

Energie – Environnement : éclairages sur le solaire

L'arrêté du 12 janvier 2010 fixant les nouveaux tarifs de rachat par EDF des énergies renouvelables, qui a fait l'objet de nombreux commentaires et réactions publics, est un texte d'un maniement un peu compliqué (d'aucuns diraient une « usine à gaz »), méritant selon nous d'être expliqué. Il nous donne par ailleurs l'occasion de faire un point sur certains développements récents en matière d'énergie solaire.

Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000

1. Les nouveaux tarifs d'achat

(a) Les nouveaux tarifs de base institués par l'arrêté sont de :

- **0,314** €/kWh en métropole continentale pour les installations d'une puissance crête inférieure ou égale à 250 kWc (au lieu de 0,32823 €/kWh en 2009) ;
- **0,40** €/kWh en Corse, dans les DOM, à Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte (au lieu de 0,43764 €/kWh en 2009).

Pour les installations d'une puissance crête supérieure à 250 kWc, le tarif est modulé par application d'un coefficient fixé département par département à l'annexe 3 de l'arrêté (soit un tarif de 0,314 à 0,377 €/kWh, les régions les moins ensoleillées du nord de la Loire étant privilégiées).

Ces tarifs ont essentiellement vocation à s'appliquer aux installations « au sol », c'est-à-dire non intégrées à une construction.

(b) Lorsque l'installation solaire est intégré à une construction, le tarif inclut également une prime d'intégration au bâti, à condition de respecter certains critères. A cet égard, le nouvel arrêté distingue deux catégories de primes (en créant un régime de prime d'intégration simplifiée), là où il y avait jusqu'à présent une prime

unique de 0.60176 €/kWh quel que soit le type de bâtiment et les régions concernés.

➤ Pour les installations bénéficiant de la prime « ordinaire » d'intégration au bâti, le tarif est fixé (en métropole continentale comme dans les autres collectivités) à :

- **0,58 €/kWh** lorsqu'elles sont intégrées à des bâtiments à usage principal d'habitation, d'enseignement ou de santé ;
- **0,50 €/kWh** lorsqu'elles sont intégrées à d'autres bâtiments (agricoles, industriels, commerciaux, etc.).

Sur les conditions d'éligibilité et pour être brefs, ce tarif majoré de la prime « normale » concerne tous les bâtiments d'habitation et, pour les autres types de bâtiments (y compris d'enseignement ou de santé), seulement ceux construits depuis plus de deux ans. L'installation doit être fixée dans la toiture (dans le plan de celle-ci) et remplir un certain nombre de critères techniques et fonctionnels pour l'essentiel nouveaux (notamment assurer le clos et la couverture d'un bâtiment fermé sur les quatre côtés ainsi que la fonction d'étanchéité propre à un toit).

Nous sommes à votre disposition pour exposer plus en détails les critères concernés ainsi que l'exception permettant, jusqu'au 1^{er} janvier 2011, de faire bénéficier de la prime ordinaire des systèmes photovoltaïques rigides simplement parallèles au plan de la toiture.

➤ Pour les installations bénéficiant de la prime d'intégration simplifiée, le tarif est fixé (là aussi toutes régions confondues) à **0,42 €/kWh**.


Cette prime concerne essentiellement les bâtiments autres que d'habitation construits depuis moins de deux ans ou à construire (bâtiments industriels, agricoles, commerciaux, etc.). Elle est réservée, jusqu'en janvier 2011, aux installations d'une puissance crête supérieure à 3 kWc remplissant certains critères (mais pas celui d'être fermé sur les quatre côtés, ce qui devrait donc permettre à des hangars d'en bénéficier).

NB : En 2010 (sous réserve des projets en cours censés bénéficier des tarifs 2009 et du débat actuel sur les conditions de rétroactivité de l'arrêté), les nouveaux bâtiments ou bâtiments de moins de deux ans (sauf d'habitation) qui n'ont pas au moins cette puissance crête de 3 kWc ne bénéficieront donc d'aucune prime d'intégration et se verront appliqués le tarif de base. A compter du 1^{er} janvier 2011, les installations d'une telle puissance intégrées à ces bâtiments pourront bénéficier de la prime d'intégration simplifiée, en fonction là encore de certains critères¹.

(c) Les tarifs (qui devront être indexés dans le contrat par application du coefficient prévu à l'article 8 de l'arrêté) seront dégressifs à compter du 1^{er} janvier 2012. En effet, l'arrêté prévoit que, pour les demandes complètes de raccordement déposées après le 31 décembre 2011, les tarifs seront indexés au 1^{er} janvier 2012, puis au 1^{er} janvier de chaque année suivante par application d'un coefficient dégressif de 10 %. En clair, les contrats signés avant le 1^{er} janvier 2012 continueront de bénéficier du tarif prévu pendant toute leur durée (20 ans) ; en revanche, les contrats signés en 2012 puis en 2013, etc. devront à chaque fois se contenter d'un tarif réduit de 10 %.

(d) A noter également que l'énergie annuelle susceptible d'être achetée (calculée à partir de la date anniversaire de prise d'effet du contrat) est plafonnée pour l'ensemble des systèmes photovoltaïques (à l'exclusion donc des installations solaires thermodynamiques). Le plafond est défini comme le produit de la puissance crête installée (soit la puissance du système photovoltaïque dans des conditions d'ensoleillement optimales) par une durée de 1.500 heures si l'installation est située en

¹ Dans cet arrêté si difficile à lire et à comprendre, il y a d'ailleurs encore là un problème potentiel d'interprétation : le point 5 de l'annexe 2 consacré à l'éligibilité à la prime simplifiée à compter du 1^{er} janvier 2011 semble renvoyer, pour les conditions à la totalité du paragraphe 1.1 de cette annexe (et à la seule première phrase du paragraphe 1.2), ce qui n'aurait aucun sens. Il aurait fallu, pour être clair, renvoyer aux « conditions des paragraphes 1,1, première phrase et 1.2, première phrase ». Il faudra évidemment privilégier l'interprétation utile et qui ne vide pas de sens la disposition.



métropole continentale ou de 1.800 heures dans les autres cas. C'était déjà le cas auparavant et l'arrêté n'introduit pas de changement de ce point de vue. Cependant, il rehausse le plafond pour les installations pivotantes sur un ou deux axes permettant le suivi de la course du soleil en fixant une durée de 2.200 heures pour celles situées en métropole continentale et une durée de 2.600 heures dans les autres cas.

Au-delà des plafonds, l'énergie achetée est rémunérée à 0,05 €/kWh.

2. Entrée en vigueur des nouveaux tarifs

En raison du grand nombre de dossiers déposés en novembre et décembre 2009, nous comprenons que le ministère, lorsqu'il est contacté, a tendance à opposer qu'il ne prendra en compte, pour l'application de l'ancien tarif, que les demandes de raccordement comprenant notamment, au 11 janvier, l'acceptation par le demandeur de la proposition technique et tarifaire de raccordement.

A ce sujet, l'arrêté prévoit (article 6) que le producteur qui a déposé une demande complète de contrat sur la base de l'ancien arrêté du 10 juillet 2006 mais dont la mise en service n'est pas intervenue avant le 14 janvier 2010 peut déposer une nouvelle demande de contrat d'achat sur la base du présent arrêté. L'arrêté précise que cette dernière demande annulera et remplacera la précédente demande et que le tarif applicable sera alors celui résultant de l'arrêté. Cette « possibilité », qui permet aux producteurs concernés de disposer d'une alternative, doit être analysée au regard de la définition existante d'une « demande complète ». Tel n'est pas, apparemment, l'intention actuelle des pouvoirs publics (même si le texte de l'arrêté doit évidemment primer), si ceux-ci prétendent modifier substantiellement les critères selon lesquels une demande peut être considérée ou non complète à la date du 11 janvier.

Ces questions, liées à la rétroactivité de l'arrêté et aux critères selon lesquels on déterminera le caractère complet ou non de la demande de raccordement, risquent d'être source de contentieux. Elles impliqueront notamment une lecture combinée des dispositions, potentiellement

conflictuelles, du nouvel arrêté (articles 2 et 3) et de l'ancien arrêté de 2006.

3. Durée du contrat

Le contrat d'achat devra être conclu pour une durée de 20 ans à compter de la mise en service de l'installation. Cette mise en service devra cependant avoir lieu dans un délai de 24 mois à compter de la date de demande complète de raccordement au réseau public par le producteur. En cas de dépassement de ce délai, la durée du contrat sera réduite d'autant.

En définitive, il faut bien admettre que le nouvel arrêté est d'une complexité qui mérite les critiques dont il est l'objet. Certaines de ses dispositions risquent d'être source de contentieux et, malgré sa volonté de fixer les détails jusqu'à l'excès, des incertitudes se font même jour sur l'éligibilité de certains équipements aux dispositifs qu'il instaure. L'on parle d'ailleurs déjà, dans certains cercles, de l'intervention possible d'un nouvel arrêté modificatif.

Grenelle II de l'environnement

Le projet de loi portant engagement national pour l'environnement (dit Grenelle II) prévoit l'insertion dans le code de l'urbanisme d'une disposition destinée à empêcher les communes, saisies d'une demande de permis de construire ou d'aménager ou d'une déclaration préalable, de s'opposer à l'installation de systèmes solaires thermiques, photovoltaïques ou de tout autre dispositif domestique de production d'énergie renouvelable. Cependant, le maire disposera de la faculté d'assortir sa décision de prescriptions spéciales destinées à assurer la bonne intégration architecturale du projet.

Ce projet prévoit cependant plusieurs exceptions, en précisant que cette disposition ne sera pas applicable dans plusieurs zones ou sur certains immeubles : les secteurs sauvegardés, les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, les périmètres de protection d'un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques, les sites inscrits ou classés en application des articles L.341-1

et 2 du code de l'environnement, les cœurs d'un parc national, les immeubles classés ou inscrits au titre des monuments historiques ou adossés à un immeuble classé et les immeubles protégés en application de l'article L.123-1-5 7° du code de l'urbanisme.

Le projet de loi prévoit en outre une seconde exception qui, surtout, risque de priver cette disposition d'efficacité. Celle-ci ne serait en effet pas applicable « dans des périmètres délimités, après avis de l'architecte des Bâtiments de France, par délibération du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme, motivée par la protection du patrimoine bâti ou non bâti, des paysages ou des perspectives monumentales et urbaines ».

Or, ce périmètre n'est pas défini et les conditions de sa détermination ne sont pas véritablement encadrées. Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière d'urbanisme risquent donc de disposer d'une grande marge de manœuvre quant à la fixation de ce périmètre.

En effet, le fait d'imposer aux communes ou EPCI compétents de recueillir l'avis de l'ABF et de motiver la délimitation du périmètre en question par « la protection du patrimoine bâti ou non bâti » ne constitue pas, à première vue, une véritable contrainte pour les collectivités voulant s'opposer à des projets d'installation de systèmes d'énergie renouvelable dès lors que :

- l'avis de l'ABF à recueillir ne les liera pas et,
- la motivation devant justifier l'établissement de ce périmètre est imprécise.

Projet de texte :

« Art. L. 111-6-2. – Nonobstant toute disposition d'urbanisme contraire, le permis de construire ou d'aménager ou la décision prise sur une déclaration préalable ne peut s'opposer à l'installation de systèmes solaires thermiques ou photovoltaïques ou de tout autre dispositif domestique de production d'énergie renouvelable, à l'utilisation en façade du bois ou de tout autre matériau renouvelable permettant d'éviter des

émissions de gaz à effet de serre ni à la pose de toitures végétalisées ou retenant les eaux pluviales. Les dispositions du présent alinéa ne font pas obstacle à ce que le permis de construire ou d'aménager ou la décision prise sur une déclaration préalable comporte des prescriptions destinées à assurer la bonne intégration architecturale du projet dans le bâti existant et dans le milieu environnant.

Les dispositions du premier alinéa ne sont pas applicables dans un secteur sauvegardé, dans une zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager créée en application de l'article L. 642-1 du code du patrimoine, dans le périmètre de protection d'un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques défini par l'article L. 621-30-1 du même code, dans un site inscrit ou classé en application des articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de l'environnement, à l'intérieur du cœur d'un parc national délimité en application de l'article L. 331-2 du même code, ni aux travaux portant sur un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques ou adossé à un immeuble classé, ou sur un immeuble protégé en application du 7° de l'article L. 123-1-5 du présent code.

Elles ne sont pas non plus applicables dans des périmètres délimités, après avis de l'architecte des Bâtiments de France, par délibération du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme, motivée par la protection du patrimoine bâti ou non bâti, des paysages ou des perspectives monumentales et urbaines. L'avis de l'architecte des Bâtiments de France est réputé favorable s'il n'est pas rendu par écrit dans un délai de deux mois après la transmission du projet de périmètre par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme. Le projet de délibération est mis à la disposition du public en vue de recueillir ses observations pendant une durée d'un mois avant la réunion du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public.

À compter de la publication de la loi n° du portant engagement national pour l'environnement, toute règle nouvelle qui, à l'intérieur d'un des périmètres visés aux deux alinéas précédents, interdirait ou limiterait l'installation des dispositifs énumérés au premier alinéa fait l'objet d'une justification particulière.

Les dispositions figurant au premier alinéa sont applicables six mois après la publication de la loi n° du portant engagement national pour l'environnement. »

Quelques décisions récentes en matière de baux emphytéotiques

Le bail emphytéotique est très souvent le contrat retenu pour le montage de projets photovoltaïques à raison des droits réels immobiliers qu'il confère au preneur sur les constructions et améliorations que celui apporte au fond loué, garantie généralement requise par les banques finançant le projet.

La jurisprudence rendue en la matière est suffisamment rare pour ne pas la commenter lorsqu'une décision est rendue.

Dans une décision du 7 octobre 2009 (Juris-Data n° 2009-049790), la cour de cassation a ainsi estimé que l'hypothèque inscrite sur un bail emphytéotique disparaît à l'expiration du bail, tout en précisant que le renouvellement du bail ne permet pas de maintenir la sûreté dans la mesure où le bail renouvelé est un bail distinct du bail initial. Cette solution, qui illustre la règle selon laquelle les sûretés sont des droits réels accessoires dépendant de l'obligation principale, rappelle la nécessité de bien délimiter les sûretés quant à leur assiette et leur échéance.

Dans une autre décision du 29 avril 2009 (Juris-Data n° 2009-047969), la cour de cassation a par ailleurs rappelé le principe selon lequel le preneur doit, dans le cadre d'un bail emphytéotique, pouvoir jouir d'une libre cession de ses droits. Par conséquent, la clause d'un bail limitant la possibilité pour le preneur de céder ses droits par la nécessité d'un accord du bailleur constitue un obstacle à ce que le contrat puisse être qualifié de bail emphytéotique. Cette solution est classique. On sait qu'en application d'une jurisprudence constante, certaines clauses présentent le risque d'entraîner une requalification du bail et donc une perte des droits réels qui s'y attachent. Tel est par exemple le cas des clauses de résiliation unilatérales ou celles limitant l'usage des lieux loués (cass.civ.3^{ème}, 15 mai 1991, bull.civ.1991.III, n° 140 ; cass.civ.3^{ème}, 13 mai 1998, bull.civ.1998, III. n° 101).

Cette décision doit donc inciter les rédacteurs des baux à la vigilance afin que les clauses soient parfaitement compatibles avec le caractère emphytéotique du bail.

Décret n° 2009-1414 du 19 novembre 2009 relatif aux procédures administratives applicables à certains ouvrages de production d'électricité

Nous signalons simplement la parution de ce texte, venu simplifier les règles concernant la procédure d'implantation des centrales solaires au sol, et sommes à votre disposition pour davantage de détails à ce sujet.



N'hésitez pas à consulter notre site et à nous contacter :

Jérôme Michel

jmichel@franklin-paris.com

Jean-Pierre Delvigne

jpdelvigne@franklin-paris.com



Cette brève juridique ne doit pas être conçue ou interprétée comme un conseil ou une consultation juridique et est destinée uniquement à des fins d'information générale.