

## Sociétés et autres groupements

### Sociétés civiles, associations et autres groupements

David Hiez

Professeur de droit privé,  
Université du Luxembourg, Faculté  
de droit, d'économie et de finance

#### La communauté d'énergie : un groupement d'économie sociale et solidaire ?

Depuis plus de quarante ans, des groupes de citoyens se mobilisent pour stimuler le développement des énergies renouvelables et ils ne le font pas seulement à travers des associations environnementales de plaidoyer mais également par le développement pratique de projets de production de ces énergies. Le constat vaut pour la France<sup>1</sup>, mais plus encore dans d'autres pays européens<sup>2</sup>. On cite souvent les exemples de l'Allemagne et du Royaume-Uni mais c'est également vrai du Danemark<sup>3</sup> et de bien d'autres. En parallèle des projets individuels et des investissements capitalistes, ces initiatives se caractérisent par la mobilisation d'individus rassemblés en groupements dans le but d'initier des projets collectifs au niveau d'une commune ou d'un district. Ce phénomène s'insère de façon variable dans la politique énergétique nationale : recherche de mode alternatif de production d'éner-

gie, recherche plus alternative d'un nouveau rapport à l'auto-suffisance énergétique, intégration dans le réseau général de distribution nationale d'électricité<sup>4</sup>... La place faite à ces groupements de citoyens dépend largement des choix de politique publique et ne nous retiendra pas principalement<sup>5</sup>.

#### I – Groupement énergétique citoyen et groupement d'énergie renouvelable

Sous l'impulsion du droit européen, la loi française consacre deux communautés dans le domaine de la production d'énergie : le groupement énergétique citoyen et le groupement d'énergie renouvelable. Ces projets collectifs n'étaient pas inconnus du droit français. On en trouvait les premières traces dans les

- (1) A. Fontaine, L'essor des coopératives énergétiques citoyennes, *Multitudes* 2019, n° 77, p. 88-93.
- (2) Ph. Hamman, *Les coopératives énergétiques citoyennes, paradoxes de la transition écologique ?*, Le bord de l'eau, 2022.
- (3) P. Wokuri, Participation citoyenne et régimes de politiques publiques : nouvelle donne ou donne inchangée ? Le cas des projets coopératifs d'énergie renouvelable au Danemark et en France, *Lien social et politique* 2019, n° 82, p. 158-180.
- (4) G. Debizet et M. Pappalardo, Communautés énergétiques locales, coopératives citoyennes et autoconsommation collective : formes Et trajectoires En France, *Flux* 2021, vol. 126, n° 4, p. 1-13.
- (5) CRE (Commission de régulation de l'énergie), *Communautés énergétiques et système électrique national, quelle cohabitation ?*, contenu mis à jour le 1<sup>er</sup> déc. 2020.

Investissement participatif dans les projets de production d'énergie renouvelable depuis 2015<sup>6</sup>. Une faculté avait été ouverte aux sociétés créées pour porter un projet de production d'énergie renouvelable d'ouvrir leur capital « aux personnes physiques, notamment aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation du projet ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements sur le territoire ou à proximité du territoire desquels il se situe »<sup>7</sup>. Cette faculté a toutefois été abrogée<sup>8</sup>, parce qu'elle aurait fait double emploi avec les nouveaux dispositifs. Les dispositifs ancien et nouveau n'ont pas les mêmes contours et fonctions ni la même origine, le nouveau étant impulsé par l'Union européenne<sup>9</sup>. Ils manifestent cependant tous deux une même dimension communautaire et citoyenne.

Les deux nouveaux groupements manifestent la reconnaissance par le droit du phénomène spontané que nous avons rappelé plus haut. Or ces nouvelles communautés n'ont pas donné lieu à des études juridiques systématiques<sup>10</sup>. Pourtant, plusieurs points mériteraient des approfondissements, notamment au regard du droit de l'énergie. Ce n'est toutefois pas cet aspect qui retiendra notre attention, mais la nature de ces groupements. Celle-ci n'est pas envisagée mais des caractéristiques précises découlent de leur réglementation et il est permis de se demander si celles-ci ne les rattachent pas implicitement à l'économie sociale et solidaire.

La communauté d'énergie renouvelable est une personne morale autonome qui remplit les conditions suivantes<sup>11</sup> :

- 1° Elle repose sur une participation ouverte et volontaire ;
- 2° Ses actionnaires ou ses membres sont des personnes physiques, des petites et moyennes entreprises dont cette participation ne peut constituer son activité commerciale ou professionnelle principale ; des collectivités territoriales ou leurs groupements ou des associations dont les adhérents sont des personnes physiques, des petites et moyennes entreprises, des collectivités territoriales ou leurs groupements. Lorsqu'une entreprise privée participe à une communauté d'énergie renouvelable, cette participation ne peut constituer son activité commerciale ou professionnelle principale ;
- 3° Elle est effectivement contrôlée par des actionnaires ou des membres se trouvant à proximité des projets d'énergie renouvelable auxquels elle a souscrit et qu'elle a élaborés ;
- 4° Son objectif premier est de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses actionnaires ou à ses membres ou aux territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de générer des profits financiers.

La communauté énergétique citoyenne est une personne morale qui remplit les conditions suivantes<sup>12</sup> :

- 1° Elle repose sur une participation volontaire et ouverte à tout type de membre ou actionnaire ;

(6) C. énergie, art. L. 314-28.

(7) C. énergie, art. L. 314-28, version en vigueur du 6 août 2016 au 26 févr. 2017.

(8) Ord. n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la dir. (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et de la dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO 4 mars 2021.

(9) Dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, JOCE 2022, n° L 158 ; Dir. (UE) 2019/692 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE 2019, n° L 117/1.

CRE, « Gaz et électricité, Cadre législatif », dernière mise à jour le 29 avr. 2020.

(10) A. Di Marco, Les communautés d'énergie renouvelable et la transition verte de l'UE, RJE 2018, vol. 43, n° 1, p. 47-69.

(11) C. énergie, art. L. 291-1.

(12) C. énergie, art. L. 291-1.

2° Elle est effectivement contrôlée par des membres ou des actionnaires qui sont des personnes physiques, des collectivités territoriales ou leurs groupements, ou des petites entreprises répondant à la définition donnée au point 11 de l'article 2 de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ;

3° Son objectif principal est de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses membres ou actionnaires ou aux territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de générer des profits financiers.

Les règles législatives nouvelles doivent être complétées par un décret d'application<sup>13</sup>. Ce décret n'a toujours pas été adopté. Un projet de décret avait été adressé en avril 2022 à la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et celle-ci a rendu un avis négatif<sup>14</sup>. La lecture de l'avis permet de connaître les orientations du pouvoir exécutif et celles-ci ne présentent pas d'intérêt particulier à propos de la question qui nous occupe. Tout au plus sait-on que le décret précise les critères d'appréciation du caractère local des membres ou associés, sans que le détail de ces critères ne nous soit connu. L'avis défavorable de la CRE ne porte pas sur ce point non plus. L'analyse des dispositions législatives peut donc être menée sans risquer d'être invalidées par le décret d'application. Il n'est qu'un point issu des directives, ignoré par la loi, que la commission souhaite voir réintégrer par le décret, et qui nous intéresse plus directement : la possibilité du départ

d'un membre de la communauté, nous y reviendrons.

Les deux communautés énergétiques citoyenne et d'énergie renouvelable ont deux caractéristiques communes : une participation ouverte et volontaire et des avantages environnementaux. La participation ouverte et volontaire n'est pas définie (on la retrouve dans la directive électricité sans précision supplémentaire<sup>15</sup>) et ses contours ne sont pas dénués d'ambiguïté. Le caractère volontaire renvoie sans doute à l'interdiction de toute adhésion forcée, excluant que ces communautés ne soient utilisées par les personnes publiques comme un instrument de déploiement de leurs propres politiques en imposant à certaines catégories de personnes leur participation. La volonté de reconnaître juridiquement les communautés spontanées est parfaitement claire. Il n'en va pas de même de l'exigence d'ouverture, reprise des directives. Sur le plan exégétique, on notera que la communauté d'énergie renouvelable parle d'ouverture sans autre précision, tandis que la communauté énergétique citoyenne requiert une ouverture à tout type de membre ou d'actionnaire, ce dont il résulte que l'ouverture signifie l'absence de restriction de principe à l'entrée dans la communauté. Cette participation ouverte n'est pas familière en droit, sauf peut-être en droit coopératif international<sup>16</sup>, à travers les principes coopératifs énoncés par l'alliance coopérative internationale<sup>17</sup> : le premier d'entre eux est l'adhésion libre et ouverte. Cela correspond à ce qu'on nomme le principe de la porte ouverte<sup>18</sup>, qui implique la possibilité pour toute coopérative de toujours pouvoir accueillir de nouveaux membres. Or, cette possibilité se traduit

(13) C. énergie. art. L. 293-4.

(14) CRE, délibération portant avis sur le projet de décret relatif aux communautés d'énergie, n° 2022-196, 30 juin 2022.

(15) Dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la dir. 2012/27/UE, art. 15 l. a, JOCE 2022, n° L 158.

(16) H. Henrj, Public international cooperative law, in D. Cracogna, A. Fici & H. Henrj, *International handbook of cooperative law*, 2013, p. 65-88.

(17) Déclaration sur l'identité coopérative, <https://www.ica.coop/fr/coopératives/identite-cooperative>.

(18) L. Coutant, *L'évolution du droit coopératif de ses origines à 1950 : la double tendance vers son unification et son autonomie, la loi du 10 sept. 1947, la codification en cours*, Reims, Éditions Matot-Braine, 1950, spéc. p. 199 s.

techniquement par la variabilité du capital, seule à même de permettre l'entrée de nouveaux membres sans une procédure longue et lourde comme dans les sociétés à capital fixe. Il est important de décider si l'ouverture dont il est ici question renvoie à celle du droit coopératif, car ce serait porteur de conséquences importantes pour la forme juridique susceptible d'être adoptée par la communauté. En effet, toutes les structures n'autorisent pas une variabilité des membres ou des associés. En droit privé, les coopératives et les associations répondent à cette exigence tandis que les sociétés traditionnelles seraient exclues. Quant aux sociétés d'économie mixte locale, celles-ci doivent revêtir la forme de société anonyme<sup>19</sup>. Les sociétés anonymes peuvent revêtir la forme de société à capital variable mais ceci n'est pas impératif. Rien n'impose dans le droit français que les communautés énergétiques soient à capital variable, la question est de savoir si ceci est conforme ou non au droit européen. Or, l'interprétation du droit européen nous semble incertain sur ce point. La volonté européenne de faciliter l'implication des citoyens milite toutefois pour l'adoption de formes juridiques qui ne posent pas d'obstacle à l'extension des personnes impliquées<sup>20</sup>, ce qui oriente, pour les sociétés, vers le choix d'une société à capital variable. Bien plus, la directive électricité impose pour les communautés énergétiques citoyennes la possibilité pour les membres de quitter la communauté<sup>21</sup>. Ceci résulte du principe que le membre d'une communauté demeure un client et qu'il doit pouvoir exercer tous les droits qui s'y attachent. D'ailleurs, la directive prévoit que le départ de la communauté doit s'opérer en application du droit commun quelle institue elle-même : le changement de fournisseur doit se faire dans un délai le plus

court possible et qui ne doit pas dépasser trois semaines<sup>22</sup>, et la possibilité pour la communauté d'imputer des frais au membre qui la quitte en cours d'engagement est strictement encadré<sup>23</sup>. La législation française n'en pipe mot et le projet de décret d'application non plus, raison de l'avis défavorable de la commission de régulation de l'énergie (v. *supra*). Cette fluidité est apparemment protectrice des membres qui ne peuvent voir leur situation individuelle figée, mais elle est de nature à compliquer la pérennité des projets collectifs, problématique bien connue de nombre de projets coopératifs<sup>24</sup>. Notre maîtrise des problématiques économiques des coopératives d'énergie est insuffisante pour une appréciation fine, nous pouvons toutefois déjà attirer l'attention des rédacteurs de statuts de ces communautés sur l'importance de profiter de toutes les possibilités reconnues par la directive pour protéger la communauté. Quoiqu'il en soit, il faut certainement admettre que la fluidité du sociétariat peut ne pas être aussi intense que celle de la clientèle. Si un client doit pouvoir changer de fournisseur en trois semaines, il est difficile que la qualité de membre ou d'associé s'éteigne avec la même rapidité.

Le but de la communauté s'articule en trois éléments. D'abord, il consiste à procurer des avantages environnementaux, économiques ou sociaux. La citation en premier des avantages environnementaux marque leur prépondérance. Toutefois, ils ne s'imposent pas puisque les trois types d'avantages ne sont pas impérativement cumulatifs, étant reliés par la conjonction « ou ». Ensuite, les destinataires des avantages sont les associés ou membres de la communauté ou les territoires locaux où elle exerce ses activités. Là encore, le « ou » exclut que les destinataires soient

(19) CGCT, art. L. 1522-1, al. 3.

(20) Dir. (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, consid. 61, JOCE 2012, n° L 328.

(21) Dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la dir. 2012/27/UE, art. 16 1. b, JOCE 2022, n° L 158.

(22) Dir. (UE) 2019/944, art. 12, § 3<sup>er</sup>.

(23) Dir. (UE) 2019/944, art. 12, § 3.

(24) D. Hiez, *Sociétés coopératives création, organisation, fonctionnement*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n° 251-61 s.

obligatoirement cumulatifs. Exégétiquement, il est donc possible que les avantages soient exclusivement économiques et destinés uniquement aux membres de la communauté. Pourtant, on est loin d'un groupement principalement lucratif. En effet, le dernier élément qui définit l'objectif de la communauté n'est pas de générer des profits financiers. C'est ce qu'expriment explicitement les dispositions françaises, alors même que l'explicitation dans les directives n'est faite que pour la communauté énergétique citoyenne. On peut toutefois admettre que la solution y est implicite pour la communauté d'énergie renouvelable, dans la mesure où la finalité des deux dispositifs est voisine. La mise au second plan des profits financiers éloigne encore davantage leur distribution, en sorte que la communauté s'écarte profondément de la définition de la société dont elle peut pourtant revêtir la forme. Il est permis de se demander s'il n'y a pas là une contradiction avec l'article 1832 du code civil. Si cette analyse était retenue, cela exclurait la forme « société » des possibles, puisque la loi, qui seule pourrait faire exception à l'article 1832, n'en pipe mot. Il reste toutefois, pour rester dans le giron de l'article 1832, la possibilité de se rattacher au partage des économies qui pourraient résulter de l'activité de la communauté.

Un trait principal les distingue en apparence : leur sociétariat, puisque leur détermination diffère formellement. Les collectivités d'énergie renouvelable peuvent comprendre : des personnes physiques, des collectivités territoriales et leurs groupements, des associations et des petites et moyennes entreprises. Deux précisions sont apportées. D'une part, quant aux associations, elles doivent se composer des membres autorisés de la communauté, pour éviter que le moule associatif ne soit utilisé par des personnes exclues pour constituer à travers elles une fausse communauté ; on songe notamment à de grandes entreprises. Quant aux entreprises, d'autre part, même petites et moyennes, elles ne doivent pas être constituées en vue de

la communauté ; leur activité principale doit être distincte de leur participation à la communauté.

Les collectivités énergétiques citoyennes, de leur côté, peuvent comprendre des personnes physiques, des collectivités territoriales et leurs groupements, ou des petites et moyennes entreprises. On retiendra surtout l'exclusion des grandes entreprises. Il n'est pas certain que les autres précisions aient un caractère limitatif. Par exemple, *stricto sensu*, une association de défense de l'environnement local, qui n'aurait pas d'activité économique, ne constituant dès lors pas une entreprise, ne devrait pas pouvoir intégrer la communauté énergétique citoyenne. Il n'est pas certain que cette rigueur doive s'imposer dès lors que l'esprit des dispositions est respecté. En tout état de cause, toute différence entre les deux communautés à ce propos seraient contraires au droit européen, puisque ces différences n'existent pas dans les directives qui contiennent toutes deux la même liste des potentiels membres.

Une autre différence concerne le contrôle local. On le retrouve explicitement dans la communauté d'énergie durable mais pas dans la communauté énergétique citoyenne, tant dans les directives que dans les textes de transposition. Il constitue pourtant une pièce maîtresse de la garantie du respect de la finalité de la communauté : le contrôle local assure que les membres locaux seront vigilants quant aux avantages locaux. La communauté énergétique citoyenne n'est pas indifférente à cette dimension locale puisque les seules personnes publiques qui peuvent en être membres sont des collectivités locales, qui par leur compétence ne peuvent s'intégrer à une communauté qu'à la condition qu'elle procure un avantage local. Mais ses autres membres ou associés ne sont pas cantonnés localement. Le texte ne dit toutefois rien sur les conditions requises pour être local. La commission de régulation de l'énergie considère les communautés énergétiques citoyennes comme « une généralisation

des communautés d'énergie renouvelables, dont l'objet est notamment de faciliter l'accès à ses membres aux différents marchés de l'électricité »<sup>25</sup>.

## II – Forme juridique

Les textes sont presque totalement silencieux quant à la forme juridique des communautés. Le modèle en est sans conteste la coopérative<sup>26</sup> mais le moule n'en est pas strictement imposé. Leur diversité est en tous cas attestée par le fait que les textes évoquent parallèlement leurs membres et leurs actionnaires. Une seule précision est donnée : il s'agit de personnes morales autonomes. On relèvera d'abord que cette autonomie figure dans les conditions posées par la directive énergie renouvelable pour la définition des communautés d'énergie renouvelable<sup>27</sup> tandis qu'elle est absente de celle des communautés énergétiques citoyennes dans la directive électricité<sup>28</sup>. La question se pose toutefois de savoir si l'autonomie ne signifierait pas une autonomie vis-à-vis des personnes publiques. Les directives prévoient explicitement la possibilité pour celles-ci d'être actionnaires ou membres de la communauté, mais on peut concevoir que leur contrôle soit exclu. Ceci ferait alors obstacle au choix de la forme de personne publique, comme la société mixte locale puisque celle-ci doit être contrôlée par une personne publique<sup>29</sup>. La solution ne serait pas en adéquation avec la volonté croissante d'implication des collectivités territoriales dans ces questions, quand bien même leur action est promue sous forme d'action de contrôle plus que de partenariat, à l'exception de la société

coopérative d'intérêt collectif<sup>30</sup>. Alternativement, on pourrait considérer que cette caractéristique est redondante au regard des exigences de contrôle effectif des membres et ne mérite pas d'attention. C'est vraisemblablement le choix du droit français, dont on peut simplement se demander s'il est conforme au droit européen, celui-ci restant évasif. En tout état de cause, cette ambiguïté est probablement le simple reflet de la revendication continue d'autonomie par les communautés existantes sans que la signification de cette autonomie soit élucidée<sup>31</sup>.

On relèvera que les directives ne parlaient pas de personne mais d'entité juridique ; la question se pose dès lors de savoir si le droit français ne restreint pas les formes susceptibles d'être adoptées par ces communautés. Il en serait ainsi si les directives devaient s'interpréter comme incluant des groupements non personnifiés. La volonté de reconnaître les communautés existantes pourrait se comprendre en ce sens, mais la réalité des actes juridiques que doivent accomplir ces communautés pour participer à la production d'énergie rendent cette éventualité peu envisageable. On relèvera d'ailleurs qu'en dépit de l'insistance sur la liberté des États membres dans le choix de la forme juridique de la communauté, il est clairement précisé qu'il faut que l'entité « puisse, en son nom propre, exercer des droits et être soumise à des obligations »<sup>32</sup>. La référence à la personne constitue donc une précision technique bienvenue dans le cadre du droit français.

En revanche, la personne morale n'est pas nécessairement privée. La forme juridique de la communauté dépend étroitement de

(25) CRE (Commission de régulation de l'énergie), Au-delà de l'autoconsommation : concept de communautés énergétiques, contenu mis à jour le 6 déc. 2020.

(26) A. Di Marco, art. préc.

(27) Dir. (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, art. 2 16, JOUE 2022, n° L 328.

(28) *Ibid.*, art. 2 11.

(29) CGCT, art. L. 1522-1, al. 4.

(30) Ch. Vallet, *La production d'énergie solaire par les personnes publiques locales*, L'Harmattan, 2020, spéc. p. 154.

(31) Ph. Hémman, *op. cit.*, p. 66.

(32) Dir. (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, consid. 61, JOCE 2022, n° L328.

celle de ses membres, dans la mesure où des règles entourent en droit national le sociétariat ou les membres de certaines personnes morales. La détermination de la composition des communautés énergétiques est assez large et autorise un sociétariat principalement, voire exclusivement public. Il peut donc s'agir d'une société d'économie mixte locale<sup>33</sup>, voire d'un établissement public de coopération environnementale<sup>34</sup>, des sociétés publiques locales... Il n'est pas besoin de s'étendre sur ces diverses éventualités, plus ou moins plausibles ; il suffit d'observer que, par principe, elles ne relèvent pas de l'économie sociale et solidaire, du moins si on s'en tient à la définition de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juillet 2014<sup>35</sup>, puisqu'il n'envisage que des personnes morales de droit privé. S'agissant de celles-ci, aucune restriction particulière ne doit être faite, sauf pour les personnes dont l'objet légal serait incompatible avec la poursuite de l'objet spécifique des communautés énergétiques. La seule incertitude concerne la « société », en raison de la distance affichée vis-à-vis des profits financiers.

Cette dualité de communautés n'est pas parfaitement limpide, même si les pouvoirs des deux communautés sont quelque peu différents. En effet, la communauté énergétique citoyenne a une compétence élargie, outre la production d'électricité, elle peut seule « fournir des services liés à l'efficacité énergétique, des services de recharge pour les véhicules électriques ou d'autres services énergétiques à ses membres ou actionnaires »<sup>36</sup>. Mais la coexistence de ces deux communautés se trouve un peu bousculée par les mesures de soutien financier. Dans de tels projets,

la rentabilité dépend fortement du prix de vente de l'électricité. Or l'arrêté du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum, modifié par l'arrêté du 27 avril 2022<sup>37</sup>, détermine les personnes susceptibles de bénéficier de ce complément de prix<sup>38</sup>. L'arrêté vise quatre catégories de personnes : une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités ; une société par actions ou une société mixte locale dont au moins 51 % des droits de vote et 51 % des fonds propres et quasi-fonds propres sont détenus, distinctement ou conjointement, par au moins cinquante personnes physiques ou, directement ou indirectement, par une ou plusieurs collectivités territoriales, par un ou plusieurs groupements de collectivités, ou par une communauté d'énergie renouvelable ; une coopérative dont au moins 51 % des droits de vote et 51 % des fonds propres et quasi-fonds propres sont détenus, distinctement ou conjointement, par au moins cinquante personnes physiques ou, directement ou indirectement, une ou plusieurs collectivités territoriales, par un ou plusieurs groupements de collectivités, ou par une communauté d'énergie renouvelable ; une communauté d'énergie.

Il en résulte plusieurs enseignements pour les communautés d'énergie, à commencer par la possibilité pour une communauté d'énergie renouvelable, à l'exclusion de la communauté énergétique citoyenne, de créer une filiale qu'elle contrôle qui bénéficiera du même complément de rémunération<sup>39</sup>. Mais le point important est

(33) CGCT, art. L. 1521-1.

(34) CGCT, art. L. 1431-1.

(35) L. n° 2014-856 du 31 juill. 2014, JO 1<sup>er</sup> août 2014.

(36) C. énergie, art. L. 292-2, al. 3.

(37) Arr. du 27 avr. 2022 modifiant l'arr. du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum, art. 3, JO 28 avr. 2022, texte n° 8.

(38) Il faut noter qu'une extension comparable est prévue à propos du bénéfice des garanties d'origine : C. énergie, art. L. 314-14.

(39) Arr. du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum, art. 2 bis, al. 3, JO 10 mai 2017, texte n° 20.

surtout la reconnaissance d'autres types de communauté (sans parler des collectivités locales qui nous intéressent moins), à côté des deux communautés d'énergie, qui pourront bénéficier du soutien financier public. Les communautés d'énergie, en tant que moule juridique, se trouvent en concurrence avec ces autres communautés, qui ne présentent pas toutes les mêmes caractéristiques. Elles peuvent avoir un caractère populaire et local, puisqu'une de leur forme est le contrôle capitalistique et politique de 50 personnes physiques. Qui plus est, il est précisé que ces personnes doivent fournir un justificatif de résidence dans le département de l'installation ou dans un département limitrophe et ce pour toute la durée de l'engagement entre la communauté et l'état pour l'obtention du complément de rémunération<sup>40</sup>. Pour le reste, aucune des contraintes posées aux communautés d'énergie ne se retrouvent : participation volontaire et ouverte, avantages pour les membres ou la communauté locale. Dans ces conditions, le soutien public aux communautés d'énergie telles que définies par le droit européen perd de son importance relative.

Il existe donc quatre sortes de communauté : la communauté d'énergie renouvelable, la communauté énergétique citoyenne, la communauté locale sous forme de société par actions et la communauté locale sous forme de coopérative. Mais ces quatre sortes de communautés ne correspondent pas à des formes juridiques spécifiques ; et au contraire, les formes juridiques qu'elles peuvent emprunter s'entrecroisent pour constituer un camaïeu chamarré : une communauté énergétique citoyenne sous forme d'association, une communauté

locale sous forme de société par actions, une communauté sous forme de coopérative contrôlée par une communauté d'énergie renouvelable (si tant est que ça soit possible) ... Certaines de ces formes juridiques correspondent à la définition statutaire de l'économie sociale et solidaire<sup>41</sup>, en sorte qu'il n'est pas douteux qu'elles y trouvent leur place. Il en va de même des sociétés anonymes qui rempliraient les conditions posées à l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2014 et qui décideraient de s'enregistrer comme société de l'économie sociale et solidaire<sup>42</sup>.

En dehors de cette inclusion de plein droit, la question se pose d'une assimilation à l'économie sociale et solidaire par la substance. En effet, la loi de 2014 n'est pas aussi univoque qu'il y paraît et elle fait une place, fût-elle officieuse, à certaines activités. On peut songer aux monnaies locales complémentaires<sup>43</sup>, au commerce équitable<sup>44</sup>, au dispositif local d'accompagnement<sup>45</sup>, voire aux éco-organismes<sup>46</sup>. Les groupements d'énergie ne sont toutefois pas des activités et il n'est pas concevable d'assimiler *ipso jure* la production d'énergie renouvelable à de l'économie sociale et solidaire. La souplesse de la loi économie sociale et solidaire amène toutefois à s'interroger sur l'adéquation des groupements d'énergie avec les principes de l'économie sociale et solidaire tels qu'ils apparaissent dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2014. Or, celle-ci comporte trois principes : un but désintéressé, une gouvernance démocratique et une gestion qui interdit l'appropriation individuelle en favorisant l'allocation des bénéfices au maintien ou au développement de l'activité de l'entreprise. A proprement parler, aucun de ces principes n'est exigé dans ces communautés. Pour-

(40) Arrêté du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum, art. 2 bis al. 9, JO 10 mai 2017, texte n° 20.

(41) L. du 31 juill. 2014, art. 1<sup>er</sup>, I.

(42) L. du 31 juill. 2014, art. 1<sup>er</sup>, II.

(43) L. du 31 juill. 2014, art. 16.

(44) L. du 31 juill. 2014, art. 94.

(45) L. du 31 juill. 2014, art. 61.

(46) L. du 31 juill. 2014, art. 88 à 92.



tant, plusieurs éléments militent en faveur d'un certain rapprochement. C'est évident pour les communautés d'énergie renouvelable et les communautés énergétiques citoyennes. Celles-ci ne peuvent, en effet, avoir pour priorité de générer des profits financiers. Ce n'équivaut pas à un but désintéressé mais ça n'en est pas loin. On peut trouver des traces de gouvernance démocratique dans l'exigence du contrôle, distinctement ou conjointement, par 50 personnes physiques. Certes, rien n'est dit sur la façon dont la communauté sera gouvernée, encore que la directive électricité évoque bien les exigences en matière de gouvernance pour les communautés énergétiques citoyennes<sup>47</sup>. Toutefois, le nombre des membres constitue par lui-même un début de garantie. Rien n'interdit à première vue qu'une personne physique détienne 51 % du capital et des droits de vote et que les 49 % restants soient répartis entre les 49 autres individus. La configuration est cependant invraisemblable, car on ne voit pas pourquoi les 49 membres accepteraient cet état de fait, ni d'ailleurs l'intérêt que pourrait y avoir la cinquantième personne puisque la profitabilité est un but sinon exclu du moins second. Plus techniquement, il est même douteux que dans un tel cas on puisse affirmer que le contrôle s'opère par les 50 personnes. À défaut de la certitude d'un fonctionnement démocratique, la structuration des groupements d'énergie impose tout de même une vie collective exclusive d'une domination individuelle. En outre, les textes internationaux invitent à une conception élargie de la gouvernance démocratique en y associant la gouvernance participative<sup>48</sup>. Le troisième principe de l'économie sociale et solidaire est en revanche absent : aucune obligation de réserves impartageables. Quant à l'allocation des bénéfices au maintien ou au développement de l'activité de l'entreprise, elle n'est certainement pas imposée, mais il est probable que cette obligation ne

fasse aucun sens dans ce contexte. Souvenons-nous d'abord que la profitabilité de la communauté n'est pas le but principal, en sorte qu'il n'y aura peut-être aucun profit. Cette hypothèse est confortée par le fait que l'État offre un complément de rémunération, sans lequel la production serait structurellement déficitaire. Qui plus est, chaque projet ne peut avoir qu'une taille limitée, ce qui ne permet pas de compenser la faible rentabilité. Si donc les mécanismes de gestion désintéressée ne sont pas imposés, c'est qu'ils ne font pas sens. Mais serait-il possible toutefois que les membres de la communauté s'approprient la valeur des actifs ? A nouveau, la question n'est pertinente qu'autant qu'il y a des actifs susceptibles d'être partagés et il semble que ce ne soit pas le cas.

Si la communauté n'est pas une communauté d'énergie renouvelable ou une communauté énergétique citoyenne, les choses ne sont pas très différentes. Il peut s'agir d'une coopérative, mais alors les règles du droit coopératif s'appliquent et nul doute que les principes de l'économie sociale et solidaire s'imposent. La question est plus délicate s'il s'agit d'une société par actions. La seule exigence porte sur le caractère collectif du sociétariat : 51 % des droits de vote et 51 % des fonds propres et quasi-fonds propres sont détenus, distinctement ou conjointement, par au moins 50 personnes physiques. Le raisonnement tenu ci-dessus pour les communautés légales vaut tout autant et un minimum de démocratie, entendue simplement, est donc assuré. On relèvera à cet égard que l'arrêté tient bien compte de la forme de société par actions : le contrôle effectif ne doit pas seulement porter sur les fonds propres mais aussi sur les quasi-fonds propres. Il n'existe en revanche aucune autre contrainte, puisque l'arrêté ne subordonne pas l'octroi du complément de rémunération à la mise au second plan de la profitabilité.

(47) Dir. (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, considérant 46, JOUE 2022, n° L 158.

(48) European Green Deal : Commission proposes to boost renovation and decarbonisation of buildings, Bruxelles, 15 déc. 2021,

La seule limitation sur laquelle il est possible de compter est l'absence de rentabilité de fait de l'opération.

### III – Inclusion dans l'économie sociale et solidaire

Que conclure à propos de l'inclusion de ces nouvelles communautés dans l'économie sociale et solidaire ? Certaines d'entre elles y sont formellement intégrées par leur statut, probablement d'ailleurs la plupart. Celles qui n'y sont pas s'en rapprochent toutefois. Elles réunissent des membres ou des associés mus par les mêmes mobiles. En outre, elles s'inscrivent dans une tendance croissante de l'économie sociale et solidaire : l'ancrage territorial<sup>49</sup>. À cet égard, une initiative italienne, plus particulièrement dans la région des Pouilles, mérite d'être mentionnée<sup>50</sup>. Elle a créé une catégorie particulière de coopérative : la coopérative communautaire (*cooperative di comunita*). Cette coopérative a un objet marqué par le développement local : les coopératives communautaires sont celles qui « en valorisant les compétences de la population résidente, les traditions culturelles et les ressources territoriales, poursuivent l'objectif de satisfaire les besoins de la communauté locale, en améliorant sa qualité de vie sociale et économique, à travers le développement d'activités économiques éco-durables visant la production de biens et de services, la récupération des actifs

environnementaux et monumentaux, la création d'une offre d'emploi et la génération, sur place, de capital "social" »<sup>51</sup>. Ces coopératives peuvent consister en différentes sortes de coopératives : coopératives de production, d'utilisation, de coopérative sociale...<sup>52</sup>. Leur sociétariat se compose de personnes physiques et morales, d'associations et de fondations et de collectivités publiques locales<sup>53</sup>. Mais leur originalité principale est qu'elles doivent comprendre une proportion minimale des habitants de la communauté de référence, c'est-à-dire la commune ou le district au sein d'une commune<sup>54</sup>. En contrepartie, la région peut les soutenir à travers des prêts bonifiés, des subventions d'équipement, et des aides à l'emploi<sup>55</sup>, dans le respect de la réglementation des aides d'état. La consécration de ces coopératives communautaires s'accompagne d'un partenariat renforcé avec les autorités publiques locales par des conventions mais aussi par la collaboration avec les autorités locales, la participation des coopératives communautaires à l'exercice des fonctions publiques<sup>56</sup>. Il s'agit de la traduction la plus aboutie des expériences de gestion des communs<sup>57</sup> par l'implication de la société civile. Les communautés d'énergie ne vont pas aussi loin mais elles constituent tout de même une tentative de constituer l'énergie en un commun. La proximité entre la communauté d'énergie et l'économie sociale et solidaire n'est donc que la manifestation de la même proximité entre les communs et l'économie sociale et solidaire<sup>58</sup>.

(49) G. Colletis, P. Gianfaldoni et N. Richez-Battesti, Économie sociale et solidaire, territoires et proximité, *RECMA* (Revue internationale de l'économie sociale), 2005, n° 296, p. 8.

(50) Legge regionale 20 maggio 2014, n. 23, « Disciplina delle Cooperative di comunità », Bollettino ufficiale della Regione Puglia n. 66 del 26/05/2014.

(51) Dir. (UE) 2019/944, art. 2.

(52) Dir. (UE) 2019/944, art. 3, § 1<sup>er</sup>.

(53) *Ibid.*, art. 3, 2.

(54) *Ibid.*, art. 4.

(55) *Ibid.*, art. 6.

(56) *Ibid.*, art. 8.

(57) Pour un cadrage conceptuel en droit français, M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Paris, 2017 ; J. Rochfeld, Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?, *Revue internationale de droit économique* 2014. 351-369.

(58) B. Coriat (entretien avec M. Filippi), *Communs et Coopératives. Tensions, complémentarités, convergences*, *RECMA* (Revue internationale de l'économie sociale) 2022, n° 364, p. 52-64.