.

(3) C. envir., art. L. 222-3-1. Les modalités d'articulation entre les schémas régionaux biomasse et la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse seront fixées par décret.