

ENVIRONNEMENT

324

3 QUESTIONS

Énergies renouvelables: la remise en cause des contrats existants des conditions de rachat de l'électricité photovoltaïque



De g. à dr. : **Anne-Laure Méry**, associé, cabinet Klein Wenner, **Christoph Schödel**, associé, cabinet Klein Wenner et **Marc de Monsebernard**, associé, cabinet Klein Wenner

L'État tente depuis plusieurs années de maîtriser la croissance du coût des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables. Une étape a été franchie en 2020 par la remise en cause, prévue par la loi, des conditions de vente d'électricité photovoltaïque (dans le cas d'installations dont la puissance crête dépasse 250 kilowatts) convenues dans des contrats conclus entre le 12 janvier 2010 et le 31 août 2010 en application des arrêtés tarifaires du 10 juillet 2006. Plusieurs décisions juridictionnelles récentes précisent le cadre juridique dans lequel ces mesures peuvent être adoptées.

1 Qu'en est-il de la possibilité pour le Gouvernement de modifier les conditions de rémunération sur lesquelles les producteurs d'électricité ont initié leur projet?

Ce pouvoir a récemment été fortement accru. Jusqu'à présent, on admettait sans peine que le Gouvernement puisse modifier pour l'avenir les tarifs auxquels est vendue, dans le cadre du mécanisme de l'obligation d'achat, l'électricité produite à partir de sources

d'énergie renouvelables : cela ne faisait, sur le plan des principes juridiques, pas véritablement débat.

Mais le législateur a été plus loin en 2020. En adoptant l'article 225 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 portant loi de finances pour 2021 (*L. fin. n° 2020-1721, 29 déc. 2020 : JO 30 déc. 2020, texte n° 1 ; JCP E 2021, 1005, note B. Homo, J. Videau et N. Vergnet*), il autorise le Gouvernement à réduire le tarif d'achat de l'électricité produite par certaines installations photovoltaïques pour lesquels, et c'est là que se situe la nouveauté, des contrats ont été conclus il y a plus de 10 ans. Il y a donc une modification, décidée unilatéralement par l'État, des conditions d'exécution de contrats existants, auxquels l'État n'est du reste pas partie.

Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de cette disposition, en estimant qu'un objectif d'intérêt général, en l'espèce l'intérêt financier de l'État, permettait de « mettre un terme aux effets d'aubaine dont bénéficiaient certains producteurs » du fait de l'« augmentation considérable de leurs profits » sans que ne soit méconnue la liberté

Suite page 6

En mouvement

De Pardieu Brocas Maffei poursuit son développement stratégique avec la promotion de 3 nouveaux conseils.

Marie-Caroline Fauchille est avocate au barreau de Paris depuis 2012. Elle intervient dans les domaines de l'investissement immobilier (externalisations immobilières, acquisitions, opérations de développement, promotion immobilière...), des baux commerciaux, de la gestion immobilière et du droit de la construction.

Elle a rejoint le cabinet De Pardieu Brocas Maffei en tant que collaboratrice en 2012.

Diane Le Chevallier est avocate au barreau de Paris depuis 2013. Elle intervient en matière de financements structurés et plus particulièrement en financements immobiliers.

Clément Maillot-Bouvier est membre du barreau de Paris depuis 2012. Il intervient auprès de débiteurs, cotés et non cotés, d'actionnaires, de créanciers ou d'investisseurs, dans le cadre de négociations amiables ou de procédures d'insolvabilité, en matière de restructuration de dette, notamment LBO, et d'entreprises en difficulté.

contractuelle qui, découlant de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a une valeur constitutionnelle.

2 La loi de finances a été promulguée et l'article 225 s'applique donc. La messe est-elle pour autant dite ?

Non, elle ne l'est pas, et pour plusieurs raisons. L'article 225 a certes été déclaré conforme à la Constitution, mais il pourra faire l'objet, en cas de changement de circonstances, d'une question prioritaire de constitutionnalité et donc d'un nouvel examen par le Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, des textes réglementaires devront être publiés pour préciser les conditions d'application de la loi. Un décret est prévu par l'article 225, sans qu'il ne soit évident qu'il soit nécessaire. Par ailleurs, c'est par un arrêté interministériel que sera fixé, le cas échéant, le nouveau tarif d'achat de l'électricité applicable aux contrats en cause. En outre, un producteur pourra demander aux ministres de l'Énergie et du Budget d'adopter un niveau de tarifs différent, si le tarif retenu a été de nature à compromettre sa viabilité économique.

3 Et l'article 225 pourra-t-il être contesté à cette occasion ?

Le décret d'application, l'arrêté tarifaire ou une décision des ministres chargés de l'Énergie et du Budget pourront être contestés devant le juge administratif.

Dans ce cadre, il faudra examiner si les dispositions de l'article 225 sont correctement mises en œuvre. En particulier, le nouveau tarif ne peut être fixé de manière discrétionnaire, mais en fonction de ce que doit être une rémunération raisonnable des capitaux. Un débat pourra donc se nouer devant le juge administratif sur ce que doit être cette rémunération raisonnable et sur la méthodologie retenue pour la déterminer. De même, il pourra être discuté des conditions dans lesquelles il est admis qu'un niveau de tarif compromet la viabilité économique d'un producteur.

Mais à l'occasion de ces recours, il sera possible de contester la compatibilité de cet article 225 au regard du droit européen.

Il est vrai que la voie, là encore, sera étroite, compte tenu des leçons qui pourront être tirées d'un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 5^e ch., 15 avr. 2021, *aff. C-798/18, Fédération nationale des entreprises électrotechniques e.a. et électroniques et Athesia Energy Sr e.a. c/ Ministre du développement économique et de l'énergie*), qui admet que des dispositions nationales qui modifient les conditions d'achat de l'électricité peuvent s'appliquer aux contrats en cours d'exécution, sans que ne soient méconnus ni le droit au respect de la propriété des biens, ni la liberté contractuelle, garantis par les articles 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela ne signifie pas que l'article 225 est nécessairement compatible avec le droit de l'Union :

c'est aux juridictions nationales, en fonction des particularités des dispositions applicables, d'apprécier cette compatibilité. Toutefois, l'on retient de l'arrêt de la Cour que les droits fondamentaux garantis par l'Union n'interdisent pas la modification par l'État de contrats en cours d'exécution.

Mais, cette question pourra être examinée également par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 relatif à la protection du droit de propriété, qui n'autorise le législateur à s'ingérer dans des contrats en cours que sous réserve de l'existence d'une justification spéciale (CEDH, 19 déc. 1989, n° 10522/83, n° 11011/84, n° 11070/84, *Mellacher c/ Autriche*). Il n'existe pas d'arrêt de principe dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme aurait précisé si cette justification spéciale pouvait être un simple motif d'intérêt général, ou devait être un motif d'intérêt général suffisant, voire un motif d'intérêt général particulièrement impérieux. Or, le diable est dans le détail ou, plus exactement dans ce qui pourrait sembler n'être qu'un détail mais qui en réalité n'en est pas un : en l'espèce, c'est dans la qualification du motif d'intérêt général justifiant l'intervention de l'État dans des contrats déjà conclus (suffisant ou particulièrement impérieux, par exemple) que des divergences pourraient apparaître entre le Conseil constitutionnel, la CJUE et la CEDH. Cela s'est vu dans le passé. Rien ne dit que cela ne se renouvellera pas.

Focus

Méthodes de transposition des directives européennes : examen de la commission des affaires européennes

Le 14 avril 2021, la commission des affaires européennes a déposé un rapport sur les méthodes de transposition des directives européennes.

Le rapport propose notamment une analyse des difficultés de transposition rencontrées. Selon les rapporteurs, le Parlement ne joue qu'un rôle modeste dans la transposition des directives à laquelle, il est très tardivement et marginalement associé. En outre, le risque de sur-transposition ou de transposition inappropriée est très élevé et historiquement, la France a connu des retards

importants qui ont eu tendance à s'accumuler.

Le rapport a également mis en lumière qu'un effort méthodologique considérable a été déployé ces dernières années par la France, ce qui a conduit à réduire significativement et rapidement le déficit de transposition progressivement accumulé.

Il n'en est pas moins apparu que la France n'est pas au bout des efforts nécessaires d'adaptation et qu'il importe d'introduire de nombreuses innovations pour que la procédure de transposition ne fasse pas obstacle à l'unité

et à la continuité du processus législatif européen, à l'établissement d'un équilibre institutionnel ménageant une juste place à l'autorité parlementaire, et enfin à l'égalité de situation des États membres dans la mise en œuvre effective des orientations voulues par le législateur européen. À ce titre, 10 propositions ont été formulées dans la quatrième et dernière partie du rapport pour atteindre les 3 objectifs fixés, qui sont :

- contribuer à l'unité d'élaboration et à la cohérence intellectuelle et politique de la norme

législative européenne et de ses mesures d'application ;

- remettre le parlement au cœur de la procédure de transposition ;
- limiter les divergences politiques et juridiques propres à accroître l'inégalité entre les États et à générer des distorsions de concurrence entre les acteurs économiques et sociaux.

Pour atteindre ces objectifs, de nouveaux efforts doivent être entrepris et ce, dès la négociation européenne et au moment de la transposition (AN, *rapp. d'information n° 4095, 14 avr. 2021*).