



www.actah.com

# Avocats et Conseils : Traiter, Agir, Harmoniser

BEZIERS

BORDEAUX

AGDE

AVIGNON

Avocat en charge de votre dossier :

## François FERRARI

Maîtrise Droit des affaires  
Docteur d'État en droit  
Membre du Conseil  
Diplomatique  
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](http://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

## COMPTE RENDU DE L'AUDIENCE DU CONSEIL D'ETAT DU 16 DECEMBRE 2022

L'audience du Conseil d'Etat visait à soumettre à cette juridiction l'annulation du décret et de l'arrêté du 26 octobre 2021. Ces textes organisent la révision des tarifs pour les contrats photovoltaïques des centrales d'une puissance supérieure à 250kWc et conclus sous l'égide des arrêtés du 10 juillet 2006 et 12 janvier 2010.

Comme toute audience administrative, les plaidoiries des Avocats ont été précédées du rapport lu par une Rapporteur publique (auparavant désignée par le terme Commissaire du Gouvernement).

La Rapporteur publique a débuté son rapport en fustigeant le photovoltaïque qui, selon elle, dispose de *tarifs avantageux* et aboutit à une *rémunération excessive* des capitaux investis.

Elle a indiqué que la révision tarifaire permettrait de limiter le coût exorbitant de cette énergie, supérieur à 20 milliards d'euros sur la période d'application des contrats visés. Aucune distinction n'était faite entre les différentes catégories d'installations (particuliers, agriculteurs, professionnels, ...).

Fort heureusement, en réponse, nous avons rappelé au Conseil d'Etat que la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) a publié en novembre 2022 un communiqué de presse selon lequel les énergies renouvelables rapporteront 32,7 milliards d'euros au budget de l'Etat en 2023 après 8 milliards en 2022.

Après cette introduction, la Rapporteur publique a repris plus ou moins rapidement les arguments soulevés par le Cabinet ACTAH mais aussi par les autres Conseils.

Ses conclusions peuvent être synthétisées comme suit, sans que l'exposé soit exhaustif.

- La Rapporteur publique a préconisé que soit écarté le moyen d'annulation lié à l'inadéquation entre la méthode de calcul du tarif révisé et la réalité des centrales françaises.

La position de la Rapporteur publique consiste à considérer que les coûts d'investissement sont standards et bien connus sur la période visée (2009 à 2012). Il est donc aisé de les prendre en considération pour réviser le tarif.

Les chiffres internationaux ont été qualifiés de plus fiables que les chiffres français sans que cette assertion soit expliquée. L'ADEME ou la CRE ne disposent-elles pas de chiffres fiables ?

### BEZIERS

2, rue Maître Gervais

### BORDEAUX

Immeuble P - Rue Robert Caumont

### AVIGNON

50 rue Berthy Albrecht-  
ZI courtine - La Sophie

C'est ainsi omettre une particularité réglementaire propre à la France (et n'apparaissant donc dans aucun chiffre international) : la contrainte d'intégration au bâti, simplifiée ou pas, qui renchérit aisément l'investissement de 15%.

Il est regrettable que cet élément réglementaire incontestable et clairement exposé dans notre mémoire n'ait pas été vu par la Rapporteuse publique.

Il est tout aussi regrettable que l'application des chiffres internationaux aboutisse à des révisions de tarifs supérieures à 90%, démontrant ainsi les carences de la méthode de calcul.

Nous persistons à penser que les incohérences et erreurs de la méthode de calcul constituent un moyen utile d'annulation de la révision tarifaire.

- Un deuxième moyen a été évoqué : la violation de l'article 6 de la directive du 11 décembre 2018 selon lequel *les Etats 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'aides.*

La Rapporteuse publique a indiqué que dès la conception du régime de l'obligation d'achat, il était prévu que les capitaux investis devaient générer une rémunération *normale*.

La motivation de la révision tarifaire est d'aboutir à une rémunération *raisonnable* des capitaux.

Cette affirmation serait suffisante à remplir la condition posée par l'article 6 précité : des critères objectifs prévus à l'origine.

Une telle position ne peut être retenue pour plusieurs raisons :

- Aucun texte et aucune autorité n'a fixé le taux d'une rémunération normale ou raisonnable des capitaux. Le critère n'est donc pas fixé et par conséquent il est inexistant,
- Il est impossible de comparer une rémunération raisonnable des capitaux lorsque l'inflation est de 1,5% (fin des années 2000) et lorsqu'elle est de 12% (réalité actuelle) ...
- Aucun autre critère n'est évoqué,
- La révision tarifaire applique des formules complexes totalement absentes de la réglementation sur l'obligation d'achat. Les critères de la révision tarifaire sont donc absents du régime originel de l'obligation d'achat.

Affirmer que les critères de révision ont été prévus lors de la conception du régime de l'obligation d'achat est donc erroné aussi bien dans les faits que sur un plan légal ou réglementaire.

Sur ce point, le décret et l'arrêté attaqués peuvent donc être valablement annulés.

- Le moyen d'annulation sur lequel il a été débattu le plus longuement est le défaut de notification à la Commission Européenne de l'arrêté tarifaire.

Il est acquis qu'il devait être notifié.

Il a donc été admis par la Rapporteuse publique que ce manquement du Gouvernement doit entraîner la nullité de l'arrêté.

Nous avons soutenu que le décret doit également être annulé sur ce fondement car il organise la révision autant que l'arrêté et que les articles 107 et 108 du TFUE prévoient que c'est le dispositif dans son intégralité qui doit être notifié à la Commission, pas uniquement l'arrêté tarifaire.

Ceci étant, la Rapporteuse a réitéré sa position défavorable au photovoltaïque car son argumentaire vise à inviter le Conseil d'Etat à ne pas annuler immédiatement l'arrêté attaqué.

Dans ce but, elle invite le Conseil d'Etat à donner injonction au Gouvernement de notifier l'arrêté. Cette demande est audacieuse car le pouvoir d'injonction du Juge administratif, fut-il le Conseil d'Etat, est encadré. Quel texte, à l'exception des articles L911-1 et L911-2 du CJA, permettrait une telle injonction ?

Est-il possible juridiquement que le Conseil d'Etat, saisi d'une demande de nullité pour défaut de notification, modifie les termes de la demande en donnant injonction au Gouvernement de notifier afin d'écarter la nullité ?

Le droit français ne le prévoit pas et la notification tardive ne sauvera pas le dispositif attaqué : les articles 107 et 108 du TFUE stipulent que la notification doit être préalable à la mise en œuvre des nouveaux textes.

Ainsi, même si le Conseil d'Etat devait enjoindre au Gouvernement de notifier le décret et l'arrêté, la nullité resterait acquise car la notification serait postérieure à la mise en œuvre de ces textes.

La nullité devrait donc être prononcée sur ce point.

La Rapporteur publique a aussi sollicité que le Conseil d'Etat pose une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

La lecture de son rapport, qui sera prochainement disponible, permettra d'être plus précis sur ce point. Ce qui a été compris de la lecture faite à l'audience consiste à interroger la CJUE pour savoir s'il vaut mieux appliquer le Droit (donc annuler les textes de la révision tarifaire) ou appliquer la position du Gouvernement consistant à réviser les tarifs.

En effet, la Rapporteuse publique indique que l'annulation de la révision tarifaire fera *revivre* les arrêtés de 2006 et 2010 qui n'ont pas été notifiés eux aussi.

Une telle affirmation est erronée : les arrêtés de 2006 et 2010 ont été abrogés depuis plus de 10 ans. Ils ne revivront pas avec l'annulation de la révision tarifaire.

En outre, la Commission Européenne, qui a une parfaite connaissance des arrêtés de 2006 et 2010 depuis août 2010, n'a jamais ouvert une procédure contre la France au

motif que ces textes seraient incompatibles avec le Droit communautaire. Tout au contraire, elle a répondu en 2020 au Cabinet ACTAH qu'elle les a enregistrés en tant qu'*informations générales relatives au marché*.

Si la Commission Européenne avait considéré que ces arrêtés sont incompatibles, elle aurait obligatoirement engagé la procédure idoine.

Ainsi, les contrats *légalement conclus* (selon la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2020) se poursuivront jusqu'à leur échéance.

Au vu de ces éléments, la demande de question préjudicielle et le sursis à statuer qui l'accompagnerait paraissent particulièrement infondés.

Selon notre compréhension de la lecture de son rapport, les éléments de la motivation de la Rapporteuse publique sont ensuite apparus assez contradictoires. Elle a reconnu que l'annulation de l'arrêté de révision devait être prononcée mais que cela impliquerait la récupération des aides depuis 10 ans. Elle reconnaissait toutefois simultanément que les arrêtés de 2006 et 2010 ne sont pas attaqués et ne sont plus susceptibles de l'être.

Elle indiquait également que le Droit de l'Union ne permettrait pas de remettre en cause les contrats en cours car les aides d'Etat ne sont pas récupérables en l'espèce (il existe un régime d'exception et les conditions en sont réunies).

Finalement, tout l'argumentaire développé par la Rapporteuse publique visait à contrarier une annulation dont elle a reconnu qu'elle est justifiée.

Or, seul le Droit doit s'appliquer.

- Il est difficile de présumer de la décision qui sera rendue par le Conseil d'Etat.

Toutefois, même si la poursuite de l'intérêt général est un élément à prendre en considération, il apparaît impossible de passer outre le Droit de l'Union Européenne qui a d'ailleurs déjà été appliqué dans une hypothèse similaire (annulation d'un arrêté tarifaire éolien pour défaut de notification).

Il est donc permis d'espérer raisonnablement que le Conseil d'Etat annulera la révision tarifaire sur la base des arguments que nous avons développés et ce sans risque pour les contrats en cours. Cela correspondra à la simple application du Droit.