

Les modalités d'intervention
conventionnelle des personnes
publiques dans le cadre
d'installation de modules
Avis de l'avocate Nathalie NGUYEN

Note **technique**

Mise à jour : Version n° 1 - Date :23 septembre 2009

Les personnes publiques peuvent décider de faire installer sur leurs bâtiments des équipements photovoltaïques ou de mettre à disposition des terrains leur appartenant aux fins d'installations de tels équipements par des opérateurs.

Même si la compétence de production et distribution d'électricité appartient exclusivement aux communes ou aux établissements publics de coopération intercommunale auxquelles elles ont transféré leur compétence¹, rien n'interdit aux autres collectivités (département et région), en application du principe de la libre définition des moyens à mettre en œuvre pour satisfaire leurs besoins, de décider de l'installation de toitures avec panneaux photovoltaïques intégrés lorsqu'elles construisent, réhabilitent ou aménagent un bâtiment appartenant à leur domaine public ou privé.

Dans tous les cas, les collectivités locales peuvent faire intervenir un opérateur afin qu'il réalise les travaux d'installations et exploite les équipements ou afin qu'il exploite des panneaux qui auront été préalablement installés.

Toutefois, le choix de l'opérateur n'est pas libre et doit respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence.

La nature juridique de la convention à conclure avec l'opérateur et sa procédure de dévolution, diffère selon qu'il s'agit de modules photovoltaïques intégrés au bâti ou non.

1 – Les modules photovoltaïques intégrés

Il s'agit de l'hypothèse où les modules photovoltaïques sont intégrés au bâti, c'est à dire utilisés comme matériaux de construction et assurant une fonction de couvert.

Deux hypothèses sont à envisager.

1. L'opérateur réalise les travaux d'installation et exploite les équipements.
2. L'opérateur se limite à l'exploitation des modules préalablement installés.

1.1 - La réalisation et l'exploitation des équipements par un opérateur

a - La possibilité de conclure un bail emphytéotique administratif est réservée aux communes et établissements publics de coopération intercommunale

Un bail emphytéotique administratif peut être conclu « *en vue de l'accomplissement par le preneur, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence*². »

En application de l'article L.2224-32 du Code général des collectivités territoriales, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale, peuvent revendre de l'électricité produite par des modules photovoltaïques installés sur leur territoire et peuvent donc contracter un bail emphytéotique avec un opérateur chargé de l'installation et l'exploitation des modules.

En revanche, l'attribution de production et distribution d'électricité n'est reconnue ni aux Départements ni aux Régions. Par suite, ces deux collectivités ne peuvent pas recourir à ce schéma.

¹ Cf. Article L.2224-32 du Code général des collectivités territoriales

² Cf. article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales

Les avantages du bail emphytéotique administratif sont, d'une part, sa durée minimale de 18 ans et, d'autre part, les droits réels conférés au preneur.

Toutefois, la constitution de droits réels n'est pas réservée au bail emphytéotique administratif, dès lors qu'en application de l'article L.2122-20 du Code de la propriété des personnes publiques renvoyant à l'article L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales, les conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public sont constitutives de droits réels.

De plus, la durée d'une convention d'occupation du domaine public ou privé peut être égale à celle du contrat conclu par l'opérateur pour la revente de l'électricité.

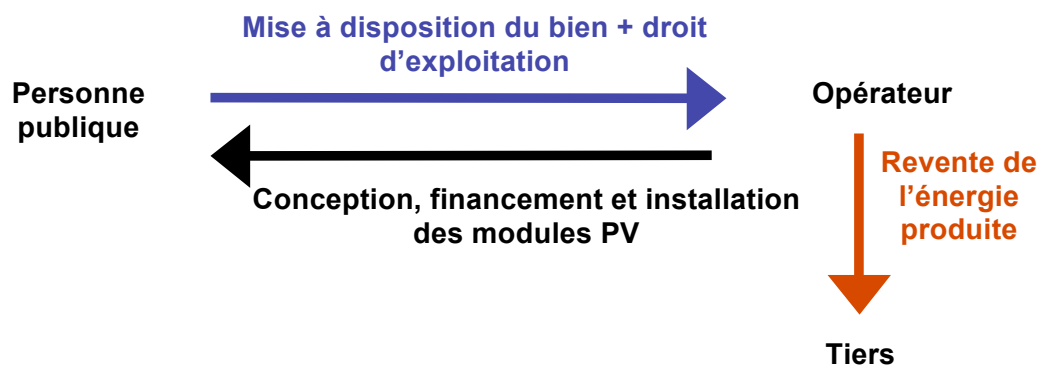
b - La concession de travaux publics

Dans le cas où les équipements photovoltaïques sont installés par l'opérateur en contrepartie du droit de vendre l'électricité produite, la convention à conclure par la collectivité présente les caractéristiques d'une concession de travaux publics au sens du droit communautaire en ce que,

D'une part, son objet est l'exécution de travaux au bénéfice de la collectivité par la réalisation de la toiture ou la façade d'un bâtiment lui appartenant,

Et,

D'autre part, la contrepartie des travaux consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage ainsi réalisé.

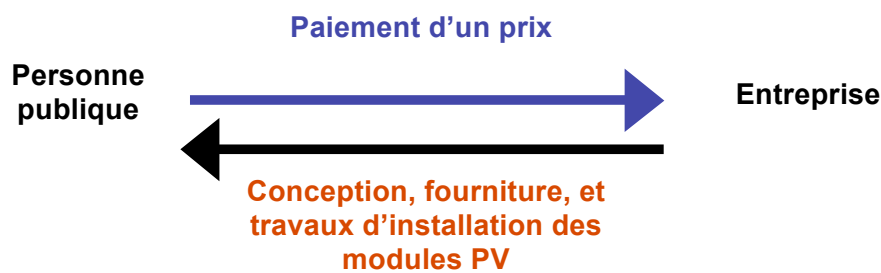


L'attribution d'un tel contrat est soumise à une publicité minimale garantissant le respect des principes généraux du droit communautaire (transparence, non-discrimination, égalité de traitement) si le montant des travaux est inférieur à 5.150.000 € HT et au respect des règles de la Directive 2004/18 du 31 mars 2004 pour un montant supérieur.

1.2 La réalisation des modules par la collectivité puis la mise à disposition d'un opérateur

1.2.1 - Installation des modules photovoltaïques

Étape 1- Passation de marchés publics



Dans le cadre de la construction ou de la réhabilitation d'un immeuble, la personne publique, agissant en qualité de maître d'ouvrage, peut conclure des marchés de conception, fourniture et travaux, afin de faire intégrer à la toiture ou à la façade du bâtiment lui appartenant, des modules photovoltaïques.

Il s'agit alors d'un contrat conclu à titre onéreux (l'entrepreneur est rémunéré forfaitairement) par une personne publique en vue de répondre à un de ses besoins en matière de travaux (création ou réhabilitation d'une toiture).

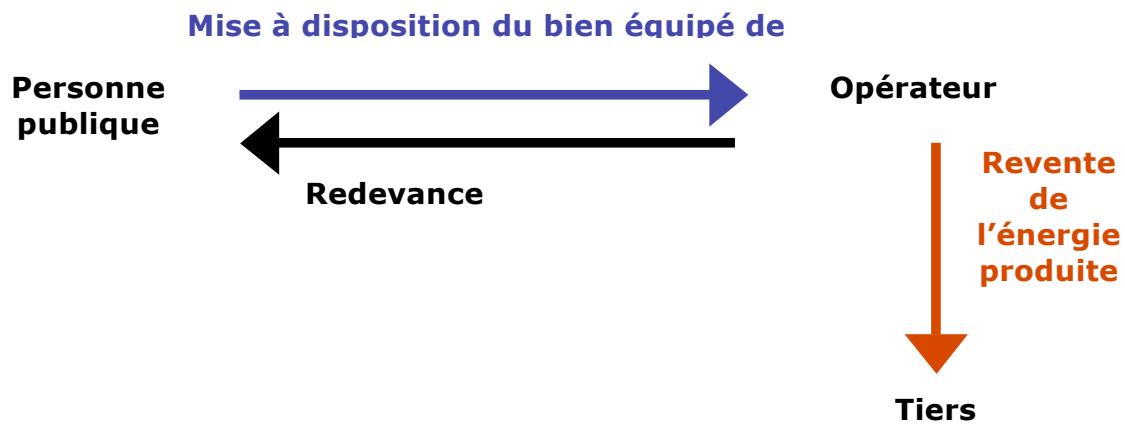
En conséquence un tel contrat est un marché public au sens de l'article 2 du Code des marchés publics et, en tant que tel, est soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévu dans ledit code suivant le montant de l'opération.

1.2.2. - Exploitation des modules photovoltaïques

Les opérations projetées sur le domaine public des personnes publiques, c'est-à-dire les biens leur appartenant et qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public (par exemple, les écoles, gymnases ou salles des fêtes) (a) sont à distinguer de celles réalisées sur leur domaine privé (les bureaux notamment) (b). Par ailleurs, doit être également envisagé, l'installation et l'exploitation par un opérateur de modules non intégrés au patrimoine d'une personne publique (2). Cependant, dans tous les cas, la passation d'un contrat d'occupation du patrimoine des collectivités publiques est assujettie au respect de certains principes du droit de la concurrence et du droit communautaire (3).

a - Les opérations projetées sur le domaine public des personnes publiques

Étape 2- Convention d'occupation domaniale



La convention par laquelle une personne publique met à disposition d'un opérateur des modules photovoltaïques intégrés à un bien appartenant à son domaine public n'est pas conclue pour répondre aux besoins de la personne publique. Elle ne constitue donc pas un marché public.

L'exploitation de modules solaires aux seules fins de vente de l'énergie à un tiers, ne fait pas participer l'opérateur à une mission de service public. La qualification de délégation de service public doit donc également être exclue.

En revanche, un tel contrat présente les caractéristiques d'une convention d'occupation du domaine public.

Or, une telle convention d'occupation du domaine public comporte des spécificités importantes.

L'occupation du domaine public est par nature précaire et révocable : même en l'absence de clause le prévoyant expressément, la personne publique peut résilier la convention, à tout moment, avant l'expiration du terme convenu pour faute du cocontractant ou pour un motif d'intérêt général, en indemnisant l'occupant.

Toute occupation ou utilisation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance³ prenant en compte les avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. Il peut être envisagé une redevance fixe couvrant, notamment, les frais supportés par la personne publique du fait de la réalisation des équipements photovoltaïques et une redevance variable en fonction des recettes générées par l'exploitation de la centrale photovoltaïque.

Si **la durée d'une convention d'occupation du domaine public** n'est pas spécifiquement prévue par les textes, lorsque les biens sont installés sur le domaine public par l'occupant, la méthode usuelle consiste à calquer la durée de la convention sur celle d'amortissement des biens.

En l'espèce, cette durée pourrait être équivalente à celle de la convention à conclure entre l'occupant et le tiers acheteur, sous réserve qu'il soit établi que la durée corresponde à celle d'amortissement des investissements mis à la charge de l'occupant, dans le cadre de la redevance fixe payée par lui à la collectivité.

b – Les opérations projetées sur le domaine privé des personnes publiques

Les biens des personnes publiques qui ne relèvent pas de leur domaine public entrent dans leur domaine privé et sont soumis au régime applicable aux biens purement privés.

³ Cf. Article L2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

La location par une personne publique de modules photovoltaïques intégrés à une toiture ou une façade constituant une dépendance de son domaine privé, ne saurait être conclue dans le cadre d'un bail commercial, qui ne peut pas porter sur les surfaces planes telles qu'un mur ou une toiture⁴.

Il est à préciser que les caractéristiques d'une concession domaniale, notamment en ce qui concerne la redevance et la durée de la convention, garantes des intérêts de la personne publique, peuvent utilement être envisagées dans le cadre de l'occupation d'une dépendance du domaine privé..

2 - Les modules photovoltaïques non intégrés

Il s'agit de modules installés surimposés par un opérateur à une construction existante (modules photovoltaïques fixés sur une toiture inclinée ou posés sur châssis), ou sur un terrain appartenant à une collectivité publique.

Dans un cas comme dans l'autre, l'opérateur ne réalise pas de prestation pour le compte de la personne publique mais bénéficie de la mise à disposition par cette dernière d'une dépendance lui appartenant.

Dès lors, la convention a pour seul objet de définir les modalités, notamment financières, de la mise par la collectivité au bénéfice de l'opérateur, du bien concerné.

Selon que la dépendance appartient au domaine public ou privé de la collectivité, la convention sera une concession domaniale (Cf. 1.2.2 a) ou une convention de droit commun (Cf. 1.2.2 b).

En tout état de cause, la conclusion d'un contrat par lequel une personne publique met à disposition d'un opérateur une dépendance de son domaine, public ou privé, aux fins d'installation et d'exploitation ou de la seule exploitation de modules photovoltaïques, intégrés ou non, est assujettie à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

⁴ Cf. Cass. 3e civ., 21 janv. 1930 : Gaz. Pal. 1930, 1, p. 375. – Cass. req., 17 nov. 1932 : Gaz. Pal. 1933, 1, p. 66. – CA Douai, 9 févr. 1953 : Rev. loyers 1953, p. 291. – TGI Paris, 5 oct. 1971 : JCP G 1973, IV, 41. – CA Paris, 9 juin 1993 : D. 1994, somm. p. 51, obs. L. Rozès

3 – Respect de certains principes du droit de la concurrence et du droit communautaire

Le Conseil de la concurrence a précisé que la délivrance de titres d'occupation du domaine public implique, à elle seule, une obligation de publicité préalable et une remise en jeu, à intervalles fréquents, des autorisations délivrées⁵.

Pour sa part, la Cour de justice des Communautés européennes a censuré la conclusion de contrats d'occupation domaniale réservés aux seuls nationaux et soumet tous les contrats passés par les personnes publiques, y compris ceux ne faisant pas l'objet d'une procédure spécifique, aux principes généraux du droit communautaire : transparence, non-discrimination, égalité de traitement et libre accès à la commande publique.

(CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria* ; Trib. Adm. Nîmes, 24 janvier 2008, « Société des trains touristiques G Eisenreich » req. n°0620809 : à propos d'une convention d'occupation du domaine public)

Aussi, les personnes publiques qui souhaitent consentir un droit d'utilisation privative d'équipements photovoltaïques appartenant à leur domaine, public ou privé, aux fins de revente de l'électricité produite, doivent soumettre la conclusion d'une telle convention à une publicité minimale garantissant le respect de ces principes généraux du droit communautaire.

Le degré de publicité devrait être apprécié en fonction du montant prévisionnel tant de la redevance mise à la charge de l'exploitant que, et surtout, des recettes générées par l'exploitation des installations sur la durée totale de la convention.

Plus ces montants seront importants, plus la publicité devra être effectuée largement.

Fait à Lyon, le 23 septembre 2009

Nathalie NGUYEN
Avocat Associé

91 / 95 cours Lafayette - 69006 Lyon
Tél. : 33 (0)4 72 74 53 03
Fax : 33 (0)4 26 84 31 92
nnguyen@nguyen-avocats.com



⁵ Conseil de la concurrence, avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004 : à propos l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits