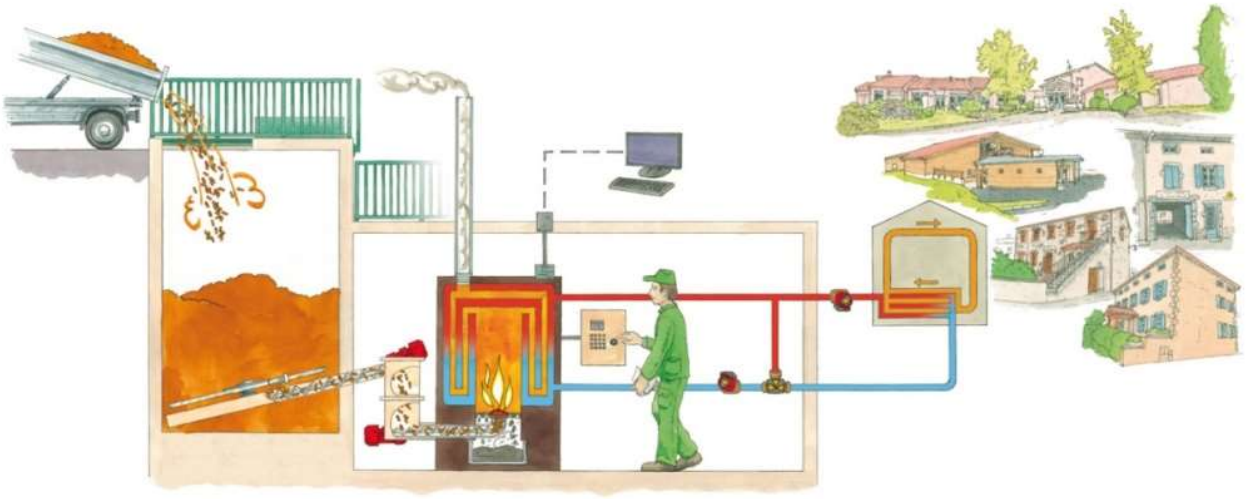
NOTE JURIDIQUE
DEFINITION, COMPETENCE ET EXERCICE DES RESEAUX DE CHALEUR ET FROID

De la définition aux différents modes de coopération intercommunale pour la conception, réalisation, exploitation et maintenance des réseaux de chaleur et de froid.

CLASSIFICATION DU RESEAU DE CHALEUR

1.1 Définition

L'arrêté du 17 janvier 2012 définit les systèmes de chauffage et de refroidissement urbains comme « la distribution d'énergie thermique sous forme de vapeur, d'eau chaude ou de fluides réfrigérants, à partir d'une installation centrale de production et à travers un réseau vers plusieurs bâtiments ou sites, pour le chauffage ou le refroidissement de locaux ou pour le chauffage ou le refroidissement industriel. »



Il n'existe pas de définition juridique précise du réseau de chaleur. Toutefois en pratique, on distingue le réseau de chaleur du réseau technique de chaleur. Un réseau technique est un réseau qui n'alimente qu'un seul abonné, sans vente d'énergie à des tiers. A l'inverse, un réseau de chaleur est un réseau qui alimente au moins deux abonnés et qui implique une vente d'énergie à des tiers. Dans ce cadre, la doctrine fiscale estime qu'un réseau de chaleur implique nécessairement une pluralité de clients.

1.2 Jurisprudences

Un réseau développé entre entreprises, est considéré comme un réseau de chaleur privé. En revanche, un réseau raccordant la collectivité (mairie, école, etc.) ainsi qu'au moins un autre abonné (clinique, bailleur, particulier…) est considéré comme un réseau de chaleur relevant du service public.

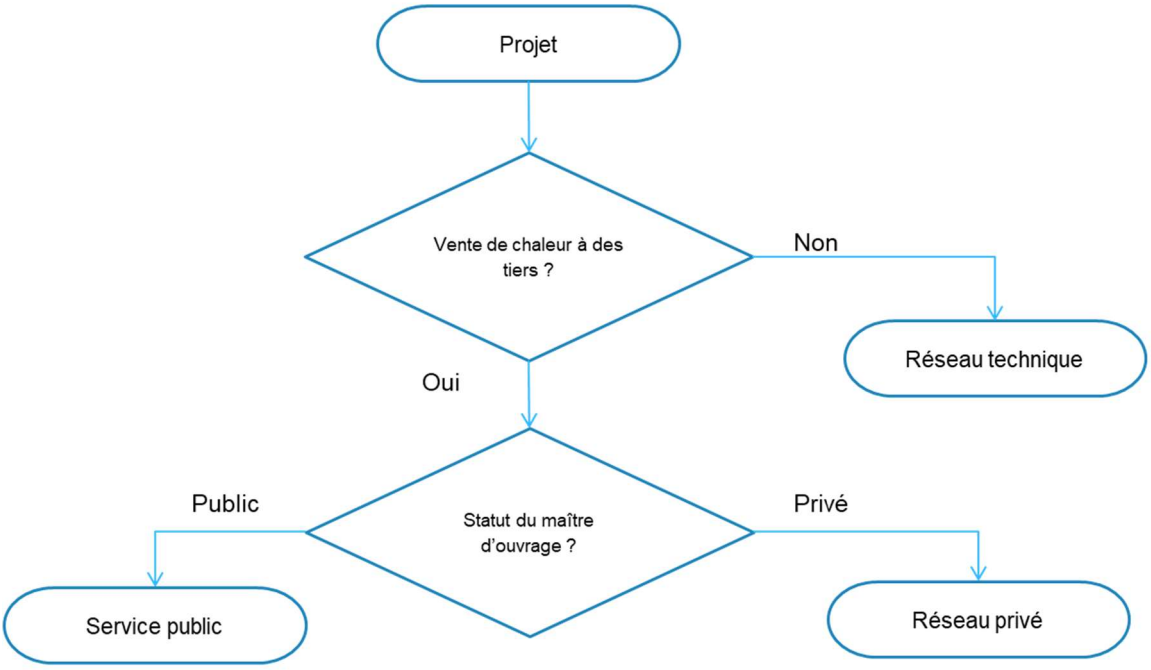
Le réseau de chaleur sera public dès lors qu'il aura vocation à être développé par une collectivité au titre de ses missions de service public et privé s'il est développé en dehors de toute mission de service public.

1.3 Classification d'un projet

En rapport de ce qui précède un projet peut donc se classifier en trois types de réseau :

1. Réseau de service public avec vente de chaleur s'apparentant à un service public industriel et commercial
2. Réseau privé
3. Réseau technique

Pour déterminer le type de réseau, on peut suivre le logigramme ci-après :



1.4 Exercice spécifique des déchets ménagers

A noter qu'en vertu de l'article L.2224-32 du CGCT, les communes et les EPCI dont elles sont membres peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets ménagers ou assimilés ou toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur. L'intervention des collectivités précitées dans le domaine de la production d'énergie décentralisée s'effectue sur la base d'une compétence partagée.

Les établissements publics de coopération peuvent donc prendre cette initiative dans le cadre de la valorisation énergétique des déchets ménagers sans qu'il soit nécessaire d'en passer par la procédure de transfert de compétence.

1.5 Peut-on parler d'une compétence Autorité de distribution publique de chaleur ou de froid?

L'article L. 2224-38 du code général des collectivités territoriales (issu de l'article 194 de la loi relative à la transition énergétique et à la croissance verte du 17 août 2015), prévoit que les communes (ou les établissements publics dont elles font partie) sont compétentes en matière « de création et d'exploitation d'un réseau public de chaleur et de froid ».

La loi Maptam du 27 janvier 2014 évoque, quant à elle, la compétence de « création, aménagement, entretien et gestion des réseaux de chaleur ou de froid urbains » revenant aux métropoles et aux communautés urbaines visées à l'article 71 de la loi Maptam.

Par soucis de cohérence et de clarté, l'article L. 2224-38 du CGCT aurait mérité de faire expressément référence à la compétence d'«autorité organisatrice de la distribution publique de chaleur et de froid portant création, aménagement, entretien et gestion des réseaux de chaleur ou de froid ».

Ainsi, au travers les termes employés par ces articles, la compétence d'autorité organisatrice de la distribution publique de chaleur ou de froid, si elle se devine, n'a pas été clairement définie par le législateur.

2 LES OUTILS DE COOPERATION ENTRE COLLECTIVITES

Les collectivités du bloc communal disposent de différents outils de coopération pour développer ensemble des réseaux de chaleur

2.1 Le transfert de compétence

Conformément à l'article L.2224-38 du code général des collectivités territoriales (issu de l'article 194 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte), les communes sont compétentes en matière de création et d'exploitation d'un réseau public de chaleur et de froid elles peuvent **transférer cette compétence à un « établissement public [1]» dont elle est membre**.

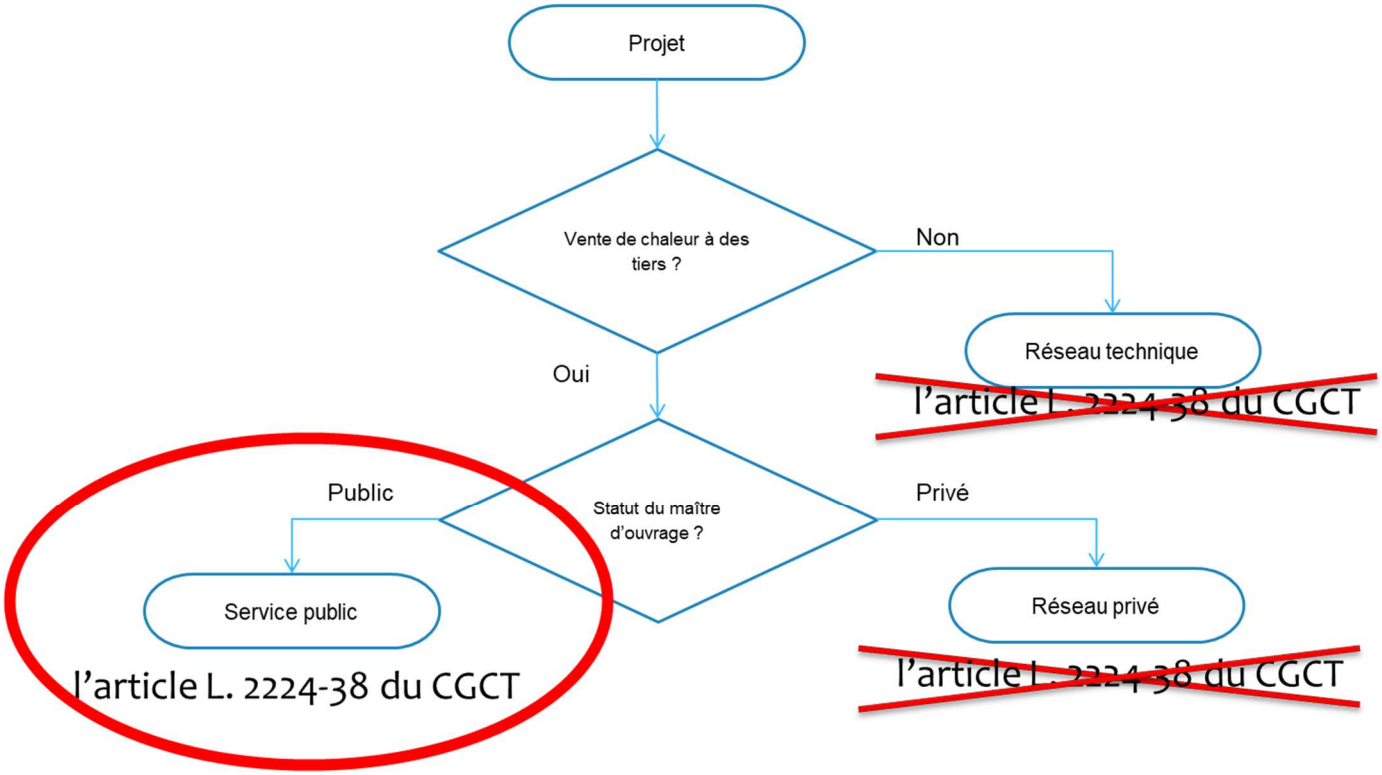
Pour les communautés de communes ou d'agglomération, cette compétence demeure facultative et ne peut être exercée à leur niveau que si elles l'inscrivent expressément dans leurs statuts, selon la procédure décrite à l'article L. 5211-17 du code général des collectivités territoriales.

[1] Le terme « établissement public » vise ici aussi bien un EPCI à fiscalité propre (communauté de communes, d'agglomération) qu'un EPCI sans fiscalité propre. S'il s'agit d'une métropole ou d'une communauté urbaine lorsque celle-ci a été créée postérieurement à la loi Maptam du 7 août 2015, le législateur leur a transféré cette compétence de plein droit.

Le législateur permet par ailleurs aux EPCI sans fiscalité propre, autrement dit les syndicats intercommunaux d'une part, aux syndicats mixtes « ouverts » ou « fermés » d'autre part, d'exercer cette compétence, à condition qu'ils l'aient préalablement inscrite dans leurs statuts.

Il convient de préciser que la compétence transférée ne précise pas le type de réseau que la collectivité supra-communale devra gérer et exploiter. C'est bien chaque projet relevant de la compétence transférée qui devra être qualifié (cf article 1.3).

Cependant l'application stricte de l'article L. 2224-38 du CGCT, donne un cadre restrictif du transfert de la compétence par rapport à la classification du réseau : Dès lors que la chaufferie de la commune ne dessert que des bâtiments communaux, la commune agit pour satisfaire ses besoins propres. Sans vente de chaleur à des tiers ni d'usagers identifiés, il ne peut s'agir à proprement parler d'un service public industriel et commercial transférable.
Cette activité n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article L. 2224-38 du CGCT qui vise clairement l'hypothèse d'un service public. En pareil cas, la commune pourrait soit exploiter directement le réseau destiné pour ses seuls besoins, soit confier l'exploitation de ce réseau à un prestataire au travers d'un marché public de fourniture et services[2].



[2] La collectivité est alors une entité adjudicatrice au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Ainsi le transfert de compétence n'est envisagé que dans le cas de l'exercice de l'article L2224-38 du CGCT qui précise qu'un réseau de chaleur doit répondre à l'exercice d'un service public industriel et commercial en desservant plusieurs clients raccordés.

2.2 L'entente intercommunale

L'article L.5221-1 du code général des collectivités territoriales ouvre la possibilité aux communes, EPCI et syndicats mixtes de créer une entente sur « les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune. » La finalité d'intérêt général exclut tout but lucratif de la coopération. En effet, celle-ci doit être limitée au remboursement des coûts encourus.

Dans ce cadre, deux communes qui disposeraient de la compétence réseau de chaleur ou un EPCI et une commune non-membre pourraient décider de s'entendre pour la construction et/ou l'exploitation d'une chaufferie et d'un réseau de chaleur qui desservirait leur territoire.

Dans la lignée de la jurisprudence européenne, l'article 18 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et l'article 17 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 excluent de leur champ d'application les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général, excluant tout but lucratif[3];
- Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

A défaut de respecter ces conditions, les collectivités qui souhaitent s'entendre devront respecter les règles de la commande publique et appliquer les procédures de mise en concurrence établies par les textes précités.

2.3 La co-maîtrise d'ouvrage

Dans le cadre de l'article 2-II de la loi MOP, une convention de co-maîtrise d'ouvrage peut être conclue entre au moins deux collectivités pour désigner celle d'entre elles qui interviendra en tant que maître d'ouvrage unique pour la construction d'un ou plusieurs ouvrages.

[3] Note de la DAJ « les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public » publiée au 21 juin 2016

Sous réserve d'un aménagement contractuel, le maître d'ouvrage unique sera, du fait du transfert temporaire de cette mission, seul compétent pour mener la réalisation de l'ouvrage et les actes afférents (passation de marchés publics, exécution…).

A noter que si l'article 1er de la loi MOP exclut de son champ d'application les ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation tels que les « centrales de chauffage urbain » [4], la jurisprudence administrative admet qu'il est toutefois possible de se soumettre volontairement à la loi précitée en respectant les règles (CE, 8 avril 1998, Préfet de l'Aube).

2.4 La maîtrise d'ouvrage déléguée

Conformément à l'article 3 de la loi MOP, un maître de l'ouvrage « peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :

1. Définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
2. Préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'oeuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
3. Approbation des avant projets et accord sur le projet ;
4. Préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
5. Versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;
6. Réception de l'ouvrage, et l'accomplissement de tous actes afférents […]. »

Les conventions de mandat sont qualifiées de marchés publics de prestations de services et sont, en principe, soumises aux règles applicables aux marchés publics dès lors qu'elles sont exécutées en contrepartie d'un prix (CE, 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux). A noter cependant que les marchés inférieurs à 25.000 euros hors taxes pourront être conclus en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence conformément à l'article 30, I, 8 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

Une commune non membre d'un syndicat pourrait mandater ce dernier pour la passation d'un marché de travaux pour la construction d'une chaufferie par exemple.

[4] Décret n°86-520 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 1er de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée