



BANQUE des
TERRITOIRES



Le développement des EnR via la mise à disposition d'emprise foncière de collectivités

Foire aux questions

Le développement des EnR via la mise à disposition d'emprise foncière de collectivités

Foire aux questions

Cette publication a été réalisée :
sous le pilotage de **Julia Labarthe**
Territoires Conseils – Banque des Territoires

Table des matières

PRÉAMBULE	7
1. EN TANT QUE COLLECTIVITÉ, JE DISPOSE DE FONCIER ET JE SOUHAITE L'UTILISER POUR UN PROJET ENR : QUELLES SONT LES PREMIÈRES QUESTIONS À SE POSER ?	9
1.1. Vers quelles natures de montage dois-je m'orienter ?	9
1.1.1. Je suis à l'initiative d'un projet EnR dont j'ai défini les caractéristiques techniques	9
1.1.2. Je souhaite valoriser une emprise foncière afin qu'elle soit dédiée à un projet EnR	9
1.1.3. Je souhaite intégrer un partenariat avec d'autres (privés ou publics) pour la mise en œuvre d'un projet EnR	10
1.2. À quel titre une collectivité peut-elle être compétente pour intervenir dans un projet EnR ?	10
1.3. À quel titre une collectivité peut-elle accorder des subventions ou proposer des dispositifs de soutien à des projets d'EnR développés sur son territoire ?	11
1.3.1. Possibilité d'accorder des subventions	11
1.3.2. Dans le respect des règles relatives aux aides d'État	11
1.3.3. Possibilité de réaliser des garanties d'emprunt	12
1.4. Comment une collectivité peut-elle se positionner dans les communautés d'énergies (renouvelables et citoyennes) ?	12
2. LES DIFFÉRENTES QUESTIONS QUI PEUVENT SE POSER DURANT LE MONTAGE DE L'OPÉRATION PAR MISE À DISPOSITION D'UNE EMPRISE FONCIÈRE	15
2.1. La maîtrise foncière	15
2.1.1. Quels sont les contrats de mise à disposition d'une emprise foncière qui peuvent être mobilisés ?	15
2.1.2. Comment déterminer si l'emprise foncière dédiée appartient au domaine public ou au domaine privé de la collectivité ?	15
2.1.3. Quels sont les contrats de mise à disposition qui sont les plus utilisés pour la mise en œuvre de projets EnR ?	16
2.1.4. Une procédure de sélection préalable doit-elle être mise en œuvre sur une emprise du domaine public ?	17
2.1.5. Et sur une emprise du domaine privé ?	17
2.1.6. En tant que collectivité actionnaire d'une SEM, suis-je tenue de réaliser une sélection préalable pour l'octroi d'un titre de mise à disposition d'une emprise foncière m'appartenant si je souhaite confier cette emprise à la SEM ?	17
2.1.7. En tant que collectivité propriétaire, je suis sollicitée par un opérateur énergétique qui souhaite disposer d'une emprise foncière m'appartenant pour la mise en œuvre d'un projet EnR. Suis-je tenue d'opérer une sélection préalable ?	17
2.1.8. Quelles sont les exceptions au principe de mise en concurrence préalable ?	18

2.2. La réglementation d'urbanisme	19
2.2.1. Quels sont les documents directement opposables aux projets EnR engagés sur le territoire ?	19
2.2.2. Est-il possible d'adapter les documents d'urbanisme pour la mise en œuvre du projet EnR en vue de sa mise à disposition ?	19
2.3. La procédure de sélection d'un opérateur pour la dévolution d'une emprise foncière	20
2.3.1. Quelles méthodes de sélection ? Quel type de procédure ? Quelle organisation du dialogue entre les opérateurs ?	20
2.3.2. Quel est le contenu de la procédure de sélection préalable pour l'octroi d'un titre de mise à disposition ?	20
2.3.3. Quels peuvent être les critères de sélection ?	21
2.3.4. Est-il possible de définir les caractéristiques techniques précises de l'installation EnR que le preneur à bail mettra en œuvre ?	21
2.3.5. Est-il possible d'intégrer dans le contrat de mise à disposition, que le preneur à bail réalisera des travaux d'amélioration de l'emprise foncière ?	22
2.3.6. Est-il possible d'exiger des opérateurs qu'ils s'intègrent au projet du financement citoyen ?	22
2.4. La mise à disposition de l'emprise foncière	23
2.4.1. Quel niveau de loyer dans les différents contrats de bail ?	23
2.4.2. À quel stade les loyers peuvent-ils être perçus par la collectivité propriétaire ?	24
2.4.3. La collectivité devient-elle propriétaire des installations en fin de contrat ?	24
2.4.4. La collectivité peut-elle demander le démantèlement des installations ?	24
2.4.5. La collectivité peut-elle résilier unilatéralement le contrat de mise à disposition qu'elle a conclu avec l'opérateur ?	25
2.4.6. La collectivité dispose-t-elle, dans le cadre du contrat de bail, d'un moyen de contrôle de la mise en œuvre du projet par l'opérateur ?	25
2.5. La participation au sein d'une société de projet	26
2.5.1. Une collectivité, propriétaire de l'emprise foncière mise à disposition, peut-elle, par ailleurs constituer avec l'opérateur qu'elle a retenu au terme de la procédure de sélection préalable, une société de projet, qui sera titulaire du titre de mise à disposition ?	26
2.5.2. Dans quel type de structures les collectivités peuvent-elles prendre des participations dans des sociétés poursuivant le développement de projets EnR ?	26
2.5.3. Il existe déjà une SEM sur le territoire qui a pour mission de faire émerger les projets EnR et qui souhaite intégrer la société de projet. La collectivité, par ailleurs actionnaire de la SEM, peut-elle prendre une participation dans cette filiale ?	26
2.5.4. Est-il pertinent de conclure un contrat de codéveloppement avec l'opérateur partenaire avant que la société de projet ne soit créée ?	27
2.5.5. L'opérateur énergéticien souhaite être indemnisé de frais engagés : prime de développement, coûts internes, coûts externes. Cela est-il possible ? Quels sont les frais qui peuvent être indemnisés ?	27
2.5.6. À l'instar de l'opérateur, la collectivité peut-elle être indemnisée des frais qu'elle a engagés pour la mise en œuvre de la société ou du projet EnR ?	27



Préambule

Territoires Conseil a publié en Novembre 2020 un guide « Mieux maîtriser le développement des EnR sur son territoire Guide à l'usage des collectivités locales ».

Ce guide fournit un ensemble d'éléments pour aiguiller les collectivités dans leurs développements d'infrastructures de production d'énergies renouvelables. Il met notamment en lumière les différents **montages opérationnels** auxquels peuvent être confrontées les collectivités pour le développement des Energies Renouvelables.

Parmi ces différents montages, des questions récurrentes reviennent sur la **mise à disposition du foncier appartenant aux collectivités, au sol ou en toiture**. Plusieurs collectivités sont en effet démarchées par des opérateurs développeurs, proposant une valorisation foncière par le biais d'un développement EnR et s'interrogent : comment mener ce co-développement ? Quelles sont les bonnes questions à se poser ?

Cette **foire aux questions** permet, en complément du guide, d'accompagner les réflexions sur cette nature particulière de montage.

La dernière mise à jour de ce document date de juillet 2021.
Toute évolution juridique ultérieure à cette date n'est donc pas prise en compte.

Cette FAQ a été rédigée par la SCET, société de conseil stratégique et d'appui opérationnel. Au service des projets portés par des acteurs de l'économie locale, la SCET accompagne des collectivités et leurs satellites, l'État ses agences, ainsi que des opérateurs privés.



1

En tant que collectivité, je dispose de foncier et je souhaite l'utiliser pour un projet EnR : quelles sont les premières questions à se poser ?

1.1

Vers quelles natures de montage dois-je m'orienter ?

1.1.1 | Je suis à l'initiative d'un projet EnR dont j'ai défini les caractéristiques techniques

Dans cette hypothèse, la collectivité identifie un besoin à satisfaire pour son besoin propre ou pour les usagers du territoire. Elle définit ce besoin et donc les caractéristiques du service effectué.

Montages mobilisables :

- Régie ;
- Concession ;
- Marché public

Exemples de projets :

- Réseau de chaleur public ;
- Bornes IRVE (service public) ;
- Stations GNV (service public) ;
- Fourniture en énergie (autoconsommation)

1.1.2 | Je souhaite valoriser une emprise foncière afin qu'elle soit dédiée à un projet EnR

Dans cette hypothèse, la collectivité dispose d'une emprise foncière qu'elle souhaite valoriser en vue du verdissement du territoire. Ici, il n'y a pas de définition du projet (dans le cas contraire, risque de requalification du contrat d'occupation en contrat de la commande publique : marchés ou concessions). La collectivité perçoit un loyer en contrepartie de l'occupation.

Montages mobilisables :

- Sur le domaine privé de la personne publique : Bail emphytéotique/ bail à construction / bail civil
- Sur le domaine public : autorisation d'occupation temporaire (AOT) / bail emphytéotique administratif

Exemples de projets :

- Centrale PV sol et toiture
- Bornes IRVE
- Stations GNV

1.1.3 | Je souhaite intégrer un partenariat avec d'autres (privés ou publics) pour la mise en œuvre d'un projet EnR

La collectivité souhaite engager un partenariat avancé avec un opérateur (énergéticien ou investisseur) et créer une structure dédiée à la mise en œuvre d'un projet. La création de la structure implique, selon le niveau d'investissement, une capitalisation adéquate.

Structures envisageables :

- SEM : titulaire d'un contrat avec la collectivité ou opération propre
- SAS Production EnR et installations de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone
- SCIC : principe coopératif

Exemples de projets :

- SAS Production EnR : éolien, méthanisation
- SCIC : éolien, méthanisation
- SEM : objet social large sur le développement d'EnR

1.2

À quel titre une collectivité peut-elle être compétente pour intervenir dans un projet EnR ?

Aujourd'hui, tous les niveaux de collectivités ont la capacité d'agir dans le champ des énergies renouvelables

Énergies renouvelables	
RÉGION	
PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE	PRISE DE CAPITAL AU SEIN DE SOCIÉTÉS DE PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE
Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 – production d'électricité	Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 – production d'électricité
DÉPARTEMENT	
PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE	PRISE DE CAPITAL AU SEIN DE SOCIÉTÉS DE PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE
Article 88 de la loi du 12 juillet 2010 – production d'électricité	L. 3231-6 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)
BLOC COMMUNAL (COMMUNES / EPCI)	
PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE	PRISE DE CAPITAL AU SEIN DE SOCIÉTÉS DE PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE
L. 2224-32 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)	L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)

1.3

À quel titre une collectivité peut-elle accorder des subventions ou proposer des dispositifs de soutien à des projets d'EnR développés sur son territoire ?

1.3.1 | Possibilité d'accorder des subventions

Sur la base des **compétences évoquées supra** et dans le respect des **dispositions du CGCT concernant les aides au développement économiques (Articles L1511-1 à L1511-9)** et du respect des **règles européennes relatives aux aides d'état**, les collectivités ont la capacité de soutenir des projets EnR.

Si les collectivités ont la capacité de verser des subventions, ces dernières devront néanmoins faire l'objet d'une étude précise de la situation (quel projet ? porté par qui ? quel échelon de collectivité subventionne ? etc.)

1.3.2 | Dans le respect des règles relatives aux aides d'État :

Pour rappel, un financement est **qualifié d'aide d'État** s'il satisfait aux **5 critères cumulatifs** suivants (article 107 TFUE) :

- Avoir une origine publique
- Être octroyé à une « entreprise » agissant sur le marché concurrentiel
- Procurer à l'entreprise un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché
- Être sélectif (en d'autres termes être offert à une entreprise ou une catégorie d'entreprise déterminée)
- Être à l'origine d'une distorsion de concurrence (aide affectant les échanges entre États membres – à l'inverse d'une aide à caractère local)

• Une subvention publique directe

• La cession de terrains ou de bâtiments pour un montant inférieur à leur pleine valeur marchande

• Une exonération fiscale

• Un prêt à des taux d'intérêt préférentiels

• Des garanties à des conditions favorables

... est légale si



• Elle utilise un régime d'aide exempté de notification,

OU

• Elle utilise un régime d'aide notifié à la Commission européenne,

OU

• Elle utilise un règlement « de minimis »,

OU

• Elle est notifiée individuellement à la Commission européenne

1.3.3 | Possibilité de réaliser des garanties d'emprunt

Garanties d'emprunt : La région et le bloc communal (communes / EPCI) ont la capacité de garantir des emprunts souscrits par des sociétés privées, **sous réserve du respect des ratios prudentiels** fixés aux articles L. 2252-1 (communes) et L. 4253-1 (Régions) du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Les départements possèdent également cette compétence (art. L. 3231-4) mais depuis la loi du 7 août 2015¹, ces derniers ne peuvent en accorder que dans le champ social et en matière de logement.

Point d'attention sur les garanties et le régime d'aide d'État au sens du droit de l'Union : étude au cas par cas. Les garanties publiques ne sont pas toutes des aides d'État, mais peuvent le devenir, lorsque la garantie n'est pas accordée à des conditions de marché. Il s'agit d'une application du critère de l'investisseur avisé dans le champ particulier des garanties.

1.4

Comment une collectivité peut-elle se positionner dans les communautés d'énergies (renouvelables et citoyennes) ?

Les travaux législatifs européens ayant abouti aux directives et règlements publiés entre 2018 et 2019 formant le Clean Energy Package avaient notamment pour objectif de favoriser la décentralisation du système électrique européen en offrant un rôle actif et une autonomisation des consommateurs.

La Directive Energies Renouvelables² et la Directive Electricité³ du Clean Energy Package, déclinant cet objectif, ont introduit les concepts de communautés d'énergie renouvelable et de communautés énergétiques citoyennes.

La Loi Energie Climat du 8 novembre 2019 est venue transposer en droit français la notion de **communauté d'énergie renouvelable** et l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 celle de **communauté énergétique citoyenne**. Ainsi, aujourd'hui, aux termes des articles L291-1 à L292-3 du Code de l'énergie les collectivités et leurs groupements peuvent être membres ou actionnaire de ces communautés énergétiques.

¹ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

² Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables

³ 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 et modifiant la directive 2012/27/UE

⁴ LOI n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat

⁵ Ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et 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

⁶ La FAQ a été rédigée avant la parution du décret d'application relatif aux communautés d'énergie.

Communauté d'énergie renouvelable	Communauté énergétique citoyenne
Articles L291-1 à L291-2 du Code de l'énergie (Dispositions en vigueur depuis le 1 ^{er} juillet 2021)	Articles L292-1 à L292-3 du Code de l'énergie (Dispositions en vigueur depuis le 1 ^{er} juillet 2021)
<p>Est une personne morale autonome répondant aux critères cumulatifs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Participation ouverte et volontaire ; • Actionnaires ou ses membres sont des personnes physiques, des PME, des collectivités territoriales ou leurs groupements ou des associations. Lorsqu'une entreprise privée participe à une communauté d'énergie renouvelable, cette participation ne peut constituer son activité commerciale ou professionnelle principale ; • 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 ; • 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. 	<p>Est une personne morale répondant aux critères cumulatifs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Participation volontaire et ouverte à tout type de membre ou actionnaire ; • 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 ; • 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.
<p>Elle peut :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Produire, consommer, stocker et vendre de l'énergie renouvelable, y compris par des contrats d'achat d'énergie renouvelable ; • Partager en son sein l'énergie renouvelable produite par les unités de production qu'elle détient, sous réserve du maintien des droits et obligations de ses membres en tant que client final et, s'agissant de l'électricité, des dispositions prévues aux articles L. 315-1 à L. 315-8 ; • Accéder à tous les marchés de l'énergie pertinents, soit directement, soit par agrégation, d'une manière non discriminatoire. 	<p>Elle peut :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prendre part à la production, y compris à partir de sources renouvelables, à la fourniture, à la consommation, à l'agrégation, au stockage et à la vente d'électricité ; • 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 ; • Partager en son sein l'électricité produite par les unités de production qu'elle détient, sous réserve du maintien des droits et obligations de ses membres en tant que client final et des dispositions des articles L. 315-1 à L. 315-8 ; • Accéder à tous les marchés de l'électricité, soit directement, soit par agrégation, d'une manière non discriminatoire. • Elle assure également la fonction de responsable d'équilibre



2

Les différentes questions qui peuvent se poser durant le montage de l'opération par mise à disposition d'une emprise foncière

Les questions sont organisées suivants 5 axes :

- La maîtrise foncière
- La réglementation d'urbanisme
- La procédure de sélection d'un opérateur
- La mise à disposition d'une emprise foncière
- La participation au sein d'une société de projet

2.1

La maîtrise foncière

2.1.1 | Quels sont les contrats de mise à disposition d'une emprise foncière qui peuvent être mobilisés ?

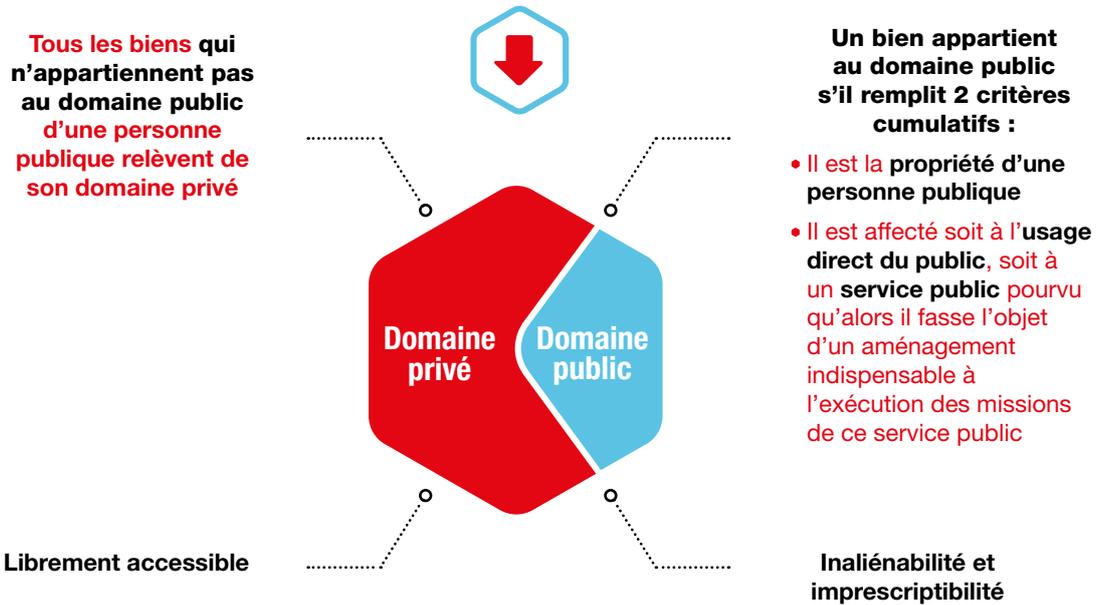
Les contrats de mise à disposition de l'emprise foncière mobilisables différeront en fonction de la nature du domaine (privé ou public) de la personne publique.

- **Sur le domaine public** : autorisation d'occupation temporaire (AOT) / bail emphytéotique administratif
- **Sur le domaine privé de la personne publique** : Bail emphytéotique/ bail à construction / bail civil

2.1.2 | Comment déterminer si l'emprise foncière dédiée appartient au domaine public ou au domaine privé de la collectivité ?

Conformément aux dispositions de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), le domaine public des personnes publiques est constitué des biens qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service.

Typologie du patrimoine d'une personne publique



Comment faire sortir un bien du domaine public ? (Art. L 2141-1 du CG3P)

- Constatation de la désaffectation du bien à un service public ou à l'usage direct du public (acte physique constaté par voie d'huissier)
- et déclassement formel (délibération de l'assemblée délibérante)

2.1.3 | Quels sont les contrats de mise à disposition qui sont les plus utilisés pour la mise en œuvre de projets EnR ?

Il n'existe pas un unique montage juridique permettant de maîtriser l'assiette foncière. Le choix du montage dépend des **caractéristiques physiques du site** (terrain nu, toiture d'un immeuble), de sa nature juridique (bien privé ou bien public, domaine public/domaine privé), des **caractéristiques techniques** de l'équipement et bien entendu des attentes respectives des parties.

Nous pouvons tout de même dégager une tendance. De façon générale, les montages constitutifs de droit réel seront privilégiés, compte tenu des garanties qu'ils apportent dans la perspective du financement du projet.

Si le projet se développe sur le **domaine privé** des personnes publiques le contrat le plus utilisé est le bail emphytéotique. En effet, ce dernier se révèle attractif pour les opérateurs qui se voient appliquer un loyer modique et une mise à disposition de longue durée (entre 18 et 99 ans) ayant pour conséquence de ne pas obérer le modèle économique du projet.

Si le projet se trouve sur le **domaine public**, seuls les montages compatibles avec la domanialité publique pourront être conclus. Ici également, les contrats constitutifs de droits réels seront plus attractifs pour les opérateurs en termes de garanties pour le financement de projet.

Enfin, si le projet s'implante sur un **bâtiment** (exp PV toiture) et si un **montage constitutif de droit réel** est retenu, il devra être procédé préalablement à une division en volumes du bâtiment.

2.1.4 | Une procédure de sélection préalable doit-elle être mise en œuvre sur une emprise du domaine public ?

Oui. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, l'article L. 2122-1-1 du CG3P dispose que : « *lorsque le titre 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* ».

2.1.5 | Et sur une emprise du domaine privé ?

En principe **les textes n'imposent pas de procédure de mise en concurrence** pour la location d'une emprise foncière appartenant au domaine privé.

Toutefois, la **jurisprudence Européenne** (Arrêt CJUE 14 juillet 2016, Promoimpresa) qui ne fait pas la distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes **publiques pose le principe de sélection** préalable lorsque le titre permet à son titulaire d'exercer **une exploitation économique**.

De plus, le Gouvernement dans plusieurs **réponses ministérielles** (notamment réponse ministérielle n° 12868 du 9 janvier 2019) précise que la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans des conditions équivalentes à celles qui prévalent pour le domaine public, le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

Préconisation forte : il est plus sécurisé juridiquement d'engager une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence pour les contrats d'occupation du domaine privé (à calquer sur la procédure prévue pour le domaine public)

2.1.6 | En tant que collectivité actionnaire d'une SEM, suis-je tenue de réaliser une sélection préalable pour l'octroi d'un titre de mise à disposition d'une emprise foncière m'appartenant si je souhaite confier cette emprise à la SEM ?

Oui. Les sociétés d'économie mixte restent des sociétés commerciales ne remplissant pas les conditions de quasi-régie avec leurs collectivités actionnaires.

2.1.7 | En tant que collectivité propriétaire, je suis sollicitée par un opérateur énergéticien qui souhaite disposer d'une emprise foncière m'appartenant pour la mise en œuvre d'un projet EnR. Suis-je tenue d'opérer une sélection préalable ?

Oui. Dans le cas d'une demande ou d'une proposition émanant d'un candidat, ou d'une initiative privée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une **publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente** (Art. L2122-1-4 CG3P).

Pour s'assurer de l'absence de manifestation d'autres opérateurs, la collectivité pourra procéder à la publication d'un avis dans un support adéquat en fonction de l'objet et la nature de l'occupation, l'importance des investissements à réaliser (BOAMP, journal local, etc.).

2.1.8 | Quelles sont les exceptions au principe de mise en concurrence préalable ?

Comme évoqué, la collectivité devra, pour délivrer les autorisations d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique organiser 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.

Un **premier assouplissement** est prévu à ce principe en imposant une **simple obligation de publicité préalable** « permettant la manifestation d'un intérêt pertinent à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution ».

Un second **assouplissement dispense la délivrance de certains titres d'occupation de publicité ou de procédure de sélection** :

- par principe et sans justification nécessaire (article L.2122-1-2 du CG3P);
- lorsque l'organisation de la procédure de publicité et de mise en concurrence s'avère **impossible et non justifiée** (article L.2122-1-3 du CG3P). Dans cette hypothèse dérogatoire, l'autorité compétente doit rendre publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure de sélection des candidats.

Le tableau page suivante récapitule les situations envisagées par le CG3P et les modalités d'attribution associées :

Article L2122-1 CG3P	
• Si autorisation d'occupation comprise dans une opération plus importante ayant donné lieu à une procédure de sélection préalable	ABSENCE DE FORMALISME SANS JUSTIFICATION = DÉLIVRANCE DE TITRES À L'AMIABLE
• Si autorisation d'occupation comprise dans un contrat public ou montage ayant donné lieu à une procédure de sélection préalable	
• Urgence (1 an max)	
• Prolongation d'une autorisation sans dépasser la durée d'amortissements des investissements ou de dénouement de la relation contractuelle	
Article L2122-1-3 CG3P	
• Seule une personne en particulier peut occuper la dépendance	ABSENCE DE FORMALISME AVEC JUSTIFICATION = DÉLIVRANCE DE TITRES À L'AMIABLE
• Surveillance directe et contrôle étroit de l'autorité compétente sur l'occupant et ses activités	
• Après procédure de sélection ou publicité infructueuse ou sans réponse	
• Si les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée	
• Si des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient (ex : police, douane dans les ports et aéroports)	
Articles L2122-1 -1 al 2 et L2122-1-4 CG3P	
• Occupation ou utilisation de courte durée (jours, semaines, mois) <i>Ex : manifestations artistiques et culturelles, manifestations d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux</i>	PROCÉDURE DE PUBLICITÉ PRÉALABLE
• Nombre d'autorisations disponibles non limité	
• Manifestation d'intérêt spontanée d'un opérateur	
• Tous les autres cas	PROCÉDURE DE SÉLECTION DES CANDIDATS POTENTIELS

La réglementation d'urbanisme

2.2.1 | Quels sont les documents directement opposables aux projets EnR engagés sur le territoire ?

Pour rappel, le Code de l'urbanisme fixe les objectifs généraux assignés aux collectivités publiques en charge de l'urbanisme, à savoir : « La lutte contre le changement climatique et l'adaptation à ce changement, la réduction des émissions de gaz à effet de serre, l'économie des ressources fossiles, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables » (article L101-2-7° du code de l'urbanisme). Ces objectifs sont ensuite déclinés dans le **Schéma Régional d'Aménagement, de Développement Durable et d'Égalité Territoriale (SRADDET)**.

Les **documents d'urbanisme et de planification locaux (SCOT, PLU(i), PCAET, PLH, PDU, etc.)** déclinent ensuite les objectifs de développement des énergies renouvelables définis dans le SRADDET.

Suivant les pièces (des PLUi / PLU / SCOT) dans lesquelles sont inscrites les dispositions en matière de développement des énergies renouvelables (PADD, règlement, OAP, etc.) ces dernières s'imposeront de manière plus ou moins forte, dans un rapport de simple prise en compte, de compatibilité ou encore de conformité.

2.2.2 | Est-il possible d'adapter les documents d'urbanisme pour la mise en œuvre du projet EnR en vue de sa mise à disposition ?

Oui. Une adaptation des documents d'urbanisme est toujours possible notamment pour permettre la mise en œuvre d'un projet d'intérêt général. Cette adaptation peut être réalisée selon différentes procédures : simple mise à jour, modification, révision, mise en compatibilité avec une déclaration d'utilité publique ou une déclaration de projet.

Le choix de la procédure sera fait au regard de **l'importance des adaptations envisagées et/ou des pièces du document d'urbanisme (exemple PADD du PLU ou son règlement) à adapter.**

La procédure de sélection d'un opérateur pour la dévolution d'une emprise foncière

2.3.1 | Quelles méthodes de sélection ? Quel type de procédure ? Quelle organisation du dialogue entre les opérateurs ?

Définie librement par le gestionnaire du domaine, la procédure de sélection préalable doit présenter toutes les garanties d'impartialité et de transparence et comporter des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.

Ainsi, **aucun texte n'impose le formalisme de la procédure de sélection des candidats potentiels ni de la publicité requise**. Cette absence d'encadrement, peut être source de difficultés pratiques pour les collectivités publiques. Elle doit être comprise au regard des principes de libre accès et d'égalité de traitement des candidats.

Selon **l'objet et la nature de l'occupation, l'importance des investissements réalisés par l'occupant et les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre**, le gestionnaire du domaine pourra **adapter les modalités de la procédure de sélection** en fonction des caractéristiques propres du contrat d'occupation concerné.

Pour la meilleure valorisation foncière possible, la collectivité pourra lancer un **appel à projet**. Ce mécanisme permet la sélection de projets d'initiative privée préalablement à la conclusion d'un contrat de mise à disposition foncière (dont la nature dépendra de la domanialité publique ou privée du terrain) entre une personne publique et une personne privée.

Si la liberté d'organisation est le principe, la procédure de l'appel à projet concernant la conclusion d'un contrat de valorisation domaniale empruntera à la procédure d'attribution d'un contrat de mise à disposition du domaine public. Ainsi, la procédure devra garantir le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

2.3.2 | Quel est le contenu de la procédure de sélection préalable pour l'octroi d'un titre de mise à disposition ?

En l'absence de précision complémentaire à ce jour quant à un formalisme spécifique imposé par la réglementation, la procédure pourra notamment comprendre (*en reprenant l'exemple des appels à projets*) :

- un **avis d'appel public** informant les opérateurs, diffusé dans un support de publicité adéquat;
- un **cahier des charges** intégrant le règlement de consultation qui précise l'objet de l'appel à projets, le contrat conclu in fine, le calendrier prévisionnel, les critères de sélection des projets, le cas échéant, les temps d'échange avec les opérateurs ;
- le cahier des charges pourra également communiquer les **documents utiles aux opérateurs** pour formuler leur projet (plan de situation par exemple) ;
- surtout, le cahier des charges vient **fixer les éléments de réponse attendus** par les candidats pour analyser les projets proposés.

2.3.3 | Quels peuvent être les critères de sélection ?

Les critères de sélection pourront porter, de façon non exhaustive, sur :

- **Capacités techniques et financières du candidat** (Références du candidat, Références techniques des moyens humains, présentation des sous-traitants, etc.)
- Solidité du **modèle économique**, business plan
- **Présentation technique du projet** (connaissance du site, compréhension du projet, etc.);
- **Qualité environnementale et sociale** du projet ;
- **Proposition partenariale** (Place laissée aux citoyens financement participatif, Place laissée aux collectivités si société de projet envisagée...)

2.3.4 | Est-il possible de définir les caractéristiques techniques précises de l'installation EnR que le preneur à bail mettra en œuvre ?

Nous rappellerons utilement que les contrats de mise à disposition, qu'ils relèvent du droit public (BEA / AOT) ou du droit privé (bail emphytéotique / bail à construction...) **ne sont pas des contrats de la commande publique** (marchés ou concessions) car ne répondant pas à un besoin de la personne publique.

Dans le cas contraire, ils s'exposeraient à un risque de requalification et seraient donc soumis aux procédures de passation formalisées prescrites par le Code de la Commande publique.

Pour se prémunir de ce risque, la personne publique doit se **borner à autoriser l'occupant à occuper, réaliser les investissements et exploiter, en contrepartie du paiement d'une redevance d'occupation / loyer**, sans pouvoir définir le contenu des prestations de manière trop précise. Le contrat de mise à disposition ne peut avoir pour objet de répondre à un besoin de la collectivité en termes de travaux, fourniture ou services.

La collectivité **ne pourra donc pas définir les caractéristiques techniques précises de l'installation EnR** que le preneur à bail mettra en œuvre au risque de voir le contrat requalifié en contrat de la commande publique.

2.3.5 | Est-il possible d'intégrer dans le contrat de mise à disposition, que le preneur à bail réalisera des travaux d'amélioration de l'emprise foncière ?

Comme évoqué supra, la collectivité ne peut pas insérer, dans les contrats de mise à disposition, des clauses ayant pour objet de répondre à un de ses besoins en termes de travaux, fourniture ou services au risque de voir le contrat requalifié en contrat de la commande publique.

Toutefois, nous rappellerons que dans le cadre des **baux emphytéotiques** le preneur a une **obligation d'entretien de l'emprise**. Il n'a toutefois pas l'**obligation de réaliser des constructions**. Il peut en revanche, **de sa propre initiative**, faire des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds. En ce cas, les améliorations et restitutions reviennent en principe au bailleur sans indemnité. Le preneur ne peut pas procéder à leur destruction.

Dans le bail à construction, le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail.

2.3.6 | Est-il possible d'exiger des opérateurs qu'ils s'intègrent au projet du financement citoyen ?

Il est possible pour la collectivité d'intégrer des critères de sélection relatifs à la **participation citoyenne** :

- modalités de participation,
- part du capital accessible,
- rémunération du financement participatif,
- participation à la gouvernance
- etc.

2.4

La mise à disposition de l'emprise foncière

2.4.1 | Quel niveau de loyer dans les différents contrats de bail ?

• Sur le domaine public :

En principe, toute occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance. L'article L.2125-3 du CG3P précise que « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.* ».

En principe, le montant de la redevance comporte deux parts. Une part fixe qui correspond à la valeur d'usage de la dépendance domaniale, c'est-à-dire à la valeur locative d'une propriété privée comparable. Une part variable qui dépend des profits et avantages que le permissionnaire tire de l'occupation, c'est-à-dire de l'avantage spécifique que constitue le fait d'être autorisé à jouir de façon privative d'une partie du domaine public. La prise en compte des avantages tirés de l'occupation dans la définition du montant de la redevance est une obligation.

La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public par le bénéficiaire d'une autorisation est payable d'avance et annuellement.

• Sur le domaine privé :

- **Bail emphytéotique** : la validité du bail emphytéotique est, en principe, subordonnée au paiement d'un loyer modique qui est payé par le preneur de façon périodique, généralement par annuités.

Toutefois, **la liberté contractuelle joue pleinement** et ne remet pas nécessairement en cause la qualification du bail. Bien que la Cour de cassation prenne en compte le caractère modique du loyer pour caractériser l'existence d'un bail emphytéotique, aucune disposition relative aux baux emphytéotiques ne traite de la fixation du canon emphytéotique ni ne fait expressément de sa modicité une condition essentielle du contrat. Il peut également être envisagé de scinder le loyer entre une part fixe et une part variable déterminée en fonction des résultats de l'exploitation.

- **Bail à construction** : doit comporter des loyers substantiels.

Le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles.

S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail.

2.4.2 | À quel stade les loyers peuvent-ils être perçus par la collectivité propriétaire ?

Le principe repose sur un versement annuel des loyers mais il est envisageable de **prévoir contractuellement des modalités de versement** différentes dans le contrat. Ces modalités pourront être fixées lors des négociations du titre et notamment la possibilité de prévoir des avances de loyer. Toutefois, dans ces cas de figure, le titre devra prévoir les aménagements contractuels et les modalités de remboursement des avances en cas de résiliation du titre.

2.4.3 | La collectivité devient-elle propriétaire des installations en fin de contrat ?

- **Baux emphytéotiques (également BEA)** : À l'expiration du bail, la propriété des ouvrages avec les améliorations et constructions est transférée au bailleur automatiquement et sans indemnité. Celle-ci s'opère de plein droit **à moins qu'il ne soit convenu du contraire**.
- **Baux à construction** : Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. **À défaut d'une telle convention**, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations.
- **AOT constitutives de droits réels** : Aux termes des articles L. 2122-9 du CG3P et L. 1311-7 du Code général des collectivités territoriales, à l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, francs et quittes de tous les privilèges et hypothèques.

- **AOT simple** : les ouvrages ont vocation à devenir la propriété de la personne publique (théorie de l'accession)

2.4.4 | La collectivité peut-elle demander le démantèlement des installations ?

Pour les **baux emphytéotiques** et **bail à construction** : possibilité de prévoir le démantèlement dans la convention (évoqué supra).

Pour l'**AOT** constitutives de droits réels le principe, sauf stipulation contraire, est qu'à l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être **démolis**.

2.4.5 | La collectivité peut-elle résilier unilatéralement le contrat de mise à disposition qu'elle a conclu avec l'opérateur ?

- **BEA / AOT** : possibilité de résiliation **unilatérale**.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation (AOT droits réels et BEA) avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. (Périmètre plus large d'indemnisation)

- **AOT sans droit réel** (dites AOT simple) :

Le titulaire évincé peut prétendre « à une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement calculé dans les conditions fixées par le titre d'autorisation, au montant des dépenses exposées pour la réalisation des équipements et installations expressément autorisés, dans la mesure où ceux-ci subsistent à la date du retrait » (Art. R. 2125-5 CG3P)

- **Bail emphytéotique et bail à construction** : pas de résiliation unilatérale possible.

2.4.6 | La collectivité dispose-t-elle, dans le cadre du contrat de bail, d'un moyen de contrôle de la mise en œuvre du projet par l'opérateur ?

Non. La collectivité ne possède **pas de moyen de contrôle sur l'occupant** dans le cadre du **contrat de bail**. Cela peut être un sujet de préoccupation pour les collectivités notamment quand l'opérateur prend du retard dans le calendrier de mise en œuvre de l'installation.

Sur le **domaine public** : contrôle de la **compatibilité avec l'affectation et la conservation du domaine**.

2.5

La participation au sein d'une société de projet

2.5.1 | Une collectivité, propriétaire de l'emprise foncière mise à disposition, peut-elle, par ailleurs constituer avec l'opérateur qu'elle a retenu au terme de la procédure de sélection préalable, une société de projet, qui sera titulaire du titre de mise à disposition ?

Oui, la collectivité, dans le respect de ses compétences, est en mesure de constituer avec le titulaire du titre de mise à disposition une société de projet.

2.5.2 | Dans quel types de structures les collectivités peuvent-elles prendre des participations dans des sociétés poursuivant le développement de projets EnR ? ?

En principe, une collectivité ne peut pas prendre de participations dans une société commerciale, sauf **SEM** ou **SPL** ou **SCIC** ou **SEMOP**.

Autre dérogation propre aux EnR introduite par la loi TECV du 17 août 2015 : la **SA /SAS** de production d'EnR. Les communes, EPCI, départements et régions (*Articles L. 2253-1 alinéa 2 pour les communes, L. 3231-6 pour les départements et L. 4211-1-14° du CGCT pour les régions*) ont la possibilité de participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou, pour une commune, sur le territoire d'une commune limitrophe ou, pour un groupement, sur le territoire d'un groupement limitrophe.

Les communes et leurs groupements, les départements et les régions ont également la possibilité de prendre des participations dans des SA ou SAS **ayant pour seul objet de détenir des actions au capital de SA ou de SAS dont l'objet social est la production d'EnR** par des installations situées sur leur territoire (pour les communes et leurs groupements, les départements et les régions) ou sur un territoire limitrophe (pour les communes et leurs groupements ainsi que pour les départements).

2.5.3 | Il existe déjà une SEM sur le territoire qui a pour mission de faire émerger les projets EnR et qui souhaite intégrer la société de projet. La collectivité, par ailleurs actionnaire de la SEM, peut-elle prendre une participation dans cette filiale ?

Oui, au titre de sa compétence en matière de production d'énergie renouvelable la collectivité serait en mesure de le faire mais dans ce cas de figure, il faut toutefois s'interroger sur la pertinence opérationnelle d'une telle intervention, la collectivité étant déjà partie prenante à travers la SEM.

2.5.4 | Est-il pertinent de conclure un contrat de codéveloppement avec l'opérateur partenaire avant que la société de projet ne soit créée ?

La phase de développement, durant laquelle les études de faisabilité sont réalisées, est à risque car les porteurs de projet doivent engager des dépenses sans garanties que le projet va aboutir. Ainsi le contrat de co-développement trouve son intérêt à la fois pour :

- les collectivités en minimisant le risque financier du développement, en s'appuyant sur les **compétences techniques et économiques des opérateurs** et en maîtrisant le projet par une **participation aux décisions stratégiques**.
- les opérateurs en accélérant la sortie du projet par une **réduction des risques projet notamment de contestation** (accompagnement politique, meilleure acceptabilité locale), en développant ses références tout en ayant un positionnement préférentiel.

2.5.5 | L'opérateur énergéticien souhaite être indemnisé de frais engagés : prime de développement, coûts internes, coûts externes. Cela est-il possible ? Quels sont les frais qui peuvent être indemnisés ?

Oui, le contrat de co-développement pourra prévoir l'indemnisation des parties pour les coûts engagés lors de la phase de développement. L'opérateur énergéticien pourra facturer certains coûts à la société de projet, de façon non exhaustive :

- Frais externes de développement (*Etude de raccordement ; Etudes techniques ; Etudes et frais divers liés à la modification des documents d'urbanisme ; Montage du dossier de demande de permis de construire...*)
- Frais internes de développement
- Contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage

Point de vigilance : Les frais sollicités par l'opérateur peuvent être importants. Aussi, le montant de ces frais pourra être déterminé à l'euro ou de manière forfaitaire. Il est important que les frais de développement reflètent le véritable niveau de risque porté par l'opérateur lors de la phase de développement.

2.5.6 | À l'instar de l'opérateur, la collectivité peut-elle être indemnisée des frais qu'elle a engagés pour la mise en œuvre de la société ou du projet EnR ?

Oui. Comme évoqué supra, le contrat de co-développement pourra prévoir l'indemnisation des parties pour les coûts engagés lors de la phase de développement.

Point de vigilance : uniquement remboursement des seuls frais des actes accomplis par la collectivité actionnaire de la société dédiée en formation. La collectivité ne doit pas se comporter en prestataire de service ce qui pourrait être incompatible au regard du principe d'intervention des collectivités dans le domaine économique.



banquedesterritoires.fr

 | @BanqueDesTerr