

Mémoire juridico-économique sur le développement des projets ENR thermiques citoyens

KAIROS
I N G E N I E R I E

Richer & Associés
Droit Public
AARPI Interbarreaux

Table des matières

Table des matières	2
Liste des tableaux	3
Liste des figures	3
Avant-propos	4
Introduction – les objectifs de la mission	5
1. Éléments de définition et démarche méthodologique	5
1.1. Typologie des projets ENR thermiques	5
1.2. Étendue des projets et champ d'intervention des citoyens.....	7
2. Modalités d'intervention et panorama des montages.....	9
2.1. Deux principales modalités d'intervention dans le cadre d'un projet ENR thermique.....	9
2.2. Panorama des montages contractuels	11
2.3. Montages préférentiels	13
3. Présentation du contrat de fourniture de chaleur.....	15
3.1. Volet organisationnel	15
3.1.1. Modalités d'intervention d'un collectif citoyen.....	15
3.1.2. Entités avec lesquelles un collectif citoyen peut contractualiser	16
3.1.3. Point de vigilance dans le cadre de la contractualisation	16
3.1.4. Travaux devant être pris en charge par le collectif pour fournir la chaleur.....	17
3.1.5. Point de facturation de la chaleur	17
3.1.6. Points de vigilance dans le cadre des limites de prestation	18
3.2. Volet juridique	19
3.2.1. Mise en concurrence de la fourniture de chaleur	19
3.2.2. Dans quels cas peut-on s'affranchir d'une mise en concurrence ?.....	19
3.2.3. Formuler son besoin en tant qu'acheteur public.....	20
3.2.4. Propriété des biens dans le cadre du contrat de fourniture de chaleur	20
3.2.5. Comment procéder en cas d'occupation du domaine public ?	21
3.2.6. Durée sur laquelle la fourniture de chaleur peut être contractualisée	21
3.2.7. En fin de contrat, les biens peuvent-ils être transférés au client ?.....	22
3.2.8. Comment l'acheteur public peut-il racheter les biens en fin de contrat ?	22
3.2.9. Critères de jugement permettant d'apprécier les offres dans le cadre de la mise en concurrence.....	23
3.2.10. Cas particulier lorsque le collectif citoyen n'est pas encore constitué en société au moment de la mise en concurrence	23
3.2.11. Contraintes à la prise de participation.....	24
3.3. Volet économique	25
3.3.1. Rémunération du fournisseur.....	25
3.3.2. Taxe sur la valeur ajoutée.....	26

Liste des tableaux

Tableau 1 : Configurations contractuelles selon le mode opératoire et le champ d'intervention.....	10
Tableau 2 : Montages contractuels envisageables pour « investir et mettre à disposition »	11
Tableau 3 : Montages contractuels envisageables pour « investir et exploiter »	11
Tableau 4 : Points de vigilance et risques juridiques des différents montages contractuels	12
Tableau 5 : Synthèse des points de vigilance des différents montages contractuels.....	13
Tableau 6 : Synthèse des montages possibles / à exclure	13
Tableau 7 : Facturation de la chaleur	25
Tableau 8 : Facturation des travaux	26

Liste des figures

Figure 1 : Typologie des projets ENR thermique	6
Figure 2 : Chaîne de valeur d'un projet ENR thermique	7
Figure 3 : Schéma illustrant les modalités d'intervention d'un collectif citoyen dans le cadre d'une vente de chaleur .	15
Figure 4 : Taxe sur la valeur ajoutée	26

Avant-propos

L'enjeu du développement des énergies renouvelables thermiques par les citoyens est capital. En effet, dans les objectifs de décarbonation de notre mix énergétique, l'enjeu est clairement de travailler sur deux secteurs : le transport et les bâtiments, qui à eux deux représentent plus de 50% de nos émissions de gaz à effet de serre. Or, on s'aperçoit que la transition énergétique dans les bâtiments est très liée à la rénovation et à la substitution des énergies fossiles utilisées essentiellement pour la production de chaleur à des fins de chauffage et de production d'eau chaude. Cette part substantielle de notre consommation, tous les acteurs concernés n'ont pas forcément les moyens de la transformer en utilisant des ressources renouvelables.

Les citoyens sont là pour pallier cette défaillance des propriétaires des bâtiments que ce soit pour des raisons techniques, financières ou juridiques.

Les communautés énergétiques souhaitées par l'Union européenne sont en train de se constituer. Il faut leur donner les outils juridiques pour cela. C'est l'objet du présent document qui met en lumière les dispositifs et moyens disponibles pour réaliser ce type de projets.

Pour le co-financement de cette étude, nous souhaitons remercier :

- le programme européen Interreg Europe
- la Métropole de Lyon
- la Banque de la Transition Énergétique

Pour leur contribution en tant que membres du comité de pilotage régional du projet SHREC, nous souhaitons remercier :

Olivier Morgand et Angela Lanteri - Métropole de Lyon

Magali Schneider - Banque de la Transition Énergétique

Lucas Venosino, Matthieu Guédon et Alex Lelong - ALEC de Lyon

Joel Ruffy - Association AMORCE

Loïc Le Quilleuc - ADEME Auvergne-Rhône-Alpes

Jean-Marc Denise - Société Toits en Transition

Alexis Pellat - Région Auvergne-Rhône-Alpes

Eddie Chinal - ForestEner

Jacques Villeveille, Amandine Pauliat et Nicolas Lepin - ERE 43

Etienne Jouin – Association des Centrales Villageoises

Introduction – les objectifs de la mission

Le présent document résulte de la réalisation de travaux conduits dans le cadre du projet européen SHREC, dont l'objectif principal est de favoriser l'implication citoyenne dans la production de chaleur renouvelable.

Le projet SHREC vise à augmenter la part d'énergies renouvelables dans la production énergétique en encourageant et facilitant la production et l'utilisation des ENR¹ par les entreprises, les collectivités et les ménages.

À l'automne 2021, une étude a été confiée à une équipe constituée des cabinets KAIROS Ingénierie et Richer & Associés Droit Public afin d'explorer les montages (les modalités juridiques et opérationnelles) facilitant l'implication des citoyens dans les projets ENR thermiques. Le présent document constitue une synthèse des travaux menés.

1. Éléments de définition et démarche méthodologique

L'implication des citoyens et les projets ENR thermiques couvrent des champs très larges. Aussi, quelques éléments de définition doivent être apportés et des arbitrages méthodologiques opérés, afin de bien délimiter le périmètre de l'étude.

1.1. Typologie des projets ENR thermiques

Deux familles de projets ENR thermiques existent :

- Les projets avec une **production d'énergie dédiée** au bâtiment à alimenter (par exemple : toiture solaire thermique, chaudière bois dédiée à un bâtiment) ;
- Les **réseaux de chaleur** (production de chaleur centralisée, distribuée par réseau et destinée à alimenter plusieurs bâtiments). Les réseaux de chaleur sont constitués de trois organes techniques : l'outil de production centralisé, le réseau de distribution et les postes de livraison (ou sous-stations) permettant au réseau de délivrer sa chaleur au réseau de distribution à l'intérieur des immeubles. Parmi les énergies renouvelables pouvant être utilisées pour la production d'énergie, on peut citer notamment le bois énergie, le solaire thermique, les déchets méthanisables et la géothermie.

D'un point de vue juridique, le réseau de chaleur se caractérise par une **pluralité de clients finaux bénéficiaires de l'énergie thermique**.

À l'inverse, dans le cadre d'une **production dédiée, le bénéficiaire de l'énergie thermique est client unique**.

¹ ENR : énergies renouvelables

À noter que si l'énergie produite permet d'alimenter plusieurs bâtiments appartenant à ce même client, on parle de **production dédiée avec réseau technique**. En l'espèce, le réseau de chaleur n'est pas caractérisé puisqu'il n'existe qu'un seul client.

Parmi les réseaux de chaleur, il est possible de faire la distinction entre les **réseaux de chaleur publics** et les **réseaux de chaleur privés**.

Les réseaux de chaleur publics constituent un service public industriel et commercial (ci-après SPIC), organisé par les collectivités territoriales ou leurs groupements (cf. article L. 2224-38 du code général des collectivités territoriales).

Peuvent cohabiter avec les réseaux de chaleur publics, des réseaux de chaleur d'initiative privée, ou propriété d'une ou plusieurs entités de droit privé.

En résumé, il est possible de synthétiser la typologie de projets comme suit :

- Dans le cas d'une chaufferie dédiée (ou d'un réseau technique), il existe un client unique, qui est également l'utilisateur final bénéficiaire de la chaleur.
- Dans le cas d'un réseau de chaleur (public, privé, citoyen), il existe une pluralité de clients, utilisateurs et bénéficiaires de la chaleur. À noter qu'il est possible de trouver des situations dans lesquelles les utilisateurs bénéficiaires de la chaleur pourraient être représentés par une entité unique en charge d'acheter la chaleur pour le compte de la communauté des utilisateurs.

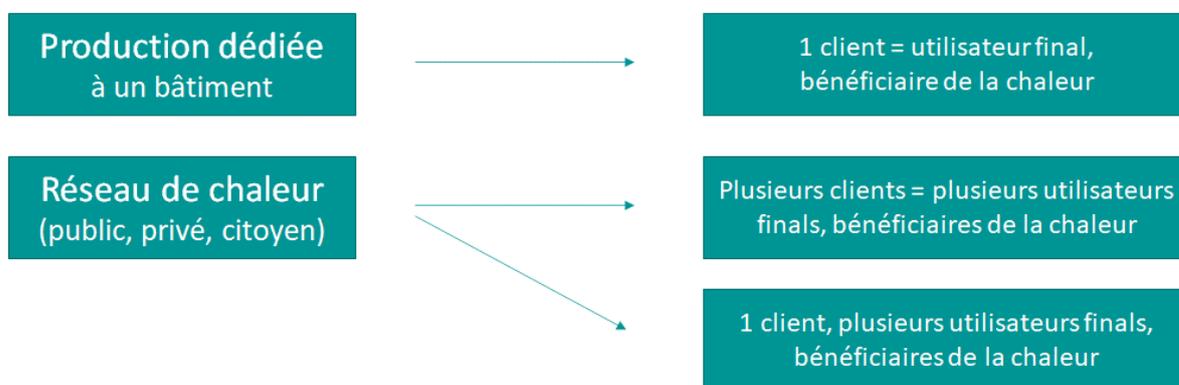


Figure 1 : Typologie des projets ENR thermique

1.2. Étendue des projets et champ d'intervention des citoyens

Un projet ENR est une chaîne de valeur « longue et complexe » comprenant divers segments : l'approvisionnement en ressources énergétiques, la production de l'énergie, sa distribution, la fourniture jusqu'en pied d'immeuble, et enfin la répartition de celle-ci en cas de pluralité d'utilisateurs au sein d'un même bâtiment.

L'approvisionnement en ressources énergétiques est un sujet dont les citoyens pourraient vouloir s'emparer. Toutefois, dans le cadre de la mission, il a été convenu de délimiter le périmètre de l'étude à la **production, la distribution et la fourniture** :

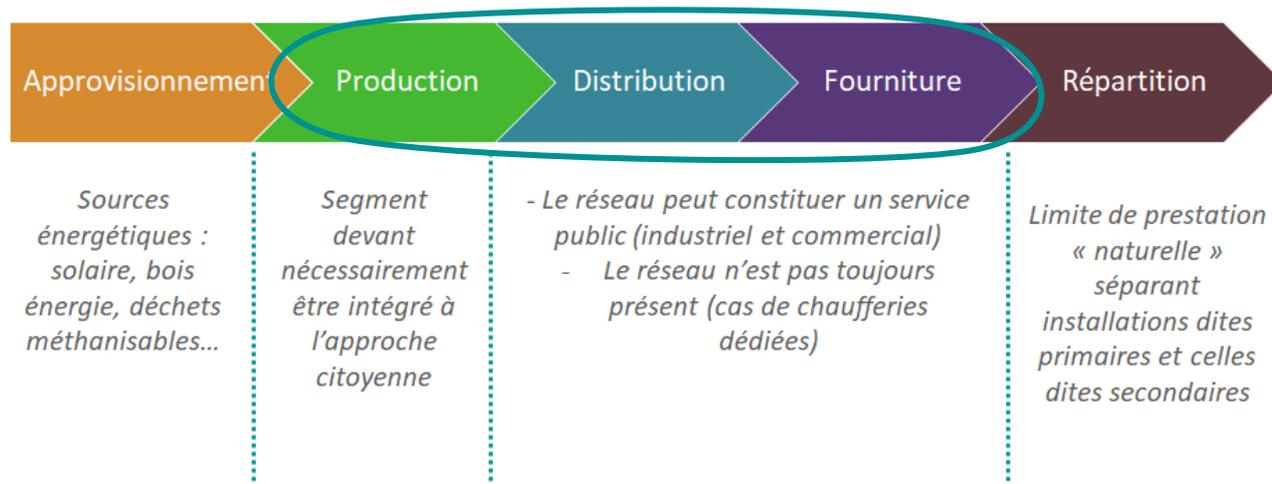


Figure 2 : Chaîne de valeur d'un projet ENR thermique

Dans le cas d'une production de chaleur dédiée à un bâtiment, la participation citoyenne porte sur le seul segment « production d'énergie ».

Dans le cas d'un réseau de chaleur, la participation citoyenne peut porter :

- Soit sur le seul segment « **production d'énergie** » ;
- Soit sur l'ensemble des segments « **production, distribution et fourniture** ».

À ce titre, la faculté pour un collectif citoyen de créer, gérer et détenir un réseau de chaleur a été confirmée par l'article L.293-2 du code de l'énergie (« Une [communauté énergétique citoyenne] ne peut **créer, gérer et détenir un réseau de chaleur** ou de froid que **sous réserve d'une information préalable de la collectivité territoriale compétente** sur le ou les territoires en la matière, au sens de l'article L. 2224-38 du code général des collectivités territoriales »).

Ainsi, un collectif citoyen peut se positionner sur l'ensemble des projets ENR thermiques, qu'il s'agisse d'une production dédiée ou de réseaux de chaleur.

À noter que dans le cadre de l'étude, le réseau de chaleur d'initiative citoyenne sera appelé « *réseau citoyen* » ; d'un point de vue juridique, un « réseau citoyen » s'apparente à un réseau privé, par opposition à un réseau de chaleur public. Pour autant, nous pourrions distinguer, dans certaines situations, le réseau citoyen des autres réseaux (privés ou publics) non détenus par les citoyens.

Enfin, dans le cadre de notre approche, il convient d'entendre par « participation citoyenne » une participation des citoyens à l'investissement (implication de l'épargne citoyenne ou encore portage d'un projet par des acteurs citoyens).

Plusieurs approches sont possibles :

- Implication directe d'un collectif citoyen souhaitant s'emparer d'un projet ENR thermique ;
- Implication indirecte des citoyens via une collectivité territoriale souhaitant impliquer les citoyens dans son projet, ou encore, via un professionnel de l'énergie.

La première phase de l'étude a permis de dresser un panorama des outils contractuels et d'en faire une analyse comparée sur la base d'une grille d'appréciation multicritères.

Au terme de cette première phase, un scénario a été choisi de manière concertée pour être approfondi dans le cadre de la seconde phase de l'étude.

Ainsi, la mission s'est déroulée en deux temps :

- Phase 1 : présentation des modalités d'intervention citoyenne et panorama des montages ;
- Phase 2 : approfondissement d'un scénario de montage contractuel.

Aux fins de l'étude, des échanges ont été menés avec différents acteurs (collectivités, collectifs citoyens, sociétés de production d'énergie) afin de recueillir leurs attentes, questionnements et retours d'expérience.

Ces retours terrain nous ont permis d'identifier les attentes suivantes :

- *Pour une collectivité* : comment développer un projet sans être impliquée directement dans l'exploitation du service, et tout en impliquant des acteurs citoyens ? Quel est le meilleur montage, permettant également de garantir l'intérêt commun des habitants du territoire ?
- *Pour un collectif citoyen* : comment aider les citoyens à se lancer dans la transition énergétique ? Sur quel projet est-il possible de s'impliquer ?
- *Pour une société de production d'énergie / société coopérative* : sur quel montage juridique sécurisé est-il possible de se positionner / quels montages initier ?



© Présentation de Buxia énergies au Préau des Colibris (Voiron) / AURA-EE

2. Modalités d'intervention et panorama des montages

2.1. Deux principales modalités d'intervention dans le cadre d'un projet ENR thermique

Les deux principales modalités d'intervention se présentant aux citoyens sont les suivantes :

- Investir dans un équipement ENR et le mettre à disposition du client qui l'exploite par ses propres moyens (cas n°1) ;
- Investir dans un équipement ENR et l'exploiter directement, c'est-à-dire vendre de la chaleur (cas n°2).

Cas n° 1 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR qu'il met ensuite à disposition du client

Ce mode opératoire a déjà été utilisé à de multiples reprises pour des installations de solaire thermique. Il présente certains avantages : le collectif citoyen joue un rôle d'investisseur sans avoir à intervenir sur l'exploitation et la maintenance courante de l'équipement. Le cas échéant, le collectif citoyen pourrait proposer certains services comme une prestation de gros entretien et de renouvellement des équipements. Dans la mesure où le collectif met à disposition l'équipement, il ne vend pas d'énergie et par conséquent, n'assume pas les risques associés (par exemple, risque lié à la demande d'énergie pouvant être plus ou moins fluctuante).

Ce mode opératoire présente un inconvénient : en cas de dysfonctionnement constaté sur l'équipement de production, se pose la question de la responsabilité, sachant que les causes peuvent être multiples, en particulier s'agissant d'une installation bois énergie. Parmi les causes possibles de dysfonctionnement : un problème de conception, une mauvaise conduite d'exploitation, ou encore un combustible bois non adapté peuvent influencer sur le bon fonctionnement de l'équipement.

Cas n°1 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR qu'il met ensuite à disposition du client

→ Ce montage est privilégié par les collectifs citoyens et a priori plutôt adapté au solaire thermique.

Cas n° 2 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR et l'exploite directement

Ce mode opératoire, encore peu rencontré, implique que le collectif citoyen exploite l'équipement et vende de la chaleur au client. Il s'agit d'une solution globale dans laquelle le collectif citoyen investit et exploite lui-même l'équipement, en vue de vendre un « produit fini » – de la chaleur – au(x) client(s).

L'intérêt pour un collectif citoyen de proposer une solution globale au client est de conserver la maîtrise de l'exploitation technique. Cela suppose donc que les citoyens s'acculturent aux enjeux techniques de la production d'énergie, voire « se professionnalisent » car ils deviennent « fournisseurs d'énergie » et supportent l'ensemble des risques techniques liés à l'exploitation de leur installation.

Cas n°2 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR qu'il exploite directement en vue de vendre de la chaleur au(x) client(s) → Ce montage est plutôt réservé aux professionnels de l'énergie.

En fonction du champ d'intervention du collectif citoyen (production d'énergie uniquement ou production, distribution et fourniture) et du mode opératoire choisi, le collectif citoyen (ou le professionnel de l'énergie) pourra « contractualiser » avec une ou plusieurs entités :

Lecture croisée : mode opératoire / champ d'intervention	Production uniquement	Production – Distribution – Fourniture
Investir et mettre à disposition	<ul style="list-style-type: none"> - Contractualiser avec un client unique (public, privé) pour ses besoins propres <p style="text-align: center;">OU</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contractualiser avec le représentant du réseau
Investir et exploiter (vendre la chaleur)	<ul style="list-style-type: none"> - En présence d'un réseau de chaleur public : contractualiser avec l'autorité organisatrice du service public <p style="text-align: center;">OU</p> <ul style="list-style-type: none"> - En présence d'un réseau de chaleur privé : contractualiser avec le représentant des utilisateurs bénéficiaires de la chaleur (mandataire) 	<ul style="list-style-type: none"> - Contractualiser avec le représentant du réseau <p style="text-align: center;">OU</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contractualiser avec les abonnés

Tableau 1 : Configurations contractuelles selon le mode opératoire et le champ d'intervention

2.2. Panorama des montages contractuels

Cas n° 1 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR qu'il met ensuite à disposition du client

Pour un collectif citoyen (ou un professionnel de l'énergie) souhaitant investir dans un équipement ENR et le mettre à disposition du client qui l'exploite par ses propres moyens, les montages envisageables sont les suivants :

Client(s) cocontractant	Montages a priori envisageables
Un client privé (pour ses propres besoins ou pour les besoins d'une pluralité d'utilisateurs qu'il représente)	<ul style="list-style-type: none"> - Location d'un équipement (louage d'ouvrage) / location longue durée - Convention de mise à disposition d'équipement - Crédit-bail / leasing avec option d'achat - Bail à construction
Un client public pour ses propres besoins	<ul style="list-style-type: none"> - Location / location longue durée (marché de fourniture) - Crédit-bail / leasing / location avec option d'achat - Bail à construction
Un service public (une personne publique, via sa régie ou une personne privée, opératrice de service public)	
Une pluralité d'utilisateurs finals	<i>Sans objet (difficulté à louer un équipement à une pluralité d'utilisateurs / il faut une entité mandataire)</i>

Tableau 2 : Montages contractuels envisageables pour « investir et mettre à disposition »

Cas n° 2 : le collectif citoyen investit dans un équipement ENR et l'exploite directement

Pour un collectif citoyen (ou un professionnel de l'énergie) souhaitant investir dans un équipement ENR et l'exploiter directement en vue de vendre de l'énergie, les montages envisageables sont les suivants :

Client(s)	Montages a priori envisageables
Un client privé pour ses propres besoins	<ul style="list-style-type: none"> - Contrat de fourniture d'énergie / contrat de vente de chaleur - Bail emphytéotique (*) - Contrat privé de concession de travaux ou de service
Un client public pour ses propres besoins	<ul style="list-style-type: none"> - Marché de fourniture d'énergie / contrat de vente de chaleur - Contrat de concession de travaux ou de service
Un client public autorité organisatrice d'un réseau de chaleur public (service public)	<ul style="list-style-type: none"> - Marché de fourniture d'énergie / contrat de vente de chaleur - Contrat de concession de travaux ou de service
Un client privé représentant un ensemble d'utilisateurs finals (réseau de chaleur privé)	<ul style="list-style-type: none"> - Marché de fourniture d'énergie / contrat de vente de chaleur - Contrat de concession de travaux ou de service (sans service public) - Bail emphytéotique (*)
Une pluralité d'utilisateurs finals	<ul style="list-style-type: none"> - Contrat de vente de la chaleur (correspondant à des polices d'abonnement si le fournisseur de chaleur a été « investi » par une autorité organisatrice du service public ou par le représentant / mandataire des abonnés si réseau privé)

Tableau 3 : Montages contractuels envisageables pour « investir et exploiter »

(*) : Un bail emphytéotique s'apparente à un contrat de location immobilier de très longue durée (entre 18 et 99 ans).

Pour chaque montage considéré, les points de vigilance et risques juridiques sont les suivants :

Montage	Points de vigilance et risques juridiques identifiés
Location / location longue durée de l'équipement	<ul style="list-style-type: none"> - Le bien reste la propriété de l'investisseur - Mise en concurrence nécessaire si le client est un pouvoir adjudicateur
Location avec option d'achat / crédit-bail / leasing	<ul style="list-style-type: none"> - Nécessité de passer par un organisme bancaire ou de crédit. Le contrat doit indiquer qu'il s'agit d'une forme de crédit à la consommation géré par un organisme financier (bancaire, établissement de crédit) - Mise en concurrence nécessaire si le client est un pouvoir adjudicateur
Convention de mise à disposition	<ul style="list-style-type: none"> - Difficulté à caractériser lorsqu'on répond au besoin d'une personne publique - Entre personnes privées, prévoir en fin de contrat, une cession moyennant un prix à définir - Durée maximale à caler selon la durée d'amortissement
Convention d'occupation du domaine public	<ul style="list-style-type: none"> - Autorisation temporaire, précaire et révocable - Appel à manifestation d'intérêt / publicité en cas d'exploitation économique du domaine - Si répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, une procédure « commande publique » est nécessaire (l'occupation du domaine public est alors intégrée au contrat de la commande publique) - Montage a priori plutôt adapté si la personne publique n'est pas (exclusivement) bénéficiaire de l'exploitation économique - Également adapté si un réseau privé passe sous voirie (nécessité d'obtenir une autorisation d'occupation du domaine)
Bail à construction	<ul style="list-style-type: none"> - Obligation pour le preneur d'édifier un bâtiment (obligation à titre principal, et non pas une faculté – ce qui le distingue du bail emphytéotique) - Peut contenir une clause limitant la possibilité pour le preneur d'affecter l'immeuble à d'autres usages que ceux prévus par le contrat - La construction devrait répondre au besoin de l'occupant. Si l'occupant est une personne publique, risque de requalification - En fin de bail, le bailleur devient propriétaire des constructions effectuées - Mise en œuvre pratique à affiner pour des constructions considérées comme légères
Contrat de fourniture d'énergie / vente de chaleur	<ul style="list-style-type: none"> - Mise en concurrence nécessaire pour les pouvoirs adjudicateurs - Sort de l'équipement à la fin du contrat : la possibilité pour le client de devenir propriétaire des équipements en fin de contrat doit être creusée
Concession de travaux	<ul style="list-style-type: none"> - Les travaux doivent obligatoirement porter sur un ouvrage, puisque le concessionnaire devra ensuite pouvoir exploiter celui-ci pour en tirer tout ou partie de sa rémunération - Transfert du risque lié à l'exploitation de l'ouvrage, en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage, le cas échéant assorti d'un prix - En présence d'une concession « mono-client », le risque transféré doit être réel pour éviter toute requalification du contrat
Concession de services	<ul style="list-style-type: none"> - A pour objet la gestion d'un service. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Exploitation du service = fourniture et vente de chaleur (à un client unique / à une pluralité d'abonnés) - Transfert du risque à l'exploitation du service, en contrepartie du droit d'exploiter le service, le cas échéant assorti d'un prix - En présence d'une concession « mono-client », le risque transféré doit être réel pour éviter toute requalification du contrat
Bail emphytéotique	<ul style="list-style-type: none"> - L'emphytéote (preneur à bail) est tenu d'améliorer le bien, et non d'édifier des constructions (faculté et non obligation) - Ce montage implique une part « exploitation » - Il convient de prévoir le paiement d'un loyer au bailleur (même s'il est minime) - Possibilité de « sous-location » (location des constructions édifiées) - Droits réels immobiliers confiés au preneur à bail (fiscalité immobilière) / droits étendus dans la jouissance et l'usage du bien - En fin de bail, le bailleur devient propriétaire des constructions effectuées
Bail emphytéotique administratif	<ul style="list-style-type: none"> - Le bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur ou d'une autorité concédante soumis au code de la commande publique. Dans telle situation, il convient de passer par un contrat de la commande publique - Montage a priori plutôt adapté au cas dans lequel la personne publique bailleur (propriétaire du terrain d'emprise) n'est pas bénéficiaire de l'énergie (location de la chaudière ou vente d'énergie à un tiers).

Tableau 4 : Points de vigilance et risques juridiques des différents montages contractuels

De manière synthétique, les points de vigilance des différents montages sont les suivants :

	<i>Montages impliquant une exploitation</i>								
	Location	Crédit-bail	Convention de mise à disposition d'équipement	Convention d'occupation du domaine public	Bail à construction	Bail emphytéotique (administratif)	Contrat de vente de chaleur	Concession de travaux	Concession de services
Sort des équipements en fin de contrat	X		X				X		
Intermédiaire organisme financier		X							
Le bénéficiaire n'est pas le cocontractant				X	X	X			
Mise en concurrence (en présence d'un pouvoir adju.)	X	X					X	X	X
Difficulté de caractérisation lorsqu'on répond au besoin d'une personne publique			X	X	X	X			
Caractérisation du risque								X	X

Tableau 5 : Synthèse des points de vigilance des différents montages contractuels

2.3. Montages préférentiels

Les montages à considérer – ou au contraire à exclure – selon la qualité du cocontractant (personne publique ou personne morale de droit privé) et selon que le cocontractant est ou non le bénéficiaire de la chaleur, sont synthétisés comme suit :

	<i>Montages impliquant une exploitation</i>								
Montages pour lesquels opter	Location	Crédit-bail	Convention de mise à disposition d'équipement	Convention d'occupation du domaine public	Bail à construction	Bail emphytéotique (administratif)	Contrat de vente de chaleur	Concession de travaux	Concession de services
Lorsqu'on contractualise avec une personne publique / pouvoir adjudicat.	X	X					X	X	X
Lorsqu'on contractualise avec une personne privée	X	X	X				X	X	X
Lorsque le bénéficiaire n'est pas le cocontractant				X	X	X			

Tableau 6 : Synthèse des montages possibles / à exclure

Au terme de la première phase d'étude (présentation des modalités d'intervention et panorama des montages), et pour donner suite aux retours des parties prenantes de l'étude, le choix du scénario à approfondir en seconde phase d'étude s'est porté sur le contrat de fourniture de chaleur (il s'agit d'un contrat de vente de chaleur « prête à l'emploi »).

La finalité de la seconde phase de l'étude est d'appréhender les modalités de réalisation et les implications d'un contrat de fourniture de chaleur se fondant sur le financement citoyen.

À cet effet, il convient de répondre à différentes interrogations, tant organisationnelles (quelles étapes, quels acteurs, quels moyens mis en œuvre ? etc.) que juridiques (quelles procédures, quelles règles, quelles obligations et responsabilités ? etc.) ou économiques (quelles modalités de rémunération, quelle fiscalité applicable ?).

3. Présentation du contrat de fourniture de chaleur

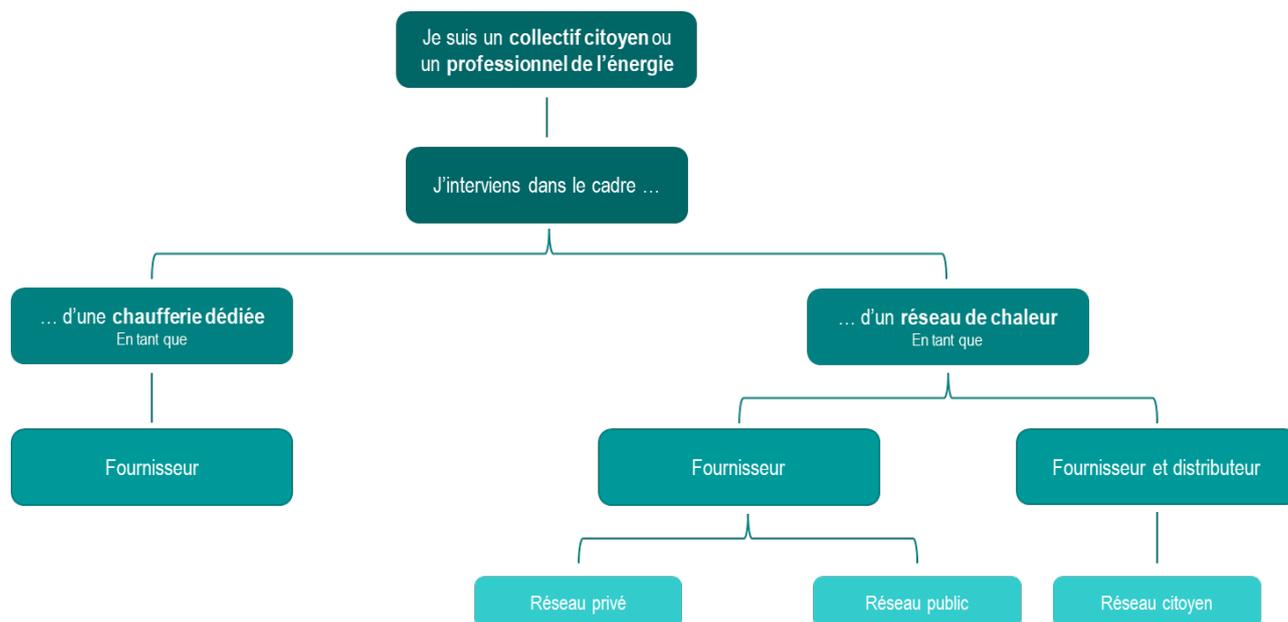
Par souci de clarté, il est proposé de développer les différents volets (organisationnels, juridiques et économiques) sous forme de fiches synthétiques.

3.1. Volet organisationnel

3.1.1. Modalités d'intervention d'un collectif citoyen

Les situations dans lesquelles un collectif citoyen peut proposer un contrat de fourniture de chaleur sont multiples :

- En présence d'une production dédiée à un bâtiment, le collectif citoyen peut, à la demande du client bénéficiaire de la chaleur, être fournisseur d'énergie calorifique ;
- En présence d'un réseau de chaleur (public ou privé), le collectif citoyen peut, à la demande du propriétaire ou du gestionnaire du réseau, fournir de l'énergie au réseau ;
- Sur sa propre initiative, le collectif peut créer et exploiter un réseau citoyen, et ainsi être à la fois fournisseur et distributeur d'énergie calorifique.



© Kairos Ingénierie

Figure 3 : Schéma illustrant les modalités d'intervention d'un collectif citoyen dans le cadre d'une vente de chaleur

3.1.2. Entités avec lesquelles un collectif citoyen peut contractualiser

Les entités juridiques avec lesquelles un collectif citoyen peut contractualiser une vente de chaleur sont présentées dans les trois cas suivants (chaufferie dédiée, réseau de chaleur, réseau citoyen) :

Chaufferie dédiée
<ul style="list-style-type: none">➤ Client unique (seul bénéficiaire de l'énergie thermique).➤ Peut indistinctement être une personne morale de droit public, une personne morale de droit privé voire une personne physique.

Réseau de chaleur
<ul style="list-style-type: none">➤ Si réseau public : collectivité territoriale autorité organisatrice du service public ou son représentant (par exemple, un délégataire si la distribution a été déléguée)➤ Si réseau privé : le représentant des clients finals (par exemple, une association foncière urbaine) ou avec chaque client s'ils n'ont pas de représentant (exemple, groupement de commande).

Réseau citoyen
<ul style="list-style-type: none">➤ Contractualisation avec chaque client du réseau, quelle que soit sa nature (publique ou privée)

3.1.3. Point de vigilance dans le cadre de la contractualisation

Les points de vigilance dans le cadre de la contractualisation sont présentés dans les 3 cas suivants (chaufferie dédiée, réseau de chaleur, réseau citoyen) :

Chaufferie dédiée
<ul style="list-style-type: none">➤ Le client achète un « produit fini » : de la chaleur, et non pas une chaudière.➤ Pour les acheteurs publics : le contrat de fourniture de chaleur n'est pas un marché de travaux.

Réseau de chaleur
<ul style="list-style-type: none">➤ Si le collectif citoyen désire contractualiser directement avec les abonnés du réseau, alors le contrat de fourniture de chaleur n'est pas forcément le montage le plus approprié. Dans ce cas, un montage en concession / DSP sera plus adapté en présence d'un réseau public et pourra être plus intéressant en présence d'un réseau privé

Réseau citoyen
<ul style="list-style-type: none">➤ Information préalable de la collectivité territoriale compétente sur le territoire concerné en vue de la création d'un réseau de chaleur.➤ Pour développer son réseau, le collectif devra également obtenir les autorisations d'occupation du domaine public nécessaires et donc contractualiser avec les personnes publiques propriétaires du domaine.



© ALEC de Lyon / AURA-EE

3.1.4. Travaux devant être pris en charge par le collectif pour fournir la chaleur

Selon le type de projet (chaufferie dédiée, réseau de chaleur, réseau citoyen), les travaux que devra prendre en charge le collectif citoyen sont les suivants :

Chaufferie dédiée	Réseau de chaleur	Réseau citoyen
<ul style="list-style-type: none">➤ Installations de production incluant un compteur de chaleur en sortie chaufferie➤ Le cas échéant, un réseau de liaison, voire une sous-station (échangeur de chaleur) si la chaudière n'est pas située dans le bâtiment à chauffer.	<ul style="list-style-type: none">➤ Installations de production (incluant un compteur de chaleur en sortie chaufferie)	<ul style="list-style-type: none">➤ Installations de production + de distribution i.e réseau et sous-station (incluant un compteur de chaleur à chaque point de livraison)➤ Le cas échéant, il pourrait être pertinent de faire porter l'investissement « sous-station » (échangeur) par le client. Dans ce cas, il conviendra de positionner le compteur avant l'échangeur.

3.1.5. Point de facturation de la chaleur

Selon le cas considéré (chaufferie dédiée, réseau de chaleur, réseau citoyen), les limites de prestation concernant le point de facturation de la chaleur sont les suivantes :

Chaufferie dédiée	Réseau de chaleur	Réseau citoyen
<ul style="list-style-type: none">➤ Facturation de la chaleur en sortie chaufferie➤ Le cas échéant, si le collectif réalise un réseau de liaison, il pourrait lui être demandé de facturer la chaleur en sous-station (tout dépendra de la propriété du réseau de liaison, i.e. selon qu'il appartient au collectif ou au client).	<ul style="list-style-type: none">➤ Facturation de la chaleur en sortie chaufferie	<ul style="list-style-type: none">➤ Facturation de la chaleur en sous-station (avant ou après l'échangeur, selon que l'échangeur est propriété du client ou du collectif)



© Présentation d'Edouard Tissier, Chef de projets à Antea Group / AURA-EE

3.1.6. Points de vigilance dans le cadre des limites de prestation

Selon le cas considéré (chaufferie dédiée, réseau de chaleur, réseau citoyen), les quelques points de vigilance sont les suivants :

Chaufferie dédiée

- Le collectif n'a pas d'intérêt à facturer la chaleur en sous-station si le réseau de liaison ne lui appartient pas, mais appartient au client
- Hypothèse d'une chaudière propriété du collectif située au sein du bâtiment : bien délimiter les responsabilités

Réseau de chaleur

- *Sans objet*

Réseau citoyen

- Hypothèse dans laquelle le collectif prend en charge les sous-stations : bien délimiter les responsabilités et prévoir l'accès en sous-station par le collectif



© Réseau de chaleur bois-énergie à Notre-Dame-de-l'Osier / AURA-EE

3.2. Volet juridique

Précision méthodologique : les problématiques juridiques et contractuelles concernent surtout les acheteurs publics. Par conséquent, l'accent sera mis sur cet aspect de la commande publique.

3.2.1. Mise en concurrence de la fourniture de chaleur

Selon le type d'acheteurs (public, privé, mixtes), les principes de mise en concurrence sont les suivants :

Acheteur public	Acheteur privé	Acheteurs mixtes
<ul style="list-style-type: none">➤ Lorsque l'acheteur est une personne morale de droit public les dispositions du Code de la commande publique sont applicables ;➤ Tout montage impliquant un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice nécessite une mise en concurrence ;➤ Certaines dérogations sont prévues par le Code de la commande publique mais sont limitatives.	<ul style="list-style-type: none">➤ Règle générale : en présence d'un cocontractant personne privée, aucune règle spécifique de mise en concurrence ne s'applique.➤ Certaines personnes morales de droit privé sont susceptibles de devoir mettre en concurrence leurs achats (exemple : Société Publique Locale gestionnaire d'un réseau).	<ul style="list-style-type: none">➤ Cas type : groupement de commande dans le cadre d'un réseau citoyen. En cas de groupement de commande avec des acheteurs mixtes (publics et privés), la présence d'un seul contrat de droit public lui confère le caractère d'un marché public soumis aux règles de publicités et de mis en concurrence.

3.2.2. Dans quels cas peut-on s'affranchir d'une mise en concurrence ?

En vertu de l'article L. 2514-2 du Code de la commande publique, sont soumis aux règles du titre II - donc concernés par l'absence de mise en concurrence - les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'énergie, lorsque cette entité adjudicatrice exerce une activité d'opérateur de réseau, conformément au a) du 1° de l'article L. 1212-3 du Code de la commande publique (mise à disposition, exploitation ou alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de chaleur).

À noter qu'il ressort de la jurisprudence que « les dispositions relatives aux entités adjudicatrices ne s'appliquent pas aux actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation » [du réseau] (CE 23 nov. 2011, Sté GIHP Lorraine Transports, n° 349746).

La qualité d'entité adjudicatrice résultera de l'exploitation du réseau.

3.2.3. Formuler son besoin en tant qu'acheteur public

En tant qu'acheteur public, les principes et cas particuliers rencontrés sont les suivants :

Principes	Cas particuliers
<ul style="list-style-type: none">➤ Le marché public de fourniture se distingue des marchés de travaux et de services.➤ Si le contrat de fourniture doit décrire les besoins énergétiques en consommations et en puissance, il ne s'agit pas de décrire les caractéristiques techniques ni le dimensionnement des équipements.	<ul style="list-style-type: none">➤ Dans le cas d'une chaufferie dédiée, il convient d'être vigilant aux modalités de prise en compte d'éventuels travaux en complément de la fourniture de chaleur (exemple type : création d'un réseau de liaison entre la chaufferie et le bâtiment à alimenter en chaleur) :<ul style="list-style-type: none">• Les travaux pourront être réalisés par un prestataire différent (principe d'allotissement)• Si les travaux sont réalisés par le fournisseur de chaleur lui-même, le marché public de fourniture pourra inclure des travaux de pose et d'installation à titre accessoire.

3.2.4. Propriété des biens dans le cadre du contrat de fourniture de chaleur

S'agissant de la propriété des biens dans le cadre du contrat de fourniture de chaleur, les principes et cas particuliers sont les suivants :

Principes	Cas particuliers
<ul style="list-style-type: none">➤ Les équipements réalisés par le fournisseur de chaleur lui appartiennent durant toute la durée du contrat de fourniture.	<ul style="list-style-type: none">➤ En chaufferie dédiée, le réseau de liaison peut être propriété de l'acheteur public (en cas de travaux accessoires à la fourniture, commandés par l'acheteur public et donnant lieu à un prix).➤ S'agissant d'un réseau citoyen, les sous-stations (échangeurs) peuvent être propriété de chaque client.



© Production d'énergie géothermique du Musée des Beaux-Arts (Lyon) / AURA-EE

3.2.5. Comment procéder en cas d'occupation du domaine public ?

Les principes juridiques et de mise en concurrence en cas d'occupation du domaine public sont les suivants :

Principes	Mise en concurrence
<ul style="list-style-type: none"> ➤ À partir du moment où la chaufferie et/ou le réseau sont sur le domaine public, une autorisation d'occupation doit être sollicitée auprès de la personne publique propriétaire. ➤ L'occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance d'occupation <ul style="list-style-type: none"> • Lorsque le contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement (CG3P, art. L.2125-1) > il s'agit de la personne publique bénéficiaire de la chaleur. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ S'agissant d'une activité économique, une mise en concurrence doit être prévue (article L.2111-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques). Pas de procédure spécifique décrite pour la mise en concurrence. ➤ Si l'autorisation s'inscrit dans une opération ayant donné lieu à une procédure de mise en concurrence ayant les mêmes caractéristiques d'impartialité et de transparence, la mise en concurrence n'est pas nécessaire (CG3P, art. L.2122-1-2). i.e. le contrat de fourniture de chaleur (mis en concurrence) peut emporter l'autorisation d'occupation. ➤ Autres dérogations prévues (art. L.2122-1-3 du CG3P) permettant de délivrer le titre d'occupation à l'amiable.

3.2.6. Durée sur laquelle la fourniture de chaleur peut être contractualisée

La durée sur laquelle le contrat de fourniture de chaleur peut être contractualisée est présentée selon les modalités suivantes (durée initiale, reconduction) :

Durée initiale	Reconduction
<ul style="list-style-type: none"> ➤ La durée doit tenir compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (CCP, art. L.2112-5 et L.3114-7). ➤ La durée du marché doit être établie en fonction des investissements. ➤ Une durée longue (15-20 ans) peut être justifiée par la durée d'amortissement des investissements à réaliser par le fournisseur. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Le contrat peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition (CCP, art. R.2112-4) que : <ul style="list-style-type: none"> • Ses caractéristiques restent inchangées ; • La mise en concurrence (donc l'estimation de la valeur du marché) ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. ⚠ La reconduction est déconseillée si le contrat est de longue durée.

3.2.7. En fin de contrat, les biens peuvent-ils être transférés au client ?

En fin de contrat, le sort des équipements est le suivant :

Principe	Point de vigilance
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Les équipements appartenant au fournisseur sont déposés (aisé pour un équipement modulaire, mais pas pour les chaufferies en dur, ni pour les réseaux) ➤ Renoncer à la dépose / démolition des biens peut être souhaité / souhaitable. Conformément à l'article L.2122-9 CGPPP, à l'issue du titre d'occupation, les installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolies soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. ➤ Un rachat des biens peut également être envisagé (rachat à une valeur non nulle fait sens si le contrat est de courte durée). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Si le réseau fait l'objet de travaux achetés par le client (travaux accessoires à la fourniture) ayant donné lieu à un prix payé par le pouvoir adjudicateur, il n'y a pas lieu de transférer la propriété du bien, qui est réputé acquis par l'acheteur au moment de la construction. ⚠ Le paiement différé est interdit

3.2.8. Comment l'acheteur public peut-il racheter les biens en fin de contrat ?

En pratique, l'acheteur public est susceptible de vouloir racheter les équipements en fin de contrat. Les modalités de rachat doivent néanmoins être appréhendées avec vigilance.

En pratique	Point de vigilance
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Prévoir dès la conclusion du contrat, une reprise des biens à leur valeur nette comptable (VNC) comme indemnité. ➤ Il s'agit d'un prix versé indépendamment à l'expiration du contrat. 	<ul style="list-style-type: none"> ⚠ Risque de distorsion de la concurrence : un candidat pourrait se prévaloir d'un prix de fourniture de chaleur relativement faible mais d'une VNC particulièrement élevée. ➤ Il est important de bien cadrer l'indemnité en cas de choix de reprise des biens en fin de contrat. Par exemple, le contrat peut prévoir qu'il sera interdit de vendre les biens à un prix supérieur à la VNC attesté par les documents comptables. ➤ En fonction de la durée du contrat, et si la reprise des biens en fin de contrat n'est qu'une option, il pourra être apprécié si la VNC doit ou non faire l'objet d'un sous-critère de notation du prix.

3.2.9. Critères de jugement permettant d’apprécier les offres dans le cadre de la mise en concurrence

Parmi les critères d’appréciation des offres, il est proposé d’analyser les trois volets suivants (critères portant sur l’environnement, l’approvisionnement local et la participation citoyenne / l’économie sociale et solidaire) :

Environnement	Approvisionnement local	Participation citoyenne / économie sociale et solidaire
<ul style="list-style-type: none"> ➤ L’acheteur peut recourir à divers critères, parmi lesquels : <ul style="list-style-type: none"> • Un critère environnemental ; • Un critère fondé sur le bilan carbone (GES) ; • Un critère relatif aux spécifications techniques du combustible utilisé. ➤ Les critères retenus doivent être objectifs, suffisamment précis et en lien avec l’objet du marché. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Les critères géographiques permettant de privilégier les prestataires locaux ou l’approvisionnement local sont prohibés. ➤ L’acheteur public peut prendre en considération le circuit de fourniture (≠ implantation géographique du producteur). <p><i>NB : est considéré comme « circuit court » un mode de commercialisation des produits agricoles qui s’exerce par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu’il n’y ait qu’un seul intermédiaire.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ D’un point de vue théorique pas d’opposition de principe à développer un critère relatif à la participation citoyenne tant que ce critère est en lien avec l’objet du marché. <p>△ Lien avec le marché complexe à justifier. Risque de distorsion en particulier lorsque la participation est appréciée au niveau des candidatures.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Qualité ESS du prestataire : un agrément peut être demandé aux candidats, sous réserve de prévoir la possibilité de disposer d’une qualification équivalente.

3.2.10. Cas particulier lorsque le collectif citoyen n’est pas encore constitué en société au moment de la mise en concurrence

Les engagements pouvant être apportés par le collectif citoyen, selon la jurisprudence constante et en pratique, si la société n’est pas encore créée au moment de la mise en concurrence, sont les suivants :

La jurisprudence constante	En pratique
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Une société en formation peut soumissionner à l’attribution d’un contrat de commande publique dès lors que ses statuts ont été signés (CE, 3 juin 1987, Société nîmoise de taumachie et de spectacle, req. N°56733) ➤ Les sociétés nouvellement créées, doivent pouvoir justifier de leurs capacités financières et de leurs références par tout autre moyen (CE, 9 mai 2012, 356455). 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Une attestation sera nécessaire (il en va de même dans le cas où la société n’est pas encore créée). ➤ Il est admis que les jeunes entreprises puissent demander que soient prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d’autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique de leur relation (filiale, sous-traitants, maison-mère...), sous réserve d’établir (dans leur dossier de candidature) qu’elles disposeront effectivement des moyens de ces entreprises. Il appartient donc au collectif de justifier de sa capacité à candidater à la procédure de passation.

3.2.11. Contraintes à la prise de participation

Les contraintes et limites à la prise de participation par les collectivités locales au sein de collectifs citoyens ou sociétés de production d'ENR sont les suivantes :

Exclusions	Dérogations
<ul style="list-style-type: none">➤ Sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, toutes 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 dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 du CGCT (article L. 2253-1 du CGCT).	<ul style="list-style-type: none">➤ Article L. 2253-1 al.3 : participation au capital d'une SA ou SAS dans les cas suivants : l'objet social de la société doit être la production d'énergie renouvelable et les installations doivent être implantées sur le territoire de la commune ou sur le territoire d'une commune limitrophe. <i>NB : la collectivité ne doit pas avoir transféré sa compétence en la matière. Quid de la possibilité pour plusieurs collectivités de strate différente situées sur un même territoire de prendre des participations au sein d'une même société : débat non tranché</i>➤ Quelle que soit la forme juridique choisie, le droit de l'UE permet aux acteurs locaux (publics ou privés) de produire, consommer et revendre leur propre énergie par le biais des communautés d'énergie renouvelable➤ Participation SCIC < 50%



© Le Préau des Colibris (Voiron) / AURA-EE

3.3. Volet économique

3.3.1. Rémunération du fournisseur

3.3.1.1. Facturation de la chaleur

La facturation de la chaleur par le fournisseur doit nécessairement couvrir les coûts identifiés ci-dessous :

	Facturation binomiale	Facturation selon la consommation
Postes de dépenses	Ressources	
Achat du combustible (ou de chaleur) à un tiers (P1)	Facturation au kilowatt heure (prix unitaire ou équivalent R1)	Facturation au kilowatt heure (prix unitaire uniquement / équivalent R1)
Fonctionnement et maintenance courante des installations (P2)	Facturation forfaitaire (prix de l'abonnement ou équivalent R2)	
Travaux de gros entretien et renouvellement(P3)		
Amortissement des équipements concernés (P4)		

Tableau 7 : Facturation de la chaleur

À propos de la révision des prix :

- Une **clause de révision** du prix de la chaleur doit être **prévue** par le contrat de fourniture ;
- Mieux vaut spécifier dans le contrat la **formule** de révision applicable ;
- Circulaire récente sollicitant la suppression des parts fixes au sein des formules de révision.

3.3.1.2. Facturation des travaux

La facturation des travaux réalisés par le fournisseur s'effectue ainsi :

Postes de dépenses	Ressources	
Travaux accessoires (exemple type : réseau de liaison)	<p>Prix forfaitaire (versé intégralement dès leur réalisation)</p> <p><i>Les installations faisant l'objet d'un prix forfaitaire, accessoires à la fourniture de chaleur, appartiennent nécessairement à l'acheteur</i></p>	<p>Prix inclus dans la facturation de la chaleur (<i>i.e.</i> prix unitaire et ou abonnement)</p> <p>Ces biens sont la propriété du fournisseur de chaleur lorsqu'ils ne donnent pas lieu à un paiement versé par le pouvoir adjudicateur mais sont inclus dans le prix de la fourniture.</p>

Tableau 8 : Facturation des travaux

3.3.2. Taxe sur la valeur ajoutée

Si la distribution d'énergie thermique est facturée à une pluralité de clients, l'abonnement relatif à la livraison d'énergie calorifique se voit appliquer une TVA au taux réduit de 5,5%.

Sinon le taux normal de 20% est appliqué.

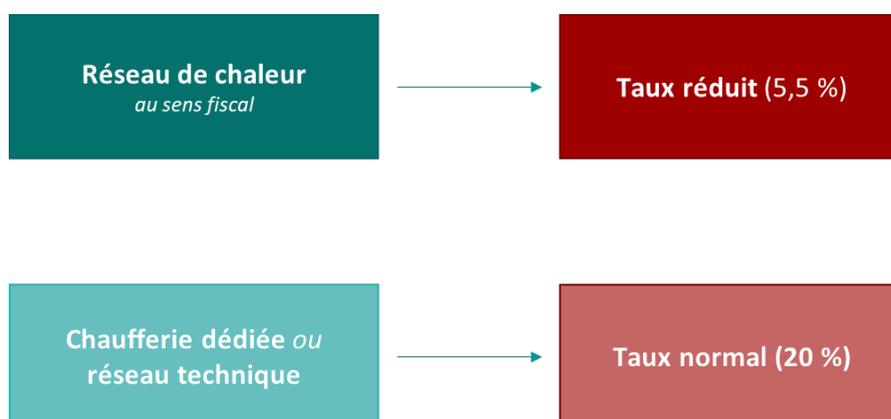


Figure 4 : Taxe sur la valeur ajoutée

Contacts des rédacteurs



KAIROS Ingénierie : contact@kairos-ingenierie.com



Cabinet Richer & Associés : avocats@richer-associes.eu

Liens utiles

- [À propos du projet SHREC](#) – Version française (Centre de ressources pour les territoires en transition d’Auvergne-Rhône-Alpes)
- [À propos du projet SHREC](#) – Version anglaise (site web Interreg Europe)
- Le [réseau AURACLE](#)
- Les [Centrales villageoises](#)
- [Buxia Énergies](#)
- [Énergie Partagée](#)



**Auvergne
Rhône-Alpes**
Énergie Environnement



GRANDLYON
la métropole



KAIROS
I N G E N I E R I E

Juillet 2022 © Tous droits réservés