

DUPLICATA



Paris, le 11 AOUT 2011

PREMIER MINISTRE

CONSEIL D'ETAT

11.08.2011 344972

CONTENTIEUX

11 AOUT 2011

LE PREMIER MINISTRE

à

MONSIEUR LE PRESIDENT DE LA 9<sup>EME</sup>  
SOUS-SECTION DU CONTENTIEUX DU  
CONSEIL D'ETAT

**OBJET :** Recours n° 344972, n° 345003, n° 345029, n° 345172, n° 345200, n° 345276, n° 345277, n° 345278, n° 345279, n° 345319, n° 345346, n° 345356, n° 345423, n° 345443, n° 345445, n° 345495, n° 345503, n° 345535, n° 345553, n° 345555, n° 345955, n° 345956, n° 345957, n° 346484, n° 346564, n° 346587, n° 346605, n° 346611, n° 346637, n° 346657, n° 346658, n° 346659, n° 346660, n° 346661, n° 346662, n° 346663 et n° 346664 formés par la société ciel et terre et autres contre le décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

J'ai l'honneur de vous faire connaître que je fais miennes les observations présentées en défense par Madame la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et Monsieur le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dans les instances citées en objet.

Je souhaiterais être informé de la date à laquelle ces affaires seront jugées et être destinataire de l'arrêt une fois la décision rendue.

Pour le Premier ministre et par délégation,  
Le directeur, adjoint au secrétaire  
général du Gouvernement

Thierry-Xavier GIRARDOT

Girardot



Société Civile Professionnelle  
Frédéric ANCEL  
Dominique COUTURIER-HELLER  
Avocat au Conseil d'Etat  
et à la Cour de cassation  
28, Boulevard Raspail 75007 PARIS  
Tél. : 01 45 48 71 43

DROIT DE  
PLAIDOIRIE

N° 033108

n° 344.972 & a.

30  
11 AOUT 2011

Conseil d'Etat

Section du contentieux

Mémoire en défense

**Pour** : 1°) la Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement  
2°) le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie

**Contre** : la société Ciel et Terre (n° 344.972) & a.

Observations à l'encontre des 38 requêtes tendant à l'annulation du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil

11.02.2011  
4972  
RECEVU  
gère

## Faits et procédure

1.-

L'Union européenne s'est engagée dans une politique pour favoriser la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, à laquelle la France a totalement adhéré.

A l'origine, la Commission a adopté le 20 novembre 1996 un livre blanc « *Energie pour l'avenir : les sources d'énergie renouvelables* » dont les objectifs ont été repris par une Directive 2001/77/CE du Parlement et du Conseil du 27 septembre 2001. Celle-ci prévoyait qu'à l'horizon 2010, à titre indicatif, 22,1% de l'électricité serait produite par des sources d'énergie renouvelables.

Puis, une Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 a fixé pour la France l'objectif d'atteindre un taux d'énergie renouvelable de 23% en 2020. Cette seconde Directive relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables a modifié puis abrogé la Directive 2001/77 du 27 septembre 2001.

2.-

Pour répondre aux objectifs fixés à Bruxelles, la France a, d'abord, adopté une loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique tendant à atteindre l'objectif de 21% à l'horizon 2010. Puis, une seconde loi n° 2009-967 du 3 août 2009, relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, porte l'engagement de fixer à 23% de la consommation d'énergie en 2020 la part correspondant aux énergies renouvelables.

Sur le fondement des deux lois de programmation précitées et de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, le Ministre de l'Ecologie a pris, le 15 décembre 2009, un arrêté relatif à la programmation pluriannuelle des investissements (PPI) de production d'électricité.

S'agissant de l'énergie solaire, il est prévu pour l'année 2012 une production de 1.100 MW et pour l'année 2020 de 5.400 MW. L'article 1<sup>er</sup> porte, en effet :

*« Les objectifs de développement de la production électrique à partir d'énergies renouvelables en France sont les suivants :*

*1.- Pour l'énergie radiative du soleil, en termes de puissance totale installée :*

*1.100 MW au 31 décembre 2012 ;*

*5.400 MW au 31 décembre 2020 ».*

Conformément à l'article 4 de la Directive du 23 avril 2009, la France a également établi un « *plan d'action national en faveur des énergies renouvelables* » pour la période 2009-2020 (en ligne).

Un tableau 10.a en annexe à ce plan (p. 99 et 100) fait ressortir, pour les années 2005 et 2008, puis pour chacune des années 2010 à 2020, l'estimation de la contribution totale prévue de chaque technologie fondée sur des sources d'énergie renouvelables en France afin d'atteindre les objectifs de 2020.

Ce plan a été transmis à la Commission européenne en août 2010. Pour l'énergie solaire, il reprend les objectifs de 1.100 MW en 2012 et de 5.400 MW en 2020, prévus dans la PPI.

### 3.-

La loi du 10 février 2000, qui organise le service public de l'électricité, a prévu un dispositif propre à favoriser la production à partir de sources d'énergies renouvelables, dont l'énergie radiative du soleil.

C'est au titre Ier, « *le service public de l'électricité* », que l'article 1<sup>er</sup> prévoit que : « *Le service public de l'électricité a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général. Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité de l'approvisionnement, à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre ...* ».

L'article 2 précise que pour satisfaire aux principes de l'article 1<sup>er</sup> :

« *I.- La mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité vise :*  
*1° à réaliser les objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre chargé de l'énergie* ».

C'est sur le fondement de cet article que le Ministre de l'Ecologie a pris l'arrêté PPI du 15 décembre 2009 précité, exactement conforme au plan d'action national en faveur des énergies renouvelables à destination des instances européennes.

### 4.-

La même loi du 10 février 2000 a, ensuite, prévu au titre II, « *la production d'électricité* », un article 10 pour favoriser la production électrique renouvelable.

C'est, en effet, cet article qui impose à EDF et aux distributeurs non nationalisés « de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par : ... 2° les installations qui utilisent des énergies renouvelables ».

Cette disposition a prévu l'intervention du pouvoir réglementaire :

- « un décret en Conseil d'Etat fixe les limites de puissance installée des installations de production qui peuvent bénéficier de l'obligation d'achat ». C'est le décret en Conseil d'Etat n° 2000-196 du 6 décembre 2000 ;
- « un décret précise les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite ». C'est le décret simple n° 2001-410 du 10 mai 2001.

C'est sur la base du second décret que les Ministres ont fixé par arrêtés successifs les tarifs d'achat par EDF et les DNN de l'électricité solaire. Et parce que ce tarif d'achat est d'environ dix fois supérieur à celui des sources traditionnelles de production, les surcoûts qui en découlent sont compensés par la « contribution au service public de l'électricité », fonds de péréquation alimenté par les consommateurs finaux lors du règlement de leur facture d'électricité (art. 10 qui renvoie à l'article 5 de la loi).

5.-

Faisant la synthèse des contraintes du service public de l'électricité et des moyens de production, le 14<sup>ème</sup> alinéa de l'article 10 prévoit :

*« Sous réserve du maintien des contrats en cours et des dispositions de l'article 50, l'obligation de conclure un contrat d'achat prévue au présent article, peut être partiellement ou totalement suspendue par décret, pour une durée qui ne peut excéder dix ans, si cette obligation ne répond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements ».*

Cette disposition est essentielle à la régulation du dispositif d'aide à la production d'énergies renouvelables, spécialement à l'électricité photovoltaïque.

D'un côté, des objectifs quantifiés d'origine européenne, objectifs repris par la France et fixés par l'arrêté du Ministre de l'Ecologie du 15 décembre 2009. Concrètement, le Ministre fixe pour chaque année les seuils de production qui devront permettre d'atteindre, en 2020, l'objectif prévu.

De l'autre, des puissances déjà installées, auxquelles il convient d'ajouter les demandes de raccordement en cours d'instruction présentées par les candidats producteurs. Sans doute, toutes ces demandes n'aboutiront pas (soit que le candidat ne parvienne pas à réunir les fonds nécessaires à l'investissement, soit que techniquement le raccordement s'avère impossible ou trop onéreux) : c'est pour autant que de manière prudente, on fixe à 50% des projets de raccordement ceux qui aboutiront.

Ainsi, il est à tout moment possible de rapprocher la courbe progressive des productions annuelles cumulées nécessaires à l'atteinte de l'objectif de 2020 de celle des puissances installées et de la moitié des projets dont EDF et les DNN sont saisis.

Si, comme il va être démontré, la courbe des installations en place et des projets en cours se révèle supérieure à la courbe des objectifs, il sera nécessaire de mettre en œuvre les dispositions de l'article 10 précité relatives à la suspension de l'obligation d'achat.

En effet, la faculté de suspendre l'obligation d'achat est subordonnée par la loi à la condition : « *si cette obligation ne répond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements* ».

La faculté de suspendre ne peut conduire à remettre en cause le fonctionnement des installations mises en service : c'est pour autant que la suspension ne peut intervenir que « *sous réserve du maintien des contrats en cours et des dispositions de l'article 50* » (cette dernière catégorie concerne les contrats d'achat conclus par EDF et les DNN, sur la base de l'obligation d'achat qui existait avant l'entrée en vigueur de la loi de 2000).

En revanche, la suspension affecte directement les nouveaux projets en cours, quel que soit leur niveau d'avancement, et interdit le dépôt de nouvelles demandes durant la période de suspension, qui ne saurait excéder une période de 10 ans.

Il faut, ici, s'entendre sur les effets de cette suspension.

S'agirait-il de considérer que la suspension ne conduit qu'à un gel des demandes en cours, de telle sorte que celles-ci reprendraient leur rang à l'issue de la période de suspension et pourraient donner lieu ensuite à la signature des contrats obligatoires ?

Une telle interprétation serait directement contraire à l'économie générale de la disposition qui a pour objet de permettre d'ajuster le volume des demandes à la PPI : s'il était admis que ces demandes n'étaient que « gelées », la mesure de suspension n'aurait aucun effet, puisque de manière mécanique, à son issue, on devrait constater le renouvellement du déséquilibre, que la suspension avait pour objet d'effacer.

Autrement posé, la mise en œuvre, par décret, de la faculté de suspendre a pour effet d'interdire, durant la période de suspension, le dépôt de nouvelles demandes, mais également, d'imposer aux candidats actuels dont les projets auront été suspendus de déposer s'ils l'entendent, à son issue, de nouvelles demandes.

Et ces nouvelles demandes seront examinées au regard des conditions nouvelles. En effet, s'il apparaissait que le déséquilibre provenait de causes structurelles, il conviendrait de modifier le régime des conditions d'achat ressortant en application du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 de la compétence des Ministres chargés de l'économie et de l'énergie. Précisément, après concertation et dépôt d'un rapport établi par MM. Charpin et Trink, un nouveau dispositif a été adopté (cf. infra § 11).

Enfin, la disposition légale relative à la suspension laisse une large marge d'appréciation au Premier Ministre dans le temps (la mesure est prise « pour une durée qui ne peut excéder dix ans ») comme dans ses modalités (« l'obligation de conclure un contrat d'achat ... peut être partiellement ou totalement suspendue »).

6.-

Précisément, à la fin du mois de novembre 2010, le déséquilibre entre la demande et les objectifs déjà relevé à la fin de l'année 2009 persistait et même s'aggravait en dépit des deux mesures de baisse des tarifs prises par les Ministres exposants par arrêtés des 12 – 15 janvier 2010 et du 31 août 2010, qui n'ont pas suffi à mettre un coup d'arrêt à ce qu'il est convenu d'appeler « la bulle spéculative ».

Les causes structurelles de ce déséquilibre ont été mises en lumière par le rapport final dit Charpin « rapport de la mission relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France / IGF-CGIET, 3 septembre 2010 » publié en ligne.

Celui-ci relevait que le prix d'achat de l'électricité photovoltaïque, fixé en France au plus haut niveau des Etats membres, conduisait à la création de véritables rentes de situation puisque ces projets sans aucun risque faisaient ressortir des TRI s'échelonnant entre 11 et 26 % (rapport, p. 15). Il s'en expliquait en montrant que le coût des installations dépendait très fortement des panneaux photovoltaïques, dont le coût moyen s'effondrait à raison de la baisse du prix du silicium, de l'augmentation des capacités des usines de production, de la baisse des coûts dans les pays émergents et des gains de productivité, outre une réduction de la demande liée à la crise économique (tableau, p. 10 du rapport).

Ce sont assurément ces causes qui ont conduit à une très forte croissance de la filière photovoltaïque en 2009 et 2010 et généré un afflux massif des projets très au-delà des objectifs.



Le rapport publié préconisait alors « *la baisse immédiate des tarifs à l'été 2010* » et « *la mise en place d'un système de régulation pérenne avec de la visibilité pour la filière* » (p. 4).

7.-

A la fin du mois de novembre 2010, les objectifs de la PPI étaient en effet largement dépassés.

Rappelons que la PPI arrêtée le 15 décembre 2009 par le Ministre de l'écologie, en conformité exacte avec les objectifs fixés par l'Union européenne, fixe pour l'énergie solaire deux objectifs :

- 1.100 MW installés au 31 décembre 2012
- 5.400 MW au 31 décembre 2020.

La capacité installée ressortait à :

- 262 MW à la fin 2009
- 800 MW à la fin novembre 2010.

La capacité installée avait donc triplé en 11 mois et le rythme de raccordement observé à la fin 2010 ressort à plus de 100 MW supplémentaires par mois.

A quoi, il faut ajouter la capacité en attente de raccordement.

A la fin du mois de novembre 2010, 5.375 MW étaient en file d'attente :

- 1.283 MW auprès du gestionnaire du réseau de transport (haute tension)
- 3.530 MW auprès de ERDF (basse et moyenne tension)
- 562 MW auprès d'EDF SEI (Corse et DOM)
- outre les demandes de moindre importance déposées auprès des DDN.

En retenant que seuls 50% des demandes de raccordement aboutissent (5.375 : 2 = 2.700 MW) et en ajoutant la capacité installée (800 MW), on parvient au chiffre minimum de 3.500 MW déjà installés ou en cours d'installation à bref délai.

On constate aussitôt que l'objectif de 1.100 MW au 31 décembre 2012 serait dépassé de plus du triple. Et immédiatement aussi que, à ce rythme (100 MW / mois), l'objectif de 2020 serait atteint dès 2013 (rapport Charpin, p. 17).

Un tel dépassement conduirait à des conséquences économiques et sociales mettant en cause le bon fonctionnement du service public de l'électricité en faisant supporter aux usagers de ce service des augmentations tarifaires très importantes : on a rappelé, en effet, que ce

sont ces usagers qui supportent au travers de la contribution au service public de l'électricité (CSPE) le surcoût de cette énergie photovoltaïque.

Le dépassement analysé entraînerait une augmentation d'environ 3% de la facture d'électricité des consommateurs par rapport à celle engagée en respectant les objectifs.

A quoi, il faut ajouter, avec le rapport Charpin, qu'en l'état actuel, l'électricité solaire est la plus coûteuse de l'ensemble des énergies renouvelables. Aussi bien, la progression des demandes, donc celle des aides, conduit à réduire corrélativement celles qui sont affectées aux autres sources d'énergies renouvelables.

La suspension s'imposait donc.

8.-

Par un communiqué de presse du 2 décembre 2010, le Premier Ministre, qui se félicite que la France atteigne déjà les objectifs fixés pour 2012 en matière photovoltaïque, relève également que cet essor nettement plus rapide que prévu a cependant un coût pour la collectivité et pour le consommateur final d'électricité qui doit conduire à la définition d'un nouvel équilibre pour mettre fin à la bulle spéculative. Il invite alors les Ministres de l'écologie et de l'économie à engager une concertation avec toutes les parties intéressées pour définir ce nouvel équilibre dans le respect des engagements pris lors du Grenelle Environnement et celui de la protection des consommateurs.

Cette concertation a été mise en place par les Ministres qui ont confié une mission de pilotage à M. Jean-Michel Charpin, inspecteur général des finances, et M. Claude Trink, ingénieur général des mines.

Le Premier Ministre a également invité les Ministres à saisir le Conseil supérieur de l'énergie d'un projet de décret suspendant de façon transitoire l'enregistrement de nouveaux projets : « *en effet, le nombre des projets déjà enregistrés dépasse largement l'objectif fixé par le Grenelle et justifie la définition d'un nouveau cadre* ». Enfin, le Chef du Gouvernement décidait que les installations photovoltaïques d'origine domestique, celles d'une puissance inférieure à 3kW, ne seraient pas concernées par cette mesure.

C'est dans ces conditions que, sur avis favorable du 9 décembre 2010 du Conseil supérieur de l'énergie, a été adopté un décret simple n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

Ce décret porte le contreseing des deux Ministres concernés ; il a été publié le 10 décembre 2010.

Pour l'essentiel, il porte que l'obligation de conclure un contrat d'achat de l'électricité solaire est suspendue pour une durée de trois mois à compter de son entrée en vigueur. Aucune demande nouvelle ne peut être déposée pendant ce délai (art. 1<sup>er</sup>).

Deux exceptions sont prévues :

- au profit des petites installations sur toiture (art. 2)
- ainsi qu'en faveur des projets pour lesquels le producteur a donné son accord à la proposition technique et financière de raccordement au réseau (PTF) avant le 2 décembre 2010 (art. 3 et 4), sous réserve d'une mise en service des installations dans un délai déterminé (art. 4).

Enfin, l'article 5 prévoit que *« à l'issue de la période de suspension mentionnée à l'article 1<sup>er</sup>, les demandes suspendues devront faire l'objet d'une nouvelle demande complète de raccordement au réseau pour bénéficier d'un contrat d'obligation d'achat »*.

9.-

Dans leur rapport du 17 février 2011, MM. Charpin et Trink ont définitivement calculé les effets du décret de suspension sur les projets en attente (prod. n° 1). Ce tableau fait ressortir que les demandes de raccordement portaient sur 6.401 MW. Sur ces demandes :

- l'obligation d'achat a été suspendue pour 3.257 MW
- cependant qu'elle a été maintenue pour 3.144 MW.

On observera le caractère mesuré des effets de la suspension qui n'a concerné que 51% des demandes en cours.

10.-

38 requérants se sont pourvus à l'encontre du décret ; 19 d'entre eux en ont réclamé la suspension.

Par ordonnance du 28 janvier 2011, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté, faute d'urgence, les demandes de suspension.

Les Ministres exposants viennent alors défendre au fond sur les 38 requêtes tendant à l'annulation. Dès lors que ces requêtes présentent le plus souvent des moyens identiques, les Ministres répondent par un mémoire unique.

11.-

Entre temps, au cours de la période de suspension, la concertation décidée par le Premier Ministre a donné lieu à 6 réunions de travail associant l'ensemble des représentants de la filière et des parlementaires. A l'issue de ces réunions, MM. Charpin et Trink ont remis, le 17 février 2011, leur rapport aux deux Ministres exposants.

C'est dans ces conditions que dans le délai de trois mois de la suspension, ouvert le 9 décembre 2010, un nouveau dispositif a été mis en place marqué par l'intervention d'un décret n° 2001-240 du 4 mars 2011 modifiant le décret précité n° 2001-410 du 10 mai 2001 et de deux arrêtés des Ministres de l'écologie et de l'économie du 4 mars 2011, le premier portant abrogation de l'arrêté précité du 31 août 2010, le second fixant les nouvelles conditions d'achat de l'électricité solaire.

On en revient au décret de suspension.

### **Discussion**

12.-

Les requérants sont des professionnels de l'électricité photovoltaïque agissant soit directement, soit au travers d'une association. Ce sont soit des candidats opérateurs, soit des porteurs de projets, soit encore des entreprises qui participent à la réalisation de projets solaires.

Ils font valoir des moyens de légalité externe et des moyens de légalité interne, auxquels il sera successivement répondu.

A./ **la légalité externe** :

**13.- l'incompétence faute de consultation du Conseil d'Etat :**

Un requérant reproche au décret du 9 décembre 2010 d'avoir été adopté sans que le Conseil d'Etat ait été entendu.

Il considère, en effet, puisque le décret du 9 décembre 2010 modifie le régime de l'obligation d'achat, selon lui déterminé par le décret en Conseil d'Etat n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, qu'il aurait dû être pris le Conseil d'Etat entendu.

Ce raisonnement est contraire à l'article 10 de la loi du 10 février 2000.

On a rappelé que l'article 10 a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de fixer par :

- « un décret en Conseil d'Etat fixe les limites de puissance installée des installations de production qui peuvent bénéficier de l'obligation d'achat ». C'est le décret en Conseil d'Etat n° 2000-196 du 6 décembre 2000 ;
- « un décret précise les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite ». C'est le décret simple n° 2001-410 du 10 mai 2001.

D'où résulte que le décret de suspension étant sans relation avec le décret en Conseil d'Etat n° 2000-196 du 6 décembre 2000 fixant les limites de puissance installée, le grief manque par le fait qui lui sert de fondement.

Au demeurant, le 14<sup>ème</sup> alinéa de l'article 10, relatif à la faculté de suspension, prévoit l'intervention d'un simple décret (« peut être partiellement ou totalement suspendue par décret »).

#### **14.- l'incompétence de l'auteur de l'acte :**

Des requérants affirment alors que « le décret litigieux ne pouvait en revanche légalement préciser les conditions d'achat, car aux termes du décret n° 2001-410, cela relevait d'une procédure et d'une compétence particulière. Le décret litigieux ayant été pris par le Premier Ministre, et contresigné par les Ministres de l'écologie et de l'économie, il est entaché d'un vice d'incompétence ».

Mais, le décret de suspension ne fixe en rien le régime de l'achat de l'électricité photovoltaïque : il se borne à suspendre le dispositif en cours.

En revanche, lorsqu'à l'issue de cette période de suspension, les pouvoirs publics ont adopté un nouveau régime passant par de nouvelles conditions d'achat, l'arrêté du 4 mars 2011 a bien été pris à la signature des Ministres exposants et du Ministre placé auprès de la Ministre de l'économie, en charge de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique.

#### **15.- le défaut de contreseing de M. Eric Besson :**

Précisément, un groupe de requérants plaide le vice de forme tiré de l'absence de contreseing de M. Eric Besson.

Cependant, il convient de distinguer, dans le Gouvernement, les ministres et les secrétaires d'Etat selon qu'ils sont ou non rattachés à un ministre. S'ils sont autonomes, leur contreseing est obligatoire. Si, en revanche, ils sont rattachés à un ministre, le contreseing de ce ministre est seul exigé alors même que des décrets auraient prévu leur contreseing (René Chapus, DAG T 1, 15<sup>ème</sup> éd. 2001, n° 277, p. 217 et la jp citée).

Précisément, le décret du 14 novembre 2010 relatif à la composition du Gouvernement porte que :

*« sont nommés ministres ...*

*M. Eric Besson, ministre auprès de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique »*, formule reprise par le décret n° 2010-1499 du 7 décembre 2010 (JO du 8 décembre) relatif aux attributions du Ministre auprès de la Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique.

D'où résulte que M. Eric Besson étant placé *« auprès »* de Mme Christine Lagarde, le contreseing de cette dernière, porté sur le décret, était suffisant.

Et le contreseing de M. Besson au pied du décret n° 2011-240 du 4 mars 2011 (composante du nouveau dispositif) n'infirme en rien la position ici défendue : le contreseing de M. Besson est, en effet, facultatif.

#### **16.- le défaut de contreseing de Mme Nathalie Kosciusko-Morizet :**

Le même groupe de requérants, se prévalant du voyage effectué par la Ministre d'abord en Inde, avec le Président de la République, puis à Cancun, au Mexique, doute que celle-ci ait pu matériellement contresigner le décret de suspension du 9 décembre 2010, intervenu au cours de ses déplacements.

C'est là méconnaître les moyens modernes des télécommunications électroniques.

#### **17.- l'absence de signature manuscrite des auteurs du décret :**

Des requérants plaident que *« aucune signature manuscrite n'est apposée au décret litigieux »* en contravention avec la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dont l'article 4 impose que les décisions administratives comportent *« outre la signature de son auteur, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci »*.

Mais, d'abord, les dispositions de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 *« ne peuvent être utilement invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire »* (CE 23 mars 2011, n° 329.642).

Tel est le cas du décret de suspension.

Ensuite et en tout état de cause, « *la circonstance que l'ampliation du décret attaqué ne comporte pas les signatures manuscrites du premier ministre et du ministre de l'emploi et de la solidarité, est sans influence sur la légalité de ce décret* » (CE 26 septembre 2007, n° 299.337 ; dans le même sens, CE 21 octobre 2009, n° 312.928).

#### **18.- l'absence de consultation de la CRE :**

Plusieurs requérants ou séries de requérants opposent l'absence de consultation de la CRE.

Certains estiment que cette consultation s'imposait car le décret de suspension concernerait l'obligation ou les conditions d'achat de l'électricité solaire. Ils fondent leur grief soit sur l'article 10 de la loi de 2000, soit sur les termes de l'article 8 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité.

D'autres déduisent l'obligation de cette consultation des termes de l'article 31 de la loi de 2000 concernant les projets de règlement relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

#### **19.-**

L'article 10, alinéa 10, de la loi de 2000 prévoit :

*« Un décret précise les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite ».*

Et l'article 8 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 pris en exécution prévoit que :

*« Des arrêtés des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pris après avis du Conseil supérieur de l'énergie et après avis de la Commission de régulation de l'énergie, fixent les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat ... ».*

Il suffit d'observer que la loi et le décret n'imposent la consultation de la Commission de régulation de l'énergie qu'aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie lorsqu'ils arrêtent les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite et non au Gouvernement lorsque, sur le fondement du 14<sup>ème</sup> alinéa de l'article 10 précité (§ 5), il suspend l'obligation de conclure les contrats d'achat.

20.-

C'est au titre VI « *la régulation* » que l'article 31 de la loi de 2000 prévoit que la CRE « *est préalablement consultée sur les projets de règlement relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ...* ».

Mais, le décret de suspension n'est en rien un « *règlement relatif à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ...* ».

21.- **la consultation du CSE :**

C'est l'article 45 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 qui prévoit que « *le Conseil supérieur de l'énergie est consulté sur l'ensemble des actes de nature réglementaire émanant de l'Etat intéressant le secteur de l'électricité ou du gaz* ».

Un décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 fixe la composition et le fonctionnement du CSE.

Ces dispositions ont été respectées.

22.-

Des requérants mettent en cause le délai de convocation en Conseil.

L'article 8 du décret de 2006 porte : « *Une convocation écrite est envoyée aux membres du CSE 14 jours francs avant la date de la réunion. Le délai est réduit à 6 jours francs en cas d'urgence* ».

En l'espèce, le décret vise expressément l'urgence (cf. § 28).

Les membres du CSE ont été convoqués par lettre du 2 décembre 2010 qui leur a été transmise le même jour par message électronique pour une réunion du 9 décembre 2010 (prod. n° 2).

Le délai de 6 jours francs a donc été respecté.

23.-

Un autre requérant reproche au décret de n'avoir pas respecté les principes de la procédure consultative : le décret adopté serait « *sensiblement différent du projet soumis pour avis au CSE et des amendements adoptés par celui-ci* ». Il en donne pour preuve deux exemples :

- alors que le projet de décret retenait une période de suspension de 4 mois et que le CSE avait proposé de ramener cette durée à 2 mois, le décret a finalement suspendu pour une durée de 3 mois ;



- encore, les délais de mise en service des installations bénéficiant de l'obligation d'achat étaient de 3 mois dans le projet de décret, délai étendu à 12 mois par le CSE et finalement à 9 mois par le décret.

Le grief se méprend sur les règles de la procédure consultative.

Il est certain, s'agissant comme en l'espèce d'une consultation obligatoire (et non d'un avis conforme), que l'autorité administrative qui n'est pas tenue de suivre l'avis exprimé ne peut cependant décider sur des questions essentielles qui n'auraient pas été soumises à l'organe consultatif.

Ce principe n'empêche en rien – et c'est là même l'objet de la consultation - de tenir compte totalement ou partiellement de l'avis exprimé sans pour autant être tenu de consulter à nouveau (par ex. CE 15 mai 2000, Territoire de la Nouvelle-Calédonie, rec. p. 170).

Précisément, le Gouvernement a pris en compte l'avis du CSE sur les deux exemples invoqués.

24.-

Enfin, des requérants considèrent qu'il résulterait de la date d'émission de l'avis (9 décembre 2010) que le Gouvernement n'aurait pu en tenir compte en adoptant le décret le même jour.

Mais, il est de jurisprudence que si un délai suffisant doit séparer l'avis de la décision, celui-ci peut être de quelques heures (cf. les conclusions de M. Dutheillet de Lamothe commentant l'arrêt d'assemblée du 7 juillet 1978, Croissant, rec. p. 292, in RDP 1986 p. 862).

Et force est d'observer que le délai a été suffisant pour permettre au Gouvernement de retenir les observations du CSE qui l'ont conduit à modifier son projet d'origine, ainsi qu'il vient d'être rappelé.

#### 25.- l'information et la participation du public :

Des requérants contestent que le décret de suspension ait pu être pris sans autre information ni participation du public. Ils invoquent tant la convention d'Aarhus que les dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

26.-

S'agissant de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998, il est de jurisprudence que « *si les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sont en raison de leur libellé d'effet direct, ils ne régissent la participation du public au processus décisionnel en matière d'environnement qu'en ce qui concerne les activités particulières mentionnées à l'annexe 1 à cette convention* ». Et dans cette

espèce, il a été jugé qu'elle ne s'appliquait pas aux mesures favorisant la réintroduction de l'ours (CE 23 février 2009, n° 292.397).

Pour la même raison, il a été jugé que la décision d'un préfet créant une zone de développement de l'éolien n'entre pas dans les prévisions de l'annexe 1 de la convention (CE 16 avril 2010, n° 318.067).

Précisément, l'annexe 1 à cette convention - liste des actes visés au paragraphe 1 a) de l'article 6 - précise les décisions relevant « 1. Secteur de l'énergie ».

On ne voit pas alors – et les requérants ne le précisent en rien – en quoi la décision de suspension entrerait au nombre de celles figurant à cette annexe, sous cette rubrique.

27.-

L'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit le même droit à toute personne « *dans les conditions et les limites définies par la loi ... de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

Mais, le décret de suspension n'a aucune incidence sur l'environnement, au sens des dispositions de la Charte de l'environnement.

On a rappelé que la France a adhéré à la politique mise en œuvre par l'Union européenne ce qu'elle a encore confirmé par l'adoption de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

Ainsi que l'a exactement rappelé le Premier Ministre dans son communiqué de presse du 2 décembre 2010, le projet de décret n'a pour objet que de faire respecter les objectifs fixés par le Grenelle de l'environnement.

On ajoutera que le public a été ainsi informé de l'intervention à venir de ce décret.

Et le Premier Ministre a aussitôt décidé d'engager une concertation avec l'ensemble des parties intéressées pour définir le nouvel équilibre nécessaire. On a rappelé que 6 réunions ont associé les représentants de la filière industrielle et des parlementaires aux travaux menés par MM. Charpin et Trink qui ont permis l'adoption du nouveau dispositif du 4 mars 2011.

Aucun reproche ne peut ainsi être fait en matière d'information et de concertation.

## 28.- l'entrée en vigueur du décret :

Quelques requérants reprochent, enfin, l'absence de motivation du décret en ce qui concerne son entrée immédiate en vigueur.

L'article 1<sup>er</sup> du Code civil pose de manière générale que les lois et les actes administratifs, publiés au JORF, entrent en vigueur le lendemain de leur publication.

Il prévoit également : *« En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale »*.

Ce texte s'achève en rappelant que ces dispositions *« ne sont pas applicables aux actes individuels »*.

Sur le fondement de ce texte, le décret de suspension porte *« Vu le code civil notamment son article 1<sup>er</sup> ; ... Vu l'urgence ... » « article 6 : La ministre de l'écologie ... et la ministre de l'économie ... sont chargées, chacune en ce qui la concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au JORF et entrera immédiatement en vigueur »*.

Le décret de suspension est en date du 9 décembre 2010 ; il a été publié au JORF du 10 décembre 2010. C'est donc à cette date qu'il est entré en vigueur.

On ne voit pas alors que le Gouvernement ait été tenu de motiver spécialement l'urgence expressément visée par le décret, qui a permis son entrée en vigueur dès la publication au JORF, et non le lendemain.

En effet, de manière générale, la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ne pose cette obligation qu'à l'égard de certaines décisions individuelles.

Le décret en cause n'entre pas dans cette catégorie. En effet, il n'a pas pour destinataires une ou plusieurs personnes nominativement désignées et son caractère temporaire est indifférent à sa nature réglementaire (René Chapus, DAG T 1, 15<sup>ème</sup> éd. 2001, n° 698 et 699, p. 525 et 526). De manière générale, s'il fallait même ranger le décret au rang des *« décisions d'espèce »*, il n'aurait pas davantage à être motivé (René Chapus, op. cit. n° 1323-2° p. 1133).

Et, de manière spéciale, l'article 1<sup>er</sup> du Code civil n'impose aucune obligation de motiver l'urgence de l'entrée en vigueur immédiate d'un texte.

**B./ la légalité interne :**

29.-

Au fond, les Ministres exposants vont montrer la parfaite légalité du décret du 9 décembre 2010 en suivant sa logique propre.

D'abord, l'article 1<sup>er</sup> décide la suspension de l'obligation d'achat. Il sera démontré que cette suspension pouvait légalement intervenir et que la condition légale qu'elle pose était remplie **(B.1)**

Ensuite, l'article 5, pris par voie de conséquence : l'obligation faite aux opérateurs dont la demande est suspendue de déposer une nouvelle demande complète de raccordement s'inscrit dans la logique de la loi ; elle ne porte en rien atteinte à des droits acquis, pas davantage aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime **(B.2)**

Enfin, les articles 2 et 3 posent des exceptions à la suspension au bénéfice des petites installations (art. 2) et des projets très avancés (art. 3), sous réserve pour ces derniers de respecter les conditions fixées à l'article 4. A ce titre, il sera montré que ce régime de faveur n'emporte aucune rupture d'égalité illicite entre les opérateurs, pas davantage qu'il met en cause le principe de non rétroactivité. Enfin, que les conditions posées par l'article 4 sont parfaitement intelligibles **(B.3)**

**B.1/ l'article 1<sup>er</sup> : le principe de la suspension**

30.-

L'article 10 de la loi du 10 février 2000 conditionne la faculté de suspendre partiellement ou totalement l'obligation d'achat « *si cette obligation ne répond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements* ».

Un premier bloc de requérants met en cause la conformité de l'article 10 de la loi de 2000, en ce qu'elle autorise la suspension de l'obligation d'achat, avec les Directives 2003/54 et 2009/28.

D'autres mettent alors en cause la mise en œuvre de la suspension : selon eux, seule la puissance déjà installée à la date du décret peut être prise en compte, à l'exclusion des demandes en cours.

Certains ajoutent qu'en tout état le dépassement des chiffres fixés par l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements (PPI) ne saurait justifier la mise en œuvre de la suspension puisqu'il ne s'agirait que d'objectifs et non d'un plafond.

Enfin, un requérant reproche au décret de n'avoir pas tenu compte de la situation spécifique des départements d'outre mer.

### 31.- les directives :

On ne voit pas, en premier lieu, que l'article 10, alinéa 14, de la loi du 10 février 2000, qui fonde le décret de suspension, méconnaisse les dispositions de la Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, spécialement son article 24.

Il suffit, en effet, de se référer au texte de cette directive pour lire qu'elle entend organiser le marché intérieur dans le secteur de l'électricité. Cette directive est sans relation avec la politique de promotion des énergies renouvelables.

Plus précisément, l'article 24 « *mesures de sauvegarde* » pris au titre des dispositions finales de cette directive réserve l'hypothèse : « *en cas de crise soudaine sur le marché de l'énergie et de menace pour la sécurité physique ou la sûreté des personnes, des appareils ou installations, ou encore l'intégrité du réseau, un Etat membre peut prendre temporairement des mesures de sauvegarde nécessaires ... Ces mesures doivent provoquer le moins de perturbations possibles pour le fonctionnement du marché intérieur* ».

On comprend bien que l'article 24 rappelle le principe, pour le marché intérieur de l'électricité, qui permet à un Etat membre de suspendre ses obligations fondamentales de droit européen dans des hypothèses d'urgence.

Mais, ici, il ne s'agit pas de suspendre les obligations liées au marché intérieur de l'électricité. Mais, bien différemment, de suspendre l'obligation d'achat de l'électricité solaire lorsque les objectifs fixés par la PPI, et conformes à ceux posés par d'autres directives communautaires, sont en voie d'être dépassés.

### 32.-

Les mêmes requérants se prévalent, ensuite, d'une méconnaissance de la Directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Spécialement de son article 13 prévoyant que les règles nationales relatives aux procédures d'autorisation, de certification et d'octroi de licence soient proportionnées et nécessaires, mais également objectives, transparentes et proportionnées et ne créent aucune discrimination entre les demandeurs.

C'est sans autre démonstration que ces requérants affirment que la mesure de suspension serait disproportionnée, rétroactive et que l'obligation d'une nouvelle demande entraînerait une complexification de la procédure, contraire aux objectifs de cette directive.

Mais, il n'était nul besoin d'en appeler à ce texte européen : les principes généraux du droit français comme la loi de 2000 imposent le respect de l'ensemble de ces objectifs.

Il sera alors démontré en répondant à ces critiques que ces objectifs européens ont été parfaitement respectés.

### **33.- les conditions de la suspension sont réunies :**

Le grief tiré de ce que les objectifs fixés par l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la PPI, dont on a rappelé qu'ils étaient exactement conformes au plan d'action nationale transmis à Bruxelles en application de l'article 4 de la Directive du 23 avril 2009, ne constitueraient pas une limite infranchissable est dénué de sérieux.

L'article 10 de la loi conditionne la suspension « *si cette obligation (de conclure un contrat d'achat) ne répond plus aux objectifs de la PPI* ».

Or, ces objectifs, qui sont d'origine communautaire, résultent d'un compromis entre le souhaitable et l'acceptable : s'il convient de favoriser les énergies renouvelables, spécialement l'électricité solaire, encore ne faut-il pas faire peser sur les usagers du service public des contraintes excessives.

Et on observera que le décret de suspension, en ce qu'il excepte de son champ d'application les projets de petites installations et les projets très avancés, admet le principe d'un dépassement encore acceptable.

En effet, on a indiqué (supra § 7) que l'objectif fixé pour le 31 décembre 2012 à 1.100 MW sera dépassé en l'état d'une capacité actuelle installée de 800 MW et des demandes en cours exceptées du dispositif de suspension pour un montant de 3.225 MW, même en n'en retenant que 50%, soit 1.600 MW. En définitive (800 + 1.600) soit 2.400 MW.

### **34.-**

Le décret devait naturellement prendre en compte non seulement la puissance installée, mais également les demandes en cours d'instruction.

Répondant par avance à l'objection tirée de ce que toutes les demandes en cours n'aboutiraient pas, on a rappelé que seuls 50% du montant de ces demandes avaient été pris en compte.

Et pour rechercher si et à quelle date l'objectif sera atteint, il est indispensable de prendre en compte cette partie raisonnable des demandes en cours qui vont inéluctablement aboutir à des installations raccordées et à l'augmentation de la capacité installée.

C'est, en effet, une obligation bien connue du Gouvernement que de prévoir les situations à venir pour prendre, sans attendre, les mesures propres à interdire les dérapages.

35.-

Enfin, sur le principe de cette suspension, il n'est pas davantage sérieux d'affirmer qu'une mesure de suspension de trois mois, dont on vient de montrer qu'elle autorise un dépassement mesuré des objectifs, porterait une atteinte au droit de l'environnement et menacerait tant l'avenir de la filière photovoltaïque que le développement durable, d'autant que cette durée est évidemment raisonnable, mesurée et proportionnée au regard du maximum de 10 ans prévu par la loi.

Encore une fois, il suffit de se référer au communiqué de presse du Premier Ministre du 2 décembre 2010 pour lire la confirmation du respect des engagements pris par la France dans le cadre de ses obligations communautaires et réaffirmés lors des Grenelle.

36.-

Un requérant, installé en Martinique, reproche au décret sa portée générale qui ne tient pas compte du caractère spécifique de la production d'électricité solaire hors du continent métropolitain.

Il fait valoir les dispositions particulières de l'article 5 de l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la PPI qui fixe des objectifs particuliers « *pour les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental* ». Selon lui, la suspension ne devait pas s'étendre à ces zones, dès lors qu'il n'était pas établi qu'elles auraient dépassé les objectifs de la PPI. Il ajoute que le rapport Charpin avait expressément réservé la situation de ces zones.

En premier lieu, cette demande n'est pas légitime : il a été rappelé que l'objectif poursuivi par le Gouvernement, en adoptant la mesure de suspension, était de prendre le temps nécessaire à la mise en place d'un nouveau dispositif qui sera arrêté le 4 mars 2011.

Rien n'autorise alors un industriel martiniquais à prétendre isoler sa situation personnelle pour tenter d'échapper à une réforme générale.

En second lieu, le grief manque en fait.

Il a été rappelé (supra § 7) que le décret de suspension était justifié par le dépassement constaté au mois de novembre 2010 des objectifs de la PPI.

A cet effet, les Ministres ont rappelé qu'il convenait de cumuler, à la fin du mois de novembre 2010, la capacité déjà installée et celle en attente de raccordement. A ce dernier titre, il était indiqué que 5.375 MW étaient en

file d'attente, dont 562 MW auprès d'EDF SEI, correspondant à la Corse et aux départements d'outre mer (soit la zone invoquée par le requérant).

Or, il résulte de l'arrêté du 15 décembre 2009 que les objectifs 2012 pour cette zone ressortent à 552 MW.

Autrement posé, indépendamment de la puissance déjà installée, la seule capacité en attente de raccordement (562 MW) était déjà supérieure à l'objectif fin 2012 (552 MW).

Il était donc obligatoire en droit comme en fait d'adopter une disposition générale de suspension.

B.2/ l'article 5 : les effets de la suspension : l'obligation de former de nouvelles demandes complètes de raccordement

37.-

Cet article dispose :

*« A l'issue de la période de suspension mentionnée à l'article 1<sup>er</sup>, les demandes suspendues devront faire l'objet d'une nouvelle demande complète de raccordement au réseau pour bénéficier d'un contrat d'obligation d'achat ».*

Contre cette disposition, les requérants plaident qu'elle porterait atteinte de manière rétroactive à leurs droits acquis et méconnaîtrait les principes de sécurité juridique et de confiance légitime.

38.-

Pourtant, ainsi qu'il a déjà été exposé (supra § 5), l'obligation, à l'issue de la période de suspension, du renouvellement de la demande de raccordement est la conséquence obligatoire de la mesure.

Admettre, en effet, que les demandes en cours reprendraient leur rang à l'issue de la période de suspension serait directement contraire à l'économie de la disposition qui a pour effet de permettre l'ajustement des demandes à la PPI : on ne va pas suspendre aujourd'hui parce qu'il existe un déséquilibre pour retrouver demain le même déséquilibre.

Ce d'autant que le grief de rétroactivité sera écarté puisqu'il suppose une atteinte à des droits définitivement et antérieurement acquis.

Or, les requérants ne peuvent se prévaloir, en l'absence de contrat formellement conclu avec EDF ou un DNN, d'une situation protégée.



39.-

La thèse des professionnels de la filière photovoltaïque relative à la méconnaissance de leurs droits acquis est récurrente : elle est invoquée contre toutes les dispositions réglementaires adoptées en janvier et mars 2010, août 2010 et maintenant contre le décret de suspension du 10 décembre 2010. Cette thèse a également été invoquée à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010.

Cette argumentation a été résumée par Mme Claire Legras dans ses conclusions sur l'arrêt n° 343.389 du 19 janvier 2011 rejetant cette question.

Elle a pour point de départ le principe du consensualisme de la vente posé par l'article 1583 du code civil : la vente est parfaite dès lors qu'il existe un accord des parties sur la chose et sur le prix. Aucun formalisme n'est exigé pour la validité.

Dès lors, d'une part, que la loi du 10 février 2000 contraint EDF et les DNN à acquérir l'électricité solaire sur la demande du producteur, et d'autre part, que le tarif est déterminé par le pouvoir réglementaire, le contrat de vente serait formé à la date de la demande d'achat (régime 2006) ou de la demande complète de raccordement (régime 2010). Peu important alors les formalités postérieures à cet accord de volontés, qui ne constituent que des conditions dont l'accomplissement a un effet rétroactif en vertu de l'article 1179 du code civil.

Cette argumentation ne saurait cependant convaincre.

40.-

Aussitôt on rappellera que le Conseil d'Etat n'a pas tranché cette question. Son arrêt du 19 janvier 2011 porte « *que, par suite, à supposer même que les arrêtés du 12 janvier 2010 aient porté atteinte à l'économie de contrats légalement conclus ...* ».

41.-

C'est bien que la thèse selon laquelle par leur simple demande d'achat ou de raccordement les producteurs se trouveraient investis de contrats légalement conclus est fautive, à tout le moins susceptible de controverse.

Car elle repose d'abord sur un présupposé inexact : le consensualisme. Ensuite, car elle est contraire au texte de la loi et du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001. Enfin, à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

42.-

*« Le consentement s'exprime en principe sans forme particulière conformément au principe du consensualisme. Cependant les ventes sont fréquemment soumises à des formes particulières »* (Jacques Ghestin et Bernard Desché, *Traité des contrats, la vente*, 1990, n° 217, p. 250).

L'article 1583 du code civil pose un principe retenu par le droit administratif qui trouve sa limite dans les autres dispositions législatives imposant un formalisme aux contrats de vente : pour sa validité, la vente doit être constatée par un acte écrit, voire authentique.

De manière générale, le consensualisme s'efface devant les « *contrats réglementés* » (en ce sens, le commentaire du professeur Richer sous TC 13 décembre 2010, société Green Yellow, AJDA 2011, sp. p. 446).

Précisément, le contrat d'achat obligatoire de l'électricité provenant d'énergies renouvelables est particulièrement réglementé par la loi, les dispositions décrétales et les arrêtés des ministres.

Le principe du consensualisme s'efface alors : il convient de rechercher dans les dispositions des textes de réglementation s'ils imposent ou non la conclusion d'un acte formel.

43.-

Les dispositions de la loi du 10 février 2000 propres à la suspension (devenues article L 314-6 du code de l'énergie) posent :

*« Sous réserve du maintien des contrats en cours, l'obligation de conclure un contrat d'achat ... peut être ... suspendue par décret ... ».*

Or, « *conclure un contrat d'achat* » c'est bien passer un acte formel.

Tel est au demeurant le sens précis de l'article 5 du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat :

*« Les relations entre le producteur et l'acheteur font l'objet d'un contrat d'achat de l'électricité établi conformément au présent décret et à l'arrêté correspondant à la filière concernée pris en application de l'article 8 du présent décret. La prise d'effet du contrat d'achat est subordonnée au raccordement de l'installation au réseau ».*

Le Conseil d'Etat s'est prononcé dans le sens du formalisme :

*« considérant que, dans le cadre de l'obligation d'achat définie par l'article 10 de la loi du 10 février 2000, qui se traduit, en vertu des dispositions de*

*l'article 5 du décret attaqué, par la signature d'un contrat d'achat entre le producteur et l'acheteur ... » (21 mai 2003, Electricité autonome française & a. n° 235.836).*

En définitive, lorsque la loi réserve le « *maintien des contrats en cours* » elle ne vise exclusivement que les contrats signés. Seuls les producteurs titulaires de contrats signés disposent de droits acquis.

Il était donc possible, parce que nécessaire à l'économie de la mesure de suspension, de décider que les demandes suspendues devront faire l'objet d'une nouvelle demande à l'issue de la période de suspension.

44.-

En tout état, le débat consensualisme / formalisme a trouvé un terme dans l'adoption du III de l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010 :

*« III. L'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précitée est ainsi modifié : ...*

*3° Avant le dernier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :*

*« Les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. Le présent alinéa a un caractère interprétatif ».*

Le caractère interprétatif de la disposition selon laquelle ces contrats « *ne sont conclus et n'engagent les parties qu'à compter de leur signature* » est incontestable.

En effet, la définition négative donnée par la Cour de cassation et semble-t-il définitivement retenue vise :

*« Une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse » (Cass. Com. 22 octobre 2002, Bull. Civ. IV n° 150, p. 172).*

Or, si le Tribunal des Conflits a pu juger, concernant la qualification des contrats, que la loi n'était pas interprétative, c'est bien parce qu'elle était directement contraire au droit positif : un contrat conclu entre deux personnes morales de droit privé est un contrat de droit commun, ainsi au demeurant que l'avait jugé le Conseil d'Etat sans aucune ambiguïté par son arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, société Bioenerg, n° 333.275.

En revanche, la disposition législative qui précise que les contrats d'achat d'électricité de l'article 10 de la loi de 2000 sont conclus et n'engagent les parties qu'à compter de leur signature ne fait que reconnaître, sans innover, un état de droit préexistant. Elle n'est en rien contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A quoi on ajoutera, en tant que de besoin, que cette disposition a été introduite par la loi du 12 juillet 2010, antérieure au décret de suspension du 10 décembre 2010 ; qu'ainsi, elle n'a eu ni pour objet ni pour effet une immixtion dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges.

Le grief pris d'une atteinte, par l'article 5 du décret, aux droits acquis des requérants sera donc écarté.

45.-

L'invocation de la méconnaissance du principe de confiance légitime est inopérante pour des motifs de droit comme de fait.

D'abord, car la mesure de suspension ne porte atteinte à aucun droit acquis d'origine européenne : on a montré, bien au contraire, que le dispositif était parfaitement respectueux des objectifs fixés à Bruxelles.

Ensuite et en fait, il est paradoxal que des opérateurs invoquent un tel principe lorsqu'on connaît que c'est le déséquilibre entre le prix d'achat garanti, même revu à la baisse par les arrêtés de janvier et août 2010, et le coût des investissements en diminution importante et mesurée par le rapport Charpin qui a conduit au dépôt de demandes animées par la spéculation, au préjudice direct des consommateurs d'électricité. En réalité, les professionnels requérants connaissaient parfaitement l'existence de ce déséquilibre révélé par l'intervention des deux arrêtés ministériels qui laissaient cependant la place à de véritables rentes de situation et s'attendaient tous à la réaction du Gouvernement annoncée depuis le mois d'août dernier par le rapport Charpin aussitôt publié et dont la première recommandation relative à la baisse du tarif a été immédiatement adoptée par arrêté du 31 août 2010.

Or, il a été jugé : « *que, toutefois, lorsqu'un opérateur économique est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne peut invoquer le bénéfice d'un tel principe (de confiance légitime) lorsque cette mesure est finalement adoptée* » (CE 30 mars 2007, Enel, p. 133, sp. 136).

Et le principe de sécurité juridique n'est pas mieux invoqué.

D'abord et comme il vient d'être indiqué, la mesure de suspension et l'obligation de présenter des nouvelles demandes ne portent aucune atteinte à des droits acquis au-delà des limites posées par l'article 10 de la loi : seules sont en cause les demandes en cours et les demandes nouvelles, à l'exception des contrats en cours qui sont expressément maintenus.

Ensuite, le Gouvernement n'a en rien pris une mesure générale et brutale.

Les articles 2, 3 et 4 du décret exceptent de la suspension les projets d'installations en toiture de faible puissance, ainsi, indépendamment de leur dimension, que les projets techniquement avancés selon le critère objectif de l'acceptation de la proposition de raccordement.

Il est donc inopérant d'invoquer les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole annexé à la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le principe de sécurité à l'égard d'une mesure de suspension qui a exactement respecté ce principe en limitant dans le temps et dans l'espace ses effets.

En définitive, le décret de suspension ne contient aucune erreur manifeste d'appréciation, pas davantage qu'il serait entaché d'un quelconque détournement de pouvoir ou de procédure.

B.3/ les articles 2, 3 et 4 du décret : les projets exceptés de la mesure de suspension

46.-

L'article 10 de la loi prévoit que l'obligation de conclure un contrat d'achat « *peut être partiellement ou totalement suspendue par décret* ».

Comme il vient d'être indiqué, afin de donner un effet mesuré à la décision de suspension, qui pouvait s'appliquer légalement à l'ensemble des demandes en cours, le Gouvernement a prévu deux exceptions au profit des petites installations et des projets très avancés.

Ce n'est pas le moindre paradoxe que les requérants contestent le principe même de ces exceptions prises en faveur des professionnels du secteur photovoltaïque en plaçant qu'elles emporteraient une atteinte au principe d'égalité, voire à la liberté du commerce et de l'industrie en ce qu'elles favoriseraient certains et non d'autres.

47.-

Mais, le principe d'égalité comme la liberté d'entreprendre n'interdisent en rien la discrimination dès lors que celle-ci est conforme aux objectifs poursuivis par la loi.

Précisément, la loi a prévu un traitement inégal des situations différentes.

Lorsque l'obligation d'achat ne répond plus aux objectifs de la PPI, l'article 10 permet au Gouvernement de suspendre « *partiellement ou totalement* » cette obligation.

En procédant, d'abord, à une distinction selon la taille et la nature du projet - demandes relatives à des projets d'installations en toiture d'une puissance inférieure ou égale à 3kW – le décret a respecté l'objectif légal :

le rétablissement de l'équilibre au regard des objectifs ne pouvait conduire à bloquer de petites installations d'origine familiale.

Ensuite, en décidant que la mesure de suspension ne s'appliquerait pas, quelle que soit la capacité envisagée, aux projets pour lesquels l'opérateur avait donné son acceptation à la proposition technique et financière de raccordement au réseau, le Gouvernement n'a fait que distinguer en fonction de l'état d'avancement de la demande.

Il n'est nulle rupture d'égalité ; il a seulement été fait application de la faculté donnée par la loi de procéder à une mesure de suspension partielle pour des catégories différentes au regard des objectifs fixés par la PPI.

48.-

S'agissant de ces projets très avancés, l'exception posée par l'article 3 ne concerne que ceux dont la demande de raccordement a été acceptée avant le 2 décembre 2010, date à laquelle le Premier Ministre a annoncé publiquement l'intervention à venir de la mesure de suspension.

Le décret du 9 décembre 2010, publié le lendemain, pouvait-il fixer cette date antérieure sans se voir opposer le grief de rétroactivité ?

Il convient de le rappeler : la prohibition de la rétroactivité suppose l'atteinte à une situation définitivement constituée.

Or, les promoteurs de projets importants ne disposaient pas au 2 décembre 2010 de droits mieux acquis qu'au 10 décembre suivant. Encore une fois, la seule limite posée par l'article 10 de la loi tient au maintien des contrats en cours.

49.-

Certains requérants font alors un procès au dispositif de l'article 4 du décret, qui serait tout à la fois rétroactif et inintelligible.

On a rappelé que, seconde exception à la mesure de suspension, le décret a prévu pourraient se poursuivre les projets dont « *le producteur a notifié au gestionnaire de réseau, avant le 2 décembre 2010, son acceptation à la proposition technique et financière de raccordement au réseau* ».

Cette exception ne devait pas, cependant, s'opposer aux objectifs poursuivis par la loi. Il ne s'agissait pas, en effet, de permettre à certains investisseurs, ceux qui avaient accepté la PTF, de geler leur projet, en conservant le bénéfice du tarif, tout en attendant le moment pour eux le plus opportun pour financer et réaliser leur installation. Concrètement, d'attendre les nouvelles baisses du prix des panneaux photovoltaïques.

Car, comme il a été indiqué dans les développements propres à l'article 5 du décret, il ne s'agit pas de permettre que des capacités supplémentaires viennent s'ajouter après l'expiration de la mesure de suspension, dont l'objectif est précisément de procéder à un ajustement au regard du PPI.

C'est pour autant que le décret a prévu une limite dans le temps à l'exception posée par l'article 3 : tel est le sens de l'article 4 du décret qui dispose en deux alinéas et d'abord :

*« Le bénéfice de l'obligation d'achat au titre de l'article 3 est subordonné à la mise en service de l'installation dans un délai de 18 mois à compter de la notification de l'acceptation de la PTF de raccordement au réseau ou, lorsque cette notification est antérieure de plus de 9 mois à la date d'entrée en vigueur du présent décret, à la mise en service de l'installation dans les 9 mois suivant cette date ».*

Ce premier alinéa fixe la limite dans le temps de l'exception : la mise en service devra intervenir dans un délai de 18 mois à compter de la date à laquelle l'opérateur aura donné son accord à la PTF. Concrètement, dans ce délai, l'installation devra être mise en service, ce qui suppose, d'une part, que l'opérateur aura financé et achevé ses travaux d'installation, d'autre part, que le gestionnaire aura réalisé les travaux de raccordement entre cette installation et le point d'injection dans le réseau public.

Ce délai est ramené à 9 mois à compter du 10 décembre 2010 lorsque l'accord aura été notifié plus de 9 mois avant cette date.

Certains opposent que ce délai de 18 mois est inférieur au délai antérieurement prévu. D'où selon eux le caractère rétroactif et l'atteinte portée à leurs droits.

Mais, une nouvelle fois encore, ce délai de 18 (ou 9) mois ne s'impose que dans le cadre du décret de 2010 plus spécialement comme une limite à l'exception à la mesure de suspension. Et on conviendra que, conformément à l'article 10 de la loi qui prévoit que le décret peut procéder à une suspension partielle, le Gouvernement était parfaitement habilité à poser des exceptions à la suspension en les assortissant de conditions.

50.-

Restait un aléa : le retard mis par le gestionnaire de réseau à réaliser les travaux de raccordement. En effet, il aurait été injuste de pénaliser un investisseur bénéficiaire de l'exception à la suspension pour un retard dû au gestionnaire de réseau participant à l'obligation légale d'achat. En revanche, rien ne justifiait que soient pris en compte les retards imputables au promoteur de l'opération qui tarderait à financer et réaliser les travaux d'installation.

D'où l'alinéa 2 de l'article 4 :

*« Les délais mentionnés au premier alinéa sont prolongés lorsque la mise en service de l'installation est retardée du fait des délais nécessaires à la réalisation des travaux de raccordement et à condition que l'installation ait été achevée dans les délais prévus au premier alinéa. La mise en service doit, dans tous les cas, intervenir au plus tard deux mois après la fin des travaux de raccordement ».*

Contrairement à ce qu'il est annoncé, le texte est parfaitement clair et intelligible.

Il réserve une prolongation des délais de 18 ou 9 mois si le retard provient de la réalisation des travaux de raccordement ; en revanche, l'installation, entièrement maîtrisée par l'opérateur, doit pour ce qui la concerne, être achevée dans ces délais. Le second alinéa s'achève en prévoyant que « dans tous les cas » la mise en service de l'installation doit intervenir dans les 2 mois après la fin des travaux de raccordement.

Concrètement, dans l'hypothèse où les travaux de raccordement ne permettraient pas une mise en service dans les délais de 18 ou 9 mois, le projet conserverait le bénéfice de l'exception à la double condition :

- l'installation aura été achevée dans les 18 ou 9 mois,
- la mise en service interviendra au plus tard 2 mois après le raccordement au réseau.

**Par ces motifs** et tous autres à produire, déduire ou suppléer même d'office s'il échet

Les ministres exposants concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat

**Rejeter** les requêtes avec toutes conséquences de droit.

**Production** :

1. tableau extrait du rapport Charpin & Trink
2. convocation CSE



Scp Ancel, Couturier, Meier  
Avocat au Conseil d'Etat



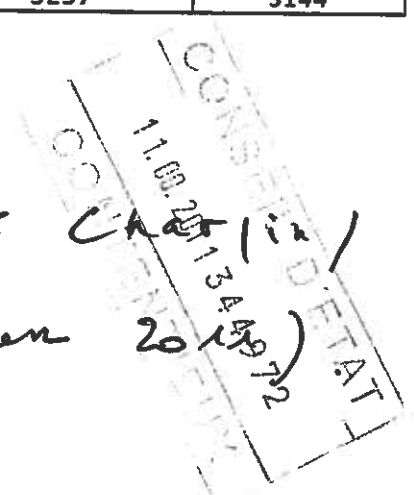
344972 et a.



TABLEAU 2 : ÉTAT DES DÉMARCHES DE RACCORDEMENT À FIN DÉCEMBRE 2010

MW		raccordés fin décembre 2010	Total demandes raccordement	Projets suspendus par le décret	Projets non suspendus (contraints par un délai de réalisation)
ERDF + EDF SEI	BT (<36kVA)	502	289	91	198
	MT (36-250kVA)	205	1475	646	829
	HTA (250kVA-3MW)	265	2387	526	756
ERDF HTA > 3MW	458			647	
RTE		0	2250	1536	714
TOTAL		973	6401	3257	3144

(extrait du rapport Chatlin)  
Travail du 17 février 2011





344972 et a.



CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ÉNERGIE  
54, rue de Varenne  
75007 PARIS

Paris, le 2 décembre 2010

SECRETARIAT GÉNÉRAL  
DIRECTION DE L'ÉNERGIE

Tel : 01 40 81 96 54  
Fax : 01 40 81 20 75  
Mél : muricl.hondoux@developpement.durable.gouv.fr

Madame, Monsieur,

J'ai l'honneur de vous informer que le Conseil supérieur de l'énergie se réunira le **jeudi 9 décembre à 10h**, sous la présidence du président Nicolas au :

54 rue de Varenne  
PARIS 7<sup>ème</sup>

L'ordre du jour de cette séance portera sur l'examen du point suivant :

- Projet de décret suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil :

**Je remercie chaque membre titulaire d'indiquer au secrétariat général du CSE par télécopie ou par e-mail s'il sera présent ou représenté par un de ses suppléants, ou s'il y a impossibilité totale d'être présent.**

Je vous rappelle enfin, pour le bon fonctionnement du CSE, qu'il est **nécessaire d'envoyer vos amendements avant mercredi 8 décembre, 16h00**, sous la forme d'un fichier (qui peut comprendre plusieurs amendements) par texte à l'ordre du jour.

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée.

P/ Le Secrétaire-général

  
Olivier Rubens

PJ : 1 modèle de présence-suppléance

**Sujet :** CSE du 9 décembre à 10h

**De :** "BARBER Nicolas (Chef de bureau) - DGEC/DE/SD3/3B"

<Nicolas.Barber@developpement-durable.gouv.fr>

**Date :** Thu, 02 Dec 2010 19:21:09 +0100

**Pour :** georges.bouchard@gdfsuez.com, alain.fiquet@rte-france.com, alain.raoux@total.com, andre.antolini@enr.fr, bernard.gitton@fnem-fo.org, cdafal75@libertysurf.fr, egruy@maia-group.fr, fdupoux@fedene.fr, fnccr@fnccr.asso.fr, fredericplan@f3c.org, gerard.lefranc@sicac-oise.fr, guy.hourcabie@cg58.fr, j.barra@wanadoo.fr, hubert.loiseleur-des-longchamps@total.com, jclenoir@assemblee-nationale.fr, jean.barra@edf.fr, jean.pierre.nicolas@wanadoo.fr, jeanclaude.lenoir@wanadoo.fr, jean-luc-re.rigo@grtgaz.com, jean-pierre.brazzini@gdfsuez.com, jean-pierre.jouguelet@conseil-etat.fr, jeanpierre.viou@soregies-rd.fr, j-lschilansky@ufip.fr, jpnicolos@assemblee-nationale.fr, Ludivine MELLIER <ludivine.mellier@arkema.com>, ph.dominati@senat.fr, philippe.boucly@grtgaz.com, pierre.marx@orgeco.net, pierre.marx@wanadoo.fr, "CHEVET Pierre-Franck (Directeur Général) - DGEC/DG" <Pierre-franck.Chevet@developpement-durable.gouv.fr>, raphael.claustre@cler.org, roger.tirlicien@cr-lorraine.fr, roland.courteau@wanadoo.fr, SDCEA@wanadoo.fr, benjamin.eloire@departement.org, Thiebault-f@wanadoo.fr, jean-marie.marthos@cfe-energies.com, herve.malherbe@gdfsuez.com, fabien.chone@direct-energie.com, Patrice BRUEL <patrice.bruel@edf.fr>

**Copie à :** a.gelle@fnccr.asso.fr, afoc@afoc.net, alain.morel@fnem-fo.org, amcassot@fnme-cgt.fr, anne-francoise.roul@conseil-etat.fr, annem.cassot@wanadoo.fr, b.tronchon@acfei.cci.fr, benedicteloubaud@afgaz.fr, erik.linquier@erdfdistribution.fr, bernard@rhon-alpes.cci.fr, bertrand.signe@rte-france.com, brigitte.peyron@rte-france.com, myriam.berdy@es-groupe.fr, bsaintandre@dalkia.com, combet26@wanadoo.fr, cufreims@aol.com, daniel.paccoud@afgaz.fr, didier.duchesne@rte-france.com, etienne.giron@gdfsuez.com, f-grosmanin@uem-metz.fr, fnccr@fnccr.asso.fr, g.tabourdeau@anroc.com, guy.marchetti@rte-france.com, guy.marchetti@wanadoo.fr, henri.schmitt@laposte.net, isabelle.dumoulin@antargaz.fr, BONCORPS Jean Claude <jcboncorps@dalkia.com>, jean.fluchere@wanadoo.fr, jean-baptiste.sejourne@gdfsuez.com, jean-gaubert@wanadoo.fr, jean-michel.bassal@edf.fr, jeanphilippe.roudil@enr.fr, jean-pierre.magnon@asmeg.org, lemaire@ville-limoges.fr, long.lu@afgaz.fr, luc.chauvel@edf.fr, luc.gatin@uneleg.fr, magnon.jean-pierre@wanadoo.fr, marie-helene.meyling@edf.fr, marion.lettry@enr.fr, mendezfrancis@yahoo.fr, michel.dubreuil@rte-france.com, monique.delamare@tigf.fr, morgane@rac-f.org, Anne.Barbarin@direct-energie.com, p.sokoloff@fnccr.asso.fr, p.vincent@acfei.cci.fr, emmanuel.husson@edf.fr, pdebeaurepaire@fedene.fr, philippe.dumontier@fce.cfdt.fr, pierrecaselles@wanadoo.fr, "Morel, Stéphane" <stephane.morel@snet-electricite.fr>, uip@club-internet.fr, veronique.besson@fnem-fo.org, william.viry-allemoz@gdfsuez.com, sandra.lagumina@gdfsuez.com, philippe.sainpert@gdfsuez.com, serge.mouradian@laposte.net, jean-francois.lassalle@total.com, ogantois@ufip.fr, fnccr@fnccr.asso.fr, claire.bertrand@eu.rhodia.com, claude.conrard@solvay.com, stephane.delpeyroux@arcelormittal.com, damien.mathon@enr.fr, dorothee.Coucharriere@poweo.com, marie-helene.meyling@orange.fr, Christophe.WENDLING@ufe-electricite.fr, Bernard.Lassus@edf.fr, DUPUIS Pascal - DGEC/SCEE <Pascal-m.Dupuis@developpement-durable.gouv.fr>, FONTAINE Pierre - DGEC/DE/SD3 <Pierre.Fontaine@developpement-durable.gouv.fr>, "ABADIE Pierre-Marie (Directeur de l'Energie) - DGEC/DE" <Pierre-marie.Abadie@developpement-durable.gouv.fr>, RUBENS Olivier - DGEC/DE/SD3/3D <Olivier.Rubens@developpement-durable.gouv.fr>, BONDOUX Muriel - DGEC/DE/SD3 <Muriel.Bondoux@developpement-durable.gouv.fr>, MARCHAL Julien - DGEC/DE/SD3/3B <Julien.MARCHAL@developpement-durable.gouv.fr>, DELPLACE Franck - DGEC/DE/SD3/3B <Franck.Delplace@developpement-durable.gouv.fr>

