



www.actah.com

Avocats et Conseils : Traiter, Agir, Harmoniser

BEZIERS

BORDEAUX

AVIGNON

Avocat en charge de votre dossier :

François FERRARI

Maîtrise Droit des affaires
Docteur d'État en droit
Chargé d'enseignement
à l'école des Mines
Avocat associé

Domaines d'Activités :

Droit des Affaires
Droit de l'Énergie
Droit Maritime

Référent Français
en Droit de l'Énergie du
Réseau IR GLOBAL



Conseil et Contentieux
dans 155 pays
www.irglobal.com

Meilleur Cabinet de France
en Droit de l'Énergie en 2020,
2021 et 2022



CORRESPONDANCE :

2, rue Maître Gervais
34500 BEZIERS
T : +33 (0)4 67 112 112
F : +33 (0)4 67 112 190
contact@actah.com

COMMENTAIRE SUR L'ARRET DU CONSEIL D'ETAT DU 27 JANVIER 2023 ANNULANT L'ARRETE DU 26 OCTOBRE 2021 METTANT EN OEUVRE LA REVISION TARIFAIRE DE CERTAINS CONTRATS DE VENTE D'ELECTRICITE PHOTOVOLTAÏQUE

Le Cabinet ACTAH a déposé pour le compte des sociétés PEPIGREEN et BOV-IER un recours en annulation du décret et de l'arrêté du 26 octobre 2021.

Ces textes organisent la révision tarifaire des contrats d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque conclus sous l'empire des arrêtés tarifaires du 10 juillet 2006 et 12 janvier 2010, pour les centrales d'une puissance supérieure à 250 kWc.

Par un arrêt du 27 janvier 2023, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté du 26 octobre 2021. Cela signifie que les producteurs d'électricité photovoltaïque touchés par la révision tarifaire recouvrent leurs droits et peuvent exploiter leurs installations conformément aux contrats d'achat signés depuis plus de 10 ans.

Pour mémoire, la révision tarifaire avait pour objectif de mettre un terme à des rémunérations jugées excessives par le Gouvernement Castex, sans qu'aucun exemple précis de rémunération excessive n'ait jamais été donné.

Selon la note produite le 14 novembre 2022 par la Commission de Régulation de l'Énergie, 436 centrales ont été affectées par la révision tarifaire sur 1071 centrales de plus de 250 kWc (source : rapport d'information n° 864 du Sénat en date du 29 septembre 2021).

Parmi elles, 59 centrales n'ont pas déposé de dossiers de sauvegarde.

L'annulation de l'arrêté du 26 octobre 2021 libère donc 377 centrales du poids de la révision tarifaire.

Plusieurs éléments remarquables méritent d'être relevés.

- Naturellement, on ne peut que se réjouir de l'annulation de l'arrêté du 26 octobre 2021 mettant un terme à un processus de révision très déstabilisant pour les producteurs d'énergie renouvelable.

Par cette annulation, l'arrêté est censé n'avoir jamais intégré l'ordonnancement juridique.

En effet, le Conseil d'Etat n'a pas jugé utile de moduler dans le temps les effets de son annulation.

L'arrêté ayant perdu toute existence juridique, l'intégralité des notifications de révision tarifaire sont nulles et non-avenues.

BEZIERS

2, rue Maître Gervais

BORDEAUX

Immeuble P - Rue Robert Caumont

AVIGNON

50 rue Berthy Albrecht-
ZI courtine

Les contrats d'achat se poursuivront au tarif prévu initialement. La sécurité juridique est sauve.

- Toutefois, l'arrêté n'a pas été annulé sur le fondement de la violation des contrats en cours mais sur l'argument développé par notre seul Cabinet : la violation des articles 107 et 108 du TFUE.

L'arrêté organisant une aide d'Etat, il devait être notifié à la Commission Européenne préalablement à sa mise en oeuvre.

Pour une raison indéterminée, le Gouvernement s'est refusé à accomplir cette démarche pourtant obligatoire.

Le Conseil d'Etat, fidèle à sa jurisprudence conforme à celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne, a annulé l'arrêté pour défaut de notification.

Il est remarquable que, contrairement à la crainte de certains, les arrêtés du 10 juillet 2006 et du 12 janvier 2010, expressément visés par le Conseil d'Etat, n'aient pas fait l'objet de la moindre annulation.

Deux raisons s'opposaient en effet à leur annulation.

La première ressort du droit interne français : la notification à la Commission Européenne est une obligation formelle. Il est donc nécessaire que les arrêtés fassent l'objet d'une demande d'annulation dans le délai de deux mois suivant leur publication au Journal officiel. Or, ils n'ont pas été attaqués dans ce délai pour défaut de notification.

La seconde raison découle du droit communautaire : le deuxième principe général du droit communautaire est la sécurité juridique. L'application de ce principe aux aides d'Etat est simple. Si un *nombre suffisant* de contrats est susceptible d'être impacté, les aides d'Etat, même non-notifiées, ne sont pas remises en cause. Environ 245 000 contrats ont été conclus dont 214 000 par des particuliers. Le *nombre suffisant* est atteint.

En outre, le Cabinet ACTAH a été destinataire d'un courrier officiel de la Commission Européenne indiquant que, informée des arrêtés du 10 juillet 2006 et 12 janvier 2010, elle n'engage pas de procédure contre la France pour défaut de notification, se contentant d'inscrire cette information dans le registre général sur le marché.

Le défaut de notification de l'arrêté du 26 octobre 2021, attaqué dans le délai légal par le Cabinet ACTAH, a donc permis d'annuler la révision tarifaire et uniquement la révision tarifaire.

- La question reste de savoir si le Gouvernement peut corriger son action en publiant un nouvel arrêté notifié la Commission Européenne.

Hormis le problème de l'intérêt de la reprise d'une telle révision tarifaire, la tâche ne serait pas si simple pour le Gouvernement.

Tout d'abord, le délai d'examen d'un arrêté tarifaire par la Commission est de l'ordre de 18 mois, ce qui nous mènerait quasiment en 2025 pour des contrats à échéance en 2030 pour la majorité d'entre eux. Le rapport coût/avantage serait donc particulièrement défavorable.

Ensuite, l'arrêt du Conseil d'Etat, s'il applique parfaitement les articles 107 et 108 du TFUE est critiquable sur son interprétation de la directive du 11 décembre 2018.

Pour mémoire, l'article 6 de cette directive stipule notamment :

Article 6 : Les États membres peuvent adapter le niveau de l'aide conformément à des critères objectifs, pour autant que ces critères aient été prévus au niveau de la conception originale du régime d'aide. (...) »

Or, cet argument, soutenu par le Cabinet ACTAH, a été purement et simplement omis par le Conseil d'Etat qui n'y répond pas.

La notion de rentabilité raisonnable des capitaux investis est déterminée, selon l'arrêt du Conseil d'Etat lui-même, par le décret du 26 octobre 2021.

Il ne l'a jamais été *au niveau de la conception originale du régime d'aide*.

Les producteurs ayant signé leurs contrats avant le 26 octobre 2021 ne pouvaient donc connaître les critères de révision.

Cet argument n'est pas sans portée : même si le Gouvernement devait envisager de publier un nouvel arrêté, il se heurterait à cette violation de la directive du 11 décembre 2018.

Le Conseil d'Etat ayant omis de répondre à cet argument qui a pourtant été débattu par les producteurs et le Gouvernement, c'est la CJUE qui sera saisie de ce problème pour, le cas échéant, condamner la France comme elle l'a déjà fait par un arrêt de principe du 4 octobre 2018 (Commission/France) : la CJUE a reproché au Conseil d'État de ne pas avoir posé de question préjudicielle en interprétation, conformément à l'article 267, paragraphe 3 TFUE. La France a été le premier et le seul Etat européen à être condamné sur ce fondement depuis 1958.

La France s'expose donc à être condamnée une nouvelle fois si elle persiste dans une révision tarifaire posant autant de problèmes économiques que juridiques.

- En synthèse, la décision du Conseil d'Etat est une victoire pour les producteurs photovoltaïques et la transition énergétique car l'annulation de l'arrêté du 26 octobre 2021 soulage les professionnels des risques pesant sur leurs investissements.

Si le Gouvernement devait décider de reprendre un arrêté et de le notifier, celui-ci ne serait pas efficace avant de nombreux mois au cours desquels la CJUE pourra condamner la France pour la violation d'une directive s'imposant à elle.

Alors que tous les professionnels doivent être focalisés sur les défis de la transition énergétique, il appartient à nos dirigeants de concentrer toutes les énergies sur les défis que notre Nation doit surmonter.