



# **LES COLLECTIVITES LOCALES ET LE PHOTOVOLTAIQUE**

## **LES DIFFERENTS MONTAGES CONTRACTUELS**

**ALE LYON le 27 octobre 2009**



LES INTERVENANTS

LES DIFFERENTS PROJETS

LES PROCEDURES DE CONVENTIONNEMENT



# LES INTERVENANTS



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.

- La compétence de **production et distribution d'électricité** appartient exclusivement aux **communes ou aux EPCI** auxquels elles ont transféré leur compétence  
(*Cf. article L 2224-32 CGCT*)
- En revanche, le principe de la libre définition par la Collectivité des moyens à mettre en œuvre pour satisfaire ses besoins, en l'occurrence s'agissant du procédé de couverture du bâtiment, permet aux autres collectivités (**Département, Région**) de choisir l'installation de toiture avec modules photovoltaïques intégrés.

Les collectivités locales peuvent faire intervenir un opérateur afin qu'il réalise les travaux d'installations et exploite les équipements ou pour qu'il exploite des modules qui auront été préalablement installés.



Nathalie Nguyen  
AVOCATS & ASSOCIÉS

# LES DIFFERENTS PROJETS

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 et selon le choix de réalisation et d'exploitation des équipements.

Trois hypothèses sont à envisager :

- 1 - Les modules photovoltaïques sont intégrés au bâtiment et l'opérateur réalise les travaux d'installation et exploite les équipements,
- 2 - Les modules photovoltaïques sont intégrés au bâtiment et l'opérateur exploite des modules préalablement installés,
- 3 - Les modules photovoltaïques ne sont pas intégrés au bâtiment.

Dans tous les cas, le choix de l'opérateur n'est pas libre et la collectivité doit respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence.



## CAS n° 1

L'opérateur réalise les travaux d'installation et exploite les modules photovoltaïques intégrés au bâtiment



Les modules photovoltaïques sont intégrés au bâti, c'est à dire utilisés comme matériaux de construction et assurent une fonction de couvert.

Le **bail emphytéotique administratif (BEA)** ne peut pas être envisagé par toutes les Collectivités.

En revanche, un tel projet présente les caractéristiques d'une **concession de travaux publics** au sens communautaire.



- Un BEA doit 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 (Cf. art. L1311-2 CGCT).*
- Or, seules les Communes et les EPCI dont elles sont membres auxquels elles ont transféré cette compétence, peuvent revendre l'électricité produite par les modules photovoltaïques (Cf. art. L 2224-32 CGCT).
- Les Départements et les Régions ne peuvent donc pas recourir au BEA.



- Les avantages du BEA 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 BEA, dès lors que les conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public sont constitutives de droits réels (*Cf. art. L.2122-20 CG3P et L. 1311-5 CGCT*).
- Pareillement, 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.

**La concession de travaux publics** (Article L1415-1 CGCT créé par Ordonnance du 15 juillet 2009)

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 en ce que,

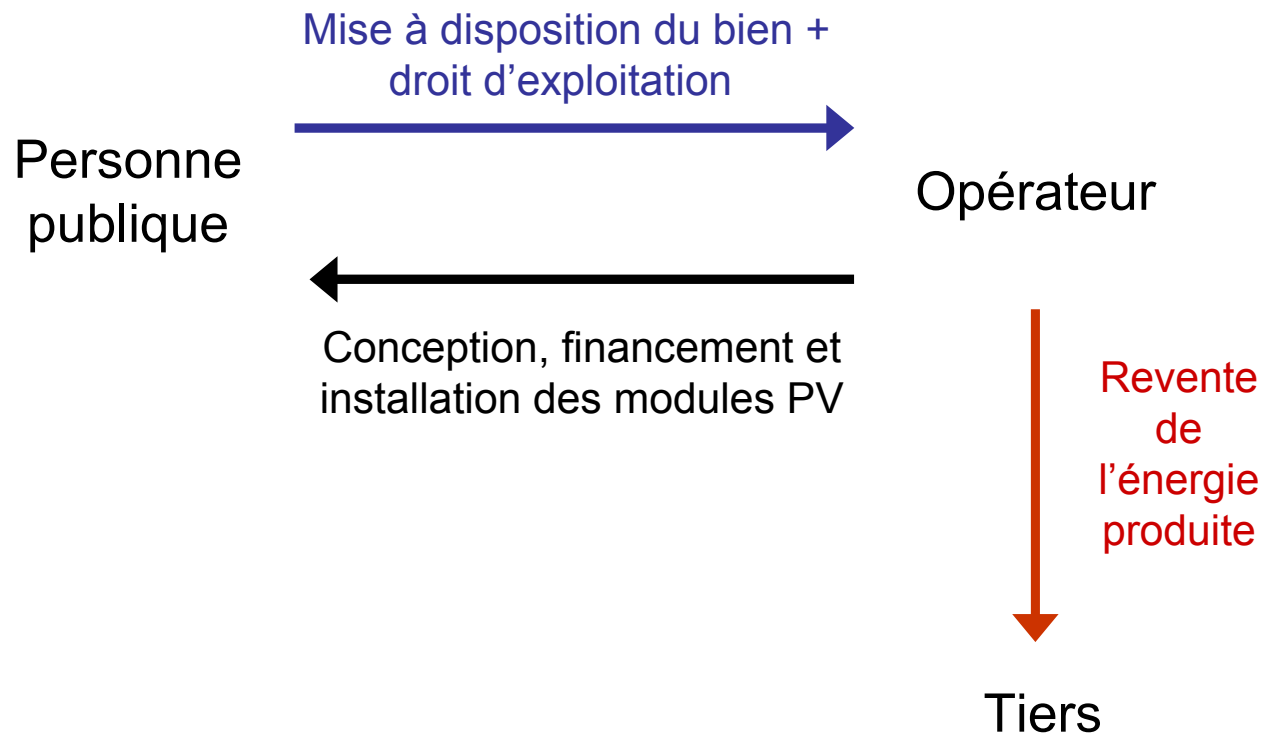
**D'une part**, son objet est **l'exécution de travaux au bénéfice de la collectivité** par la réalisation de la toiture ou la façade d'un bâtiment lui appartenant,

Et,

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



# Concession de travaux publics





La passation des **contrats de concession de travaux publics** est soumise à des obligations de publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat. (art. L.1415-7 CGCT)

*Dans l'attente de la parution de ce décret, il y a lieu de se référer à la **Directive 2004-18 du 31 mars 2004** qui impose une **publicité européenne** dès lors que le montant des travaux est supérieur à **5 150 000 € HT**.*

**En dessous de ce seuil, il convient de faire une publicité minimale garantissant le respect des principes généraux du droit communautaire :**

**Transparence, non-discrimination, égalité de traitement et libre accès à la commande publique**



## CAS n° 2

L'opérateur exploite des modules  
intégrés au bâtiment préalablement  
installés

## Etape 1 - Installation des modules photovoltaïques

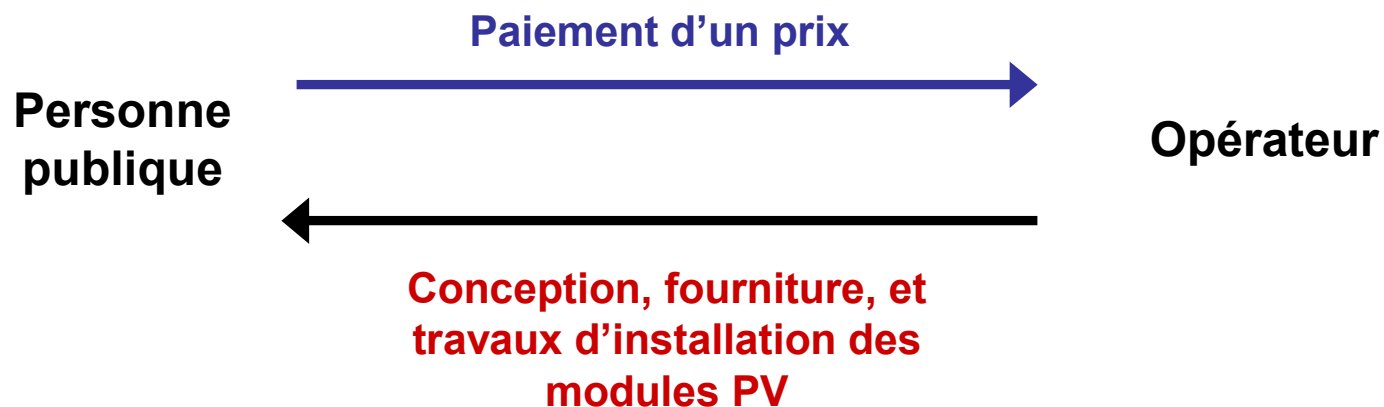
Dans le cadre de la construction ou de la réhabilitation d'un immeuble, la personne publique, agissant en qualité de maître d'ouvrage, conclut des marchés pour faire intégrer à la toiture ou à la façade du bâtiment lui appartenant, des modules photovoltaïques.

## Etape 1 - Installation 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).

# Installation puis exploitation

## Étape 1- Passation de marchés publics





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

## Etape 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) sont à distinguer des *opérations projetées sur le domaine privé des personnes publiques* (par exemple les bureaux).

## Etape 2 - Exploitation des modules photovoltaïques

*Les opérations projetées sur le domaine public des personnes publiques*

## Etape 2 - Exploitation des modules photovoltaïques

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. **Elle ne constitue donc pas une délégation de service public.**

## Etape 2 - Exploitation des modules photovoltaïques

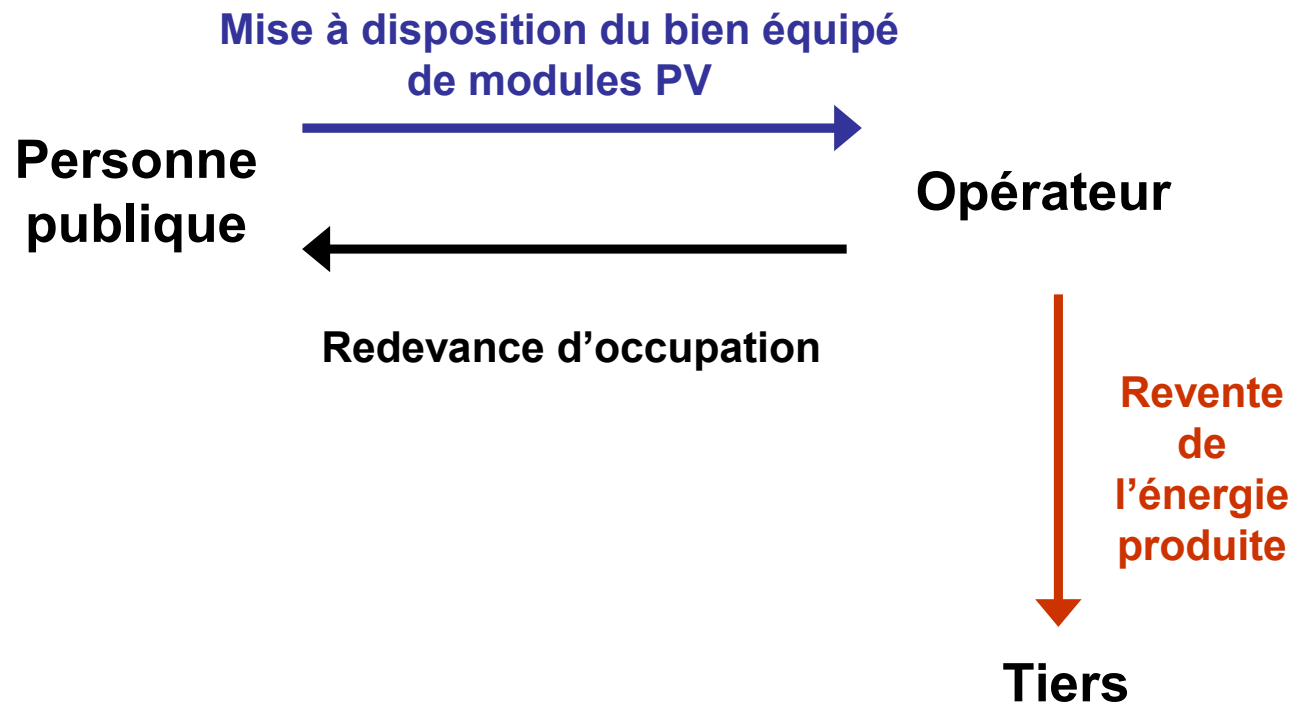
En revanche, un tel contrat présente les caractéristiques d'une convention d'occupation du domaine public.

Or, une telle convention comporte des spécificités importantes.



# Installation puis exploitation

## Étape 2- Convention d'occupation domaniale





- 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 un motif d'intérêt général.
- Toutefois, l'occupant contractuel du domaine public a droit à une indemnité lorsque l'Administration modifie ou révoque le contrat d'occupation avant l'expiration du délai convenu. Il est donc prudent de prévoir, dans la convention, les modalités d'indemnisation de l'occupant en cas de résiliation anticipée.

- Toute occupation ou utilisation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance qui doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (Cf. article L2125-1 CG3P),

En pratique, il peut être envisagé une redevance fixe, quel que soit le montant des recettes générées par la revente d'électricité, couvrant, notamment, les frais supportés par la personne publique du fait de la réalisation des équipements photovoltaïques mis à disposition (études, maîtrise d'œuvre et travaux) et une redevance variable en fonction des recettes générées par l'exploitation des modules photovoltaïques.

- Ces modalités financières peuvent aussi être prévues pour l'exploitation de panneaux photovoltaïques sur des biens appartenant au domaine privé.



- 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 du contrat de revente d'électricité à conclure par l'occupant, sous réserve qu'il soit établi que la durée corresponde également 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.
- Par sécurisation juridique, cette règle devrait être également respectée dans le cadre de l'occupation d'une dépendance du domaine privé.



## Etape 2 - Exploitation des modules photovoltaïques

*Les opérations projetées sur le domaine privé des personnes publiques*

## Etape 2 - Exploitation des modules photovoltaïques

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 toiture.

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.



# CAS n° 3 Les modules photovoltaïques ne sont pas intégrés au bâtiment



Il s'agit de modules 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 ou une convention de droit commun.



*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 au respect de certains principes du droit de la concurrence et du droit communautaire.*



# LES PROCEDURES DE CONVENTIONNEMENT



La passation des **contrats de concession de travaux publics** est soumise à des obligations de publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat. (art. L.1415-7 CGCT)

*Dans l'attente de la parution de ce décret*, il y a lieu de se référer à la **Directive 2004-18 du 31 mars 2004** qui impose une **publicité européenne** dès lors que le montant des travaux est supérieur à **5 150 000 € HT**.

**En dessous de ce seuil**, il convient de faire une publicité minimale garantissant le respect des principes généraux du droit communautaire :

**Transparence, non-discrimination, égalité de traitement et libre accès à la commande publique**



Dans l'hypothèse où la collectivité met à disposition les modules préalablement réalisés par elle en qualité de maître d'ouvrage, les **marchés publics nécessaires à l'installation** des équipements doivent être attribués dans le respect du **Code des marchés publics**.

En revanche, **aucun texte ne prévoit de modalités d'attribution spécifiques pour les autres modes de conventionnement.**

Cependant, les règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne soumettent *l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs* aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats (CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, C-324/98).

Par suite, une convention d'occupation du domaine public ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence (TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Sté trains touristiques*).



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 donc soumettre la conclusion d'une telle convention à une publicité minimale garantissant le respect des principes généraux du droit communautaire :

**Transparence, non-discrimination, égalité de traitement et libre accès à la commande publique**



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.



# Nathalie NGUYEN Avocats & Associés

91/95, cours Lafayette – 69006 Lyon

Tel: 33 (0)4 72 74 53 03

Fax: 33 (0)4 26 84 31 92

[info@nguyen-avocats.com](mailto:info@nguyen-avocats.com)