

Compte-rendu de la demi-journée

MONTAGES JURIDIQUES POUR LES GRANDES INSTALLATIONS PHOTOVOLTAIQUES

23 novembre 2007, 13h30 – 17h30, Carré Curial, Chambéry

1. Quelques définitions

Domaine public

« Biens affectés soit à l'usage direct du public, soit 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 »

Domaine privé

Tout ce qui ne relève pas du domaine public appartient au domaine privé. Une personne publique dispose donc de biens du domaine privé et de biens du domaine public.

Théorie de l'accessoire

Le régime de la domanialité publique peut être étendu à certains biens « accessoires » du domaine public. Dans le cas d'une centrale PV intégrée à un bâtiment public, la centrale PV fait corps avec le bâti et appartient donc également au domaine public.

Notions de compétence

Les communes disposent de la compétence de production d'électricité, ce qui n'est pas le cas des Départements et des Régions. La compétence d'une commune peut être transférée aux EPCI dont elle est membre et notamment aux syndicats d'énergie, à la condition que les statuts de l'établissement le permettent. Il en va de même pour les EPCI types communautés de communes.

Un Département peut être membre d'un syndicat mixte ouvert et si le syndicat en a la compétence, ce dernier peut être alors producteur d'électricité sur le domaine du conseil général.

Le transfert de compétence vers un établissement constitue un dessaisissement total du titulaire initial de la compétence, il semble donc difficile de pouvoir partager la compétence de production d'électricité. Une commune peut cependant transférer sa compétence de production d'électricité d'origine photovoltaïque uniquement, sans pour autant se départir de la compétence de production d'électricité à partir d'autres sources d'énergie.

2. Description des principales conventions possibles

Bail emphytéotique administratif (BEA)

L'article L 1311-2 du Code général des collectivités locales prévoit que

« Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, 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 »

N. Nguyen explique que le BEA est une **solution peu adaptée** au cas des installations photovoltaïques du fait :

- qu'il faille justifier que la production d'électricité d'origine photovoltaïque constitue une opération d'intérêt général pour le compte de la collectivité (la production d'électricité n'étant pas un service public) or la production et la vente d'électricité au réseau ne semblent pas, en soi, constituer un intérêt général pour la collectivité,
- que le BEA s'accompagne en général d'une convention non détachable faisant l'objet d'un marché public ou d'une DSP, ce qui n'est pas le cas ici et rend le BEA difficilement utilisable seul,
- que, même s'il est aujourd'hui exonéré du respect du code des marchés publics et des règles de publicité de la loi Sapin, le BEA présente des lourdeurs (durée, formalités d'enregistrement) mais aussi de nombreuses incertitudes, notamment, quand à son régime de passation au regard des exigences communautaires d'égal accès à la commande publique, de transparence et de non-discrimination.

Un tel montage doit donc être utilisé comme **solution de secours**, quand aucun autre montage n'est possible. La notion d'intérêt général pourra éventuellement être rattachée à la compétence de « promotion du développement durable » en argumentant que l'économie d'émissions de CO₂ constitue un intérêt général pour le compte de la collectivité, tel que cela a été fait pour l'installation PV du stade Geoffroy Guichard (Saint Etienne Métropole).

Concession domaniale (ou convention d'occupation du domaine public)

La concession domaniale est un montage beaucoup plus souple qui semble **le montage le mieux adapté au cas du photovoltaïque**. Elle est caractérisée par les obligations suivantes :

- la convention peut être conclue sur un bien privé ou public de la personne publique,
- la durée de la convention ne doit pas dépasser la durée d'amortissement du bien. Cependant, cette clause, destinée à éviter les abus, ne devrait pas empêcher de fixer des conventions sur 20 ans pour un bien amorti financièrement sur 12/15 ans. Une autre façon de permettre une durée de convention plus longue est de considérer que la durée d'amortissement du bien équivaut à sa durée de vie soit environ 25 ans,

- il n'y a pas de texte réglementaire écrit obligeant à la publicité cependant sous l'influence du droit communautaire et du droit de la concurrence, il est clair que la convention doit s'entourer d'un minimum de publicité. Toute convention devra donc faire l'objet d'une **publicité adaptée**. Pour des seuils de montants de travaux supérieurs à 6,2 millions d'euros, le droit communautaire impose par contre une mise en concurrence (avec définition de critères de sélection, etc.),
- une clause d'éviction peut être insérée dans la convention en cas de résiliation anticipée de la convention par la collectivité pour cause d'intérêt général. L'indemnisation se fonde sur la théorie du fait du prince et celle de l'enrichissement sans cause, à savoir qu'elle doit couvrir les pertes financières du co-contractant (investissement non amorti + manque à gagner) sans pour autant lui procurer une situation plus avantageuse que celle qu'il aurait connue si le contrat avait été exécuté.
- cependant, en cas de faute de l'occupant, il n'y a a priori pas de dédommagement.

Commodat

La mise à disposition gratuite, ou commodat, n'est pas un montage possible dans la mesure où l'article L.2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques consacre le principe selon lequel :

« Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement :

1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ».

Par ailleurs, la mise à disposition gratuite des biens d'une personne publique n'est pas possible du seul fait que la collectivité ne peut concéder un avantage important à un tiers.

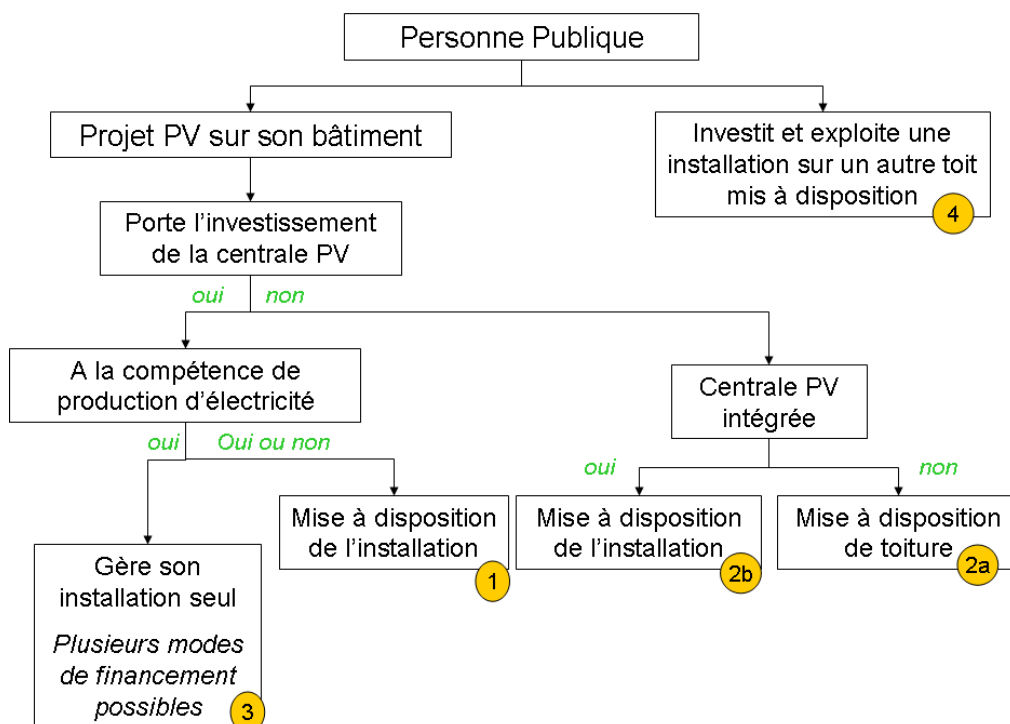
Autres montages

X. Bolze (Ides Consultants) souligne que d'autres montages sont peut-être possibles sur des copropriétés impliquant des personnes publiques, et ce, en définissant des locations de superficie et non de volume. Il travaille actuellement sur ces montages.

En conclusion, même si d'autres montages restent sans doute à explorer davantage, il semble que la concession domaniale constitue pour le moment le montage le plus adapté et le plus simple à mettre en œuvre.

3. Description détaillée des solutions selon les différents cas de figure

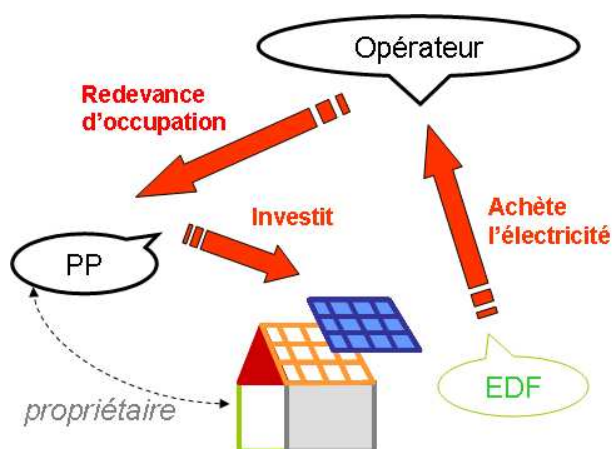
A - opérateur privé / personne publique



CAS n°1

Description : Cas d'une collectivité investissant dans une centrale photovoltaïque (intégrée ou non) et mettant à disposition cette centrale à un opérateur qui l'exploite et vend l'électricité au réseau. Ce peut être le cas d'une collectivité qui n'a pas la compétence de production d'électricité mais qui souhaite quand même investir dans le photovoltaïque.

Exemple existant : Hôtel de la Région Midi-Pyrénées



Montage retenu : concession domaniale

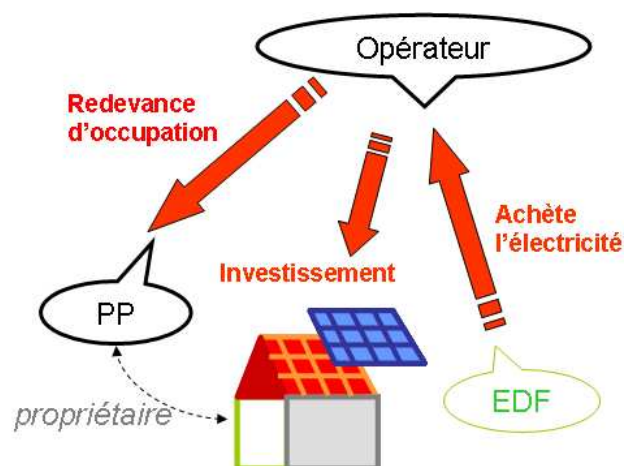
Description du montage : La Personne Publique (PP) investit dans la centrale photovoltaïque dont elle est maître d'ouvrage et propriétaire. L'opérateur est titulaire du contrat de vente d'électricité et verse une redevance d'occupation. Les assurances liées à la construction sont à la charge de la PP, celles de l'exploitation sont pour l'opérateur. En cas d'installation intégrée assurant l'étanchéité du bâtiment, un défaut d'étanchéité relève donc de la responsabilité de la collectivité sauf si ce défaut est la conséquence d'un problème lié à l'exploitation de la centrale. La taxe professionnelle est due par l'opérateur. La domanialité du bâtiment n'intervient pas dans le montage qui s'applique donc aussi bien sur un bâtiment du domaine public ou du domaine privé de la Personne Publique.

CAS n2

Description : Cas d'une collectivité souhaitant réaliser une centrale photovoltaïque sur l'un de ses bâtiments mais sans en porter l'investissement. Il faut alors distinguer deux cas selon que l'installation projetée est surimposée ou intégrée.

CAS n2a : cas d'une installation surimposée

La collectivité met à disposition sa toiture et l'opérateur investit dans la centrale PV qu'il installe et exploite moyennant le versement d'une redevance d'occupation à la collectivité.

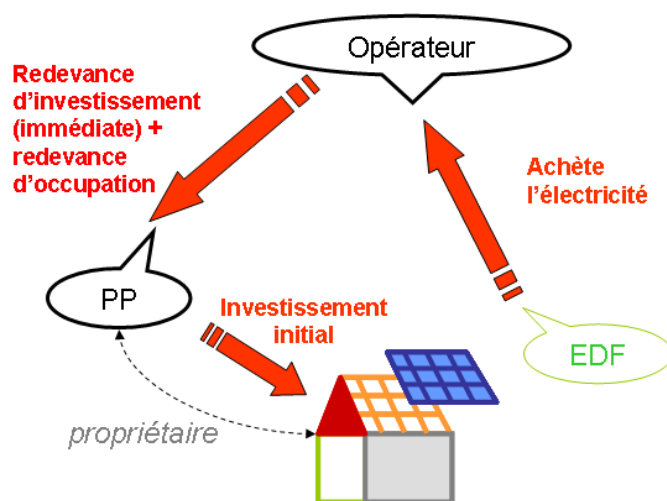


Montage retenu : concession domaniale

Description du montage : la Personne Publique met à disposition sa toiture. L'opérateur réalise l'investissement de la centrale PV dont il est maître d'ouvrage et propriétaire. Les assurances liées à l'exploitation de la centrale PV sont à la charge de l'opérateur. Celui-ci est également redevable de la taxe professionnelle. Le devenir de l'installation à la fin des 20 ans de contrat de vente de l'électricité est à définir dans la convention. La centrale peut être soit démontée, soit remise à la collectivité gratuitement (dès lors que l'installation aura été amortie). La domanialité du bâtiment n'intervient pas, la concession domaniale est possible que le bâtiment relève du domaine public ou du domaine privé.

CAS n°2b : cas d'une installation intégrée

La collectivité souhaite réaliser une centrale PV intégrée à l'un de ses bâtiments sans en porter l'investissement.



Montage retenu : concession domaniale

Description du montage : la Personne Publique réalise l'investissement initial de la centrale photovoltaïque dont elle est ainsi propriétaire et maître d'ouvrage (l'installation PV fait l'objet d'un lot séparé lors de la passation du marché de travaux). La collectivité est bénéficiaire des assurances de garantie décennale et de parfait achèvement. L'opérateur verse alors une redevance à la collectivité qui se décompose comme suit :

- une redevance d'investissement (qui correspond à un remboursement immédiat du montant de l'investissement),
- une redevance d'occupation versée annuellement en contrepartie de la mise à disposition de l'installation par la collectivité à l'opérateur.

L'opérateur exploite la centrale et est titulaire du contrat de vente de l'électricité au réseau. Il paye la taxe professionnelle et contracte les assurances nécessaires à l'exploitation de la centrale. La collectivité déclare l'installation PV à l'assurance de son bâtiment qui la prend en charge également (il serait difficile d'avoir une assurance couvrant un bâtiment sans toit), si bien que l'installation PV est assurée deux fois.

Dans tous les cas, il n'apparaît pas possible, lors de l'établissement de la convention permettant l'occupation du domaine de la personne publique, de convenir d'une clause de renonciation à recours du fait des dommages occasionnés par les équipements exploités par le titulaire.

CAS n°3

Description : la collectivité souhaite investir dans une centrale photovoltaïque et l'exploiter (elle en a la compétence). Plusieurs modes de financement sont possibles : prêt, crédit-bail, etc. Concernant le crédit-bail, l'installation PV est achetée par le crédit-bailleur et louée à la collectivité qui en devient propriétaire à la fin du bail.

Ce mode de financement pose cependant plusieurs questions :

- la collectivité doit rembourser le montant de l'investissement TTC alors que si elle avait investi directement elle aurait pu récupérer la TVA,
- en cas d'installation intégrée, se pose la question de la cohabitation entre collectivité et crédit-bailleur et du partage des responsabilités pendant la durée du bail.

Cas n°4

Description : la collectivité investit dans une centrale PV sur un bâtiment privé ne lui appartenant pas.

Exemple : Nantes Métropole

Montage : la collectivité peut répondre à un appel d'offres comme n'importe quelle autre entité et passer des contrats de droit privé (type bail emphytéotique).

B - Syndicats d'énergie / Personne publique

[pour le détail des montages se reporter au tableau « montages syndicats »]

Les montages que peut proposer un syndicat d'énergie sur le toit d'une commune dépendent avant tout des statuts du syndicat :

- soit la production d'électricité pour le compte d'une collectivité (autre que le syndicat lui-même) n'est pas prévu dans les statuts et la compétence de production d'électricité n'est pas transférée par les communes membres (cas du SDED),
- soit les communes membres transfèrent au syndicat leur compétence de production d'électricité.

Cas n°1 : les communes membres ne transfèrent pas au syndicat leur compétence de production d'électricité.

Dans ce cas, les montages proposés sont identiques à ceux auxquels peut recourir un investisseur privé. La convention signée prend la forme d'une convention d'occupation du domaine public, qui peut être déclinée selon plusieurs formules en fonction de la nature du maître d'ouvrage (commune ou syndicat) et du mode de financement. La commune doit également procéder à une publicité adaptée.

→ voir dans le tableau les montages proposés par le SDED

Cas n°2 : les communes membres transfèrent au syndicat leur compétence de production d'électricité

Dans ce cas, plusieurs formules sont possibles :

- Cas du SIEL : le syndicat se substitue à la commune pour la production d'électricité, il n'y a plus à proprement parler de convention d'occupation du domaine public et il n'y a plus nécessité d'effectuer une publicité. Le SIEL propose des montages avec co-maîtrise d'ouvrage entre la commune et le syndicat. La commune est le maître d'ouvrage principal qui, dans le cas de bâtiments neufs

avec du photovoltaïque en intégration, passe le marché de travaux avec un lot PV séparé que finance et réalise le syndicat.

→ voir dans le tableau le montage proposé par le SIEL

- Cas du SELEQ74 : le syndicat est maître d'ouvrage et porte l'investissement initial de l'installation PV. La collectivité récupère la propriété de l'installation dès la réception des travaux et rembourse progressivement le syndicat par des annuités. En cas de problème sur l'étanchéité d'une installation intégrée, l'assurance de l'installateur est mise en jeu. La collectivité est titulaire du contrat de vente de l'électricité et contracte une assurance liée à l'exploitation de la centrale.

→ voir dans le tableau le montage proposé par le SELEQ74

Conclusions

Les principaux montages sont désormais bien identifiés ainsi que leurs avantages et inconvénients. La concession domaniale (ou convention d'occupation du domaine public) est la solution pour l'instant retenue comme la plus adéquate. Les montages juridiques pour le photovoltaïque sont cependant encore peu développés et de nouvelles solutions seront probablement identifiées dans certains cas. Notons que certains points pourront encore donner lieu à un approfondissement tel que le problème des assurances en cas d'installation intégrée : une des solutions retenues consiste pour l'instant en un double assurage de l'installation. Il y a peut-être d'autres solutions à explorer.

Dans tous les cas, l'ensemble des réflexions menées dans le cadre de ce groupe de travail sera prochainement mis en ligne sur un site web. Nous vous encourageons à faire remonter toutes vos questions sur de nouveaux montages ou sur des problèmes que nous n'aurions pas encore identifiés.

Pour toute remarque sur ce compte-rendu : noemie.poize@raee.org