



HAL
open science

L'implantation (des unités de production électrique) sur les propriétés privées

Hélène Claret, Jean-François Dreuille

► **To cite this version:**

Hélène Claret, Jean-François Dreuille. L'implantation (des unités de production électrique) sur les propriétés privées. L'énergie solaire Aspects juridiques sous la direction de David Bailleul , 2010. hal-01664083

HAL Id: hal-01664083

<https://hal.science/hal-01664083>

Submitted on 14 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'énergie solaire

Aspects juridiques

sous la direction de David Bailleul

Frédéric CAILLE

Grégoire CALLEY

Hélène CLARET

Laurence CLERC-RENAUD

Jean-François DREUILLE

Alexandre GUIGUE

Jean-François JOYE

Johann LEBOURG

Sébastien MARCIALI

Geneviève PIGNARRE

Louis-Frédéric PIGNARRE

Sandrine PINA

Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTEXTE JURIDIQUE DU DÉVELOPPEMENT DE L'ÉNERGIE SOLAIRE

TITRE 1

LES INCITATIONS AU DÉVELOPPEMENT DE L'ÉNERGIE SOLAIRE

Chapitre 1

La promotion de l'énergie solaire au plan européen et international

Chapitre 2

La promotion de l'énergie solaire au plan national

TITRE 2

LES QUESTIONS LIÉES AU DÉVELOPPEMENT DE L'ÉNERGIE SOLAIRE

Chapitre 1

L'énergie solaire en tant que bien

Chapitre 2

L'énergie solaire dans l'espace urbain

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ÉNERGIE SOLAIRE PHOTOVOLTAÏQUE

TITRE 1

L'IMPLANTATION DES UNITÉS DE PRODUCTION ÉLECTRIQUE

Chapitre 1

L'implantation sur les propriétés privées

Chapitre 2

L'implantation sur les propriétés publiques

TITRE 2

L'EXPLOITATION DES UNITÉS DE PRODUCTION ÉLECTRIQUE

Chapitre 1

La commercialisation de l'électricité produite par l'installation

Chapitre 2

La responsabilité liée à l'exploitation de l'installation

CONCLUSION

CHAPITRE 1

L'IMPLANTATION SUR LES PROPRIÉTÉS PRIVÉES*

Présentation générale - Alors que certaines sources d'énergie renouvelable sont à leur exploitation maximale (énergie hydroélectrique) et que d'autres ont fait l'objet d'une remise en cause récente, en particulier les éoliennes, critiquées en raison de leur impact sur les paysages et les désagréments aux riverains qu'elles occasionnent dans les parages où elles sont implantées¹, l'énergie solaire destinée à produire l'électricité, soit pour une consommation domestique, soit aux fins de la vendre semble désormais avoir la faveur des pouvoirs publics. Plus précisément, et au-delà du vœu émis d'une ferme solaire par région², tirant les conséquences de l'échec de la filière en Espagne qui avait favorisé des fermes solaires géantes avec les risques de développement d'une spéculation foncière³, ceux-ci privilégient une production décentralisée et incitent dès lors à l'implantation d'installations solaires en toiture. À la différence de l'Allemagne notamment, ils ont fait le choix de favoriser les dispositifs intégrés au bâti.

Ces orientations ne sont pas sans conséquence puisqu'elles s'accompagnent d'une incitation pour les personnes privées à implanter sur leur propriété des installations photovoltaïques. Il s'agit dès lors de s'interroger sur les règles - contractuelles - de droit privé applicables à cette implantation (*Section 1*) mais aussi aux sûretés dont peuvent être grevées ces installations, notamment pour en assurer le financement (*Section 2*).

Section 1 - Les contrats relatifs à l'implantation des installations

Absence de dispositions spécifiques - Si, dans le cadre du Grenelle de l'environnement, des vœux pour la création d'outils juridiques spécifiques ont pu être émis⁴, ils n'ont pour l'heure reçu de concrétisation que de manière en

* Hélène CLARET, maître de conférences à l'Université de Savoie (*Section 1*), Jean-François DREUILLE, maître de conférences à l'Université de Savoie (*Section 2*).

1 Cf. Rapport d'information AN n°1846 (ci-après Rapport Poignant), 86.

2 Cf. présentation du plan pour le développement des énergies renouvelables: Dr. rur. 2008, alerte 162.

3 Cf. Rapport Poignant, 88.

4 Cf. Rapport d'étape n°2 du Comité stratégique du Plan Bâtiment Grenelle – Groupe de travail tertiaire privé» du 29 juillet 2009, 51-52 et E. Ravanis, «Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques», JCP N 2009, 1275.

définitive assez marginale. La pratique a été à l'origine d'un « bail vert », en matière commerciale ; la loi « Grenelle 2 »⁵ a relayé cette initiative, en prévoyant la fourniture d'une annexe environnementale pour tous les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} janvier 2012 et portant sur des locaux de plus de 2000 m², à usage de bureaux ou de commerce ; des obligations portant sur la diminution de la consommation énergétique peuvent de plus être introduites par les parties dans cette annexe environnementale. À cela s'ajoutent des obligations d'information mutuelle à la charge des parties en ce qui concerne les consommations énergétiques des locaux. Ce dispositif n'a toutefois guère d'intérêt au regard de la problématique ici envisagée puisqu'il correspond plutôt à la création d'obligations en rapport avec la protection de l'environnement, à la charge du bailleur et du locataire d'un local à usage professionnel : économies d'énergie, recyclage des déchets *etc.* Le « verdissement du bail commercial »⁶ correspond donc à une coloration environnementale que l'on pourrait d'ailleurs songer à étendre au bail d'habitation et surtout au bail rural. Mais il ne passe pas nécessairement par l'implantation de centrales solaires sur les locaux commerciaux et ne constitue donc pas l'instrument juridique pour l'implantation d'installations de production d'énergie renouvelable qui avait pu être évoqué. La loi Grenelle 2⁷ crée par ailleurs des obligations au regard de la performance énergétique des bâtiments neufs ou existants (diagnostics, obligations de travaux) mais là encore, ces dispositions ne concernent pas les contrats relatifs à l'implantation des installations de production d'énergie renouvelable⁸.

On peut au demeurant se demander si de telles règles sont nécessaires et possibles. Il existe trop de cas de figure, pour qu'une seule catégorie soit de nature à les englober tous ; de surcroît, compte tenu de la propension du législateur à appréhender les problèmes de manière fragmentée⁹, on peut penser qu'un tel instrument juridique soit viendrait se superposer, soit entrerait en conflit avec les instruments existants. Et en définitive, les règles existantes apparaissent suffisantes pour appréhender la question de l'implantation des panneaux solaires. À cet égard, deux cas de figure sont à distinguer, suivant que le propriétaire de l'immeuble en est également l'occupant (§ 1), ou que cet immeuble est loué (§ 2).

5 Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 8, introduisant un art. L. 215-9 dans le Code de l'environnement.

6 Pour reprendre la formule utilisée par le Plan Bâtiment Grenelle – Groupe de travail tertiaire privé, Chantier Parc immobilier tertiaire existant, 27 octobre 2009, 7.

7 Art. 1^{er} à 7.

8 Ces contraintes relatives à performance énergétique des bâtiments sont essentiellement d'origine communautaire (*supra* Partie 1, Titre 1, Chap. 1, Sect. 1, § 1, A).

9 Pour un exemple avec la loi Grenelle 2, *cf. infra* Section 1, §1, A, 1, a.

§ 1 - L'implantation sur un immeuble non loué

L'implantation solaire peut avoir lieu sur un bâtiment, neuf ou existant¹⁰, ou au sol. La première solution tend à s'imposer sur le territoire français pour des raisons de place mais aussi pour limiter les risques de spéculation foncière. C'est donc cette hypothèse qui sera principalement évoquée. Deux cas de figure sont susceptibles de se présenter : soit le propriétaire implante sur l'immeuble, une installation solaire, pour son propre compte, aux fins d'en tirer un profit ; il est alors propriétaire exploitant ; soit il permet à un tiers d'y installer des panneaux solaires, en vue de les exploiter ; ce dernier est un tiers exploitant.

A) Le propriétaire exploitant

Diversité des installations - Les panneaux solaires peuvent être de différente nature, suivant l'usage que le propriétaire entend en faire : thermodynamiques, lorsqu'il installe les panneaux pour son usage (électricité, chauffage) ou bien photovoltaïques, lorsque le propriétaire entend ensuite contracter avec EDF pour revendre l'électricité ainsi produite, en totalité ou en partie. Installés sur le toit d'un bâtiment, ces panneaux solaires, particulièrement lorsqu'ils sont photovoltaïques, peuvent être intégrés au bâti, c'est-à-dire assurer en même temps la couverture du bâtiment (ce sera évidemment le cas des tuiles photovoltaïques), ou ne pas l'être. L'intégration au bâti est la formule la plus courante s'agissant des panneaux solaires photovoltaïques, compte tenu du prix plus avantageux auquel EDF rachète l'électricité produite¹¹. Ces différents cas de figure sont susceptibles d'avoir une incidence sur le régime juridique des panneaux solaires. Ces derniers quels qu'ils soient, peuvent être implantés *ab initio*, dès la construction du bâtiment qui les accueille, ou *a posteriori*.

Cas des propriétés collectives - Dans l'hypothèse d'une centrale solaire implantée sur un immeuble en copropriété ou au sol et destinée à alimenter une copropriété horizontale, cette installation figurerait au titre des parties communes. Il pourra en aller de même s'agissant d'une centrale alimentant un lotissement et installée sur une parcelle de terrain¹², considérée comme un équipement commun susceptible en tant que tel d'être géré par une association syndicale.

1) Installation *ab initio*

Présentation de la question - Dans cette hypothèse, les panneaux solaires, thermodynamiques ou photovoltaïques sont implantés dès la construction du

10 Dans ce cas, pour des raisons de rendement, est privilégiée l'implantation en toiture ; c'est cette hypothèse qui sera essentiellement envisagée.

11 *Supra* Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A, 1.

12 En ce sens, E. Ravanans, « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », préc., n°29. Cependant, le cas de figure le plus répandu paraît devoir être l'implantation des panneaux sur chacune des maisons (v. Rép. min. n°06108 : JO Sénat Q 19 mars 2009, 714 ; Dr. rur. 2009, Alerte 44).

bâtiment. L'accent mis par les pouvoirs publics sur la construction de « bâtiments à énergie positive »¹³ (BEPOS)¹⁴ devrait conduire au développement des immeubles neufs dotés d'installations destinées à la production d'énergie, parmi lesquelles, des panneaux solaires¹⁵. Différents dispositifs, issus de décrets d'application de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005¹⁶, permettent d'encourager un tel objectif, en fonction des communes : au travers du PLU¹⁷, par des incitations fiscales (possibilité de réduction de la taxe d'habitation), des possibilités de dépassement de COS¹⁸, etc. La loi Grenelle 2 va dans le même sens. La politique est donc clairement orientée dans le sens de constructions intégrant leur source d'approvisionnement en énergie, ce qui devrait amener au développement de ce type d'hypothèses.

Toutefois, ces dernières n'appellent pas un traitement juridique particulier. Les immeubles peuvent être des immeubles à usage d'habitation ou mixte, ou à usage professionnel. Mais de manière générale, les panneaux solaires installés dans le cadre de la construction d'un immeuble neuf, seront considérés au même titre que les autres prestations fournies par le constructeur ou le promoteur, en tant qu'éléments techniques du bâtiment. Ils devront notamment être mentionnés dans les différents documents fournis à l'acquéreur ; et s'appliqueront les règles relatives à la responsabilité des constructeurs des articles 1792 et s. du code civil¹⁹, dans les mêmes conditions que pour n'importe quel autre élément du bâtiment.

Toute autre est la situation où les panneaux solaires sont implantés *a posteriori* par le propriétaire de l'immeuble qu'il soit un particulier ou un professionnel.

13 « Un bâtiment ou un site est à énergie positive s'il consomme peu d'énergie et si on produit sur le site grâce aux énergies renouvelables davantage d'énergie que l'on en consomme (tous usages confondus) à l'échelle de l'année » (J.-C. Visier, « Vous avez dit Bâtiment à énergie positive? », CSTB, 19).

14 La loi Grenelle 2 prévoit ainsi des obligations de diagnostic et de travaux sur les bâtiments existants, ainsi que la construction de bâtiments de cette nature à l'horizon 2020.

15 Ces orientations s'inscrivent dans le cadre des orientations définies au plan communautaire (*supra* Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, § 2).

16 Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique. L'objectif étant de parvenir en 2010 à une part de 10% pour les énergies renouvelables (toutes sources confondues) dans la consommation primaire d'énergie.

17 Cf. C. urb. L. 123-1, 14°.

18 C. urb., art. L. 128-1 et CCH, art. R. 111-21. Cf. C. Le Marchand, G. Godfrin, « Le COS au secours de la planète! », Constr. urb. 2007, Repère, 9. Cette même loi, complétée par un décret d'application, a par ailleurs prévu la prise en compte de la performance énergétique des bâtiments, notamment par la réalisation d'une étude de faisabilité évaluant (entre autres) les solutions d'approvisionnement faisant appel aux énergies renouvelables, pour les bâtiments nouveaux (CCH, art. L. 111-9 et R. 111-22). Sur ce point, P. Billet, « Le nouveau régime des autorisations d'urbanisme et la protection de l'environnement », Constr.-urb. 2007, Étude 22, n°6. Et *supra* Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, § 2, A, 3.

19 Qui s'appliquent de la même manière qu'il y ait vente d'immeuble à construire, construction de maison individuelle ou promotion immobilière, dans un « laminage des qualifications du droit de la construction » (J. Huet, *Contrats spéciaux*, LGDJ, 2e éd., 2001, n°32411).

2) *Installation a posteriori*

Avant d'envisager plus avant les règles susceptibles de s'appliquer aux contrats portant sur l'implantation d'une installation solaire - ce qui renvoie à la qualification dudit contrat -, il paraît nécessaire d'envisager les questions liées à la qualité de l'exploitant, plus particulièrement l'application éventuelle des règles protectrices du consommateur ainsi que les questions particulières posées dans le cas où l'exploitant a une activité agricole.

a) *Qualité de l'exploitant*

La qualité de l'exploitant va susciter deux séries de questions; d'abord de manière générale, celle de savoir si les règles protectrices du droit de la consommation sont susceptibles de l'appliquer; ensuite, certaines difficultés peuvent surgir s'agissant de l'exploitant, par ailleurs exploitant agricole.

Application des règles protectrices du consommateur - La personne qui passe un contrat portant sur l'implantation sur sa propriété d'une installation d'énergie solaire, doit-elle être considérée comme un consommateur? La question se pose spécialement au regard de l'application des règles relatives au démarchage à domicile et aux clauses abusives. Il faut distinguer suivant que le propriétaire est un particulier ou un professionnel.

Dans le premier cas, la réponse ne fait pas de doute lorsque l'installation solaire a pour objet la production d'électricité ou d'eau chaude à des fins domestiques; le contrat portant sur la fourniture d'un chauffe-eau solaire notamment, relèvera des dispositions du code de la consommation et ce, même si l'installation, composée de meubles à l'origine, devient immeuble par le fait qu'elle est incorporée à un immeuble. La Cour de cassation a par exemple fait application des dispositions relatives au démarchage à domicile à des contrats relatifs à la fourniture et la pose d'une véranda²⁰.

Le doute est en revanche *a priori* permis lorsque l'installation a pour finalité la revente d'électricité. En effet, dans ce cas, le particulier a en vue un investissement et ce but est une cause du contrat qu'il passe avec le fournisseur de l'installation. Le particulier ne contracte pas «pour un usage personnel ou familial»²¹. Il convient toutefois d'observer que la définition du consommateur et des fins qu'il poursuit peuvent aussi être exprimées - et le sont d'ailleurs dans les textes communautaires²² en particulier - de manière négative : la personne qui contracte à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Or tel est bien le cas ici : le particulier n'agit pas en tant que professionnel de la revente d'électricité; il se situe dans un cadre non professionnel²³. Où l'on

20 Cass. crim. 19 janvier 1994, Bull. crim. n°28; D. 1994, IR, 77.

21 J. Calais-Auloy, F. Steimetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7e éd. 2006, n°10.

22 C'est le cas de l'ensemble des directives et des règlements communautaires Bruxelles I et Rome I.

23 V. à propos d'un découvert utilisé pour des opérations de bourse et malgré tout soumis aux dispositions pertinentes du Code de la consommation, l'utilisation des fonds n'étant pas prise en

voit d'ailleurs l'absence d'équivalence entre usage non-professionnel et usage personnel ou familial, que l'on remarque aussi à d'autres égards²⁴.

L'incertitude existe également du côté du professionnel qui souscrit un contrat de fourniture d'une installation d'énergie solaire, tel un agriculteur équipant le toit d'une grange de panneaux solaires photovoltaïques. Pour l'application des règles relatives au démarchage à domicile et aux clauses abusives, la Cour de cassation a étendu le bénéfice du régime protecteur aux professionnels souscrivant des contrats sans rapport direct avec leur activité professionnelle. Cette notion de lien direct relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, selon la première chambre civile de la Cour de cassation tout au moins²⁵, la jurisprudence présente une certaine hétérogénéité²⁶. Si l'on admet que présentent un lien direct avec l'activité spécifique du professionnel, les contrats destinés à permettre, développer ou protéger celle-ci²⁷, la conclusion d'un contrat portant sur une installation solaire produisant de l'énergie destinée à la revente en serait exclue, le contrat rentrant donc dans le champ du droit de la consommation; à l'inverse l'installation de panneaux solaires dans le but de produire l'énergie destinée au chauffage de l'immeuble professionnel serait en lien direct avec l'activité²⁸. Toutefois l'on pourrait considérer que le contrat a pour finalité l'ajout d'une activité nouvelle à l'activité principale, spécifique, du professionnel. La question de l'objet de l'activité présente un relief particulier lorsqu'elle est exercée par certaines personnes morales.

Difficultés posées par les règles du droit rural - Loi Grenelle 2 - L'activité d'exploitant d'une centrale solaire présente un caractère commercial; dès lors dans le cas où l'exploitant est une personne morale, il ne peut s'agir que d'une société commerciale et non d'une société civile, ce que sont les différentes personnes morales exploitant agricole²⁹. Par ailleurs, aux termes des textes régissant ces différents groupements³⁰, ceux-ci doivent exercer une activité

compte dans la qualification de crédit à la consommation : Cass. 1re civ. 3 mai 2007, n°04-17.035, Contrats, conc., consom. 2007, comm. 189.

24 P. ex. aussi, à propos du particulier qui vend un bien (sa voiture) à un professionnel (Cf. J. Calais-Auloy, F. Steimetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7e éd. 2006, n°15).

25 La chambre commerciale paraissant continuer à contrôler l'appréciation faite par les juges du fond de l'existence d'un rapport direct.

26 Sur ces incertitudes dans la jurisprudence relative aux clauses abusives, X. Henry, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », D. 2003, 2557.

27 Cf. cette catégorisation opérée par certains auteurs tentant de mettre de l'ordre dans la jurisprudence not. X. Henry, *op. cit.*, *passim*; G. Paisant, « A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du rapport direct », JCP 2003, I, 121, n°15.

28 Cf. CA Toulouse 19 juin 2003, Contrats, conc., consom. 2003, comm. 171, obs. G. Raymond (s'agissant de l'installation d'un climatiseur dans un salon de coiffure).

29 La question a pu également se poser à propos des offices publics de HLM, établissements publics locaux à caractère industriel et commercial (CCH, art. L. 421-1).

30 C. rur., art. L. 323-2 (GAEC); art. L. 324-2 (EARL). Pour le GFA, l'affirmation est indirecte puisque son objet est la création ou la conservation d'exploitations agricoles (C. rur. art.

agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural³¹. Or il n'est pas certain que l'activité de production d'énergie renouvelable, photovoltaïque ou autre d'ailleurs puisse être considérée comme telle. Cette disposition répute en effet agricoles « les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal »; s'y ajoutent des activités qui se rattachent à l'activité agricole, plus précisément « les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation »³². Ces deux critères sont alternatifs. Si l'on peut d'emblée écarter le critère tiré du prolongement de l'activité agricole³³, reste celui tiré de l'exploitation-support de l'activité. Conçu pour inclure dans le champ des activités agricoles les activités de tourisme à la ferme³⁴, ce critère rompt avec la conception traditionnelle des activités agricoles et l'on peut s'interroger sur le point de savoir s'il pourrait englober d'autres activités ayant pour support l'exploitation, notamment l'installation d'une centrale solaire. La réponse n'est pas claire, notamment au regard des justifications à son introduction dans l'article L. 311-1 du Code rural³⁵; à tout le moins une réponse positive impose une interprétation audacieuse de cette disposition, même si le terme « activité », employé par le texte est assez vaste pour s'étendre à d'autres activités que celles qui ont justifié la loi. Elle amène à s'interroger sur la notion d'« exploitation » et de « support ». L'exploitation doit être entendue dans son sens économique : l'activité concernée (exploitation d'une centrale photovoltaïque) doit s'inscrire dans le cadre d'une activité agricole par nature et par prolongement. Il faut observer aussi que le critère de l'accessoire a été écarté³⁶; il faut mais il suffit que l'activité soit rattachée à une activité agricole par nature; il n'est *a priori* pas nécessaire qu'elle soit accessoire, au sens où elle devrait procurer moins de revenus que l'activité principale, agricole³⁷. Il faut toutefois observer que ce critère de l'accessoire paraît réintroduit par l'article 75 A du CGI qui, pour admettre l'imposition des revenus tirés d'une exploitation photovoltaïque notamment au titre du bénéfice agricole, pose comme condition qu'ils ne dépassent pas 50 % des recettes tirées de l'activité

L. 322-6).

31 Devenu depuis le 8 mai 2010 « Code rural et de la pêche maritime ». Toutefois pour des raisons de commodité, l'ancien titre sera conservé.

32 Auxquelles se sont ajoutées, depuis la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (Loi n°2010-874 du 27 juillet 2010, art. 59), « la production et le cas échéant de la commercialisation, par un ou plusieurs exploitants agricoles, de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation, lorsque cette production est issue pour au moins 50 % de matières provenant de ces exploitations ».

33 Qui s'applique aux activités de transformation ou de commercialisation des produits par l'exploitant.

34 Cette définition est d'ailleurs reproduite dans le Code du tourisme (art. L. 343-1).

35 Auxquelles s'ajoute l'article L. 722-1 du Code rural, disposition sociale qui vise les structures d'accueil touristique.

36 I. Couturier, *Exploitation agricole*, JCl. Rural, Fasc. 20, n°61.

37 I. Couturier, *Exploitation agricole*, JCl. Rural, Fasc. 20, n°63.

agricole et 100 000 €³⁸. Une clarification de la définition des activités agricoles apparaît de ce point de vue souhaitable³⁹, cet éclaircissement n'ayant été apporté que pour la production et la commercialisation d'électricité par méthanisation⁴⁰. Un amendement parlementaire tendant à considérer comme activité agricole, la production et la revente d'électricité photovoltaïque et retenant ce double critère des 50 % et 100 000 € avait été proposé dans le cadre de la discussion de la loi Grenelle 2 mais il a finalement été retiré au profit d'un amendement du Gouvernement, allant - selon les parlementaires - dans le même sens⁴¹.

Il en résulte que les personnes morales dont l'objet est agricole (groupements fonciers agricoles et groupements fonciers ruraux, GAEC, EARL) ne pouvaient *a priori* pas jusqu'à présent exploiter une centrale photovoltaïque, sauf à créer une société commerciale pour l'exercice de cette activité, alors même que pour compenser les effets sur les revenus des agriculteurs de la diminution des aides dans le cadre de la PAC, les pouvoirs publics encouragent l'implantation d'installations photovoltaïques sur les exploitations agricoles. Cette difficulté, pointée par certains parlementaires et auteurs⁴², a été résolue partiellement par la loi Grenelle 2 qui prévoit que quelle que soit leur nature, leur objet ou la mission pour laquelle elles ont été constituées⁴³, les personnes morales peuvent exploiter une installation de production photovoltaïque et en tirer des revenus, l'exploitant pouvant bénéficier de l'obligation de rachat d'électricité; sont particulièrement visées les sociétés civiles à objet agricole. Toutefois outre sa rédaction maladroite, on peut pointer plusieurs insuffisances de ce texte.

En premier lieu, la disposition ne visant que les personnes morales, il restera à l'exploitant personne physique à constituer une telle entité⁴⁴. Par ailleurs n'est visé par la loi que le cas où les panneaux solaires sont fixés ou intégrés aux bâtiments; cela exclut donc le cas où l'exploitant souhaiterait reconverter une parcelle pour y implanter une centrale au sol. Enfin, la loi ne concerne que le cas de la personne morale exploitant, ce qui n'est pas nécessairement (et pas fréquemment) le cas des Groupements fonciers agricoles ou ruraux, pourtant

38 Loi fin. 2008 n°2007-1822: Dr. rur. 2008, comm. n°35; instr. 2 janvier 2009: Dr. fisc. 2009, instr. 14004.

39 F. Roussel, «Production d'énergie photovoltaïque et droit rural: quoi de neuf sous le soleil?», Dr. rur. 2008, repère 7.

40 C. rur., art. L. 311-1, dans sa rédaction issue de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche.

41 Rapport AN n°2449, 198.

42 Quest. Écrite n°5842: JO Sénat Q 16 octobre 2008, 2051; Rép. min. n°28467: JO Sénat Q du 25 décembre 2008, 2605; JCP N 2009, act. 116; Dr. rur. 2009, alerte 7; F. Roussel, «Installation d'équipements photovoltaïques et baux ruraux: réforme en vue», Dr. rur. 2009, comm. 2.

43 Au départ était envisagée la situation des organismes HLM, dont la mission telle que définie par la loi ne permet pas de tirer profit d'une installation solaire (Sénat, amendement n°667).

44 Lorsque l'exploitant est une personne physique se pose par ailleurs la question de la transmission des autorisations nécessaires (v. Rapport AN n°2449, 200).

visés par le texte, qui peuvent donner à bail les terres dont ils sont propriétaires⁴⁵.

On ne peut que regretter cette approche fragmentaire du problème. Sans doute aurait-il été préférable de modifier la rédaction de l'article L. 311-1 en permettant d'y intégrer clairement l'exploitation de centrales photovoltaïques⁴⁶ (outre celle d'installation de production de gaz par méthanisation) en tant qu'activité rattachée à l'activité agricole et ce, en lien avec les nouvelles missions dévolues aux exploitants agricoles et la multifonctionnalité⁴⁷, promue par les pouvoirs publics.

b) Qualification du contrat d'implantation d'une installation solaire

Diversité des qualifications possibles - L'implantation d'une installation solaire sur un bâtiment peut emprunter différentes voies. On ne s'attardera pas sur l'hypothèse qui paraît devoir rester peu fréquente en pratique et ne pas soulever de problèmes de qualification, où le propriétaire du bâtiment achète les éléments nécessaires à l'installation pour les planter lui-même ou en confier l'implantation au vendeur voire à un tiers⁴⁸. Il y a alors une vente, et éventuellement un contrat de louage d'ouvrage, dès lors que l'installation est faite à titre onéreux⁴⁹. Plus fréquent est le cas où un propriétaire fait planter une installation solaire sur le toit de son habitation par un professionnel, à l'égard duquel on peut hésiter entre vente et entreprise voire une qualification mixte⁵⁰. Le fait que l'installation soit implantée sur un immeuble n'apparaît pas déterminant. D'une part, cette qualification vaut *a priori* dans le cas de l'édification d'une construction sur un terrain nu, la finalité du contrat étant la transformation de ce dernier en un terrain bâti⁵¹. D'autre part, même si l'on étend cette hypothèse au cas de travaux sur un bâtiment, il n'y a pas, dans le cas présent, nécessairement accession, l'installation n'étant pas systématiquement incorporée au bâtiment, tout dépendant du degré d'intégration au bâti⁵². Lorsque tel est le cas cependant, la règle de l'accession conduirait à une qualification de louage d'ouvrage. Dans le cas contraire, la question doit être posée au regard des critères posés en matière mobilière.

45 Cf. C. rur., art. L. 322-6.

46 Et des autres sources de production d'énergie renouvelables.

47 Sur cette question, L. Bodiguel, «La multifonctionnalité de l'agriculture: un concept d'avenir?», Dr. rur. 2008, Étude 6.

48 Sur les risques pour le maître de l'ouvrage dans cette hypothèse: P. Dessuet, «L'influence de la crise sur l'assurance-construction: crises économique et environnementale», RDI 2010, 48 et s., sp. 53.

49 Dans la mesure où l'onérosité apparaît comme un critère de qualification du contrat d'entreprise. À tout le moins est-elle présumée.

50 Cf. préconisant en principe cette qualification pour les contrats d'installation, P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Hypercours, 2005, n°796.

51 Sur ce point, cf. not. B. Boubli, *Contrat d'entreprise*, *Rép. civ.*, n°20.

52 Sur la qualification mobilière ou immobilière de l'installation, *supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Section 2.

Prévalence de la qualification de contrat d'entreprise - En matière mobilière, la jurisprudence elle-même n'est pas sans osciller entre les deux qualifications, quand elle ne retient pas une qualification mixte⁵³. En effet le critère moderne de qualification, tiré de la spécificité du produit fabriqué, peut conduire à des appréciations différentes, en fonction de ce que l'on retient de la spécificité : s'agit-il notamment de la spécificité des besoins du client, telle qu'elle se manifeste dans les documents contractuels, auxquels peut répondre la fourniture d'un bien standard, ou de l'ouvrage commandé ou encore du travail fourni⁵⁴, ce qui exclut que la fourniture d'un bien standard, même s'il suppose une opération d'installation, relève de la vente ? S'agissant de l'implantation d'une installation de production d'énergie solaire, il faut observer qu'elle repose sur une étude faite de l'ensoleillement du bâtiment, des besoins du propriétaire mais que les matériels fournis (panneaux solaires, tuiles, onduleurs) sont en revanche des produits standards, préfabriqués. À cet égard, l'interrogation est permise. Il semble malgré tout que la balance penche vers le contrat d'entreprise. En effet, si les éléments fournis sont standardisés, leur installation s'inscrit dans une opération complexe, supposant un ensemble de prestations de services : étude d'implantation⁵⁵, choix des dispositifs en fonction de la puissance recherchée, qui font de la centrale solaire, une installation spécifique au bâtiment sur lequel elle est implantée et liée aux choix du propriétaire. L'entrepreneur effectue un travail spécifique⁵⁶, qui nécessite des compétences particulières⁵⁷ qui vont se traduire par un résultat, l'installation, qui ne sera pas standardisée.

Qualification de contrat de construction - Dans la majorité des cas donc, la qualification de contrat d'entreprise paraît devoir l'emporter. Reste que la question est de savoir si l'installation relève des règles du contrat de construction, essentiellement en ce qui concerne la responsabilité, notamment la responsabilité des constructeurs (garantie bienno-décennale des articles 1792 et s. du Code civil). Dans les hypothèses où cette garantie n'est pas applicable, reste celle de droit commun de l'article 1147 du Code civil ou encore la responsabilité du fait des produits défectueux⁵⁸. Par ailleurs, au moins lorsque les panneaux solaires

53 V. not. les exemples donnés par H. Perinet-Marquet, *Droit de la construction*, Dalloz Action, n°400.30.

54 Cf. P. Puig, note sous Cass. com. 9 novembre 2004 et Cass. 3e civ. 11 mai 2005, RDC 2005, 1116.

55 Même si des études préalables ne sont pas exclusives d'une qualification de vente : Cass. 3e civ. 24 mai 2006 (pv n°05-11938), à propos d'un incinérateur.

56 Sur ce critère, cf. J. Huet, *Contrats spéciaux*, LGDJ 2e éd., 2001, n°32135 ; J.-B. Auby et al. *op. cit.* n°1004.

57 V. en ce sens, F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8e éd., 2007, n°715.

58 Ces questions sont approfondies plus loin (*infra* Titre 2, Chap. 2).

conservent leur qualification de meuble⁵⁹, on pourrait songer à retenir la garantie de conformité des articles L. 211-1 et s. du Code de la consommation⁶⁰.

Pour autant, dans nombre d'hypothèses, les garanties dues par le constructeur trouveront application, qu'il s'agisse de la garantie de parfait achèvement ou de la garantie bienno-décennale⁶¹. L'installation solaire peut en effet selon les cas revêtir la qualification d'ouvrage ou d'élément d'équipement d'un ouvrage; dans le cas où elle ne serait considérée que comme un élément d'équipement, serait applicable la garantie biennale de l'article 1792-3 du Code civil. Ces différentes hypothèses doivent être distinguées. L'installation *a posteriori* de panneaux solaire sur le toit d'un immeuble correspond à des travaux sur existants. En dehors du cas où les parties ont expressément décidé de soumettre les travaux effectués à la garantie décennale, la question va se poser de savoir si une telle installation répond à la définition d'un ouvrage, au sens de l'article 1792 du Code civil; l'intérêt d'une telle qualification étant qu'elle sera alors couverte directement par la garantie décennale, même si le désordre qui l'affecte ne porte pas atteinte à la destination de l'immeuble⁶² - ce qui sera particulièrement le cas des installations produisant de l'énergie solaire destinée à la revente, puisque dans un tel cas, le fait que l'installation n'ait pas le rendement prévu ou ne fonctionne pas n'empêche pas l'utiliser l'immeuble. De manière générale, la jurisprudence est incertaine⁶³. Il est déjà permis d'observer que les panneaux solaires intégrés au bâti paraissent répondre à cette définition de l'ouvrage - et *a fortiori* les tuiles photovoltaïques - puisqu'il y a, pour reprendre le critère appliqué par la 3e chambre civile de la Cour de cassation, apport d'éléments nouveaux⁶⁴, même si les travaux ne sont pas toujours d'importance.

Si l'installation ne constitue pas un ouvrage, à tout le moins peut-elle dans certains cas répondre à la notion d'élément d'équipement de l'article 1792-2 du Code civil, ce qui permet de l'englober dans le champ d'application de la garantie décennale. Il en sera ainsi en particulier lorsque les panneaux solaires sont intégrés au bâti, puisqu'ils font alors « corps avec les ouvrages (...) de couvert »⁶⁵. La question rebondit alors sur le terrain de la destination de l'équipement. Si les

59 Et il faut naturellement aussi que le maître de l'ouvrage ait la qualité de consommateur, au sens où nous l'avons vu précédemment.

60 En faveur plus largement d'une application de la garantie du vendeur dans le cadre du contrat d'entreprise, cf. P. Puig, RDC 2005, 963. Le doute n'existe pas dans l'hypothèse - *a priori* marginale comme nous l'avons vu - où l'on se trouve en présence d'une vente.

61 Les développements qui suivent valent largement également au cas où les panneaux solaires sont installés *ab initio* sur la maison.

62 Cf. H. Perinet-Marquet, *Droit de la construction*, Dalloz Action, n°473.180.

63 Cf. not. H. Perinet-Marquet, *Droit de la construction*, Dalloz Action, n°473.180; J.-B. Auby et al., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 8e éd., 2008, n°1222 et s.

64 Sur ce critère, J.-B. Auby et al., *op. cit.*, n°1222-3.

65 Le cas où il y a intégration simplifiée au bâti peut y être assimilé car « la dépose, le remontage ou le remplacement ne peuvent *a priori* s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage » (cf. C. civ., art. 1792-2).

problèmes d'étanchéité rendant l'immeuble impropre à sa destination (habitation ou professionnelle) sont incontestablement couverts par la garantie décennale, on peut se poser la question des désordres affectant l'installation dans sa fonction de production d'électricité. Certes, la jurisprudence a tendance à considérer l'installation comme rendant l'immeuble impropre à sa destination lorsqu'elle est destinée à assurer, au moins en partie, l'approvisionnement en électricité ou chauffage de la construction⁶⁶. Si la solution ne fait guère de doute lorsque l'installation est destinée à assurer en totalité la fourniture en eau chaude ou en électricité de l'immeuble (s'agissant tout particulièrement d'un immeuble à usage d'habitation), elle peut être davantage discutée lorsqu'il s'agit d'un appoint, comme dans les deux espèces citées. Il faudrait alors que le rendement ait été conventionnellement prévu, pour que la garantie décennale puisse jouer⁶⁷.

Reste le cas, fréquent, où la production est destinée à la revente. Il n'y a pas alors à proprement parler atteinte à la destination de l'immeuble : un désordre affectant l'installation n'empêche pas que l'immeuble puisse être utilisé. La destination de l'équipement s'entend en effet de celle de l'immeuble et non pas de sa propre destination⁶⁸. L'absence ou l'insuffisance de rendement relèverait alors de la seule responsabilité contractuelle de droit commun. Toutefois, cette notion de destination pourrait évoluer, allant dans le sens de la prise en compte d'une nouvelle destination des ouvrages : ceux-ci auraient pour fonction non seulement de servir d'habitation, de locaux professionnels etc., mais encore de produire de l'énergie⁶⁹.

On ne peut exclure toutefois que les panneaux solaires en surimposition et servant à produire de l'électricité destinée à être revendue soient simplement qualifiés d'équipements au sens de l'article 1792-3, auquel cas, ils ne seraient couverts que par la garantie biennale.

Par ailleurs, l'article 1792-7 du Code civil exclut de la catégorie des éléments d'équipement, ceux dont la « fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage »⁷⁰. Ils relèvent exclusivement de la garantie

66 Cass. 3e civ. 27 septembre 2000, n°98-11.986, RDI 2001, 82 obs. crit. P. Malinvaud. Dans cet arrêt et celui qui suit, les panneaux solaires avaient été installés *ab initio* sur l'immeuble mais le raisonnement reste le même. CA Paris 29 mars 2000, Juris-Data n°2000-111144; RDI 2000, 345 obs. crit. P. Malinvaud. La Cour d'appel souligne que cette possibilité d'économie d'énergie, mise en avant par le constructeur, avait été un facteur décisif de choix pour le maître de l'ouvrage, amené à payer un surcoût de ce fait.

67 Cf. P. Malinvaud, obs. sous Cass. 3e civ. 27 septembre 2000 et CA Paris 29 mars 2000 préc. *Adde*, à propos d'une installation de géothermie, Cass. 3e civ. 12 mai 2004: RDI 2004, 380 obs. P. Malinvaud.

68 H. Perinet-Marquet, *Droit de la construction*, Dalloz Action, n°473.180.

69 En ce sens, P. Dessuet, *op. cit.*, 56. Une telle analyse supprimerait tout débat sur la prise en compte de ces exigences dans le contrat (cf. *supra* les obs. crit. du Pr Malinvaud sous les arrêts Cass. 3e civ. 27 septembre 2000 et CA Paris 29 mars 2000 préc.).

70 À quoi il faut ajouter pour ce qui est de l'obligation d'assurance l'article L. 243-1-1 C. ass., le champ d'application respectif des deux dispositions n'étant pas totalement identique. Sur cette

de droit commun. La disposition est susceptible de concerner les centrales photovoltaïques implantées sur des bâtiments à usage professionnel et dont les panneaux solaires n'assurent pas en même temps le couvert⁷¹. Encore faut-il aussi qu'elle ait pour « fonction exclusive », l'exercice d'une « activité professionnelle dans l'ouvrage ». Or la production d'électricité ne peut être analysée systématiquement comme une activité professionnelle et il n'y a pas, dans l'hypothèse où l'électricité est revendue, de lien avec l'activité professionnelle pratiquée « dans » l'ouvrage⁷² ; il n'en irait différemment que dans l'hypothèse - d'école *a priori* - où l'électricité produite servirait exclusivement à faire fonctionner les machines, chaudières et équipement divers se trouvant dans le bâtiment et participant à l'activité professionnelle. Ou encore dans celle où l'installation est exploitée par une société créée à cette unique fin⁷³.

B) Le tiers exploitant

Présentation de la question - Dans cette hypothèse, le propriétaire d'un bâtiment n'entend pas, au moins dans un premier temps, devenir propriétaire de l'installation photovoltaïque (par hypothèse, les panneaux solaires thermodynamiques sont ici exclus). Il va donc permettre à un tiers - en général une société⁷⁴ - de disposer d'une partie de l'immeuble pour y implanter une centrale solaire et exploiter cette dernière. Il peut y avoir vente ; mais dans beaucoup de cas, l'exploitant ne souhaite pas devenir propriétaire de la toiture ; va donc être signé un bail. Dans la majorité des cas, ce type de convention va concerner des bâtiments à usage professionnel voire mixte : centre commercial, usine, bâtiment d'exploitation agricole, etc.

1) Vente

Doivent être distingués le cas où la perspective est l'implantation d'une centrale solaire au sol et celui où l'implantation aura lieu sur un bâtiment préexistant.

a) Implantation au sol

Vente du terrain et convention de superficie - La vente d'un terrain dans la perspective d'implanter une centrale au sol n'appelle pas de remarques particulières ; elle obéira aux règles de la vente immobilière. Tout au plus peut-on songer à l'insertion dans le compromis, de conditions suspensives d'obtention des autorisations nécessaires à l'exploitation, outre les clauses traditionnelles relatives

question, cf. P. Dessuet, *op. cit.*, p. 54 et s.

71 Cf. J. Bigot, « Responsabilité et assurance décennale : la clarification attendue. – Ordonnance du 8 juin 2005 », JCP 2005, I, 148 n° 8.

72 Cf. P. Dessuet, *op. cit.*, p. 54.

73 Cf. P. Dessuet, *op. et loc. cit.*

74 Compte tenu de l'importance des investissements, l'hypothèse d'un exploitant personne physique paraît exclue.

à l'obtention des financements⁷⁵. Il est aussi possible de passer par une convention de superficie, la propriété du dessus étant alors dissociée de celle du sol et du dessous (tréfonds). La technique génère toutefois des incertitudes; elle passera par une division en volumes⁷⁶. On ne peut notamment exclure l'application de droits de préemption, par exemple celui des SAFER, en zone rurale⁷⁷.

b) Implantation sur un bâtiment préexistant

Présentation de la question - L'implantation d'une installation solaire sur un bâtiment préexistant - en général le toit - peut être réalisée au moyen d'une division en volumes⁷⁸, formule qui permet à plusieurs personnes d'être propriétaire de volumes différents d'un même immeuble. Dans le cas présent, lorsque le bâtiment préexiste, le propriétaire va vendre le volume permettant l'implantation de la centrale solaire à un exploitant; deux volumes se trouveront alors juxtaposés⁷⁹. Cette division en volume va emprunter certaines modalités; se pose également la question de la transmission de la propriété de chacun des volumes.

Modalités de la division en volume - effets - La division en volume suppose l'établissement d'un état descriptif de division en volume (obligatoirement passé en la forme authentique), dont l'objet est de délimiter les volumes, autrement dit l'assiette du droit des différents propriétaires. La difficulté principale porte justement sur la détermination des limites de chaque volume; différentes techniques sont utilisées pour ce faire: numérisation des angles de volume ou référence aux ouvrages⁸⁰. En l'espèce, le critère déterminant de cette délimitation sera le mode suivant lequel les panneaux solaires seront implantés, particulièrement lorsqu'ils le sont sur le toit du bâtiment. Dans le cas d'une intégration au bâti, les panneaux solaires remplacent la toiture, dont ils assurent en même temps les fonctions⁸¹. Dans ce cas, la cession portera sur la toiture, la borne étant marquée par la limite haute de l'ossature du bâtiment⁸². Il en va de même dans le cas d'une intégration simplifiée. Dans le cas d'une installation destinée à être implantée

75 Cf. P. Terneyre, *Énergies renouvelables – Contrats d'implantation*, Lamy, 2010, n°16 et 170 et s.

76 *Infra* b.

77 La vente de la superficie pouvant être utilisée justement pour contourner ce droit de préemption.

78 Cf. P. Lignères et J. Duval, «Énergie photovoltaïque: un cadre juridique à parfaire», *Dr. adm.* 2008, prat. 2; E. Ravanas, «Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques», *JCP N*, 2009, 1275.

79 Si l'on prend l'hypothèse de base où l'immeuble supportant l'installation appartient à un seul propriétaire et n'a pas fait lui-même l'objet d'une division.

80 Sur ce point, *Dalloz Action Droit de la Construction*, n°550.190. V. aussi, à propos de la technique de la numérisation, J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, «De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier», *Defrénois* 2007, art. 38570, p. 577.

81 Les panneaux solaires devant se trouver dans le plan de la toiture: F. Cherel, A. Carpentier, «Énergie solaire et construction: le point sur deux réformes récentes», *RDI* 2010, 133.

82 En ce sens, E. Ravanas, *op. cit.*, n°39.

en surimposition, la limite sera marquée par la toiture sur laquelle elle doit être implantée, les systèmes d'accroche des panneaux solaires étant la propriété de l'exploitant.

L'état descriptif de division en volume sera publié à la conservation des hypothèques⁸³, ainsi que les actes portant mutation d'un volume.

Les relations entre le propriétaire de l'immeuble supportant l'installation et l'exploitant supposent d'être clairement déterminées à l'avance : il s'agit d'imposer à chacun les obligations qui permettront l'utilisation et la conservation de la totalité de l'immeuble et ce, indépendamment de la personne du propriétaire de chacun des volumes ; autrement dit ces obligations devront se transmettre aux propriétaires successifs des volumes. À cet égard, dans le cadre des divisions en volumes, il est traditionnellement recouru à des servitudes, qui permettent de répondre à ces différents objectifs⁸⁴. Ces servitudes ont un caractère conventionnel et sont précisées dans un cahier des charges (cahier des règles d'usage et d'habitation), à l'image d'un règlement de copropriété ou du cahier des charges d'un lotissement. Plus précisément, s'agissant de l'implantation d'installations photovoltaïques, différentes obligations pourront être mises à la charge des propriétaires des volumes par cette technique. Ainsi, pour le cas où il n'y a pas intégration au bâti, une servitude d'appui ou d'ancrage, qui permettra à l'exploitant d'installer les panneaux solaires ainsi que les équipements indispensables (onduleur, etc.). Seront également indispensables des servitudes de passage pour les équipements (gaines électriques). Il s'agit aussi de permettre au propriétaire exploitant d'accéder au toit, notamment pour l'inspecter, procéder à la maintenance et à l'entretien de l'installation ; là encore, cette exigence se traduira par l'instauration d'une servitude de passage conventionnelle, dans l'immeuble qui supporte l'installation. À l'inverse, on peut imaginer de conférer au propriétaire du bâtiment, le droit d'accéder au toit ; là encore ce droit correspondra à une servitude.

Plus délicates sont les obligations d'entretien de la toiture, qui peuvent être mises à la charge des covolumiers : obligation d'entretien de la toiture dans la mesure où elle assure l'étanchéité (ou parce qu'elle supporte les panneaux solaires) et de la charpente, qui soutient la toiture, si elle appartient à un propriétaire différent de la toiture photovoltaïque. Là encore, il appartiendra aux deux covolumiers de prévoir à qui incombe l'entretien et les éventuelles réparations. Le cahier des charges pourra comprendre des clauses relatives aux modalités d'usage de chaque volume ainsi qu'à l'entretien des constructions ou installations. En principe, chaque propriétaire aura, en tant que tel, la charge d'entretenir les ouvrages ou équipements se trouvant dans son volume. Toutefois, il se peut qu'un

83 Sur ce point, A. Fournier et A. Fournier-Renault, « Installations photovoltaïques. – Quelques règles essentielles applicables selon le cadre juridique et technique adopté », JCP N 2010, 1191, n°4 et 14.

84 Sur ce point, Dalloz Action *Droit de la Construction*, n°550.290 et s.

élément, en particulier de l'installation solaire se trouve dans l'emprise d'un autre volume. Par exemple, un câblage électrique passant dans le bâtiment ; les charges d'entretien de cet équipement appartiendront alors au propriétaire de la toiture photovoltaïque, fonds dominant, sur le fondement de l'article 698 du Code civil. Cette obligation d'entretien s'analyse en une obligation réelle, accessoire à la servitude et est, à ce titre, opposable aux propriétaires successifs, ce qu'elle ne serait pas s'il s'agissait d'une obligation personnelle.

Pour les ouvrages qui présentent une utilité commune aux deux, telle la toiture, à la fois support des panneaux solaires et couverture du bâtiment, on peut aussi imaginer que les travaux d'entretien et de réparation se fassent à frais partagés⁸⁵. Les modalités du partage peuvent être fixées conventionnellement.

L'obligation du vendeur de garantir l'acheteur de son propre fait peut également conduire à empêcher le vendeur de la toiture d'effectuer certains travaux sur son fond, qui seraient de nature à perturber l'exploitation, notamment en limitant l'ensoleillement : construction d'un autre bâtiment, plantations, en particulier. La question peut être envisagée au travers de servitudes.

Comme l'état descriptif de division, ce cahier des charges doit être publié à la conservation des hypothèques ; il doit donc être passé en la forme authentique.

Enfin, en cas de destruction de l'installation, l'exploitant aura le droit de la reconstruire.

Cession de l'un des volumes - conséquences - Chacun des volumes étant indépendant, il est possible à chacun des propriétaires de le céder, sans l'accord de son covolumier. Une telle situation peut cependant présenter des inconvénients pour l'autre, dans la mesure où il existe une inévitable proximité entre les deux volumes de l'unique immeuble et ce, même si les servitudes sont transmises en même temps que le volume. Notamment, lorsque c'est l'installation solaire qui est cédée par l'exploitant, il pourrait être envisagé un pacte de préférence, voire une clause d'agrément, au profit de l'autre covolumier. La cession d'un volume au propriétaire de l'autre ne fait pas pour autant disparaître la division en volumes et donc pas les servitudes qui régissent les rapports entre ces derniers. Plus généralement se pose la question du transfert des autorisations nécessaires à l'acquéreur⁸⁶.

En raison du coût, des formalités et plus généralement de la relative rigidité et des contraintes qu'implique la division en volumes⁸⁷, il est cependant assez fréquent que les exploitants ne souhaitent pas faire l'acquisition de l'immeuble ; il est alors recouru à un bail. Certaines formes de bail (bail emphytéotique, bail à construction), par l'étendue des droits qu'elles confèrent au preneur, ne sont d'ailleurs pas loin d'avoir les effets d'une cession du droit de construire, la situation du preneur étant très proche de celle du superficiaire.

85 Cass. 3e civ. 14 novembre 1990, n°89-10210, Bull. civ. III n°235 (à propos d'une servitude légale de passage).

86 *Infra* Titre 2, Chap. 1, Sect. 1, § 1, B.

87 *Cf.* not. E. Ravanais, *op. cit.*, n°30.

2) Contrats conférant un droit de jouissance

Présentation de la question - Il est évident dans ce cadre que l'exploitant va souhaiter conclure un bail qui lui confère un droit de superficie, indispensable pour lui donner le droit d'implanter son installation et un bail d'une certaine durée, de manière à pouvoir rentabiliser son investissement. Pour répondre aux hésitations des professionnels face à la diversité des types de baux, avait été préconisée la création d'un outil juridique spécifique⁸⁸, proposition qui pour l'heure n'a pas été suivie d'effets.

a) Baux ordinaires

Bail civil et bail commercial - Le bail civil de droit commun ainsi que le bail commercial peuvent être utilisés pour conférer un droit de superficie, le bailleur renonçant alors à son droit d'accession, dans le cas où l'installation serait unie au sol ou au bâtiment sur lequel elle est implantée⁸⁹. Le preneur est alors temporairement titulaire d'un droit de superficie, d'un droit de propriété sur les édifices qu'il a construits sur le terrain. Certaines objections peuvent toutefois être formulées quant à l'utilisation du bail civil ou commercial pour l'implantation d'une centrale photovoltaïque.

S'agissant du bail civil, se pose la question de la répartition des dépenses afférentes à l'entretien de l'installation, particulièrement lorsqu'elle est implantée sur une toiture. Si l'on peut estimer qu'elle incombe au preneur exploitant, elle doit, dans la mesure notamment où il y a intégration au bâti, rester en parfait état, de manière à assurer le couvert. Surtout, la question essentielle paraît être celle de sa durée. En effet si le bail peut être stipulé pour une durée assez longue, calquée sur la durée de l'exploitation, il faut observer qu'au-delà de 12 ans, il doit être publié à la conservation des hypothèques. Or une durée moindre ne permet pas au preneur l'amortissement de ses investissements, lequel se réalise sur des durées de 15 à 30 ans. Si le bail est inférieur à 12 ans, devra donc être prévue une clause de renouvellement rédigée de telle sorte qu'elle mette le preneur à l'abri de tout refus de renouvellement par le bailleur. Mais se pose alors la question d'une éventuelle fraude, au regard des taxes dues (taxe de publicité foncière). Par ailleurs, la reconduction du bail ne constitue *a priori* pas une prolongation de l'ancien mais fait au contraire courir un nouveau bail. Ce qui signifie que le jeu de l'accession, temporairement suspendu en raison du droit de superficie conféré par le bail au preneur, intervient à l'échéance; le bailleur se trouve alors propriétaire des installations⁹⁰, dès l'échéance du premier bail; le sort des constructions en cas de reconduction ou de renouvellement du bail peut être réglé par des stipulations

88 Cf. le rapport d'étape n°2 du Comité stratégique du Plan Bâtiment Grenelle – Groupe de travail tertiaire privé» du 29 juillet 2009, 51-52.

89 Ce qui n'est pas nécessairement le cas (*supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2).

90 Pour autant qu'elles aient la nature d'immeuble

contractuelles ou la prorogation du bail⁹¹.

L'intérêt du bail commercial⁹² existe essentiellement du côté de l'exploitant preneur puisqu'il lui permet de bénéficier d'un droit au renouvellement, le bailleur étant tenu d'une indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement.

D'autres types de contrat paraissent plus propres à permettre l'implantation et l'exploitation d'une centrale solaire au sol ou en toiture selon les cas, dans la mesure où leur objet même est de conférer un droit de superficie au preneur : la concession immobilière, le bail emphytéotique et le bail à construire.

b) Concession immobilière

Caractères de la concession immobilière - Créée par la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967⁹³, la concession immobilière avait pour objectif d'offrir aux propriétaires d'immeuble et aux commerçants et industriels une formule plus attractive que le bail commercial ; à cet égard et pour diverses raisons - entre autres ses inconvénients que nous allons voir -, elle n'a pas connu le succès escompté par le législateur ; et pour les mêmes raisons, elle est *a priori* peu utilisée pour l'implantation de centrales photovoltaïques ou éoliennes⁹⁴.

L'article 48 de la loi du 30 décembre 1967 définit la concession immobilière comme le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble en confère la jouissance à une personne, le concessionnaire, pour une durée de vingt ans minimum, moyennant le paiement d'une redevance annuelle. L'activité peut être une activité commerciale ou industrielle. Il peut donc être recouru à la concession immobilière pour l'implantation d'une centrale solaire soit sur un terrain nu soit sur la toiture d'un bâtiment. L'immeuble peut être bâti ou non bâti et le concessionnaire peut, sous réserve d'en informer le propriétaire, apporter à l'immeuble concédé « tout aménagement ou modification nécessitée par l'exercice de son activité ou la transformation de celle-ci »⁹⁵. Si la durée minimale du contrat telle qu'elle résulte de la loi est de vingt ans, il n'y a pas de durée maximale fixée, contrairement aux baux emphytéotiques ou à construire. Toutefois, la prohibition des engagements perpétuels conduit à limiter la durée d'un tel engagement à 99 ans, dans l'hypothèse où les parties sont des personnes privées.

La concession immobilière devant être publiée à la conservation des hypothèques, nécessite d'être passée en la forme authentique.

91 V. F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8e éd., 2007, n°466.

92 La soumission à ce statut étant volontaire de la part des parties, l'immeuble (la toiture ou le terrain nu) ne pouvant être l'objet d'un bail commercial qui ne peut porter que sur un lieu clos et couvert et le preneur pouvant difficilement être considéré comme exploitant un fonds de commerce (sur ce dernier point, E. Ravanas, *op. cit.*, n°13).

93 Loi n°67-1253, art. 48 à 60.

94 Cf. E. Ravanas, *op. cit.*, n°18.

95 L. 30 décembre 1967, art. 50 al. 2.

De manière fort classique au regard du droit commun des baux, le concédant doit la garantie des vices de la chose et la garantie contre l'éviction ; le concessionnaire doit payer la redevance et peut voir mis à sa charge par le contrat tout ou partie des frais d'entretien⁹⁶. Une telle obligation est toujours stipulée en pratique. Ainsi dans le cas d'une exploitation solaire implantée sur la toiture d'un bâtiment pourra-t-il être tenu de l'entretien de ce dernier. Et lorsqu'il a lui-même édifié les constructions (hypothèse de la centrale solaire au sol en particulier), il va être tenu d'en assurer l'entretien. Le concessionnaire peut aussi librement céder ses droits à un tiers⁹⁷ ; le concédant peut en une telle hypothèse se voir reconnaître un droit de préférence ; en revanche, les clauses d'agrément ne sont normalement pas admises⁹⁸, faute d'être prévues par la loi.

Le contrat de concession immobilière prend fin à l'arrivée du terme, le preneur n'ayant pas droit au renouvellement. En revanche, il peut se poursuivre par tacite reconduction ou en raison de sa prorogation. Il peut aussi prendre fin de manière anticipée en raison de la destruction totale de l'immeuble par cas fortuit ou d'un commun accord par les parties. Le propriétaire peut résilier le contrat si les biens qui en sont l'objet font partie d'un ensemble qui doit être démoli en vue de la réalisation d'une construction⁹⁹. Surtout, le concessionnaire bénéficie d'un droit discrétionnaire de résilier la concession dans les six premières années et ce, sans indemnité. Par ailleurs, sauf exception, le propriétaire est tenu, à la fin du contrat d'indemniser le concessionnaire quittant les lieux du coût des constructions, apprécié à la date de sortie, dans la limite de l'augmentation de la valeur de l'immeuble qui en résulte. Cependant, dans le cas d'une installation solaire implantée sur un terrain, la valeur de ce dernier peut en être diminuée, à moins que l'installation soit démantelée ; sont notamment évoqués des problèmes d'imperméabilisation des sols¹⁰⁰. La loi ne permet pas dans ce type d'hypothèse d'indemniser le propriétaire à raison des dommages subis par son terrain. Il faut observer cependant que les centrales solaires sont en général implantées sur des terrains inexploités, notamment en raison du fait qu'ils sont déjà endommagés ; c'est même l'une des voies possibles d'utilisation de ce type de terrains¹⁰¹.

Inconvénients de la concession immobilière - Outre le caractère d'ordre public de la législation qui en fait un statut très rigide¹⁰², c'est ce déséquilibre entre les droits du concédant et ceux du concessionnaire, au détriment du premier, qui

96 Art. 52.

97 Art. 51

98 Cf. B. Boccara, Bail à loyer – Règles particulières à certains baux - Concession immobilière, JCl Bail à loyer. Fasc. 650, n°31.

99 Art. 53.

100 Cf. E. Ravanis, *op. cit.*, n°57.

101 Cf. Rapport Poignant, 46-47 et 88. L'implantation de centrales solaires au sol pourrait tout particulièrement avoir lieu sur des terrains pollués et permettre justement leur dépollution, pendant la durée de l'exploitation.

102 Cf. B. Boccara, Concession immobilière, JCl Bail à loyer, Fasc. 650, n°90 et s.

est la cause de l'échec de la concession immobilière. De plus, la nature réelle ou personnelle du droit conféré au concessionnaire reste incertaine, faute là encore d'être précisée par la loi, à la différence du bail emphytéotique ou du bail à construction. Le concessionnaire est-il pendant la durée du contrat, titulaire d'un droit réel sur les immeubles construits? L'enjeu essentiel étant la possibilité de consentir sur eux une hypothèque¹⁰³. Cette question a fait l'objet de débats doctrinaux. Si la réponse ne fait pas de doute lorsque les immeubles sont déjà bâtis (le concessionnaire n'a sur eux qu'un droit de jouissance), elle est incertaine s'agissant des constructions faites par le concessionnaire. Ces dernières reviennent après la fin du bail, au propriétaire du sol moyennant une indemnité, ce qui tendrait à faire du droit du concessionnaire pendant la durée de la concession, un droit de propriété; en ce sens peut aussi être invoqué le fait que le bien peut être modifié sans l'accord du propriétaire, ce qui n'est guère compatible avec une qualification de droit personnel. Le droit du concessionnaire sur les immeubles qu'il a construits paraît ainsi bien relever de la catégorie des droits réels. En revanche, ce droit fût-il qualifié de droit réel n'est pas susceptible d'hypothèque, ce qui peut soulever des difficultés au regard des besoins de financement de l'exploitant. Ces inconvénients conduisent à lui préférer d'autres contrats.

c) Bail à construction

Caractères du bail à construction - Conçu pour répondre aux insuffisances de l'emphytéose, le bail à construction est régi par les articles L. 251-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation. Les parties peuvent être tentées d'y recourir en raison d'une fiscalité avantageuse, notamment pour le bailleur, à l'issue du bail. Il confère là encore un droit réel immobilier au preneur, susceptible d'hypothèque, et peut être consenti pour une durée de 18 à 99 ans, ce qui suppose sa publication à la conservation des hypothèques. La différence entre le bail à construction et les autres baux, particulièrement le bail emphytéotique, réside dans l'engagement que prend le preneur d'édifier des constructions sur le terrain du bailleur et de conserver ces dernières pendant la durée du bail, constructions qu'il aura aussi le droit d'exploiter. À l'issue du bail, le bailleur devient propriétaire des constructions, sauf convention contraire.

Limites à l'utilisation du bail à construction pour l'implantation d'installations solaires - C'est toutefois dans cette obligation de construire que réside la limite à son utilisation pour l'implantation de centrales photovoltaïques, particulièrement dans le cas où celles-ci sont implantées en toiture. En effet si le bail à construire n'est pas incompatible avec le maintien de constructions existantes, encore faut-il que son objet soit respecté: le preneur doit s'engager à construire de manière significative, c'est-à-dire en principe, à édifier des constructions plus importantes

103 Il est clair que s'agissant d'une centrale photovoltaïque, la question n'a de sens que pour autant que les panneaux solaires reçoivent la qualification d'immeuble, ce qui ne sera pas systématiquement le cas (*supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2). Dans le cas où ils reçoivent une qualification mobilière, ils restent la propriété du concessionnaire.

que celles existantes¹⁰⁴; or on peut difficilement considérer que la réfection d'une toiture et l'installation de panneaux solaires répond à cette exigence¹⁰⁵. La question se pose différemment pour les centrales au sol, du moins dès lors que les installations photovoltaïques reçoivent une qualification immobilière. Toutefois, et même si la formule a pu être utilisée pour l'implantation d'éoliennes¹⁰⁶, la notion de construction dans le cadre du bail à construction s'entend de bâtiments, ce que ne sont pas de toute évidence les panneaux solaires. Si les parties peuvent et doivent s'entendre précisément sur les constructions que le preneur s'engage à réaliser, celles-ci doivent présenter une certaine ampleur, donner une valeur au terrain, cette valeur constituant pour le bailleur l'avantage principal du contrat, même par rapport au loyer¹⁰⁷; il doit donc s'agir de bâtiments et non d'infrastructures¹⁰⁸. Cette exigence conduit à ne pas écarter une possible requalification du contrat, le faisant échapper à la fiscalité avantageuse du bail à construction.

d) Bail emphytéotique

Caractères du bail emphytéotique - Conçu à l'origine pour permettre au propriétaire d'un fonds de le faire défricher et mettre en culture par un exploitant, le bail emphytéotique a connu un regain d'intérêt ces dernières années, au-delà d'ailleurs des zones rurales. L'implantation d'éoliennes ou de centrales photovoltaïques sont à cet égard de nature à lui conférer une utilité renouvelée. Il est vrai qu'il apparaît comme l'instrument le plus approprié à l'implantation et à l'exploitation de telles installations, en raison notamment de sa souplesse. Certaines interrogations peuvent malgré tout surgir.

Le bail emphytéotique est régi par les articles L. 451-1 et s. du Code rural; malgré tout, son domaine d'utilisation n'est pas limité aux terres agricoles et il est susceptible d'être utilisé pour tout type d'installation, y compris pour l'implantation de centrales solaires en toiture; dans cette dernière hypothèse, le bail portera sur la toiture ce qui supposera, comme pour la cession vue précédemment, de délimiter précisément l'assiette du droit de l'emphytéote: non intégré à la toiture, la limite pourra être fixée à celle-ci; intégré au bâti, le bail portera sur la toiture elle-même.

Le bail emphytéotique est conclu pour une durée de 18 à 99 ans; c'est l'un des éléments de sa qualification. Les contrats passés pour l'implantation de centrales solaires prévoient en général une durée de 20 ans. L'emphytéote ne saurait se prévaloir d'un droit au renouvellement, prévu en matière de bail rural¹⁰⁹

104 Cf. H. Perinet-Marquet, Bail à construction, *JCl. Bail à loyer*, fasc. 640, n°3.

105 En ce sens, F. Roussel, « Production d'énergie photovoltaïque et droit rural: quoi de neuf sous le soleil? », *Dr. rur.* 2008, repère 7.

106 M.-O. Gain, *Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres*, Litec 2008, n°38.

107 Cf. H. Perinet-Marquet, Bail à construction, *JCl. Bail à loyer*, fasc. 640 n°14.

108 Dalloz Action *Droit de la construction*, n°120.80.

109 L'application du statut des baux ruraux étant exclue en matière d'emphytéose.

ou de bail commercial. Si ce bail n'est pas susceptible d'être renouvelé par tacite reconduction, rien n'empêche en revanche de faire figurer une clause prévoyant un renouvellement exprès voire une prorogation du bail. Le second critère de qualification réside dans la nature du droit conféré au preneur: il s'agit d'un droit réel librement cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque. Ainsi, toute clause visant à limiter la liberté du preneur de céder ou de sous-louer le bien est de nature à disqualifier le bail; la liberté de céder le bail est un critère déterminant de la qualification de bail emphytéotique¹¹⁰. Il est possible de prévoir un droit de préférence en cas de cession à titre onéreux par le bailleur des lieux loués.

En revanche, il existe une incertitude sur le point de savoir si la modicité du canon est un élément de qualification. Tout dépendra de l'importance des obligations mises à la charge du preneur, notamment quant aux constructions et à l'entretien.

Celui-ci peut en effet voir mis à sa charge diverses obligations d'amélioration, de construction et d'entretien du fonds, même si elles ne constituent pas un élément caractéristique de l'emphytéose, à la différence du bail à construction. C'est d'ailleurs pourquoi, compte tenu du type d'installation, le bail emphytéotique paraît plus adapté à l'implantation d'une centrale solaire que le bail à construction. Le preneur sera en outre tenu de payer la redevance. À l'issue du bail, ces installations reviendront au bailleur, en principe sans indemnité. Il est aussi tenu de toutes les charges et contributions, ainsi que de l'entretien du fonds et des constructions existantes ou qu'il a édifiées.

Le contrat peut enfin être assorti de conditions résolutoires¹¹¹ tenant à l'obtention des permis de construire, autorisations d'exploitation d'une centrale photovoltaïque ainsi que de conditions tenant à la faisabilité technique et financière du projet de centrale.

Difficultés liées au choix du bail emphytéotique pour l'implantation d'installations solaires - Des difficultés d'ordres divers sont toutefois susceptibles de surgir au regard de l'utilisation de l'emphytéose pour l'implantation d'installations photovoltaïques.

D'abord, relativement à la destination de l'immeuble, compte tenu de la durée du bail, le preneur doit pouvoir modifier l'affectation des lieux loués, sous réserve de ne pas diminuer la valeur du bien. La Cour de cassation fait de cette liberté un élément de la qualification de l'emphytéose¹¹². Ainsi, toute clause qui dans le contrat, interdirait au preneur exploitant d'une centrale solaire, de changer la destination des lieux qu'il loue, paraît de nature à emporter disqualification du bail. Il ne paraît ainsi pas possible de stipuler dans le bail que la destination

110 Cass. 3e civ. 10 avril 1991, n° 89-20.276, Bull. civ. III n°114.

111 Si le contrat est précédé d'une promesse, ces conditions auront alors un caractère suspensif.

112 Cass. 3e civ. 13 mai 1998, Bull. civ. III, n°101; D. 1998, 346, obs. A. Robert; RDI 1998, 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Deruppé; Constr. urb. 1998, comm. 263; Dr. rur. 1998, comm. 377 et 618.

indiquée est d'implanter une centrale solaire et qu'elle ne peut être modifiée par le preneur, ni même subordonner la modification de cette destination à l'accord du bailleur.

S'agissant ensuite de la redevance, il est certes possible de prévoir que cette redevance est indexée, du moment que l'indice est en rapport avec l'activité du preneur¹¹³. La question se pose en revanche de savoir s'il est possible de prévoir que la redevance peut être réduite en cas de perte partielle du fonds ou de son exploitation par cas fortuit¹¹⁴; on peut aussi imaginer que soit prise en compte pour demander une telle réduction, la diminution des tarifs de rachat par EDF¹¹⁵. L'article L. 451-4 du Code rural interdit certes au preneur de demander la réduction du canon pour perte partielle du fonds ou privation de récolte par cas fortuit. Toutefois, cette disposition ne paraît pas relever des dispositions d'ordre public¹¹⁶. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le bail emphytéotique présente un caractère commercial, industriel ou artisanal, les dispositions relatives à la révision du loyer des baux commerciaux sont applicables¹¹⁷.

Le bailleur doit par ailleurs assurer une jouissance paisible au preneur. S'agissant de l'exploitation d'une installation solaire, les troubles de jouissance peuvent être liés à des travaux qu'effectuerait le bailleur sur le fonds et qui seraient de nature à perturber l'activité; par exemple, dans le cas d'une centrale implantée en toiture, le fait pour le bailleur d'effectuer des constructions ou des plantations diminuant l'ensoleillement des panneaux solaires. Inversement, l'exploitation ne doit pas perturber la jouissance du bailleur. Des clauses précisant les obligations respectives des parties à cet égard peuvent être stipulées dans le bail.

La résiliation du bail est possible en cas de dégradation du fonds loué¹¹⁸, d'agissements de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds ou encore en cas de non-paiement de la redevance par le preneur. Mais cette résiliation ne saurait être de plein droit, notamment en cas de non-paiement du loyer. En effet, la jurisprudence considère qu'elle entraîne une précarité de la jouissance pour le preneur, incompatible avec la qualification de bail emphytéotique¹¹⁹. Toute clause par laquelle le bailleur se réserverait une faculté de résiliation est de manière plus générale susceptible de conduire à la disqualification du bail. Il en irait de même d'une clause qui prévoirait une telle possibilité au profit du preneur. Celui-ci ne

113 Par exemple le tarif de rachat d'électricité.

114 On peut imaginer par exemple dans les régions de France (PTOM) où se trouve un volcan, la perte d'ensoleillement liée à une éruption volcanique.

115 Si le tarif de rachat de l'électricité n'a pas été choisi en tant qu'indice pour la fixation de la redevance.

116 Cf. C. rur., art. L. 451-3 al. 2.

117 C. com., art. L. 145-3.

118 Par exemple, spécialement si l'installation est en toiture, si l'emphytéote n'entretient pas cette dernière.

119 Cass. 3e civ. 14 novembre 2002, Bull. civ. III n°223; Defrénois 2003, art. 37676, n°10, obs. B. Grimonprez.

peut par ailleurs échapper à ses obligations en délaissant le fonds.

Si les droits d'un propriétaire sur son fonds lui permettent d'en disposer pour l'implantation d'une installation photovoltaïque, il en va différemment lorsque ce fonds est loué.

§ 2 - L'implantation sur un immeuble loué

Présentation de la question - Tant le bailleur que le preneur peuvent envisager l'implantation d'une installation solaire sur les lieux loués. Toutefois lorsque c'est le preneur qui envisage une telle installation, la situation est essentiellement susceptible de se rencontrer dans le cas où les lieux sont loués par l'effet d'un bail commercial (dont la durée est certes limitée à neuf ans mais avec droit au renouvellement) ou d'un bail rural voire d'un bail civil de droit commun mais d'une durée suffisante. En revanche, la durée d'un bail d'habitation est trop brève pour que le preneur envisage un tel investissement.

A) L'implantation à l'initiative du bailleur

Le bailleur peut-il installer une centrale solaire sur les lieux loués et tout particulièrement en toiture, sans l'accord du locataire¹²⁰ ? Peut-il céder ou donner à bail l'immeuble loué ou une partie de celui-ci à un tiers ?

1) Bailleur exploitant

Implantation d'une installation solaire sur les lieux loués - De manière générale, le Code civil¹²¹ prévoit que le bailleur est tenu des réparations autres que les réparations locatives, mais ne peut changer « la forme de la chose louée » durant le bail. Ces dispositions s'appliquent, avec des nuances parfois, à l'ensemble des baux.

Les réparations autres que les réparations locatives s'entendent de celles qui touchent à la structure et à la solidité de l'immeuble ainsi que celles qui sont utiles au maintien permanent du bon état de l'immeuble loué¹²². Ainsi le bailleur qui, à l'occasion de la réfection de la toiture du local loué, déciderait d'installer des panneaux solaires, paraît en droit de le faire. Une telle possibilité paraît bien impliquée par la loi Grenelle 2. Cette loi permet en effet aux organismes de HLM d'implanter des panneaux solaires aux fins de les exploiter. Par ailleurs elle autorise le bailleur à accéder aux locaux loués pour la réalisation de travaux d'amélioration des performances énergétiques. Cette disposition ne vaut cependant que dans le cadre d'un bail vert¹²³, c'est-à-dire pour des locaux à usage commercial ou tertiaire. On pourrait toutefois songer à étendre cette solution aux

120 Dans le cas d'une centrale solaire au sol, l'emprise de cette dernière diminue nécessairement la contenance des lieux loués et l'installation ne peut donc avoir lieu sans l'accord du locataire.

121 Art. 1720 et 1723.

122 Cass. 3e civ. 13 juillet 2005, n°04-13.764, Bull. civ. III, n°255.

123 Loi Grenelle 2, art. 8.

locaux à usages d'habitation¹²⁴.

Dans l'hypothèse de l'installation d'un chauffe-eau solaire et dans la mesure où cette installation s'inscrit dans un ensemble de travaux d'économie d'énergie dans un local à usage d'habitation, le bailleur pourrait d'ailleurs, sous certaines conditions, imputer une partie du coût au locataire bénéficiaire de cette amélioration¹²⁵.

Toutefois, et de manière plus générale, encore faut-il que les travaux - qu'il s'agisse de réparations ou de travaux non nécessaires - n'aient pas pour effet de changer la forme de la chose louée. Cette exigence qui se rattache à l'obligation qu'a le bailleur de garantir au locataire une jouissance paisible de l'immeuble, conduit à exclure le cas où l'installation porterait atteinte à l'utilité, aux avantages ou agréments sur lesquels le preneur a pu compter. Des aménagements sont donc permis notamment dans la mesure où ils permettent d'adapter les lieux loués au progrès technique. Tel paraît devoir être le cas de l'implantation de panneaux solaires¹²⁶ mais au-delà, tout dépend de la configuration des lieux et de l'usage qui en est fait par le preneur ; on ne peut exclure que l'implantation d'une centrale solaire sur une toiture puisse présenter des inconvénients pour le locataire, de nature à engager la responsabilité contractuelle du bailleur. Il paraît donc souhaitable pour le bailleur de faire figurer dans le bail une clause par laquelle il se réserve le droit d'effectuer ce type de travaux.

Cas particulier de l'installation sur un fonds agricole - L'hypothèse d'un bailleur souhaitant exploiter une installation solaire sur le fonds loué présente un intérêt particulier dans le cas où ce dernier a un caractère agricole. Dans le cadre du fermage, le propriétaire peut se réserver conventionnellement certaines prérogatives : outre le traditionnel droit de visite et le droit de chasse, il peut se réserver le droit de réaliser certains aménagements ; une installation solaire pourrait en faire partie. Dans le cas où aucune stipulation ne figurerait, on peut s'interroger sur la possibilité pour le bailleur de faire de tels travaux sans l'accord du locataire. Si, comme on l'a vu, le bailleur pourrait à l'occasion de la réfection du toit d'un bâtiment, travaux qui sont à sa charge, « en profiter » pour y implanter des panneaux solaires, il en va *a priori* différemment, lorsque de tels travaux ne sont pas nécessaires. Ou alors, il faudrait que la modernisation de l'exploitation ou du bâtiment l'implique, ce qui sera exceptionnel¹²⁷. De surcroît, encore faudra-t-il que l'installation n'entraîne pas de trouble de jouissance pour le preneur, c'est-à-dire n'entraîne pas de contraintes ou d'inconvénients dans l'usage

124 L'accès existe pour les travaux nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal des locaux loués (L. n°89-462 du 6 juillet 1989, art. 7 e).

125 Loi du 6 juillet 1989, art. 23-1.

126 De manière plus générale, la promotion des bâtiments à basse consommation et BEPOS à l'horizon 2020 conduira à des travaux d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments existants, qui peuvent passer par l'implantation de panneaux solaires photovoltaïques.

127 En ce sens, F. Roussel, « Installations photovoltaïques et droit rural : réforme en vue », Dr. rur. 2009, comm. 2.

agricole du bâtiment¹²⁸. Quant à l'implantation au sol, elle paraît exclue dans la mesure où elle impliquera nécessairement un changement de forme de la chose louée, l'implantation d'une centrale solaire paraissant difficilement compatible avec le maintien d'une autre activité; il faudra donc l'accord du locataire, qui pourra accepter moyennant une diminution partielle du fermage; un tel accord revient à une résiliation amiable partielle du bail rural, avec toutes les contraintes liées au contrôle des structures agricoles.

L'on peut aussi s'interroger sur la possibilité pour le bailleur de céder ou de louer à un tiers exploitant, la toiture du bâtiment objet du bail, pour l'implantation d'une centrale solaire.

2) Cession ou location d'une partie du fonds loué

Absence de locataire en place - Cette faculté existe incontestablement lorsqu'il n'y a pas de locataire en place au moment de la conclusion du contrat avec le tiers; dans ce cas la location ultérieure portera sur le bâtiment, à l'exclusion de la partie cédée ou loué au tiers (toiture).

Existence d'un locataire en place - En revanche, il ne sera pas possible au bailleur de céder ou de louer la toiture à un tiers, alors qu'un locataire occupe les lieux. L'obligation du bailleur de garantir une jouissance paisible au locataire est de nature à s'y opposer. Plus particulièrement, la cession ou la location de la toiture à un tiers constitue une modification de l'objet du contrat, plus précisément le changement de forme des lieux loués¹²⁹. Le bailleur devra donc nécessairement obtenir l'accord du locataire, qui pourra demander une diminution du loyer. La question se pose cependant différemment dans le cas d'une installation solaire implantée dans un immeuble collectif; la jouissance porte alors sur un local mais non pas sur la toiture; le bailleur (ou le syndicat de copropriété) devrait être en mesure de céder cette dernière à un tiers pour y implanter une installation photovoltaïque, même sans l'accord des locataires en place, la limite résidant dans les troubles de jouissance qui peuvent en résulter pour ces derniers, déjà évoqués.

S'agissant d'une implantation au sol, la question s'est d'ores et déjà posée à propos de l'implantation d'éoliennes sur un fonds affermé¹³⁰. La situation n'est toutefois pas identique car compte tenu de l'emprise au sol de l'installation photovoltaïque, l'activité paraît difficilement cumulable avec le maintien d'une autre utilisation du fonds, en pâturage par exemple, maintien concevable au contraire avec l'implantation d'éoliennes. Cependant dans ce dernier cas, la pratique s'est tournée vers une résiliation amiable du fermage consenti sur les

128 *Ibid.*

129 S'agissant du bail rural, F. Roussel, « Production d'énergie photovoltaïque et droit rural: quoi de neuf sous le soleil? », Dr. rur. 2008, Repère 7. À propos de la constitution d'une servitude de passage au profit d'un tiers sur la parcelle louée: Cass. 3e civ. 23 octobre 1991, Bull. civ. III, n°248.

130 Cf. M.-O. Gain, *Le droit rural, l'exploitant agricole et les tiers*, Litec, 2008, n°38.

terres concernées¹³¹; *a fortiori* en irait-il de même dans le cas de l'implantation d'une centrale solaire.

B) L'implantation à l'initiative du preneur

Le locataire peut-il installer une centrale solaire sur les lieux loués, sous-louer ceux-ci ou céder le bail sur tout ou partie des lieux loués à un exploitant aux fins de l'implantation d'une centrale solaire? Les deux hypothèses, qui concernent à titre principal les preneurs à bail commercial et à bail rural, qui bénéficient d'une emprise beaucoup plus importante sur les lieux loués, doivent être distinguées¹³².

1) Preneur exploitant

Présentation de la question - Le locataire peut souhaiter faire des économies ou tirer des revenus des lieux loués en installant une centrale solaire soit en toiture, soit au sol (dans le cas spécialement du preneur à bail rural). Cette possibilité relève de manière générale des droits et obligations du preneur. Aux termes de l'article 1728 du Code civil, le preneur est tenu de deux obligations principales: payer le loyer et surtout user de la chose en bon père de famille et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou que l'on peut présumer d'après les circonstances. Il en résulte en premier lieu que le preneur ne peut porter atteinte à «l'intégrité matérielle de la chose»¹³³ louée: il ne peut donc la modifier; par conséquent l'implantation de panneaux solaires en toiture ayant pour conséquence, en particulier lorsqu'ils y sont intégrés, de modifier physiquement la chose, est interdite au preneur. Peu importe au demeurant que la transformation apporte une plus-value à l'immeuble.

a) Bail d'habitation et bail commercial

Cas du bail d'habitation - Ainsi, en ce qui concerne le bail d'habitation, la loi de 1989 interdit-elle au preneur de réaliser des transformations dans les lieux loués sans l'accord écrit du bailleur¹³⁴; il peut en revanche réaliser des aménagements. La distinction entre aménagements et transformations tient dans le fait que les secondes touchent à la structure ou à la configuration des lieux loués et présentent en définitive un caractère irréversible. L'on pourrait ainsi envisager que soit considérée comme transformation, l'implantation de panneaux solaires en toiture, dès lors que ceux-ci remplacent la couverture, c'est-à-dire dans le cas où ils sont intégrés au bâti voire semi-intégrés. Dans l'hypothèse où les panneaux solaires se superposeraient à elle (ou seraient posés sur un toit en terrasse), il pourrait s'agir d'un simple aménagement, que le locataire serait autorisé à faire;

131 M.-O. Gain, *op. et loc. cit.*

132 Même si l'on constate que les opérateurs de ce secteur, notamment ceux qui louent des toitures ou des terrains pour y implanter des centrales solaires exigent en général que le bailleur potentiel soit propriétaire du bien loué.

133 J. Huet, *Contrats spéciaux*, préc. n°21184.

134 L. 6 juillet 1989, art. 7 f.

cependant l'importance des dispositifs de fixation paraît de nature à nuancer cette analyse. Au demeurant, en raison de la durée du retour sur investissement, l'implantation sur un immeuble à usage d'habitation paraît plus une hypothèse d'école qu'une hypothèse appelée à se développer dans l'avenir. Elle mérite en revanche plus d'attention s'agissant de preneurs à baux commerciaux ou ruraux qui par leur durée, permettent de manière plus réaliste un retour sur investissement.

Cas du bail commercial - Dans le cas du bail commercial toutefois, et en s'en tenant au cas où le local fait bien l'objet d'un bail commercial¹³⁵, il convient d'observer que l'implantation d'une centrale solaire dont la production est destinée à la revente pourrait être considérée comme une nouvelle activité pour le preneur; elle devrait donc répondre aux conditions de la déspecialisation. Or l'article L. 145-47 du Code de commerce n'admet que des activités connexes ou complémentaires à celles prévues par le bail, c'est-à-dire des activités qui présentent un lien avec celles mentionnées au bail; ce qui ne sera en général pas le cas de l'activité de production d'énergie solaire par rapport à celle exercée par le commerçant titulaire du bail.

b) Bail rural

Difficultés liées à la destination des lieux loués - En ce qui concerne les baux ruraux et spécialement le fermage¹³⁶, la question se pose différemment. Si le preneur a comme tout locataire, l'obligation de respecter la destination de la chose louée (qui se double de celle d'exploiter en bon père de famille), il dispose *a priori* d'une plus grande latitude dans la détermination des activités pratiquées sur le fond. Le preneur peut ainsi avoir une activité secondaire et peut aménager le fonds, dans certaines limites.

L'article L. 411-1 du Code rural énonce que le fermage est « la mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole définie par l'article L. 311-1 ». La destination de l'immeuble objet du bail rural doit donc être une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural. Or on a vu que cette disposition ne permettait pas en principe de considérer comme telle une activité de production d'énergie photovoltaïque. Toutefois, la loi Grenelle 2 a envisagé la possibilité pour une personne morale relevant du Code rural, preneur à bail rural, d'implanter une centrale photovoltaïque sur les lieux loués aux fins d'exploitation. La rédaction de cette phrase, ajoutée au fil de la discussion, est extrêmement maladroite¹³⁷.

135 Ce qui exclut les locaux qui ne seraient pas l'annexe voire l'accessoire d'un local où s'exerce l'activité commerciale (un entrepôt, p. ex.).

136 Principal bail rural et archétype du genre, il sera le seul étudié ici. Par ailleurs, particulièrement les baux de longue durée (baux à long terme, baux de carrière) où, compte tenu justement de cette durée, la question est *a fortiori* pertinente, obéissent du point de vue des règles ici étudiées, aux mêmes règles que le fermage.

137 *Supra* Section 1, §1, A, 2, a.

Même si l'on admettait la possibilité pour un exploitant agricole de diversifier ses activités vers la production d'énergie photovoltaïque, encore faut-il qu'en tant que locataire, il puisse implanter la centrale - en toiture ou au sol¹³⁸ - sur le fonds loué. Or si la possibilité pour lui de se diversifier existe, encore faut-il qu'elle ne remette pas en cause la destination agricole du fonds¹³⁹, ce qui sera particulièrement le cas si l'activité non agricole - ici l'exploitation d'énergie renouvelable - revêt un caractère principal par rapport à l'activité agricole proprement dite, auquel cas la résiliation du bail est encourue sur le fondement de l'article L. 411-27 du Code rural¹⁴⁰. Dans le cas où cette activité resterait secondaire, elle pourrait encore donner lieu à résiliation si elle compromettrait la bonne exploitation du fonds¹⁴¹. Là encore, la question n'est envisagée que de manière très partielle par la loi Grenelle 2¹⁴². Cette dernière prévoit en effet que les sociétés civiles visées par les dispositions du Code rural peuvent exploiter une installation photovoltaïque « dont les générateurs sont fixés ou intégrés aux bâtiments dont elles sont propriétaires (...), y compris lorsque l'exploitant agricole dispose des bâtiments dans le cadre d'un bail rural ». Au-delà de sa médiocrité rédactionnelle, cette disposition paraît signifier que lorsque le preneur à bail rural, exploitant agricole, est une personne morale, il pourra implanter sur la toiture des bâtiments loués, une installation solaire pour en tirer un revenu¹⁴³. Il ressort des travaux parlementaires que le bailleur devra donner son accord à l'implantation d'une telle installation¹⁴⁴.

Régime des travaux d'implantation - Par ailleurs ces dispositions devront être conjuguées avec celles relatives aux travaux que le preneur peut être autorisé à effectuer sur le fonds. En effet, la diversification vers l'implantation d'une centrale photovoltaïque suppose que le preneur puisse faire les travaux y afférant, tout en bénéficiant au terme du bail de l'indemnité due au preneur sortant¹⁴⁵. De manière générale, le preneur, tenu d'exploiter, doit pouvoir engager les travaux nécessaires pour adapter ou modifier les conditions d'exploitation du fonds; cependant, il est également nécessaire de préserver les droits du bailleur. De la conciliation de

138 Même si comme il a déjà été souligné, ce n'est pas la voie vers laquelle les pouvoirs publics s'orientent, comme en témoigne encore la loi Grenelle 2.

139 Rép. min. n°28467: JO Sénat Q 25 décembre 2008, 2605; JCP N 2009, act. 116.

140 V. *Rép. Civ.* Baux ruraux, n°282.

141 Encore faut-il que le bail ne comporte pas d'interdiction de l'exercice d'une activité commerciale dans les lieux loués, auquel cas la réponse ne souffre aucune discussion: le juge serait en droit de faire interdiction au preneur de poursuivre l'activité et même lui imposer le démantèlement de l'installation (En ce sens, F. Roussel, « Installation d'équipements photovoltaïques et baux ruraux... », préc.).

142 Il apparaît même dans les travaux parlementaires que « le droit commun des baux ruraux continue à s'appliquer » (Rapp. AN n°2449, 198) et notamment donc l'article L. 411-27.

143 Il bénéficiera des conditions de rachat prévues par l'article 10 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000.

144 Rapp. AN n°2449, 198.

145 C. rur., art. L. 411-69.

ces intérêts, résulte un régime complexe selon la nature des travaux. C'est l'article L. 411-73 du Code rural qui régit la procédure à respecter s'agissant des travaux d'aménagement du fonds, en l'absence de clause du bail¹⁴⁶. Il convient d'abord d'observer que sont envisagés les travaux d'amélioration du fonds et même s'il est difficile de prédire la solution qui sera retenue, il est vraisemblable que des travaux tendant à l'implantation d'une centrale solaire, seront considérés comme tels, au regard des incitations dont ils font par ailleurs l'objet (ce sera indiscutablement le cas de l'implantation de panneaux solaires destinés à assurer l'alimentation électrique ou le chauffage d'un bâtiment ou de l'eau alimentant ce dernier)¹⁴⁷.

Le premier régime envisagé est celui dans lequel le preneur peut engager les travaux sans l'accord préalable du bailleur ; mais il doit informer ce dernier deux mois avant leur exécution en lui fournissant un devis estimatif ; le bailleur peut soit décider de les prendre à sa charge, soit en cas de désaccord, saisir le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR) pour des motifs sérieux et légitimes. En l'absence d'opposition, si le tribunal a déclaré la demande irrecevable ou a débouté le bailleur ou si ce dernier n'a pas effectué les travaux qu'il s'était engagé à prendre à sa charge dans un délai d'un an, le preneur peut exécuter ou faire exécuter les travaux.

Sont envisagés par cette disposition¹⁴⁸, les travaux d'amélioration des bâtiments d'exploitation et des ouvrages incorporés au sol. Si l'on peut imaginer que le remplacement de la toiture d'un bâtiment par une toiture photovoltaïque soit considéré comme tel, encore faut-il selon l'article L. 411-73 du Code rural qu'ils figurent sur une liste établie par arrêté préfectoral après avis de la commission consultative des baux ruraux. Ce n'est *a priori* pour l'heure pas le cas des travaux d'implantation solaire mais ce type de travaux pourrait y être inclus.

Sont ensuite envisagés les travaux dont la période d'amortissement calculée conformément aux règles de l'article L. 411-71 ne dépasse pas de plus de six ans la durée du bail (étant entendu qu'il est tenu compte d'un renouvellement ou d'une prorogation du bail). Tout dépendra dès lors de la date d'installation de la centrale photovoltaïque par rapport à la fin du bail.

Le deuxième régime susceptible de concerner les centrales photovoltaïques sera celui envisagé par l'article L. 411-73 3°, c'est-à-dire celui applicable aux autres

146 Procédure qui permettra une indemnisation du preneur sortant (C. rur., art. L. 411-69).

147 De manière générale la loi n°2009-967 du 3 août 2009 (Grenelle 1) énonce en son article 31, les objectifs quantitatifs et qualitatifs à atteindre par l'État dans le domaine de l'environnement parmi lesquels l'accroissement de la maîtrise énergétique des exploitations agricoles ; l'implantation de panneaux solaires peut être un moyen d'atteindre cet objectif. Un plan de performance énergétique des exploitations agricoles a aussi été lancé qui comprend notamment la détection dans chaque exploitation de la possibilité de produire des énergies renouvelables (Dr. rur. 2009, alerte 30).

La loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche n'envisagez pour sa part que le régime des travaux d'installations destinées à la production et, le cas échéant, la commercialisation de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation (art. 59).

148 Le premier cas est ici hors de propos.

améliorations, pouvant concerner les installations solaires. C'est désormais le cas des travaux d'implantation de constructions destinées à la production et, le cas échéant, la commercialisation de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation¹⁴⁹ et l'on pourrait concevoir qu'il en aille de même pour les travaux d'implantation d'une centrale solaire. Aux termes de cette disposition, le preneur doit obtenir l'autorisation du bailleur. Il doit lui notifier sa proposition ainsi qu'à un comité technique départemental. Le bailleur peut décider d'exécuter les travaux à ses frais ; en cas de silence ou de refus, le preneur informe le comité technique qui émet un avis que le bailleur peut contester devant le TPBR. Si aucune opposition n'a été manifestée par le bailleur à l'avis du comité technique ou si le TPBR n'a pas admis la recevabilité ou le bien-fondé de l'opposition du bailleur ou si ce dernier n'a pas effectué les travaux qu'il s'était engagé à exécuter, le preneur peut effectuer les travaux.

Il doit bien évidemment dans tous les cas solliciter les autorisations nécessaires. En fin de bail, certains des éléments qui conditionnent l'exploitation seront susceptibles d'être transmis, au nouvel exploitant en tant qu'accessoire du bail¹⁵⁰, d'autres *a priori* non¹⁵¹.

On peut aussi s'interroger à l'inverse sur les obligations du preneur à bail d'une exploitation sur laquelle est implantée une installation solaire, même si ce cas de figure ne se présente guère encore. Ce preneur sera alors tenu des obligations de tout preneur à bail dans le cadre rural : celui d'entretenir l'installation (réparation locative) et de l'exploiter en bon père de famille.

2) *Sous-location et cession de bail, mise à disposition*

Cession - Le locataire peut envisager de céder le bail sur une partie des lieux loués ou sous-louer à un exploitant aux fins d'y implanter une installation solaire. Si le principe de la cession de bail est admis en droit commun¹⁵², elle est écartée dans le cadre des baux d'habitation¹⁵³ et dans celui du bail rural¹⁵⁴. Quant au bail commercial, sa cession ne peut être interdite par le bailleur lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une cession de fonds de commerce. Or l'exploitant d'une installation solaire n'entendra pas reprendre l'entièreté du fonds de commerce mais uniquement être en mesure d'implanter son installation pour exercer une

149 C. rur., art. L. 411-73 dans sa rédaction issue de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche.

150 Comme peuvent l'être des quotas de production ou les DPU.

151 La question s'est notamment posée de la transmission des autorisations d'exploitation lorsque le bail est repris par un descendant du preneur (Rapport AN n°2449, 200) : *Infra* Titre 2, Chap. 1, Sect. 1, § 1, B.

152 C. civ. art. 1717. Mais en pratique, il est fréquent que les baux l'excluent ou la subordonnent à l'accord du bailleur.

153 L. 6 juillet 1989, art. 8.

154 C. rur., art. L. 411-35 al. 1^{er}. L'interdiction est d'ordre public, ce qui manifeste sa force.

activité qui n'a pas de caractère commercial. Enfin, ce qui est cédé est le bail¹⁵⁵, portant donc sur la totalité des lieux loués ; à cet égard, la cession de bail paraît inadéquate. En droit rural plus particulièrement le droit au bail peut être apporté par le preneur avec l'accord du bailleur¹⁵⁶ à une société civile d'exploitation agricole ou à un groupement de propriétaires ou d'exploitants. On pourrait imaginer alors que le preneur apporte le bail sur les lieux loués à une société créée en vue de l'exploitation d'une installation solaire. Cette possibilité se heurte ici outre le caractère « total » de la cession, à l'objet social de la personne morale. Cet obstacle pourrait toutefois être levé puisque nous avons vu que la loi Grenelle 2 admet qu'une société civile agricole puisse être exploitante d'une installation photovoltaïque.

Sous-location et mise à disposition - Quant à la sous-location, comme la cession, elle est admise en principe en droit commun mais le régime des baux spéciaux y déroge généralement ; ainsi est-elle interdite dans le cadre du bail d'habitation et du bail commercial, sauf accord écrit du bailleur¹⁵⁷ ou stipulation contraire¹⁵⁸. En droit rural également, la sous-location est interdite¹⁵⁹ ; un preneur à bail ne pourrait donc sous-louer la toiture d'un bâtiment ou une partie des terres mises à sa disposition, à un exploitant de centrale solaire¹⁶⁰. Toutefois des exceptions et tempéraments existent à cette interdiction de principe.

En premier lieu est autorisée la sous-location de certaines parcelles, lorsqu'il s'agit de permettre au preneur une meilleure exploitation¹⁶¹ ; il s'agira donc souvent de parcelles éloignées du centre de l'exploitation. L'objet de cette sous-location est donc bien circonscrit et l'implantation d'une centrale solaire ne paraît pas en relever.

En second lieu et surtout, existe également une possibilité de mise à disposition du fonds loué par le preneur à une société dans laquelle il est associé¹⁶². Il n'y a pas d'apport puisque le preneur reste seul titulaire du bail et tenu des obligations afférentes, en particulier l'obligation de payer les fermages et d'exploiter (plus précisément de participer effectivement à la mise en valeur des lieux loués) ; il n'est donc pas nécessaire de recueillir ici l'accord du bailleur¹⁶³.

155 La cession est d'ailleurs analysée par la jurisprudence comme une cession de créance avec transfert à la charge du cessionnaire de l'obligation de payer le loyer et d'exécuter les conditions de la location Cass. soc. 12 novembre 1954, D. 1955, 22.

156 L'apport réalisé sans son agrément permet au bailleur de demander la résiliation du bail (C. rur., art. L. 411-31 II).

157 L. 6 juillet 1989, art. 8.

158 C. com. art. L. 145-31 ; le bailleur sera alors appelé à concourir à l'acte.

159 C. rur., art. L. 411-35, al. 2.

160 Cf. à propos d'éoliennes, M.-O. Gain, *Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres*, Litec, 2e éd. 2008, n°19.

161 C. rur., art. L. 411-39.

162 C. rur., art. L. 411-39-1.

163 Il doit seulement en être informé. Il en ira différemment lorsqu'il s'agira d'implanter les panneaux solaires sur les lieux loués, comme vu précédemment.

L'obstacle peut tenir là encore à l'objet social puisque la société doit avoir un objet principalement agricole et son capital doit être détenu en majorité par des personnes physiques. La loi Grenelle 2 n'a envisagé que la situation d'une personne morale titulaire d'un bail rural et non de celle qui serait bénéficiaire d'une mise à disposition; ce contrat de mise à disposition paraît de fait peu adapté à l'implantation d'une centrale solaire photovoltaïque.

Section2 - Les garanties relatives au financement des installations

Problématique des sûretés et autres garanties - Si les formules d'emprunt à des taux attractifs ou encore le crédit d'impôt constituent des mesures incitatives assez fortes, il demeure que l'acquisition et l'installation des panneaux photovoltaïques représentent une dépense d'investissement relativement conséquente. Il est donc très probable qu'un tel projet implique un concours bancaire. Or, l'organisme prêteur est en droit d'exiger que l'emprunteur lui fournisse des garanties, puisées dans le droit commun. Il n'existe pas en effet de modalités de garantie propres au financement d'une installation de panneaux photovoltaïques. Pour autant, un tel projet peut susciter des interrogations en droit des sûretés.

Les panneaux solaires sont des biens susceptibles de constituer l'assiette d'une sûreté réelle ou d'intégrer l'assiette d'une telle sûreté¹⁶⁴. À cet égard, il s'agit de vérifier que les différents modèles de sûretés sont adaptés à ce type particulier de bien dont la nature juridique est très variable: le choix de leur qualification juridique n'est pas aisé, du moins lorsqu'il est procédé à leur installation. Il a été clairement mis en évidence que chaque type d'installation peut donner lieu à une qualification distincte. Pour autant, excepté le cas d'une installation intégrée au bâti pour laquelle la qualification immobilière devrait s'imposer, les autres hypothèses paraissent nettement plus rétives à toute tentative de systématisation, dès lors que les qualifications proposées ne sont pas exclusives. Or, la nature mobilière ou immobilière des panneaux photovoltaïques peut conditionner le choix de la sûreté et son régime¹⁶⁵, même si la qualification n'est pas toujours décisive.

Au cours des développements précédents, deux cas de figure ont été présentés, distinguant l'exploitant propriétaire du tiers exploitant. Or, sous le prisme du droit des sûretés, cette distinction mérite à nouveau d'être approfondie: les principales garanties que l'exploitant peut offrir au prêteur dépendent de sa qualité de propriétaire du fonds ou, notamment, de preneur à bail. Ainsi, en principe, seul l'exploitant propriétaire du fonds peut proposer au prêteur une inscription hypothécaire (§ 1). Néanmoins, certaines techniques immobilières

164 Il sera pas fait état au cours de ce développement des sûretés personnelles, notamment du cautionnement qui ne soulève aucune problématique particulière lors du financement d'une installation de panneaux photovoltaïques.

165 En ce sens, v. E. Ravanis, «Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques», JCP N 2009, 1275.

confèrent à l'exploitant, non propriétaire, un droit réel susceptible d'hypothèque (§ 2).

§ 1 - Les sûretés offertes par l'exploitant propriétaire du fonds

Type d'installation et nature des sûretés - La nature des sûretés qui peuvent être offertes par l'exploitant propriétaire du fonds est liée au type d'installation envisagée. Selon que le propriétaire exploitant envisage une installation intégrée au bâti, en sur-imposition ou au sol, les sûretés qu'il est en mesure de proposer à l'organisme prêteur ne sont pas toutes semblables.

A) L'installation intégrée au bâti

1) Techniques à éviter

Sûretés mobilières - Lorsque les panneaux photovoltaïques sont intégrés au bâti, la qualification d'immeuble par incorporation n'est guère douteuse. Les sûretés portant sur des meubles corporels ne paraissent donc pas adaptées, qu'il s'agisse des privilèges mobiliers¹⁶⁶, du gage de meubles corporels ou encore de la clause de réserve de propriété. Du moins l'affirmation ne vaut que si l'on prend pour postulat que le panneau solaire relève de l'assiette de la sûreté. En ce sens, l'incorporation des biens dans l'immeuble ruine tout espoir pour le créancier de pouvoir tirer profit de sa sûreté, dont l'assiette serait constituée par le panneau photovoltaïque ainsi incorporé.

Le privilège du vendeur s'éteint lorsque le bien vendu subit une transformation juridique, notamment s'il est incorporé à un immeuble¹⁶⁷. Dès lors, le vendeur, mais également le prêteur éventuellement subrogé conventionnellement dans les droits de ce dernier¹⁶⁸, ne peuvent plus invoquer un quelconque droit de préférence.

Le gage s'entend, dans notre hypothèse, sans dépossession. Partant, le constituant « n'est plus totalement maître de son bien »¹⁶⁹. L'obligation de conserver la chose, qui pèse classiquement sur le créancier dans un gage avec dépossession, repose donc sur le constituant : il est donc tenu de conserver la chose en l'état¹⁷⁰. Or, si l'hésitation est permise s'agissant de la nature exacte de la pose intégrée d'un panneau solaire - acte d'administration ou de disposition -, il ne peut s'agir

166 Dans cette hypothèse de sûreté légale, il ne s'agit pas de savoir si les parties peuvent y avoir recours mais de déterminer si le vendeur, par exemple, peut compter sur la garantie.

167 V. not., H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III / Premier volume, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, par Y. Picod, n° 188 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006, n° 605 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 8^e éd., 2007, n° 876.

168 Le vendeur peut, au moment du paiement, délivrer une quittance subrogative au prêteur, conformément à l'article 1250, 1^o du Code civil.

169 M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 749.

170 Art. 2344, al.2, Code civil.

d'un acte de conservation¹⁷¹. Cette sûreté présente donc un double inconvénient : non seulement elle ne permet pas de garantir efficacement le remboursement de l'emprunt¹⁷², mais encore le constituant, par essence, ne peut satisfaire à son obligation de conservation de la chose¹⁷³.

Quant à la propriété réservée, les dispositions du Code civil ne souffrent aucune ambiguïté : « l'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage »¹⁷⁴. *A contrario*, les droits du créancier sont sacrifiés lorsque la séparation des biens cause un dommage. Or, si l'on peut concevoir qu'un panneau photovoltaïque puisse être enlevé sans qu'il soit porté atteinte à son intégrité, l'immeuble, perdant un élément qui assure l'étanchéité de l'édifice, subit nécessairement un dommage. Dans le cas de l'intégration du panneau photovoltaïque au bâti, la transformation du bien devrait faire obstacle à l'action en revendication du créancier réservataire¹⁷⁵. Dès lors, ni le vendeur réservataire, ni le prêteur subrogé ne peuvent revendiquer efficacement le bien et la disparition du bien en nature ne donne naissance à aucune créance subrogée au bien¹⁷⁶. L'incorporation résultant d'une « donnée matérielle objective »¹⁷⁷, peu importe donc l'absence d'identité de propriétaire des panneaux solaires et de l'immeuble dans lequel ils sont incorporés¹⁷⁸. Cette

171 *Supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

172 Le créancier ne peut ni poursuivre la vente forcée du bien (art. 2346 C. civ.), ni opter pour l'attribution judiciaire du bien (art. 2347, al. 1^{er} C. civ.) ou encore mettre en œuvre un éventuel pacte commissaire (art. 2348, al. 1^{er} C. civ.).

173 Le non-respect de l'obligation de conservation par le constituant permet donc au créancier de se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou de solliciter un complément de gage (art. 2344, al. 2 C. civ.). En outre, le débiteur n'est pas à l'abri d'une sanction pénale s'il modifie la nature juridique du bien remis au titre d'un gage, fût-il sans dépossession : il peut, en effet, être fait application de l'article 314-5 du Code pénal qui incrimine le détournement d'objet remis en gage.

174 L'article 2370 du Code civil conditionne donc la revendication de la chose à l'existence en nature du bien, ce qui est conforme au droit commun de la revendication des choses mobilières et qui trouvait déjà une expression au sein de l'article L. 624-16, al. 2, du Code de commerce dans le cadre d'une procédure collective. V. not. F. Pérochon, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, juillet 2009, dossier 22.

175 V. dans un contexte de procédure collective, Cass. com., 6 janv. 1987, Bull. civ. 1987, IV, n° 4 ; D. 1987, 242, note J. Prévault ; Cass. com., 2 mars 1999, Bull. civ. 1999, IV, n° 50 ; JCP G 1999, II, 10180, note C. Cutajar. La seule issue pour le créancier réservataire serait d'invoquer la nature fungible du bien, ce qui, d'un point de vue strictement juridique, est discutable et d'un point, de vue pragmatique, très improbable, dès lors que la revendication supposerait que des biens de même nature soient détenus par le débiteur ou pour son compte (art. 2369 C. civ.).

176 Au sens de l'article 2372 du Code civil qui vise l'hypothèse de la vente à un tiers acquéreur ou celle du sinistre dans lequel disparaît le bien.

177 M.-C. de Lambertye-Autrond, J.-Cl. Civil Code, art. 517 à 521, Fasc. unique : *Biens.- Classifications tripartite des immeubles.- immeubles par nature*, 2007, n° 70 et 71.

178 Le transfert de propriété étant retardé jusqu'au complet paiement du prix. V. not., M. Farge, *Les sûretés*, PUG, 2007, n° 324 et s.

condition n'a d'intérêt qu'au regard de l'immobilisation par destination¹⁷⁹.

2) Techniques concevables

Hypothèque conventionnelle classique - Rien ne s'oppose à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle pour garantir les sommes empruntées. Il ne s'agit pas, ici, de déterminer si l'hypothèque peut être prise sur les panneaux solaires : dès lors que ces derniers sont intégrés, l'hypothèque porte sur l'ensemble de l'immeuble. Par ailleurs, la nature du prêt contracté importe peu. En effet, lorsqu'un particulier a recours à un crédit bancaire, les dispositions du Code de la consommation sont applicables. Néanmoins, il importe de s'assurer qu'une hypothèque peut être inscrite quelle que soit la nature du prêt, mobilier¹⁸⁰ ou immobilier. Le coût global des travaux conditionne le régime : antérieurement à la transposition de la directive européenne du 23 avril 2008, si les dépenses de construction ou d'amélioration de l'immeuble étaient inférieures à la somme de 21 500 euros, les règles du crédit à la consommation devaient être respectées¹⁸¹. En revanche, les dépenses supérieures à cette somme conduisaient à la mise en œuvre des dispositions du crédit immobilier¹⁸². Cette dualité de régime n'avait pas d'incidence, en théorie, sur la constitution d'une hypothèque, dès lors que l'article L. 311-3 du Code de la consommation n'excluait pas le crédit hypothécaire du champ du crédit à la consommation.

Conséquences de la transposition de la directive européenne du 23 avril 2008 - La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs entend exclure de son champ d'application le crédit hypothécaire. Toutefois, les rédacteurs prennent soin de préciser que « les contrats de crédit ne devraient pas être exclus du champ d'application de la présente directive du simple fait qu'ils visent à rénover un immeuble existant ou à en augmenter la valeur »¹⁸³. Une telle délimitation du champ de la directive ne conduit pas le législateur national à écarter nécessairement la faculté de garantir un crédit à la consommation par une hypothèque. D'ailleurs, le texte récemment adopté, visant à transposer la directive, ne prévoit pas une telle exclusion¹⁸⁴. La loi

179 *Infra* B.

180 Notamment pour le financement des installations des particuliers.

181 Art. L. 311-3 4° c) ancien Code de la consommation, sous réserve que le prêt contracté ne soit pas supérieur à la somme de 21 500 €, conformément à l'article L. 311-3 2° du même code.

182 Art. L. 312-2 1° c) ancien Code de la consommation. V. not., S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, n° 306.

183 Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, NOR: 308L0048: JOUE n°133 du 22 mai 2008, p. 66; V. not., G. Raymond, « Directive 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation.- Premières approches », *Contr. Conc. Cons.* n°7, juillet 2008, étude 9.

184 Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, NOR: ECEX0906890L, JO n° 0151 du 2 juillet 2010 page 12001, texte n° 1. Si l'on se reporte à l'exposé des motifs, on constate que le projet de loi « propose d'étendre, comme c'est le cas aujourd'hui, les règles de protection des consommateurs applicables au crédit à la consommation aux contrats garantis

vient modifier le champ d'application du crédit à la consommation et du crédit immobilier.

S'agissant du crédit à la consommation, aux termes de la rédaction modifiée de l'article L. 311-3 du Code de la consommation, sont exclues :

« 1° Les opérations de crédit destinées à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété ou de jouissance d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire, *y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien du terrain ou de l'immeuble ainsi acquis*;

2° Les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 € ou supérieur à 75 000 €, à l'exception de celles, mentionnées à l'article L. 313-15, ayant pour objet le regroupement de crédits (...) ».

L'article L. 312-2, 1°, du code de la consommation, délimitant le champ d'application du crédit immobilier est ainsi rédigé :

« 1° Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation :

a) Leur acquisition en propriété ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété, *y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis* ;

b) Leur acquisition en jouissance ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance, *y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis* (...) ».

Lorsque les dépenses de réparation, d'amélioration et d'entretien de l'immeuble ou du terrain sont liées à une acquisition immobilière¹⁸⁵, les dispositions relatives au crédit à la consommation ne s'appliquent pas. En revanche, les mêmes dépenses engagées par une personne déjà propriétaire de son bien sont soumises au crédit à la consommation, sous réserve qu'elles n'excèdent pas 75 000 euros, auquel cas, il s'agit de se conformer aux textes relatifs au crédit immobilier. Or, pour un particulier, le coût moyen d'une installation de panneaux photovoltaïques intégrés au bâti étant inférieur à ce montant, le professionnel sera tenu, le plus souvent, de respecter les prescriptions du crédit à la consommation. Par ailleurs, le relèvement du seuil du crédit à la consommation est de nature à susciter un intérêt pour les garanties hypothécaires, sous réserve que les conditions formelles, relativement contraignantes¹⁸⁶, et son coût ne s'avèrent pas dissuasifs pour les parties.

par une hypothèque, crédits sans intérêts et sans autre frais d'une durée supérieure à trois mois, locations avec option d'achat ».

185 Le texte emploie l'adverbe « également ». En faveur de cette interprétation, v. F. Loos, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant réforme du crédit à la consommation, n° 2150, p. 65 et 66.

186 V. not., M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 876.

Hypothèque rechargeable (convention de recharge) - L'hypothèque rechargeable, ou du moins la convention de recharge, paraît, en théorie, adaptée d'autant plus que les inconvénients mentionnés plus haut - formalités, coût -, sont quelque peu atténués. Il ne fait aucun doute, pour l'heure, que cette sûreté peut être affectée en garantie d'un crédit à la consommation¹⁸⁷, sous réserve du respect du formalisme imposé par les articles L. 313-14 et suivants du Code de la consommation¹⁸⁸. Le montant de l'emprunt, même modeste, n'est pas un obstacle, bien au contraire, à l'utilisation d'une telle garantie, qui précisément a été conçue pour favoriser la consommation en facilitant la mobilisation du patrimoine immobilier. Par ailleurs, il pourrait être soutenu que le prêteur prend un risque limité, dès lors que l'installation envisagée apporte une plus value à l'immeuble. Dans l'immédiat, à n'en pas douter; mais à plus long terme, l'affirmation doit être nuancée: la durée pendant laquelle les panneaux présentent un rendement intéressant est limitée dans le temps¹⁸⁹. Partant, il n'est pas évident que l'amélioration apportée à l'immeuble soit pérenne¹⁹⁰. La convention de recharge bénéficiant à l'établissement qui finance le projet de l'installation photovoltaïque implique naturellement que l'hypothèque souscrite initialement soit rechargeable¹⁹¹. Par conséquent, il est probable que, dans l'immédiat, cette sûreté soit peu utilisée.

Prêt viager hypothécaire - Le prêt viager hypothécaire s'inscrit dans la même logique que l'hypothèque rechargeable, mais les effets sont radicalement différents, dès lors que le remboursement du prêt garanti par l'hypothèque ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur¹⁹². Cette opération, strictement encadrée par le Code de la consommation aux articles L. 314-1 et suivants, présente l'intérêt pour l'emprunteur de se ménager du crédit sans avoir à supporter le poids d'un remboursement. De plus, à l'instar de l'hypothèque rechargeable, le prêt viager hypothécaire est adapté aux emprunts modérés. Pour autant, il n'est pas évident que sa finalité soit en adéquation avec le financement d'une installation de panneaux photovoltaïques: cet instrument a en effet été conçu pour permettre aux personnes âgées ou souffrant de problèmes de santé

187 À l'exception du crédit utilisable par fraction (revolving) prévu par l'article L. 311-9 C. Cons.

188 Toutefois, ce domaine n'est pas exclusif, dès lors que le principe d'une telle hypothèque est posé dans le Code civil à l'article 2422.

189 La durée moyenne d'utilisation, selon les constructeurs, est de l'ordre de 20 à 25 ans.

190 On pourrait même concevoir que la vente d'un immeuble dans lequel sont incorporés des panneaux solaires qui ne fonctionnent plus ou qui ne présentent pas des garanties de rendement satisfaisantes soit rendue plus délicate.

191 À noter, néanmoins, la faculté de transformer, par avenant, la dernière hypothèque inscrite avant le 25 mars 2006 en hypothèque rechargeable, v. Ord. n° 2006-246 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 59; décr. n° 55-1350 du 14 oct. 1955, art. 57-3. V. not., D. Houtcieff, J.-Cl. Civil Code, art. 2421 à 2423, Fasc. 20: *L'hypothèque rechargeable*, 2007, n° 31.

192 En outre, le remboursement peut être exigé lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.

d'avoir accès au crédit, afin de limiter leurs risques de dépendance économique et d'améliorer leurs conditions de vie. Le prêt viager hypothécaire ne vise donc pas, de prime abord, l'investissement dans l'énergie photovoltaïque. Toutefois, outre le fait que, juridiquement, rien n'interdit d'user de cet instrument¹⁹³, un tel investissement permet de réaliser des économies d'énergie substantielles et même d'en tirer des revenus, accroissant ainsi le pouvoir d'achat du propriétaire. Les objectifs du législateur ne sont donc plus si éloignés. Par ailleurs, les héritiers qui devront supporter le poids de la dette trouveront dans le patrimoine du défunt un immeuble équipé de panneaux photovoltaïques de nature à lui conférer une plus-value, sous réserve toutefois que le prêt n'ait pas été contracté bien antérieurement au décès¹⁹⁴.

Difficultés liées à l'assiette de la sûreté et conflits entre créanciers hypothécaires

- Les panneaux solaires intégrés au bâti constituent des améliorations, au sens de l'article 2397 du Code civil. Dès lors, si une inscription hypothécaire a été antérieurement prise, pour garantir, par exemple, le financement octroyé en vue de l'acquisition de l'immeuble, cette hypothèque, pourtant inscrite antérieurement, s'étend à ces améliorations. En d'autres termes, l'assiette de la sûreté s'accroît au bénéfice, en priorité, du créancier dont l'hypothèque a été inscrite la première. Dans notre hypothèse, le prêteur ne peut donc prétendre, sous réserve d'une cession d'antériorité¹⁹⁵, à une priorité de rang. L'hypothèque rechargeable conduit au même constat, du moins si l'immeuble a fait l'objet d'une seule affectation hypothécaire. En revanche, si plusieurs inscriptions ont été prises, le fait de recharger la première hypothèque peut s'avérer avantageux pour le créancier qui va primer ainsi les créanciers de second rang et plus généralement tous les créanciers de rang inférieur¹⁹⁶.

Défaillance du débiteur : hypothèse particulière de l'attribution de l'immeuble

- L'attribution judiciaire ou contractuelle (pacte comissoire) est prévue par les articles 2458 et 2459 du Code civil. Pour autant, cet exercice particulier du droit de préférence est expressément exclu en présence d'une hypothèque inscrite sur un immeuble constituant la résidence principale du débiteur. Or, il est probable que la majorité des particuliers qui investissent dans l'énergie photovoltaïque équipent, de fait, leur résidence principale. S'agissant plus précisément du pacte comissoire, l'article 2459 du Code civil énonce que la clause est sans effet : il conviendrait donc de se placer au moment de la réalisation pour apprécier

193 À noter tout de même que le bien immobilier hypothéqué doit être à usage exclusif d'habitation.

194 Il faut prendre en considération la durée limitée dans le temps de l'installation.

195 En application de l'article 2424 al. 2 C. Civ. Le premier créancier hypothécaire peut accepter de céder son rang s'il estime que l'installation envisagée accroît la valeur de l'immeuble.

196 Toutefois, il convient de prendre en considération les dispositions transitoires : si la dernière hypothèque inscrite avant le 25 mars 2006 peut être transformée, par avenant, en hypothèque rechargeable, l'avenant est inopposable aux créanciers qui ont inscrit une hypothèque avant la date de publication de l'ordonnance du 23 mars 2006 et à ceux qui ont procédé à une inscription entre cette date et celle de l'inscription de l'avenant.

si l'immeuble constitue ou non la résidence principale du débiteur¹⁹⁷. À noter que, conformément à l'article L. 314-13 du Code de la consommation, seul le prêt viager hypothécaire ne fait pas obstacle à la conclusion d'un tel pacte comissoire¹⁹⁸.

Nantissement de créance - Il est encore envisageable d'avoir recours au nantissement de créance de droit commun, dont le domaine d'application est très vaste : l'exploitant peut consentir au prêteur un nantissement sur les créances, qui prendront naissance à l'occasion du contrat de vente conclu avec le distributeur (EDF ou distributeur non nationalisé), prévoyant la production et l'achat d'électricité. La conclusion du nantissement impose un écrit (acte authentique ou sous seing privé)¹⁹⁹. L'article 2356 du Code civil ne fait pas obstacle au nantissement de créances futures, dès lors qu'elles peuvent être individualisées. En l'absence de définition des créances futures dans le Code civil, un auteur²⁰⁰ a proposé d'étendre par analogie la définition qui est donnée par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, s'agissant de la cession et du nantissement des créances professionnelles :

« Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ».

Cette définition est suffisamment large pour que l'on puisse y inclure la créance de l'exploitant à l'égard du distributeur. En effet, il a été dit que dès la conclusion du contrat de vente, le producteur est titulaire d'une créance dont l'exigibilité est différée dans le temps et dont le quantum est déterminé à l'échéance en fonction de la quantité d'électricité livrée²⁰¹. La créance devrait, dès lors, être suffisamment individualisée pour qu'un nantissement puisse être conclu.

Il est nécessaire d'informer le débiteur, en l'occurrence le distributeur de l'électricité, pour éviter un paiement non libératoire : cette information, véritable condition d'opposabilité du nantissement au débiteur, implique soit une notification, soit son intervention à l'acte²⁰². Une fois la notification réalisée, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée. S'agissant des effets du nantissement de créance, deux facteurs doivent être pris

197 En ce sens, v. Ph. Delebecque, « Le régime des hypothèques », JCP N 2006, 1194, n° 26.

198 Le remboursement intervenant au décès, l'immeuble ne peut, par hypothèse, constituer la résidence principale de l'emprunteur décédé. Le danger d'une telle solution est patent pour le conjoint survivant, v. not. V. Morin Brucker, « Le prêt viager hypothécaire », JCP N 2007, 1176.

199 Art. 2356, al. 1^{er}, C. civ.

200 V. J. Stoufflet, « Le nantissement de meubles incorporels », JCP E, n° 20, 18 Mai 2006, 5. La transmission de créances professionnelles est évoquée ci-après.

201 *Infra* Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

202 Art. 2362 C. civ. Sur ce point, v. not. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 765.

en considération : l'échéance des créances nanties et garanties ; la défaillance du débiteur de la créance garantie.

Lorsque la créance garantie est échue, il y a lieu d'imputer sur cette dernière les sommes payées au titre de la créance nantie²⁰³. Dans le cas contraire, l'article 2364, alinéa 2, du Code civil permet au créancier nanti ayant encaissé les fonds de les conserver, à titre de garantie, sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée²⁰⁴. Si le débiteur de la créance garantie est défaillant et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier peut affecter les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées.

Si la créance nantie a une échéance postérieure à celle de la créance garantie et si le débiteur de celle-ci est défaillant, deux options s'offrent au bénéficiaire du nantissement : ou bien il attend que la créance nantie devienne exigible, ou bien il opte pour l'attribution, judiciaire ou conventionnelle, de la créance donnée en nantissement ainsi que de tous les droits qui s'y rattachent²⁰⁵.

Transmission des créances professionnelles / Cession fiduciaire - Le nantissement de créance régi, par les articles 2355 et suivants du Code civil, ne remet pas en cause la transmission des créances par bordereau dit « Dailly ». Ce dernier n'est, toutefois, utilisable que pour la cession ou le nantissement au profit d'établissements de crédit de créances détenues par un professionnel ou une personne morale, pour la garantie d'un crédit consenti à un professionnel ou à une personne morale²⁰⁶. Or, l'exploitant d'une ferme solaire peut présenter cette qualité. Dans une large mesure, le nantissement a été délaissé au profit de la cession, conférant au créancier un droit exclusif et non plus seulement préférentiel. Suivant la même logique, la propriété cédée à titre de garantie a été consacrée dans le droit commun, sous la condition préalable de la conclusion d'un contrat de fiducie²⁰⁷. La lourdeur du formalisme devrait dissuader les parties d'opter pour une telle garantie, du moins lorsque le prêt contracté présente un montant limité.

B) L'installation « semi intégrée » au bâti

Qualification du bien et nature de la sûreté - Si la qualification mobilière semble devoir s'imposer, les développements précédents ont démontré que la qualification d'immeuble par destination ne pouvait pas totalement être écartée,

203 Art. 2364, al. 2, C. civ.

204 Le créancier peut ainsi éviter le concours avec d'autres créanciers et invoquer la compensation, v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 767.

205 Art. 2365 C. civ.

206 Art. L. 313-23 du Code monétaire et financier.

207 Mettant ainsi un terme à la jurisprudence quelque peu anachronique de la Cour de cassation relative à l'utilisation de la cession de créance de droit commun comme technique de garantie, v. Cass. com. 16 déc. 2006, D. 2006, 344 note, C. Laroumet ; JCP E 2007, p. 1131, rapp. M. Cohen-Branché, note D. Legeais.

d'autant plus, que dans notre hypothèse - exploitant/propriétaire -, la condition d'une communauté de propriétaires entre l'installation solaire et l'immeuble sur lequel elle est posée est satisfaite²⁰⁸. En toutes hypothèses, la qualification juridique du bien n'est pas aussi décisive qu'il y paraît: le plus souvent, il s'agira avant tout de déterminer si matériellement la revendication est concevable. La qualification mobilière du bien n'exclut pas les sûretés immobilières: l'inscription d'une hypothèque n'est pas nécessairement liée à la conclusion d'un prêt servant à financer une acquisition immobilière. Dès lors, les développements précédents peuvent, dans une certaine mesure, être transposés dans l'hypothèse d'une installation «semi intégrée» au bâti, du moins en ce qui concerne les modalités de garanties du financement²⁰⁹. En revanche, la question est tout autre si l'on prend en considération l'assiette de la sûreté: le panneau solaire, en qualité de meuble, ne peut pas être compris dans l'assiette d'une hypothèque. La solution serait différente si la qualification d'immeuble par destination devait être retenue, donnant ainsi éventuellement naissance à un conflit entre créanciers hypothécaires. En effet, les immeubles par destination constituent des accessoires de l'immeuble, par conséquent l'hypothèque s'étend aux biens immobilisés par destination postérieurement à sa constitution²¹⁰.

Sûretés mobilières - Privilège du vendeur - En présence d'une installation semi intégrée au bâti, les sûretés mobilières sont envisageables²¹¹. Ainsi, l'absence d'incorporation des panneaux dans l'immeuble ne fait pas échec au privilège du vendeur de meuble, quand bien même la qualification d'immeuble par destination serait retenue: le meuble devenu immeuble par destination conserve son individualité, qu'il ait été affecté à l'exploitation du fonds ou qu'il ait été attaché au fonds à perpétuelle demeure²¹². Le privilège confère un droit de préférence au vendeur et, dans l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle, au prêteur. Pour autant, un conflit pourrait survenir entre le vendeur et le créancier hypothécaire de l'immeuble, dans l'hypothèse d'une immobilisation des panneaux. L'article 2324 du Code civil semble faire prévaloir le privilège sur l'hypothèque. Toutefois, le texte ne précise pas si la solution vaut pour l'ensemble des privilèges ou si elle se cantonne aux privilèges immobiliers. La jurisprudence adopte cette dernière conception plus restrictive en donnant la préférence au

208 *Supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

209 Ainsi, le nantissement de créance est-il concevable dans toutes les hypothèses, quelle que soit la technique d'installation employée.

210 V. not., Cass. req., 2 juill. 1901: DP 1909, 1, 342; Cass. civ., 1^{er} mai 1906; DP 1909, 1, 45; Cass. 3^e civ., 6 janv. 1972: D. 1972, p. 398.

211 Concernant les sûretés légales, il convient de comprendre qu'une telle sûreté ne serait pas privée d'efficacité.

212 En ce sens, v. not. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III / Premier volume, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, par Y. Picod, n° 188; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 709.

créancier hypothécaire dans un conflit l'opposant à un vendeur de meuble²¹³. Du reste, l'article 2397 du Code civil, en énonçant que l'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble, paraît confirmer cette analyse. La solution, qui fait la part belle à la fiction, est préjudiciable pour le vendeur, qui a tout intérêt à se réserver la propriété du bien, tant que l'intégralité du prix n'a pas été payée.

Clause de réserve de propriété - S'agissant précisément de la clause de réserve de propriété, la qualification juridique du bien n'est pas au cœur de la question : en l'absence d'un paiement intégral, l'acquéreur n'est pas, par hypothèse, propriétaire des panneaux photovoltaïques. Par conséquent, la condition d'une communauté de propriétaires entre l'installation solaire et l'immeuble sur lequel elle est posée n'est pas remplie : l'immobilisation n'a pas pu, juridiquement, se produire²¹⁴. Cela ne signifie pas pour autant que le créancier réservataire sera, systématiquement, en mesure de solliciter la restitution du bien. Matériellement, le bien peut être attaché à l'immeuble ; la question est donc de déterminer si le bien se retrouve en nature et s'il peut en être séparé sans causer de dommage. Dès lors que les panneaux solaires n'assurent pas une fonction d'étanchéité, leur enlèvement ne devrait pas occasionner de dommage à l'immeuble ; reste à savoir si, techniquement, l'opération présente ou non un risque pour les panneaux eux-mêmes. Si tel était le cas, le créancier réservataire ne serait pas en mesure de demander la restitution du bien ; elle n'aurait d'ailleurs aucune utilité, d'un point de vue économique.

Gage sans dépossession - Si les panneaux solaires présentent une nature mobilière, les parties peuvent conclure un gage sans dépossession. L'intérêt d'un tel gage est d'éviter au débiteur la perte de l'utilité matérielle et économique du bien. Dès lors, le constituant dispose de la faculté de procéder à l'installation des panneaux, gagés, en vue de leur exploitation. Le débiteur peut ainsi percevoir les créances qui prennent naissance à l'occasion du contrat conclu avec le distributeur, ce qui accroît ses facultés de remboursement de l'emprunt. De façon indirecte, l'opération profite ainsi au créancier. Un tel usage du bien n'est pas en contradiction avec l'obligation de conservation qui pèse sur le constituant et il paraît conforme à l'esprit qui anime le gage sans dépossession.

En revanche, il est plus douteux que le constituant puisse immobiliser le bien : l'immobilisation d'un bien meuble gagé est de nature à heurter des dispositions civiles, mais encore pénales. En premier lieu, le changement de nature juridique du bien s'accorde mal avec l'obligation de conservation du bien, dès lors que l'immobilisation est susceptible de créer un conflit entre le créancier gagiste et un éventuel créancier hypothécaire. Le créancier gagiste serait

213 V. not., CA Paris, 13 mai 1936, DH 1936, p. 384 ; v. égal. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, préc., n° 240 ; J.-Cl. Civil Code, Art. 2118, Fasc. unique : *Hypothèques. – Biens et droits susceptibles d'hypothèques*, Jacques Mestre, 1983.

214 V. Cass. com., 12 févr. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 69 ; Juris-Data n° 1991-000359.

en droit d'invoquer l'article 2344, alinéa 2, et se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage. Cette analyse est confortée par l'article 1188 du Code civil, en vertu duquel le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Or, en concluant le contrat de gage, le créancier n'entend pas être primé par un créancier hypothécaire. Naturellement, les parties pourraient admettre par convention le principe d'une telle immobilisation. Toutefois, l'opération semble risquée pour le créancier, qui, pour le moins, aurait tout intérêt à notifier sa sûreté au créancier hypothécaire par acte extrajudiciaire, comme la loi le prévoit, mais uniquement s'agissant du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement²¹⁵. En second lieu, on peut s'interroger sur les sanctions pénales encourues par le débiteur : l'immobilisation du bien gagé est-elle constitutive du délit de détournement de gage, incriminé par l'article 314-5 du Code pénal ? La jurisprudence apporte une réponse négative : « un objet devenu immeuble par destination ne saurait être compris dans un nantissement qui porte sur un ensemble mobilier »²¹⁶.

En pratique, le problème ne se posera vraisemblablement pas en ces termes. En effet, il a été démontré que l'immobilisation par destination ne pouvait pas résulter d'une attache à perpétuelle demeure²¹⁷. Reste l'affectation au service ou à l'exploitation du fonds : or dans la grande majorité des situations, l'hypothèse d'une immobilisation civile doit être exclue²¹⁸. En d'autres termes, si la qualification d'immeuble par destination devait être retenue, elle ne pourrait l'être que dans le cas où les panneaux solaires seraient affectés au service et à l'exploitation d'un fonds agricole, industriel ou commercial, sous réserve des conditions particulières précédemment évoquées²¹⁹. De plus, dans cette situation, l'exploitant professionnel, commerçant ou non, pourrait éventuellement offrir au vendeur ou au prêteur, qui avance les deniers nécessaires à l'acquisition, un nantissement sur l'outillage et le matériel d'équipement²²⁰. Outre le fait que ce gage spécial présente de meilleures garanties, notamment lors de l'ouverture d'une procédure collective, les dispositions qui le régissent prévoient expressément les conséquences d'une immobilisation. Ainsi, le privilège du créancier nanti subsiste si le bien, qui est grevé, devient immeuble par destination²²¹. De plus, comme il a déjà été précisé, le nantissement est opposable au créancier hypothécaire, dès lors que le créancier nanti a signifié à ce dernier, par acte extrajudiciaire, une copie de

215 V. Art. L. 525-9, III, C. com.

216 Crim. 26 oct. 1960, Bull. Crim. n° 479 ; JCP G 1960, IV, p. 166. V. M. Daury-Fauveau, J-Cl. Pénal Code, Art. 314-5 et 314-6, Fasc. 20 : *Détournement de gage ou d'objet saisi*, 2010, n° 26.

217 *Supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

218 *Ibid.*

219 *Ibid.*

220 Ce qui implique que des panneaux solaires puissent être considérés comme un matériel d'équipement.

221 Article L525-8 C. com.

l'acte constatant le nantissement²²².

C) Le non intégré au bâti : les installations au sol

Absence de particularisme - Les diverses modalités techniques de l'installation au sol laissent entrevoir les difficultés inhérentes à la qualification juridique des panneaux solaires. Aucune qualification exclusive ne prévalant (meuble, immeuble par nature, immeuble par destination), un développement particulier ne s'impose pas. Il convient de se reporter aux différentes hypothèses envisagées précédemment.

§ 2 - Les sûretés offertes par le tiers exploitant

Problématique - La question des garanties et sûretés prend un relief particulier lorsque l'exploitant n'est pas propriétaire de l'immeuble sur lequel est implantée l'installation photovoltaïque. Le plus souvent, l'exploitant ne souhaitant pas devenir propriétaire de la toiture, ou du sol, conclut un bail. Or, les diverses techniques immobilières qui peuvent être utilisées sont variées et, surtout, elles n'attribuent pas des droits identiques à l'exploitant : il a été proposé de les distinguer selon qu'elles confèrent ou non un droit réel²²³. Les premières permettraient d'envisager une hypothèque, les deuxièmes excluraient cette sûreté et imposeraient d'opter pour d'autres garanties. Si cette analyse semble s'imposer, encore convient-il d'en parfaire la délimitation : l'exploitant qui, ne se voit pas conférer de droit réel, ne peut prétendre offrir au prêteur une hypothèque, mais rien ne lui interdit d'inscrire une telle sûreté sur un autre immeuble dont il serait propriétaire. Par ailleurs, certaines des techniques envisagées, notamment le bail à construction, impliquent de faire sienne l'idée selon laquelle l'installation projetée est de nature immobilière.

A) L'hypothèque conventionnelle

Bail civil de droit commun et bail commercial - Le bail civil de droit commun et le bail commercial ne confèrent pas, en principe, de droit réel susceptible d'hypothèque. Pour autant, les parties peuvent convenir de conférer au preneur un droit de superficie : le preneur a la permission ou l'obligation de construire et le bailleur renonce, pour un temps, au bénéfice de l'accession. Dans cette hypothèse, le tiers exploitant de l'installation photovoltaïque peut hypothéquer son droit réel sur les constructions, au profit de l'établissement bancaire qui finance le projet. L'intérêt pour le créancier peut être limité au regard de la durée du bail, qui cantonne les effets de l'hypothèque : à l'échéance du bail, le droit temporaire de superficie dont bénéficie conventionnellement le preneur s'éteint. Dès lors,

222 Art. L. 525-9, III, C. com. Cette disposition précise que la signification doit, à peine de nullité, être faite dans les deux mois de la conclusion du nantissement.

223 V. not., E. Ravanas, « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », JCP N 2009, 1275.

la disparition du droit grevé doit conduire à l'extinction de l'hypothèque²²⁴. La publication du bail d'une durée inférieure à douze ans ne s'impose pas. Toutefois, si le bail est employé pour conférer un droit réel susceptible d'hypothèque, ce droit doit être publié, sous peine d'inopposabilité²²⁵.

Bail à construction - Aux termes de l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation, le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier qui peut être hypothéqué. Par conséquent, sous réserve que le bail à construction soit adapté à l'hypothèse envisagée²²⁶, l'exploitant est en mesure de proposer au prêteur une garantie satisfaisante. Dans le cas particulier des centrales photovoltaïques au sol, le preneur est titulaire d'un droit de propriété temporaire sur le sol et les constructions, ce qui est de nature à conforter une demande de crédit, le prêteur pouvant alors exiger une hypothèque à la fois sur le tréfonds et sur les constructions.

À l'expiration du bail, la propriété des immeubles revenant au bailleur, l'immeuble est libre de toutes charges nées du preneur. L'article L. 251-6, alinéa 1^{er}, vise expressément les hypothèques ou privilèges, qui s'éteignent donc en même temps que prend fin le contrat de bail²²⁷. En revanche, lorsque le bail est résilié, l'hypothèque ne s'éteint pas et peut produire ses effets jusqu'à la date prévue initialement pour l'expiration du bail; les intérêts des créanciers sont, par conséquent, sauvegardés. Pour autant, les modalités pratiques ne sont pas explicitées par la loi: le créancier hypothécaire doit avoir, en toute logique, la faculté de faire vendre le bien s'il n'est pas payé, mais encore convient-il de trouver un acquéreur qui ne deviendrait titulaire d'un droit réel que pour un temps limité²²⁸. Cette première difficulté surmontée, l'acquéreur serait titulaire d'un droit de superficie, sans que ses rapports avec le propriétaire du fonds, ancien bailleur du bail à construction, soient régis par un texte. Il faudrait alors compter sur une entente entre l'ancien bailleur et l'acquéreur des constructions²²⁹.

Bail emphytéotique - L'article L. 451-1 du Code rural énonce que «le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière». Le bail emphytéotique présente un double intérêt; non seulement, comme vu précédemment, il semble le plus approprié pour l'exploitation d'une installation photovoltaïque, mais encore, il favorise le crédit

224 En ce sens, v. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III / Premier volume, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, par Y. Picod, n° 570. Pour le bail rural, V. O. Barret, «Une garantie illusoire: l'hypothèque portant sur les constructions élevées par le preneur à bail rural», *Deffrénois* 1995, p. 705, art. 36097.

225 Décret n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28 1° a) et art. 30. 1°.

226 *Supra* Sect. 1, § 1, B, 2, c.

227 V. not., C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction (droit privé) in, Droit de la construction*, Dalloz action, 2007 Dossier 120, n° 123-310.

228 Le temps restant à courir sur la durée initialement prévue pour le bail.

229 En ce sens, v. R. Saint-Alary, *Rép. Civ. Dalloz v° Bail à construction*, n° 67.

en permettant une inscription hypothécaire²³⁰. Pour autant, le prêteur a tout intérêt à s'assurer que le contrat conclu présente bien les caractéristiques d'un bail emphytéotique. En particulier, il doit veiller aux éventuelles clauses incompatibles avec la qualification d'un tel bail, qu'il s'agisse des clauses limitatives du droit de jouissance du preneur, de celles qui restreignent sa liberté d'affectation, ou encore de celles qui confèrent au preneur le droit de rompre unilatéralement le contrat²³¹. Pour illustrer cette dernière hypothèse, a été évoquée la clause permettant au preneur de mettre fin au contrat dès lors que les prix de rachat de l'électricité par le distributeur sont modifiés à la baisse²³². Dans tous les cas, la disparition du droit réel, consécutive à la disqualification du contrat de bail emphytéotique, serait préjudiciable au créancier, qui perdrait ainsi le bénéfice de sa sûreté hypothécaire, irrémédiablement privée d'effet. Si le créancier ne peut se prémunir contre ce risque avec certitude, il peut en revanche se ménager d'autres garanties²³³. Toutefois, il ne peut exiger que le propriétaire de l'immeuble constitue une hypothèque, fût-elle conditionnelle, pour garantir la dette de l'exploitant. Seul un rapport de force défavorable au bailleur pourrait le contraindre à un tel engagement : sans l'apport de cette garantie, l'organisme prêteur pourrait refuser le prêt, conduisant le preneur à renoncer à la conclusion du contrat de bail²³⁴.

L'emphytéose étant un droit temporaire, l'hypothèque qui porte sur ce droit disparaît avec lui²³⁵. La solution est identique lorsque le bail emphytéotique est résilié, sans que le créancier hypothécaire puisse invoquer un quelconque droit sur une éventuelle indemnité accordée à l'emphytéote.

Conflits entre créanciers titulaires de droits réels - L'hypothèse est la suivante : une hypothèque est née du chef du bailleur, propriétaire du fonds (terrain ou construction existante). Convient-il, ici, de faire application de l'article 2397 du Code civil et de considérer que les améliorations apportées à l'immeuble accroissent l'assiette de la sûreté ? L'exploitant est, en raison du droit d'accession différé, propriétaire des constructions : l'article 2397 devrait donc, en toute logique, être écarté. Toutefois, la solution est complexifiée par les règles relatives à la publicité foncière²³⁶. Pour que l'exploitant puisse opposer son droit réel, encore convient-il que ce droit soit publié avant l'inscription hypothécaire²³⁷. En

230 À noter que l'emphytéote est titulaire d'un droit réel immobilier qui peut fonder un crédit-bail au sens de l'article L. 317-7 du Code monétaire et financier : CA Paris, 31 oct. 2002, *Constr.-urb.*, mars 2003, n° 71, note Sizaire.

231 *Supra* Sect. 1, § 1, B, 2, d.

232 V. E. Ravanis, préc.

233 *Infra* B.

234 En ce sens, v. E. Ravanis, préc.

235 V. not., H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, *loc. cit.*

236 V. not., Claude Witz et Michel Storck, J.-Cl. Civil code, Art. 2129 à 2133, Fasc. unique : *Hypothèques. - Spécialité de l'hypothèque. - Extension de l'hypothèque aux améliorations. - Hypothèque des biens à venir*, n° 41 à 50.

237 Ce droit doit être publié en application de l'article 28, 1°) du décret n° 55-22, 4 janv. 1955 ; v. not., A. Fournier, A. Fournier-Renault, « Installations photovoltaïques.- Quelques

revanche, si la publication du droit du superficiaire intervient après l'inscription de l'hypothèque née du chef du bailleur, l'article 2397 du Code civil doit être appliqué sans restriction : dès lors, les constructions édifiées relèvent de l'assiette de la sûreté²³⁸. En pratique, ce dernier cas de figure devrait être le plus fréquent. Par conséquent, l'exploitant peut, certes, offrir au prêteur une hypothèque qui s'étendra également aux constructions (améliorations)²³⁹, mais ce créancier ne peut pas prétendre à une hypothèque de premier rang, dans la mesure où une hypothèque née du chef du bailleur a été publiée antérieurement. Pour contourner cet inconvénient, deux pistes pourraient être explorées. La première, relativement illusoire, consisterait à convaincre le créancier hypothécaire du bailleur de céder son rang²⁴⁰, la seconde procéderait d'une réduction volontaire de l'assiette de la sûreté par le créancier initialement inscrit²⁴¹.

B) Les autres garanties

Sûretés mobilières - À défaut de pouvoir constituer une hypothèque²⁴², notamment lorsque le contrat liant l'exploitant au propriétaire de l'immeuble n'offre pas de droit réel, l'exploitant devrait pouvoir offrir au dispensateur de crédit d'autres garanties. Les inconvénients des sûretés mobilières ont été soulignés, en présence notamment d'une installation intégrée au bâti. Elles doivent dès lors être également déconseillées dans le cas présent, d'autant plus que la faculté pour le preneur à bail d'intégrer les panneaux photovoltaïques semble très discutable²⁴³. Si le preneur se contente d'une pose en sur-imposition,

règles essentielles applicables selon le cadre juridique et technique adopté», JCP N n° 19, 14 mai 2010, 1191, spéc. n° 4. Cette publicité des droits du preneur superficiaire et de ses créanciers hypothécaires requiert l'individualisation des fractions d'immeubles, ce qui pourrait imposer l'établissement d'un état descriptif de division, v. A. Fournier, A. Fournier-Renault, préc., n° 12 et 13. V. égal., CA Paris, 28 déc. 1940, JCP 1941, II, 1629, note E. Becqué.

238 En cas de poursuite par le créancier hypothécaire du bailleur, le constructeur (exploitant), à la condition d'avoir publié son droit réel, devrait bénéficier d'une indemnité correspondant à la plus value apportée à l'immeuble.

239 Lorsque le droit réel hypothéqué est conféré par un bail à construction ou un bail emphytéotique, le créancier hypothécaire peut poursuivre la saisie des constructions mais encore la saisie du bail.

240 Conformément à l'article 2424, al. 2 du Code civil.

241 V. E. Ravanis, préc. L'auteur évoque le cantonnement de l'hypothèque, qui semble pourtant être réservé au domaine de l'hypothèque judiciaire. Il s'agit davantage d'une réduction volontaire quant à l'assiette de l'hypothèque. Toutefois, classiquement, la réduction volontaire de l'assiette vise le cas dans lequel cette dernière est constituée de plusieurs immeubles (v. not., H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 414). Dès lors il s'agirait, de façon discutable, d'une espèce insolite de réduction volontaire par laquelle le créancier initial accepterait que son hypothèque ne porte pas sur la totalité de l'immeuble mais sur une fraction de ce dernier, ce qui impliquerait qu'il renonce par avance au bénéfice de l'accession ainsi qu'à son hypothèque sur les constructions à venir, alors même que ces dernières seraient pleinement intégrées à l'immeuble sur lequel le créancier a préalablement inscrit un droit hypothécaire.

242 Comprendre une hypothèque sur un droit relatif à l'immeuble sur lequel est implantée l'installation photovoltaïque.

243 *Supra* Sect. 1, § 1, B, 2.

la nature mobilière des panneaux n'est pas contestable : dès lors que la condition d'une communauté de propriétaires entre l'installation solaire et l'immeuble sur lequel elle est posée ne peut être satisfaite, il ne peut être question d'immeuble par destination. Les parties pourraient donc avoir recours à un gage sans dépossession, dont l'assiette serait constituée des panneaux photovoltaïques. Pour autant, la sûreté qui paraît la plus adaptée demeure le nantissement de créance. En effet, cette garantie est pleinement indépendante de la qualification juridique des panneaux photovoltaïques²⁴⁴ et élimine le risque pour le créancier de se heurter aux prétentions du propriétaire, qui pourrait invoquer la théorie de l'accession. Ainsi, l'exploitant concluant un bail civil de droit commun ou encore un bail commercial peut concéder un nantissement de créance, selon les modalités déjà précisées. Cette garantie peut, en outre, être utilisée alors même que le débiteur serait en mesure d'offrir à son créancier une hypothèque, dont la durée serait intimement liée à celle du droit sur lequel elle porterait.

244 Comme cela a déjà été précisé, cette garantie peut être utilisée quelles que soient les modalités techniques de l'installation.

Le présent ouvrage propose une approche des différents aspects juridiques de l'utilisation de l'énergie solaire. Il réunit les contributions de juristes universitaires appréhendant les questions d'ores et déjà circonscrites et traitées par notre droit, mais également celles à venir, s'inscrivant ainsi dans une dynamique positive et prospective. Par sa dimension à la fois technique et théorique, il s'adresse à un public large, intéressant ceux qui cherchent des réponses précises à certains problèmes concrets (acteurs privés et publics de la filière solaire, consommateurs, praticiens du droit, etc.), mais également les étudiants et universitaires désireux d'approfondir leurs connaissances sur le sujet.

Une première partie est consacrée au contexte juridique du développement de l'énergie solaire, qui met en lumière les enjeux économiques et sociaux auxquels est confronté le droit en ce domaine. Il s'agit d'abord d'étudier la capacité de notre système juridique à promouvoir cette forme d'énergie, au moyen de politiques publiques d'incitation à son développement. Il s'agit également de voir comment l'énergie solaire est appréhendée en tant que bien par les concepts juridiques classiques et d'évaluer, à travers notamment les normes d'urbanisme, son potentiel d'insertion dans l'espace public. Une deuxième partie s'intéresse plus particulièrement au régime juridique de l'énergie solaire photovoltaïque, qui fait l'objet de spécificités liées à sa destination commerciale. Sont envisagées en amont les questions relatives à l'implantation des unités de production (contrats privés et publics, sûretés, etc.) et en aval, celles relatives à l'exploitation des unités de production (dont notamment le régime de l'achat de l'électricité produite) et aux hypothèses de responsabilité susceptible d'en découler.

De ces études émerge une interrogation finale sur la réelle capacité ou volonté des pouvoirs publics de promouvoir l'énergie solaire à la mesure de ce que laissent entendre les discours officiels. La difficulté à penser celle-ci autrement que tel un objet de développement industriel, lié aux contingences économiques, est de nature à en fragiliser considérablement le potentiel. L'ouvrage participe aussi en cela à la réflexion qui doit être menée, à travers l'énergie solaire, sur notre modèle de société.

David Bailleul, maître de conférences à la Faculté de Droit et d'Économie de l'Université de Savoie, est directeur adjoint du Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC).

Prix: 38 €

ISBN : 978-2-915797-93-0

lextenso éditions

