

Ajaccio, le 18/11/2021

CIRCULAIRE INTALLATION PHOTOVOLTAÏQUE

Monsieur le Président de l'association des maires et président d'EPCI de la Corse-du-Sud,
Mesdames et Messieurs les Maires de la Corse-du-Sud
Mesdames et Messieurs les présidents des établissements de coopération intercommunale

Durant ces derniers mois, j'ai été destinataire de plusieurs décisions visant à l'installation de panneaux photovoltaïques sur des biens appartenant au domaine public.

Pour promouvoir les énergies renouvelables, valoriser vos patrimoines ou trouver de nouvelles ressources financières, nombre de maires s'engagent sur des projets de production d'électricité.

Le patrimoine des personnes publiques mobilisable pour l'installation et l'exploitation de structures photovoltaïques est très étendu et offre de réelles opportunités aux opérateurs privés.

En fonction des intentions de la collectivité (volonté de participer activement ou non à la mise en place de ces panneaux), différents montages juridiques sont envisageables.

Cette circulaire a donc pour vocation l'analyse juridique des conventions par lesquelles une personne publique met à disposition d'un opérateur des panneaux photovoltaïques déjà intégrés à une dépendance du domaine public.

Elle abordera également le cas où la collectivité commande l'installation de ces équipements à l'opérateur ou propose ses bâtiments pour lui permettre de les exploiter.

Ainsi, en fonction des objectifs, différents montages juridiques sont envisageables car il n'est pas loisible de contracter avec l'administration aussi librement qu'avec une personne privée.

En raison de la mise en jeu des deniers publics, la commande publique, comme l'occupation, voire « l'exploitation » du domaine public, sont soumises le plus souvent à des règles de procédure, de publicité et de mise en concurrence visant à la transparence dans le choix du cocontractant.

Première hypothèse → La collectivité souhaite mettre à disposition des terrains ou des bâtiments susceptibles d'accueillir un équipement photovoltaïque ou est démarchée par une entreprise en ce sens.

Cette occupation du domaine public peut être consentie avec ou sans droits réels.

& La convention d'occupation sans droit réel

Par définition, le domaine public doit bénéficier à l'ensemble des citoyens et dans les mêmes conditions. Toutefois, certaines dépendances du domaine public peuvent être soustraites à cet usage commun, au profit d'un particulier déterminé.

L'usage privatif du domaine public suppose alors l'octroi d'un titre d'occupation délivré par le propriétaire ou le gestionnaire de la dépendance domaniale occupée.

Ainsi aux termes des articles L.2122-1 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), les collectivités peuvent autoriser l'occupation temporaire et précaire de leur domaine public. De même, par convention, une

personne publique peut confier à une autre personne, une dépendance de son domaine public afin de lui en donner la jouissance et de lui permettre d'y exercer une emprise.

L'occupant se rémunère sur le résultat de son exploitation et verse, en contrepartie de cette occupation, une redevance domaniale (L.2125-1 et suivant du CG3P).

A → Si à l'expiration du délai de validité du contrat, la structure photovoltaïque est démantelée, ce type de contrat, au regard des jurisprudences actuelles, n'appelle pas de mise en concurrence **au sens du code de la commande publique**, dans la mesure où la collectivité n'a effectué aucune dépense et n'a pas commandé de travaux ou d'ouvrages dont elle aurait pu bénéficier.

Pour autant, **une obligation de mise en concurrence pour la mise à disposition du domaine public** est prévue par l'ordonnance du 19 avril 2017, entrée en vigueur le 1er juillet 2017 qui modifie le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), et plus précisément les conditions dans lesquelles l'occupation ou l'utilisation privative du domaine public peut être autorisée.

Ce texte concerne un grand nombre de projets occupant le domaine public de façon temporaire ou pérenne.

Les articles L. 2122-1-1 et L. 2122-1-2 précisent que :

Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1* (** titre habilitant l'occupation*) permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.

Cette ordonnance de 2017 modifie ainsi le mode opératoire pour la mise à disposition par une collectivité de ses toitures pour l'exploitation d'installations PV en imposant à l'autorité compétente d'organiser une procédure de sélection préalable comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. L'ordonnance indique que lorsque le titre d'occupation est susceptible d'être délivré à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, la collectivité doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente.

De plus, la durée des Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT) doit désormais être déterminée en fonction "de l'amortissement des investissements" réalisés par l'occupant, en vue d'assurer "une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis".

Enfin, j'appelle votre attention sur le fait que l'occupation ne peut se faire à titre gratuit ou au moyen d'une redevance symbolique, car cette façon de procéder serait considérée comme une aide directe de la collectivité, voire une libéralité.

B → En revanche, si au terme de la convention, il est décidé que la structure photovoltaïque reste intégrée au bâti (comme couverture, ombrière, brise-soleil...), la collectivité tirera manifestement de cette occupation un bénéfice autre qu'une simple redevance. Il convient dès lors d'être prudent.

Outre le fait que l'occupant qui a réalisé un équipement pour la collectivité est en droit de recevoir une indemnisation, cette convention pourrait alors être requalifiée en concession de travaux publics.

En effet, au sens du droit communautaire, les concessions de travaux sont des contrats présentant les mêmes caractéristiques que les marchés publics de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage (ou dans ce droit assorti d'un prix).

En toute hypothèse, une mise en concurrence préalable telle que prévue par le code de la commande publique est nécessaire : c'est le sens de la jurisprudence administrative et communautaire, notamment lorsque l'on raisonne par analogie avec l'implantation de mobilier urbain sur le domaine public.

§ La convention d'occupation avec droits réels : le bail emphytéotique administratif (BEA)

L'article L.2122-20 du CG3P dispose que les collectivités territoriales peuvent conclure sur leur domaine public un bail emphytéotique administratif (BEA) dans les conditions déterminées par les articles L.1311-2 à L.1311-4-1 du CGCT ou délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel, dans les conditions déterminées par les articles L.1311-5 à L.1311-8 du CGCT.

L'article L.1311-2 du CGCT dispose que les collectivités peuvent délivrer sur leur domaine privé ou sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels (BEA), « en vue de l'accomplissement, pour [leur] compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ».

Le BEA se traduit par une occupation du domaine public de longue durée. Le titulaire se voit conférer un droit réel sur les ouvrages et installations. Ce droit réel confère au preneur (emphytéote), pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites prévues par les textes et par le contrat, les prérogatives et obligations dévolues ordinairement au propriétaire.

L'un des intérêts du bail emphytéotique administratif est qu'il peut être assorti d'une convention de location en retour répondant à la logique financière du crédit-bail. Ainsi, au titre de la convention de location, la collectivité publique va verser un loyer à l'emphytéote, calqué sur ce que serait un loyer de crédit-bail, étant précisé que le bail prévoit l'entrée dans le patrimoine de la collectivité des biens réalisés en fin de contrat. Ce type de montage contractuel peut s'avérer intéressant si un mécanisme tripartite est privilégié.

Les BEA sont soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'État a d'ailleurs déjà eu l'occasion de requalifier en concession de travaux publics, un bail emphytéotique assorti d'une convention de financement.

La mise en œuvre des dispositions du code de la commande publique offre à cet égard la sécurité juridique maximale pour ce type de montage dans la mesure où celui-ci prend en considération les principes énoncés par la jurisprudence communautaire.

Par ailleurs, la valorisation du **domaine privé** communal par l'installation de structures d'énergie renouvelable peut également se faire par la conclusion d'un bail emphytéotique (code rural, art. L.451-1) ou d'un bail à construction (code de la construction, art. L.251-1). S'ils sont tous les deux constitutifs de droits réels et conclus pour une durée de 18 à 99 ans, ces baux se distinguent par l'obligation faite au preneur d'établir des constructions sur le terrain de bailleur – inhérente au bail à construction. Quant à la mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé qui sont le support d'une activité économique, celle-ci n'est pas prévue par les textes nationaux à la différence de ce qui prévaut pour le domaine public. Mais une réponse ministérielle (29 janvier 2019, no12868) invite toutefois, au regard du droit européen, les autorités gestionnaires à user des procédures similaires à celles prévalant pour le domaine public (art. L.2122-1-1 du CG3P) lorsque l'occupation du domaine privé permet à l'occupant d'exercer une activité économique. Aussi est-il fortement recommandé de faire jouer la concurrence et d'utiliser la procédure décrite supra.

Autre hypothèse → La commande de prestations par la personne publique

Si la collectivité publique est à l'origine du projet en vue d'être propriétaire de centrales photovoltaïques et de rentabiliser ou de valoriser les dépendances du domaine public, ce sont les dispositions du CMP qui s'appliquent.

Ainsi, selon l'alinéa 2 de l'article I-I du code la commande publique : « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

Dans cette autre situation, et à l'instar de tout dossier de commande publique, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire devront être précisément définies par le pouvoir adjudicateur avant tout appel à la concurrence, tout comme d'ailleurs l'objet de l'intervention du prestataire pour déterminer la nature juridique du marché en question : marché public de fournitures, de travaux ou de services.

Ce point est essentiel, notamment lorsque l'opérateur privé n'est pas seulement chargé d'installer la structure, mais doit en assurer la maintenance. Il est alors possible de se tourner vers les marchés dits « mixtes » (fournitures et prestations de services, par exemple) prévus par l'article 1er du code de la commande publique.

On recherchera alors quelle prestation a finalement un caractère accessoire en fonction de son objet et de son coût. Cette distinction est importante dès lors que les procédures spécifiques définies par le Code s'appliquent en fonction de seuils d'assujettissement, en comparaison, beaucoup plus bas pour les marchés de services ou de fournitures que pour les marchés de travaux.

Il découle du droit communautaire et des principes fondamentaux rappelés à l'article 1er du code de la commande publique que, sauf régime particulier expressément prévu, les marchés publics doivent faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence préalablement à leur passation.

A ce titre, il convient d'être prudent et de prendre garde à ce que certains montages ne puissent être requalifiés en marchés de travaux, notamment du fait de l'influence du droit communautaire, qui vise à soumettre à une procédure de mise en concurrence tous les contrats publics passés avec une personne publique.

En conclusion

Les montages juridiques de ces opérations ne peuvent qu'être définis au cas par cas. Il vous appartient donc de déterminer préalablement vos intentions et de vous rappeler que différents critères sont susceptibles d'orienter votre choix vers tel ou tel montage contractuel.

Ces critères tiennent notamment :

- à la nature juridique du bâtiment (domaine privé ou domaine public de la commune) ;
- aux compétences détenues par les collectivités territoriales ;
- aux intentions de la collectivité concernée (investir, déléguer le service ou mettre seulement ses bâtiments à disposition) ;
- à l'activité du prestataire (réalise-t-il des travaux, se contente-t-il de vendre la centrale, ou bien au contraire de l'installer et de l'exploiter, sera-t-il amené à l'entretenir) ;
- au devenir de la structure photovoltaïque (les panneaux seront-ils intégrés au bâtiment et rétrocédés à la collectivité à l'issue du contrat ou au contraire seront-ils démantelés à l'expiration du contrat).

Ces éléments, dont la liste n'est pas exhaustive, auront une importance cruciale sur le choix du montage juridique et, au final, sur la soumission ou non du projet aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Au titre des compétences, l'article L.2224-32 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que les communes et leurs groupements peuvent aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter toutes nouvelles installations photovoltaïques, en bénéficiant, à leur demande, de l'obligation d'achat de l'électricité produite.

Conscient de la complexité de ces procédures, je vous rappelle que mes services sont à votre disposition pour vous conseiller ou échanger sur le sujet en amont de vos procédures.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et messieurs les Maires et les président d'EPCI, l'expression de mes sentiments distingués.

Pour le préfet, et par délégation,
le secrétaire général,

Pierre LARREY