

CONSEIL D'ETAT
Section du contentieux
9^{ème} sous-section

Recours en excès de pouvoir

Mémoire en réplique

Référence : n° 345346

CONTRE : Le décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 (JO du 10 décembre 2010, NOR : DEVX1031847D) portant suspension de l'obligation d'achat de l'énergie photovoltaïque (**production n°1**) signé du Premier Ministre, du Ministre de l'Ecologie et du Ministre de l'Economie.

POUR : 1/ **ECOLOGIE SANS FRONTIERES**, association agréée de défense de l'environnement au titre de l'article L. 141-1 du code de l'environnement dans un cadre national, dont le siège social est situé 19 boulevard Edgard Quinet, 75014 Paris, représentée par son président en exercice, M. Franck LAVAL, légalement autorisé aux fins des présentes par délibération du CA du 10/12/2010 (**production n°2**) décidant la création de l'action collective TOUCHE PAS A MON PANNEAU SOLAIRE, et dûment représenté aux fins des présentes par mandat spécial de délégation par sa porte-parole Ariane VENNIN.

Agissant tant en son nom propre qu'en qualité de MANDATAIRE UNIQUE de TOUS LES AUTRES REQUERANTS, par ailleurs adhérents à Ecologie sans Frontière, ayant spécifiquement donné mandat de représentation à Ecologie sans Frontière.

Ayant tous pour Avocat
Maître Alexandre Faro (SCP FARO & GOZLAN)
Avocat au Barreau de Paris
26, Place Denfert Rochereau, 75014 Paris
Tél. 01 47 07 37 36 – Fax. 01 47 07 39 38 – Mail. cabinet@faroetgozlan.com
Palais P510

ENTREPRISES REQUÉRANTES

- 2/ la société GREEN HORSE (**production n°8**)
- 3/ la Société CALION SAS, (**production n°9**)
- 4/ la société JUKI ENERGIES SOLAIRES, (**production n°10**)
- 5/ la société SCHOPFF ENERGIE, (**production n°11**)
- 6/ la société EMMINGOTTER INVEST SAS, (**production n°12**)
- 7/ la Société NTV (**production n°13**)
- 8/ la société ALTECH SOLAR, (**production n°14**)
- 9/ le groupement d'exploitation agricole en commun (GAEC) SHAEFFER, (**production n°15**)
- 10/ la société FOURNIER SARL, (**production n°16**)
- 11/ la société LYDAU, (**production n°17**)
- 12/ la société de production BACH MULLER (**production n°18**)
- 13/ la SARL CGCF, (**production n°19**)
- 14/ la société KIRUNA (**production n°20**)
- 15/ la Société RAFFALLI ENERGIES NOUVELLES 2 (ancienne dénomination VESUBIE ENERGIE SOLAIRE) (**production n°21**)
- 16/ la société RABOURDIN ENERGIES (**production n°22**)
- 17/ la société TECHNIQUE SOLAIRE SARL (**production n°23**)
- 18/ la société SARL de la FERME DU MOULIN (**production n°24**)
- 19/ la société EARL du DROUAIS (**production n°25**)
- 20/ la société M. Thierry DE PAS (**production n°26**)
- 21/ la Société GLC GREENGEST (**production n°27**)
- 22/ la Sté PHOTOVOLT'ENERGIE (**production n°28**)
- 23/ la société POITOU ENERGY SAS, (**production n°29**)
- 24/ la Société ACCORD SOL, (**production n°30**)
- 25/ la société MEDITOURBE (**production n°31**)
- 26/ la Société SOURCE SOLAIRE (**production n°32**)
- 27/ la Société INCA CAPITAL DEVELOPPEMENT SAS (**production n°33**)
- 28/ la société EMERAUDE SOLAIRE (**production n°34**)
- 29/ la société EKORE exploitation SARL (**production n°35**)
- 30/ la société PROVENCE ECO ENERGIE SARL (**production n°36**)
- 31/ la société SARL HUET (**production n°37**)
- 32/ la société SAS GAELILO (**production n°38**)
- 33/ la société ABRICOTECH (**production n°39**)
- 34/ la société HELIO2 SARL (**production n°40**)
- 35/ la société GAEM - AXIOME ENERGIE SARL (**production n°41**)
- 36/ la société INTIC SARL (**production n°42**)
- 37/ la société SUDELIO SAS (**production n°43**)
- 38/ la société WINWATT AQUITAINE (**production n°44**)
- 39/ la société WINWATT LORRAINE (**production n°45**)
- 40/ la société LECUREUR SARL (**production n°46**)
- 41/ la société ALTENEO SAS (**production n°47**)
- 42/ la société ALBERT SOLAIRE SARL (**production n°48**)
- 43/ la société TERRE SOLAIRE SAS (**production n°49**)
- 44/ la société OSERIS Sarl (**production n°50**)
- 45/ la société VIVARAIS ENERGIES SARL (**production n°51**)
- 46/ la société TLC CONSULTING / LOIRENERGIES (**production n°52**)
- 47/ la société SOLARYS FRANCE (**production n°53**)
- 48/ la société LUBERON SOLAIRE SARL (**production n°54**)
- 49/ la société INNOV' ENERGIES (**production n°55**)
- 50/ la société LUCEOL (**production n°56**)

- 51/ la société GJL ENERGIES (**production n°57**)
- 52/ la société K&P SOLAR (**production n°58**)
- 53/ la société SIMORRE (**production n°59**)
- 54/ la société HELIOS DEVELOPPEMENTS (**production n°60**)
- 55/ la SARL DUBECQ ET FILS (**production n°61**)
- 56/ la société SOLYOS SAS (**production n°62**)
- 57/ la Société CAPVENT (**production n°63**)
- 58/ la société Mathieu LETIERCE (**production n°64**)
- 59/ la société AUTAN SOLAIRE (**production n°65**)

PARTICULIERS

- 60/ Monsieur Dominique TRUC, (**production n66**)
- 61/ Monsieur Etienne et Madame Anne KOLLY (**production n°67**)
- 62/ Monsieur Elian LUCHE (**production n°68**)
- 63/ Melle Céline PAOLI (**production n°69**)
- 64/ Monsieur Pierre SABATIER (**production n°70**)
- 65/ Monsieur François DAUPHIN (**production n°71**)
- 66/ Madame Magalie SOMMESOUS (**production n°72**)
- 67/ Monsieur Régis PIERRE (**production n°73**)
- 68/ Monsieur Charles DAGUERRE (**production n°74**)
- 69/ Monsieur Alain GOURRET (**production n°75**)

* *

*

En réponse au mémoire en défense produit par la Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, les requérants entendent formuler les observations suivantes.

RAPPEL DES FAITS

Depuis plusieurs années, la France est soumise à l'obligation communautaire de fournir une part déterminée d'électricité issue d'énergies renouvelables. Fixé à 22,1 % en 2010 en vertu de la Directive 2001/77/CE du 7 septembre 2001, ce pourcentage a été porté à 23% en 2020 par les Directives du Paquet Energie Climat (2009/28/CE).

Afin de remplir ses obligations communautaires, la France a opté pour un système d'obligation d'achat de l'électricité produite, à un tarif avantageux pour les producteurs. L'obligation d'achat d'électricité renouvelable résulte de l'article 10 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 et bénéficie

notamment aux installations utilisant l'énergie radiative du soleil¹ et autres sources d'énergies renouvelables. Cette obligation n'est toutefois valable que si les producteurs en font la demande.

La loi du 12 juillet 2010 portant Engagement national pour l'environnement contient des dispositions modifiant l'article 10 de la loi du 10 février 2000. En effet, elle ajoute à cet article un paragraphe disposant que « *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* ».

Or, le Tribunal des conflits avait dénié à cette disposition tout caractère interprétatif, jugeant qu'elle était en réalité rétroactive (Tribunal des conflits, 13 décembre 2010, *Société Green Yellow*, n°3800).

Par un décret du 9 décembre 2010, le Gouvernement a fait application de cette disposition et a brutalement décidé de suspendre l'obligation de conclure un contrat d'achat de l'électricité solaire pour une durée de 3 mois à compter de son entrée en vigueur en les termes suivants :

*« Le Premier ministre,
Sur le rapport de la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
Vu le code civil, notamment son article 1er ;
Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, notamment son article 10 ;
Vu le décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité ;
Vu le 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 ;
Vu l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité ;
Vu l'avis du Conseil supérieur de l'énergie en date du 9 décembre 2010 ;
Vu l'urgence,*

Décrète :

Article 1

L'obligation de conclure un contrat d'achat de l'électricité produite par les installations mentionnées au 3° de l'article 2 du décret du 6 décembre 2000 susvisé est suspendue pour une durée de trois mois courant à compter de l'entrée en vigueur du présent décret. Aucune nouvelle demande ne peut être déposée durant la période de suspension.

Article 2

Les dispositions de l'article 1er ne s'appliquent pas aux installations de production d'électricité issue de l'énergie radiative du soleil lorsque la somme des puissances crêtes situées sur la même toiture ou la même parcelle est inférieure ou égale à 3 kW.

Article 3

Les dispositions de l'article 1er ne s'appliquent pas aux installations de production d'électricité issue de l'énergie radiative du soleil dont le producteur a notifié au gestionnaire de réseau,

¹ Arrêté du 10 juillet 2006.

avant le 2 décembre 2010, son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau.

Article 4

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 dix-huit mois à compter de la notification de l'acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau ou, lorsque cette notification est antérieure de plus de neuf mois à la date d'entrée en vigueur du présent décret, à la mise en service de l'installation dans les neuf mois suivant cette date.

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 de l'installation doit, dans tous les cas, intervenir au plus tard deux mois après la fin des travaux de raccordement.

La date de mise en service de l'installation correspond à la date de mise en service de son raccordement au réseau.

Article 5

A l'issue de la période de suspension mentionnée à l'article 1er, 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.

Article 6

La ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sont chargées, chacune en ce qui la concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française et entrera immédiatement en vigueur ».

Cette mesure serait motivée par la prévision du dépassement des objectifs de l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, dite PPI.

Seules les petites installations sur toiture d'une puissance inférieure à 3kW sont épargnées, le but étant de ne pas bloquer de petites installations familiales. La mesure ne s'applique pas non plus aux projets pour lesquels le producteur a donné son accord à la proposition technique et financière (PTF) de raccordement avant le 2 décembre 2010 sous réserve de la mise en service dans un certain délai.

Les délais de mise en service des installations qui s'imposent aux pétitionnaires ayant réglé l'acompte de raccordement avant le 2 décembre 2010 sont drastiques et impossibles à respecter en pratique.

De fait, ce texte a eu pour effet d'effacer purement et simplement la file d'attente qui était composée en une très large majorité de projets aboutis ou en cours de réalisation.

Ce décret a provoqué des réactions virulentes de la part des professionnels du secteur photovoltaïque pour qui cette réforme va avoir de graves conséquences sur le plan économique et social.

Ainsi, pour le CLER (Comité de Liaison des Energies Renouvelables), dans un communiqué du 3 décembre 2010, « *Le Gouvernement fait fi de l'activité économique de milliers d'entreprises*

(architectes, bureaux d'études, PME, ...) et de collectivités locales » qui « ont avant tout besoin de stabilité et de visibilité pour mener à bien leurs projets innovants et souvent complexes ».

Le SYNAIP (Syndicat National des Installateurs Photovoltaïques), dans un communiqué du 7 décembre 2010, estime que « *Si les dispositions des articles 3 et 4 sont appliquées en l'état pour les entreprises d'installation, cela serait une catastrophe. Nombre de projets ficelés, demande de raccordement au réseau effectuée, ne se réaliseront pas pendant la période de suspension. Ils devront être redéposés au printemps, ce qui signifie de nouveau des délais qui pourront aller jusqu'à 6 mois. Trop d'entreprises, de ce fait, ne passeront pas la période de suspension. Leur portefeuille de projets va fondre comme neige au soleil. Beaucoup d'entre elles fermeront dans les prochaines semaines avec le cortège de licenciements que cela représente. Cette analyse n'est pas le fruit d'un catastrophisme prématuré mais reflète la situation réelle sur le terrain ».*

Enfin, selon ENERPLAN (Association professionnelle de l'énergie solaire) le 13 décembre 2010, « *Avec l'arbitrage de l'exécutif, le décret publié au JO ne fait pas que suspendre l'obligation d'achat pour trois mois. Des dispositions organisent une purge des projets de façon rétroactive, mettant à mal des centaines d'entreprises et menaçant des milliers d'emplois. L'industrie solaire française va devoir encaisser un sérieux coup de bélier, alors qu'en aval de la filière, ce sont des mois de travail qui sont effacés avec une pause d'un trimestre à dépasser. Beaucoup d'entreprises n'y survivront pas, d'autres vont devoir licencier pour ne pas périr ».*

Les requérants contestent la légalité du décret attaqué.

* *
*

DISCUSSION

I. LEGALITE EXTERNE

I.1. Sur le défaut de contreseing de la Ministre chargée de l'Ecologie, Mme Nathalie Koscuisko-Morizet

L'article 22 de la Constitution dispose que « *Les actes du Premier Ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ».*

Le Conseil d'Etat opère un contrôle de cette condition. Voyez en ce sens CE, assemblée, 10 juillet 1981, *Union patronale des Hauts-de-Seine*, n°20836 ou encore CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, n°188715.

Ainsi, il a été jugé dans une décision CE, 27 avril 1962, *Sicard*, Rec. CE p. 279 que les ministres chargés de l'exécution de l'acte du Premier Ministre « *sont ceux qui ont compétence pour signer ou*

contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution du décret ».

La formule « *le cas échéant* » de l'article 22 renvoie à la possibilité que le Premier ministre soit la seule autorité chargée de l'exécution du décret. Dans ce cas très rare, le contreseing d'un ministre ne s'impose pas (CE, 3 décembre 1980, *SNESUP*, n°15026).

En l'espèce, le décret attaqué aurait dû être contresigné par Mme Nathalie Kosciusko-Morizet, Ministre de l'Écologie, du développement durable, des transports et du logement.

Le décret mentionne qu'il a été rédigé à Paris, le 9 décembre 2010. Il a été publié le lendemain au Journal Officiel, soit le 10 décembre 2010. Or, à ces dates, Mme Kosciusko-Morizet était en voyage à Cancun au Mexique afin de participer aux débats de la conférence mondiale sur le climat. Elle arrivait d'Inde où elle avait accompagné pendant plusieurs jours le Président de la République en voyage officiel. Il lui était donc physiquement impossible de signer l'acte attaqué.

Si des moyens modernes de communication existent bien, il est toutefois peu probable que ceux-ci soient valables pour le contreseing d'un décret.

Après avoir constaté l'absence de contreseing de la Ministre chargée de l'exécution du décret attaqué, vous prononcerez sa nullité.

I.2. Sur le défaut de contreseing du Ministre chargé de l'Énergie, M. Eric Besson

L'article 10 de la loi 2000-108 pose le principe de l'obligation d'achat et précise que ce sont les ministres chargés de l'Économie et de l'Énergie qui fixent les conditions d'achat de l'électricité. Le décret fixant ces conditions doit donc contenir la signature de ces deux ministres. En l'espèce, il manque le contreseing du Ministre de l'Énergie.

L'article 22 de la constitution dispose que « *Les actes du Premier Ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution* ».

En effet, le décret 2010-1510 est signé du Premier Ministre, du Ministre de l'Écologie et du Ministre de l'Économie. Il manque donc le contreseing du ministre de l'Énergie, qui était, à la date de la signature du décret, M. Eric Besson.

Le décret du 14 novembre 2010 relatif à la composition du Gouvernement (NOR : HRUX1029023D) dispose en effet 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 ;* ». Ses missions sont détaillées par le décret n°2010-1499 du 7 décembre 2010, NOR : INDX1030452D². Ce dernier avait en outre signé les communiqués de presse des 7 et 10 décembre 2010 concernant le décret. Sa signature était donc nécessaire.

Vous annulerez donc le décret attaqué pour vice de forme.

² « *Le 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, connaît de toutes les affaires en matière (...) d'énergie (...) que lui confie la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie. A ce titre, par délégation de la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et dans les limites de ses attributions : (...) 2° Il élabore et met en œuvre la politique de l'énergie et des matières premières, afin notamment d'assurer la sécurité d'approvisionnement et la compétitivité de l'économie* ».

I.3. Sur le défaut de consultation de la Commission de Régulation de l'Énergie

L'article 10 de la loi 2000-108 dispose que :

*« Alinéa 10 : 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 ».*

Le défaut de consultation d'organismes collégiaux est une illégalité substantielle, que le résultat de l'avis soit obligatoire ou non pour l'administration. Cela a été jugé par une décision CE, 24 février 1960, *Métadier*, Rec. p. 139.

En l'espèce, les visas du décret contiennent bien la mention de la consultation du Conseil Supérieur de l'Énergie, mais non de celle de la Commission de Régulation de l'Énergie.

Pourtant, il s'agit bien d'un organisme collégial. C'est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 10 février 2000 et chargée de la régulation du secteur de l'énergie en France. Elle comprend un collège de 5 membres ainsi qu'un comité de règlement des différends et des sanctions. De plus, le décret attaqué relève bien des conditions d'achat de l'électricité dont fait référence la loi de 2000.

Le décret attaqué encourt donc l'annulation.

I.4. Sur la méconnaissance des principes d'information et de participation

L'article 8 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 précise quant à lui que :

*« Chaque Partie s'emploie à promouvoir une **participation effective du public à un stade approprié _ et tant que les options sont encore ouvertes _ durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale** qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement. A cet effet, il convient de prendre les dispositions suivantes :*

- a) Fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective;***
- b) Publier un projet de règles ou mettre celui-ci à la disposition du public par d'autres moyens;*
- et*
- c) Donner au public la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs représentatifs.***

Les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible ».

Ces principes ont été rappelés à de nombreuses reprises dans la loi et la jurisprudence.

Il convient de noter qu'alors que le mémoire introductif faisait uniquement mention de l'article 8 de la Convention d'Aarhus, les ministres concernés font des développements hors sujet relatifs à l'article 6, dont il n'avait pas été question jusqu'alors.

Dans une décision CE, 23 février 2009, *Département de l'Ariège*, n°292397, le Conseil d'Etat a jugé 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 (...); que, pour les activités particulières autres que celles énumérées à ladite annexe, la convention laisse au droit interne de chaque Etat le soin de définir les mesures d'application nécessaires ». La liste figurant à l'annexe 1 ne comprend que des activités dangereuses et potentiellement très polluantes.

La loi 2000-108 a ainsi précisé les « mesures d'application » auxquelles fait référence le Conseil d'Etat. Cette loi évoque la concertation à l'article 10, en prévoyant notamment la consultation de la Commission de régulation de l'énergie, ce qui n'a pas été fait.

De plus, la directive 2001/77/CE sur l'électricité³ admet l'adoption de régimes nationaux de soutien à l'électricité issue de sources renouvelables en tant qu'ils sont fondés sur un objectif de protection de l'environnement, mais demande aux Etats membres de veiller à ce que ces règles soient « **objectives, transparentes et non discriminatoires** » (article 6).

En l'espèce, les acteurs de la filière photovoltaïque n'ont pas été consultés et le public n'a pas été informé des raisons de cette mesure ni de ses modalités de mise en œuvre. Le processus d'adoption de la mesure manque donc manifestement de transparence comme exigé par les textes communautaires.

Le communiqué de presse du Premier Ministre du 2 septembre 2010 était très laconique et n'a pas permis aux parties intéressées de comprendre l'utilité de cette mesure brutale. Aucune donnée chiffrée n'a été fournie et aucune information n'a été rendue publique quant au dépassement allégué des objectifs de la PPI.

De plus, ce même communiqué de presse en date du 2 septembre 2010, indique que « *le Premier Ministre a demandé à Nathalie Kosciusko-Morizet et Christine Lagarde d'engager une concertation avec toutes les parties concernées afin de définir ce nouvel équilibre*⁴ ». Il est permis de douter de l'intérêt d'une telle concertation, à seulement 7 jours de la signature du décret litigieux, si tant est que l'on puisse réellement parler de concertation.

Le décret a été signé le 9 décembre, soit le même jour que la réunion du Conseil Supérieur de l'Energie, réunion au cours de laquelle ce dernier a adopté plusieurs amendements visant à assouplir le moratoire. Cette concordance de dates est un signe supplémentaire du manque flagrant de concertation.

Pour cette raison, vous annulez le décret attaqué.

* *

*

³ Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité

⁴ <http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/francois-fillon-annonce-une-concertation-au-sein-de-la-filiere-photovoltaïque>

II. LEGALITE INTERNE

II.1. Sur la violation du principe de non-rétroactivité des actes réglementaires

Le décret attaqué, signé le 9 décembre 2010, publié au Journal Officiel le 10 décembre et entré en vigueur immédiatement à cette date prévoit dans son article 3 que « *Les dispositions de l'article 1^{er} ne s'appliquent pas aux installations de production d'électricité issue de l'énergie radiative du soleil dont le producteur a notifié au gestionnaire de réseau, avant le 2 décembre 2010, son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau* ».

A contrario, cela signifie que les dispositions de l'article 1^{er}, et donc le principe même de la suspension, s'appliquent aux installations de production d'électricité issue de l'énergie radiative du soleil dont le producteur a notifié son acceptation de la proposition technique et financière au gestionnaire de réseau entre le 2 et le 11 décembre 2010.

Tout d'abord, le décret du 9 décembre 2010 méconnaît le principe essentiel de non-rétroactivité des actes administratifs, dès lors qu'il prévoit son application au 2 décembre 2010, soit une semaine avant la date de sa signature par les autorités compétentes.

La non-rétroactivité des actes réglementaires s'entend par le fait que les actes administratifs ne disposent que pour l'avenir. C'est un principe essentiel du droit administratif français, affirmé à de nombreuses reprises.

Pour un exemple récent, voyez CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n°317225 :

« considérant, en revanche, que le décret et les arrêtés attaqués, qui ont été publiés au Journal officiel de la République française le 16 avril 2008, ne pouvaient, en raison du lien existant dans le régime antérieur d'indemnisation des heures supplémentaires auquel ils se substituaient, entre le droit à rémunération et le droit à repos compensateur de ces heures, prendre effet à une date antérieure à leur publication, sans porter atteinte à des situations juridiquement constituées ; qu'il en résulte qu'en ayant disposé qu'ils entreraient en vigueur le 1er avril 2008, ce décret et ces arrêtés sont entachés d'une rétroactivité illégale ; qu'il y a lieu en conséquence de les annuler dans cette mesure ».

Les autorités administratives ne peuvent fixer l'entrée en vigueur de leurs décisions à une date antérieure à celle de leur signature ou notification (CE, 11 juin 1993, *Commune de Rai*, Rec. p. 592⁵).

Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs a été reconnu comme principe général du droit dans une décision CE, 25 juin 1948, *Journal l'Aurore*, Rec. p. 289, sans cesse confirmée par la suite. Voyez pour illustration CE, section, 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, Rec. p. 554, CE, assemblée, 11 juillet 1984, *Union des groupements des cadres supérieurs de la fonction publique*, n°54300 et 54467. L'illégalité d'un acte réglementaire en raison de sa rétroactivité est par ailleurs un moyen d'ordre public (CE section, 8 novembre 1968, *Menez*, Rec. p. 557, CE section, 5 février 1971, *Mégard*, n°76236).

⁵ Cette affaire concernait un relèvement de tarif applicable à des consommations réalisées avant la date d'entrée en vigueur de la décision de relèvement.

Or, il est établi que **seule une loi ou une convention internationale peut tenir en échec un principe général du droit**. Cela a été exprimé explicitement par la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment dans des décisions CE, section, 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec. p. 413, CE assemblée 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, Rec. p. 74, CE, section, 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec. p. 554 précité. De la même manière, le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision n°69-55L du 26 juin 1969, *Protection des sites*, Rec. Cons. const. p. 27 qu'il ne peut être dérogé à un principe général du droit « *que par une décision législative* ». Il en va de même dans une décision n°69-57L, 24 octobre 1969, *Frais de scolarité à l'école polytechnique*, Rec. Cons. const. p. 32, dont la rédaction implique que seule la loi peut déroger au principe de non rétroactivité des actes administratifs.

Le décret de 1969 est un acte réglementaire et ne peut donc tenir en échec le principe général du droit qu'est la non-rétroactivité des actes réglementaires.

L'on s'aperçoit ainsi que la rétroactivité d'un acte réglementaire est admise s'il existait une disposition de nature législative prévoyant cette possibilité. En effet, l'édiction d'une disposition rétroactive échappe au pouvoir réglementaire selon le Conseil constitutionnel (décision n°69-57L du 24 octobre 1969, Rec. Cons. const. 1969, p.32 précitée).

C'est ce qui a été jugé dans une décision CE, 24 juillet 2009, *Centre hospitalier universitaire de Caen Leroy*, n°311318 :

« que, par suite, le décret du 14 février 1994 , en l'absence, à la date à laquelle il est intervenu, de toute disposition législative l'autorisant à déroger au principe de la non rétroactivité des règlements, ne pouvait légalement prévoir qu'il prendrait effet au 1er août 1993 ». Aux termes de cette décision de sous-sections réunies, pour que la rétroactivité d'un acte réglementaire soit possible, il faut qu'elle ait été prévue par une disposition législative antérieure.

Cette jurisprudence est loin d'être isolée. Voyez pour illustration la décision CE, 17 mars 2008, *Fédération INTERCO CFDT*, n°300326 :

« Considérant, en revanche, que le décret attaqué a prévu en son article 6 que ses dispositions prendraient effet le 1er janvier 2006 ; qu'aucune disposition législative n'autorisait le gouvernement à donner à ce décret un effet rétroactif ; que la FEDERATION INTERCO CFDT est par suite fondée à soutenir qu'il est entaché d'excès de pouvoir en tant qu'il comporte une date d'effet antérieure à celle de son entrée en vigueur résultant de sa publication au Journal Officiel 9 Novembre 2006 ».

Cette disposition législative doit être en outre précise et claire. Ainsi, comme le rappelle le professeur Chapus⁶, « *S'il y a matière au doute, le juge estimera que le législateur n'a pas voulu déroger au principe en cause* ».

Dans les faits, si la loi de 2000 prévoyait la possibilité de suspendre la mesure d'achat d'électricité, elle n'en prévoyait nullement la rétroactivité. L'article 5 alinéa 5 prévoit uniquement que « *Sous réserve du maintien des contrats en cours et des dispositions de l'article 50, l'obligation de conclure un contrat d'achat prévu 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* ».

⁶ René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, § 150.

En l'espèce, le décret du 9 décembre 2010 est rétroactif sur deux points : quant au fait générateur de l'obligation d'achat et quant aux personnes ayant effectivement notifié leur acceptation de la proposition technique et financière entre le 2 décembre et le 11 décembre 2010.

Toute la question est de savoir à quelle date naît l'obligation de l'Etat envers les producteurs. Notre contradicteur avance que les requérants ne disposaient pas de droits définitivement et antérieurement acquis et ne peuvent ainsi se prévaloir d'une situation protégée. En réalité, la loi du 10 février 2000 leur avait donné la possibilité de se voir racheter l'électricité produite par leurs installations et l'Etat était tenu à une véritable obligation d'achat.

L'article 10 de la loi de 2000 dispose que « *Sous réserve de la nécessité de préserver le bon fonctionnement des réseaux, Electricité de France et, dans le cadre de leur objet légal et dès lors que les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 précitée **sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national*** ».

Selon les ministres, le contrat est formé à la date de la signature et seuls les producteurs titulaires de contrats signés disposent de droits acquis (cf. loi du 12 juillet 2010). Ce raisonnement est erroné.

La détermination du moment de la conclusion du contrat est une question centrale au regard du principe de non-rétroactivité. Il est en effet régulièrement jugé que les rapports contractuels restent régis par les lois et règlements en vigueur lors de la conclusion du contrat (CE section, 29 janvier 1971, *Emery*, Rec. p. 80).

Il convient tout d'abord de rappeler qu'en vertu de l'article 88 de la loi Grenelle 2, les contrats d'achat d'électricité sont des contrats administratifs. Or, le consensualisme régit les contrats conclus par les personnes publiques. La signature du contrat n'est en effet que la manifestation du consentement et ne s'apprécie pas comme une formalité substantielle.

La valeur de la signature dans le domaine des contrats publics est régulièrement remise en cause. Pour illustration, il a été jugé qu'une délibération par laquelle un Conseil municipal choisit le titulaire d'une délégation de service public crée des droits au profit de ce dernier (CE, 17 mars 2004, *Commune de Val d'Isère*, n°228428).

De plus, si la loi de 2000 prévoyait bien un article 10 disposant que « *Les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. Le présent alinéa a un caractère interprétatif* », cet ajout est très contestable. Les ministres prétendent que la disposition interprétative a été introduite sans avoir eu pour objet ou pour effet une immixtion dans l'administration de la justice afin d'influer sur le déroulement judiciaire des litiges. Pour cela, elle rappelle que cette disposition a été introduite par la loi du 12 juillet 2010, soit bien avant l'apparition du décret contesté. Toutefois, on peut imaginer que le 12 juillet 2010, l'administration avait déjà conscience du futur dépassement des objectifs de la PPI et que la mesure de suspension de l'obligation d'achat d'électricité provenant de panneaux photovoltaïques était en cours de préparation. En effet, comme le reconnaît le mémoire adverse, la réaction du Gouvernement avait été annoncée au mois d'août par le rapport Charpin. La disposition interprétative introduite dans la loi du 12 juillet 2010 n'était donc pas anodine et il y a clairement eu volonté de supprimer ces contrats de manière délibérée.

Cette disposition ne pouvait pas être qualifiée d'interprétative dans la mesure où elle a été ajoutée le 12 juillet 2010 et qu'avant cette date, il était fait application des dispositions de l'arrêté du 10 juillet

2006 puis de celui du 12 janvier 2010 qui prévoyaient que l'obligation d'achat naissait à la date de la demande complète de raccordement. Il n'y avait pas de doute sur ce point.

Comme le rappelle notre contradicteur, il résulte d'une jurisprudence constante qu'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. (Cour de cassation, chambre commerciale, 22 octobre 2002, Bull. Civ. IV n°150, p. 172). En l'espèce, il n'y avait aucune controverse et la loi a bien introduit une disposition nouvelle. C'est également ce qu'a considéré le Tribunal des conflits dans sa décision du 13 décembre 2010 sur un autre point (Tribunal des conflits, 13 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres contre Electricité de France*, n°3800 jurisdata n°2010-025183).

Le décret attaqué prévoit dans ses articles 3 et 4 que l'obligation d'achat naît à la date de notification de son acceptation de la proposition technique et financière du gestionnaire du réseau avant le 2 décembre 2010. Toutefois, sous l'empire de l'arrêté du 10 juillet 2006⁷, l'obligation d'achat naissait à la date de la demande complète de contrat d'achat. Sous l'empire de l'arrêté du 12 janvier 2010⁸, elle naissait à la date de demande complète de raccordement, à condition que la mise en service intervienne dans les 24 mois. La date de demande complète de raccordement était alors précise et correspondait en pratique à un courrier d'accusé réception établi par le gestionnaire du réseau (ERDF) (document ERDF « *Procédure de traitement des demandes de raccordement* », chapitres 7 et 8, Schémas récapitulatifs pages 22 et 23).

La date de la naissance de l'obligation d'achat a bien été repoussée par le décret attaqué, puisque l'acceptation de la proposition technique et financière est nécessairement postérieure à la demande de raccordement. En effet, à compter de cette demande, ERDF disposait d'un délai de trois mois pour formuler une proposition technique et financière. Dans la mesure où ERDF n'avait aucune obligation en termes de délais de traitement des dossiers de demande, cela pouvait prendre un certain temps. Lorsque cette proposition était envoyée au pétitionnaire, celui-ci disposait de trois mois pour verser un acompte.

Aussi, les producteurs ayant déjà formulé une demande complète de raccordement et n'ayant pas reçu, au 2 décembre 2010, de proposition technique et financière, se sont vu refuser la mise en œuvre de l'obligation d'achat. Pourtant, en vertu de la réglementation alors en vigueur, l'obligation d'achat était bien née.

Les producteurs d'électricité, telle la société requérante CALION, se sont retrouvés dans une situation totalement ubuesque, dans laquelle ils se sont vus appliquer rétroactivement un changement de régime défavorable, alors qu'ils bénéficiaient d'un droit acquis. Ils étaient certains de pouvoir bénéficier du rachat par l'Etat de l'électricité produite et avaient procédé aux investissements nécessaires.

Il a été jugé dans une décision CE, 9 octobre 1981, *Beherec*, n°18649 que la décision prise dans l'exercice d'une compétence liée peut être censurée si elle est entachée de rétroactivité illégale. Ainsi, même si le Gouvernement prétend qu'il n'avait d'autre choix que de prendre cette mesure de suspension du fait du prétendu dépassement à venir des objectifs de la PPI, cela ne justifiait pas l'adoption d'une mesure rétroactive.

⁷ NOR : INDI0607867A

⁸ NOR : DEVE0930803A

Il est légitime de penser que c'est l'Etat qui doit assumer ses erreurs d'appréciation et non les producteurs, qui avaient la certitude de voir leur électricité rachetée par l'Etat et qui ont investi des sommes considérables dans ces projets.

Le décret contesté est rétroactif tant quant au fait générateur de l'obligation d'achat que quant aux personnes ayant effectivement notifié leur acceptation de la proposition technique et financière entre le 2 et le 11 décembre 2010. C'est notamment le cas de la société LECUREUR, dont la situation est exposée dans le précédent mémoire.

Par ailleurs, les ministres entendent démontrer l'absence de doute sérieux sur la légalité du décret de 2010 « *en suivant sa logique propre* »⁹. Or, c'est bien cela qui leur est reproché : suivre leur propre logique sans tenir compte de la réalité juridique et factuelle dans laquelle se trouvent les acteurs de la filière photovoltaïque.

Le décret attaqué est rétroactif et entaché d'illégalité. Il sera donc annulé.

II.2. Sur la violation de la loi du 10 février 2000

La partie adverse soutient que le décret attaqué est justifié par le fait que les objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements (PPI) seraient dépassés. La réalité est toute autre.

L'article 10 de la loi du 10 février 2000 subordonne la faculté de suspension de l'obligation d'achat à la condition que les objectifs de la PPI soient dépassés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La PPI du 15 décembre 2009 fixe pour l'énergie solaire l'objectif de 1 100 MW installés au 31 décembre 2012 et de 5 400 MW au 31 décembre 2020. Or, la partie adverse reconnaît elle-même que la capacité installée fin novembre 2010 n'était que de 800 MW, bien en-deçà des objectifs annoncés.

Il n'est pas contesté que toutes les demandes n'aboutiront pas. Notre contradicteur avance que seuls 50% du montant de ces demandes avaient été pris en compte. Ce pourcentage a été fixé de manière arbitraire, sans aucune précision, et ne permet pas de traduire la réalité des faits. En pratique, le nombre de demandes en cours d'instruction qui aboutiront pourrait être nettement inférieur à 50%.

Ainsi, pour déduire de ces chiffres l'hypothétique dépassement de plus du triple des objectifs fixés par la directive 2001/77/CE du 27 septembre 2001, les ministres se contentent d'une analyse prospective, dépourvue de tout fondement sérieux.

L'arrêté du 15 décembre 2009 n'explique pas quel est le mode de calcul servant à déterminer les objectifs de développement de la production électrique à partir d'énergies renouvelables au regard des objectifs fixés par directive de 2001 précitée. En l'absence de toute justification des chiffres retenus, il est très contestable de se fonder sur cet élément pour suspendre l'obligation d'achat pesant sur l'Etat.

D'autre part, on peut s'interroger quant à la nécessité de suspendre la mesure d'achat d'électricité lorsque l'on voit qu'en parallèle, un appel d'offres a été lancé par le gouvernement pour la réalisation et l'exploitation de centrales solaires photovoltaïques et thermodynamiques de plus de

⁹ Page 17 du mémoire en défense.

250 kW. Il porte sur la construction de 450 MW, l'objectif global étant d'atteindre 900 MW d'ici 2015¹⁰.

A cette occasion, Mme Nathalie Kosciusko-Morizet a déclaré : « *Cet appel d'offres s'insère dans la logique de constitution d'une filière industrielle d'excellence basée sur des technologies à forte valeur ajoutée, faible impact environnemental et à fort potentiel d'export. En donnant de la visibilité aux industriels, il doit permettre de restaurer la confiance indispensable au développement d'une filière compétitive et créatrice d'emploi* ».

M. Eric Besson a pour sa part estimé : « *Nous disposons désormais d'un **dispositif de soutien permettant un développement du solaire photovoltaïque** dans la durée, s'appuyant sur une filière industrielle compétitive. La publication ce jour du cahier des charges du 2nd appel d'offres est une nouvelle étape de la **mise en œuvre des engagements du Gouvernement, en matière de photovoltaïque et plus largement de développement des énergies renouvelables*** ».

Ces propos sont révélateurs du double langage que tient le gouvernement au sujet du photovoltaïque. S'il avait une réelle volonté de favoriser le développement de cette énergie, le décret du 9 décembre 2010 n'aurait jamais vu le jour, tout le moins dans sa version actuelle.

Pour les professionnels du secteur, cet appel d'offres ne répond pas à la situation difficile des entreprises du secteur très fragilisées par le moratoire. Le décret attaqué a en effet rendu très difficile la réalisation de nouveaux projets. Le Syndicat des énergies renouvelables révèle que de nombreuses sociétés ont déjà déposé le bilan. Ainsi, « *Toutes ces mesures ne permettent ni de répondre aux problèmes immédiats de la filière confrontée à un « trou d'air », ni d'envisager de façon sérieuse le développement de l'énergie solaire en France. Aux conditions actuelles, le volume de nouveaux projets en 2012 et 2013 sera largement en deçà de l'objectif de 500 MW fixé par le gouvernement* »¹¹.

On constate donc que les mesures prises par le gouvernement dans le domaine du photovoltaïque sont dépourvues de toute cohérence. Cela renforce l'idée selon laquelle les objectifs fixés par le PPI n'étaient pas en voie d'être dépassés.

Le décret de suspension a été pris en violation de l'article 10 de la loi du 10 février 2000 et sera donc annulé.

II.3. Sur la méconnaissance du principe de la sécurité juridique

Selon notre contradicteur, la mesure prise par le Gouvernement ne peut être qualifiée de mesure générale et brutale en ce qu'elle serait limitée dans le temps et dans l'espace. En réalité, la suspension de l'obligation d'achat sans mesure transitoire prévue par le décret n°2010-1510 méconnaît frontalement le principe de sécurité juridique. La « suspension » de l'obligation d'achat dont fait mention l'article 1 du décret attaqué n'en est pas vraiment une. Il s'agit en réalité d'une « suppression » pure et simple de la file d'attente.

La sécurité juridique a été érigée en principe général du droit communautaire devant la Cour de justice des communautés européenne¹² et, en tant que principe « *inhérent aux droits de la*

¹⁰ Communiqué de presse des ministres de l'Ecologie et de l'Energie du 15 septembre 2011.

¹¹ Communiqué de presse du Syndicat des énergies renouvelables du 16 septembre 2011.

¹² CJCE, 6 avr. 1962, aff. 13/61, *Bosch* : Rec. CJCE 1962, p. 89.

Convention » européenne des droits de l'homme devant la CEDH¹³. Le juge constitutionnel français a lui aussi consacré, en 1999, un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁴. Dans son rapport public de 2006, le Conseil d'Etat a pour sa part estimé que « *les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »¹⁵. La même année, il a consacré le principe dans une décision KPMG (CE, 24 mars 2006, *KPMG et autres*, n°288460).

De manière régulière, le moyen de légalité interne tiré de la méconnaissance de ce principe est retenu par le juge (pour illustration, voyez CE, 8 juillet 2009, *CGT*, n° 317937) et il permet d'imposer l'adoption de mesures transitoires lorsque l'application d'un acte porte une atteinte excessive aux intérêts en jeu.

Le principe de sécurité juridique et la nécessité, qui en découle, de mise en œuvre de mesures transitoires a été rappelé sans ambiguïté par la jurisprudence. Dans une décision CE section, 13 décembre 2006, *Lacroix*, n° 287845, il a été jugé que :

« Considérant que l'exercice du pouvoir réglementaire implique pour son détenteur la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes, puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante ; qu'en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs ; que, toutefois, il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire, agissant dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle, d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, cette réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause ».

De la même manière, dans une décision de sous-section réunies CE, 29 mai 2009, *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, n° 318071, vous avez considéré que :

« Considérant, enfin, que, s'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle (...) ».

S'il pourrait paraître à première vue que le contrôle que vous exercez sur la sécurité juridique demeure très objectif, ce n'est pas toujours le cas dans la mesure où vous êtes amenés à apprécier les intérêts individuels affectés ainsi que le comportement de l'administré, qui doit présenter les traits d'un opérateur « *prudent et avisé* ».

En l'espèce, le décret attaqué constitue une mesure brutale qui porte une atteinte aux intérêts des producteurs d'électricité. Comme démontré précédemment, jusqu'au jour de l'entrée en vigueur du décret, l'obligation d'achat naissait à la date du récépissé attestant du dépôt d'une demande complète de raccordement des installations au réseau, à la condition que la mise en service intervienne dans un état de 36, puis 24 mois à compter de cette demande.

¹³ CEDH, Plénière, 13 juin 1979, A 31, *Marckx c/ Belgique*, n°6833/74.

¹⁴ Conseil constitutionnel, déc. n°99-421 DC, 16 déc. 1999, *Codification par ordonnance* : Rec. Cons. const. 1999, p. 136.

¹⁵ Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57 : Documentation française, 2006, p. 281.

Les producteurs n'ont en aucun cas manqué de prudence. Une grande partie d'entre eux avait commencé la procédure très en amont, dès le début de l'année 2010. La société CALION avait ainsi déposé sa demande complète de raccordement le 11 janvier 2010 et s'était vu remettre la proposition technique et financière le 6 décembre 2010. Elle n'a donc pas pu la notifier avant le 2 décembre et s'est vu refuser le bénéfice de l'obligation d'achat.

Tout comme la société CALION, de nombreux autres producteurs avaient engagé des investissements lourds pour la création d'une structure juridique dédiée, l'engagement de frais de conception de l'installation, la signature de contrats avec les fournisseurs de matériaux, la réalisation de toutes les formalités nécessaires ou encore la conception des bâtiments et la commande des panneaux photovoltaïques. Les difficultés économiques qu'ils rencontrent aujourd'hui sont donc entièrement liées à la mesure de « suspension » introduite par le décret du 9 décembre 2010 et à l'absence de mesures transitoires.

Il convient de noter que s'il s'agissait effectivement d'une suspension des demandes comme indiqué dans le décret, celles-ci pourraient reprendre leur place dans la file d'attente une fois la mesure d'achat réintroduite. Tel n'est pas le cas. En cela, l'article 5 du décret est totalement contradictoire puisqu'il énonce qu'« A l'issue de la période de suspension mentionnée à l'article 1^{er}, 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 ».

Les producteurs d'électricité n'ont à aucun moment fait preuve d'imprudence dans la mesure de nombreux éléments les avaient conduit à penser qu'une suspension de la mesure de rachat était exclue. Ainsi, le rapport CHARPIN de juillet 2010 ne se prononçait pas en faveur d'une suspension d'achat. Tout au plus prévoyait-il une action sur le niveau des tarifs : « *La mission privilégie l'option "tarif d'achat dégressif en fonction des quantités"* »¹⁶. Ses auteurs étaient même mitigés quant à une baisse des tarifs trop rapide, notamment au regard des risques que cela engendrerait : « *Risques juridiques : égalité de traitement, respect d'un principe de sécurité juridique (...) Risques politiques : réactions des professionnels ou particuliers concernés ; perte de confiance des investisseurs industriels dans la filière* »¹⁷.

Si les auteurs du rapport CHARPIN craignaient qu'une baisse des tarifs d'achat entraîne une méconnaissance des principes d'égalité de traitement et de sécurité juridique, que dire alors des conséquences d'une suspension pure et simple de l'obligation d'achat.

Le rapport CHARPIN ne laissait pas non plus présager l'absence de toute mesure transitoire : « *une action qui viserait uniquement à baisser très rapidement le niveau des tarifs de rachat sans autre accompagnement comporterait des risques* » dans la mesure où « *la filière pourrait être déstabilisée* »¹⁸. Là encore, si le rapport craignait de tels risques pour une simple baisse des tarifs de rachat, que dire de ceux engendrés par la suspension de l'obligation d'achat.

Le décret attaqué doit être annulé.

II.4. Sur la violation du principe de confiance légitime

Le décret attaqué a violé les exigences liées au principe de confiance légitime, qui est pourtant un principe général du droit communautaire (CE, 26 mai 2010, *Société Flandres Picardie Lait*, n°306420).

¹⁶ Page 48 du rapport CHARPIN.

¹⁷ Page 35 du rapport CHARPIN.

¹⁸ Page 29 du rapport CHARPIN.

Comme démontré précédemment, les producteurs d'électricité sont fondés à se prévaloir d'un droit acquis et, partant, sont à même d'invoquer devant vous la méconnaissance par les ministres du principe de confiance légitime dans l'existence d'un droit.

Le Conseil d'Etat considère que le principe de confiance légitime, « *qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique [...] est régie par le droit communautaire* » (CE, 9 mai 2001, *Entreprise Freymuth*, n° 210944, confirmé par CE, 30 mars 2007, *Société Enel*, n°289687 et CE, 10 avril 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, n° 310184).

En l'espèce, la situation est bien régie par le droit communautaire puisque l'obligation d'achat d'électricité photovoltaïque résulte de la Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité. Cette Directive fixe comme l'une des priorités de la Communauté la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable et exige des Etats membres qu'ils prennent les mesures appropriées pour promouvoir la filière photovoltaïque.

Dans un Etat de droit, les promesses doivent engager ceux qui les font. Les sociétés ont légitimement cru en cette promesse de rachat de l'énergie produite et doivent ainsi pouvoir être protégées contre les engagements non tenus par les ministres dépositaires de la puissance publique. Leur confiance en l'administration est d'autant plus légitime que son action bénéficie d'une présomption de légalité.

Traditionnellement, la jurisprudence exige un engagement de l'administration qui soit formel, ferme et précis. Voyez en ce sens la décision CE, 16 juin 1997, *Société arboricole et fruitière de l'Agenais*, n°161900. L'administration doit avoir exprimé une volonté manifeste de s'engager (CE, 19 mai 1993, *Beauval*, Rec. p. 936, CE, 6 novembre 1953, *Maugis*, Rec. p 471).

Les juges exigent du requérant qu'il n'ait pas fait preuve d'imprudence dans l'évaluation de l'engagement de l'administration (CE, 24 avril 1964, *Société des huileries de Chauny*, Rec. p. 245). Tout dépend donc de l'appréciation du degré de prudence dont doit faire part l'administré vis-à-vis d'une promesse ou d'un engagement de l'administration.

Dans le cas présent l'engagement de l'administration résultait d'une loi, et les quelques modifications du tarif de rachat ne pouvaient laisser présager d'une mesure aussi brutale qu'une suspension immédiate, dépourvue de toute mesure transitoire. Tout au plus, les producteurs pouvaient s'attendre à une nouvelle baisse du tarif d'achat.

De plus, les mesures annoncées par l'Etat en 2008¹⁹ avaient été présentées comme de véritables engagements de l'Etat et ont conduit à un grand nombre d'études, travaux et projets par l'ensemble des professionnels de la filière photovoltaïque. En témoignent les différentes annonces et mesures citées dans le précédent mémoire.

En outre, si le rapport CHARPIN²⁰ de juillet 2010 fait état de la « *flambée des demandes* »²¹ (page 9 du rapport), il ne préconise en aucun cas une suspension de l'obligation d'achat. Au contraire, ses

¹⁹ Dossier de presse du 17 novembre 2008.

²⁰ Mission relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France, Rapport final, dit « Rapport CHARPIN », 29 juillet 2010.

²¹ Page 9 du rapport CHARPIN.

auteurs estiment que « *les opportunités pour les entreprises françaises justifient le maintien d'un investissement fort sur le secteur* » et préconisait une action sur les tarifs d'achat à court terme²².

Ce rapport est en outre très critique quant à l'éventualité d'un moratoire : « *Si un moratoire sur l'obligation d'achat d'électricité était envisagé, il concernerait à la fois le stock des projets en file d'attente et le flux des nouveaux projets. Cette solution extrême porterait un coup d'arrêt au développement du photovoltaïque en France* »²³. Or, cela était bien la dernière chose voulue par les auteurs du rapport qui disent regretter le faible développement de la filière française industrielle du photovoltaïque et vont même jusqu'à considérer que « *les opportunités pour les entreprises françaises justifient le maintien d'un investissement fort sur le secteur* »²⁴.

Ainsi, si les producteurs pouvaient prévoir une nouvelle baisse des tarifs, ils ne pouvaient pas se douter qu'une mesure aussi brutale qu'une suspension pure et simple de l'obligation d'achat allait intervenir. Aucun manque de prudence ne peut donc leur être reproché.

Les sociétés productrices sont bien fondées à demander l'annulation du décret de 2009 sur le fondement de ce principe.

II.5. Sur la violation de la Directive 2009/28/CE

Le décret contesté prévoit des délais manifestement trop courts, ne permettant pas aux producteurs d'énergie photovoltaïque de terminer la construction des installations.

L'article 16, alinéa 5 de la Directive 2009/28/CE²⁵ dispose que :

« Les Etats membres font obligation aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de fournir à tout nouveau producteur d'énergie à partir de sources renouvelables souhaitant être connecté au réseau les informations complètes et nécessaires qui y sont requises, y compris :

- *Une estimation complète et détaillée des coûts associés à la connexion ;*
- ***Un calendrier raisonnable et précis pour la réception et le traitement de la demande de connexion au réseau ;***
- ***Un calendrier indicatif pour toute connexion au réseau proposée.***

Les Etats membres peuvent permettre aux producteurs d'électricité utilisant des sources d'énergie renouvelables qui souhaitent se connecter au réseau de lancer un appel d'offres pour les travaux de connexion ».

Or, aux termes de l'article 4 du décret attaqué :

« Le bénéfice de l'obligation d'achat (...) est subordonné à la mise en service de l'installation dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de l'acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau ou, lorsque cette notification est antérieure de plus de neuf mois à la date d'entrée en vigueur du présent décret, à la mise en service de l'installation dans les neuf mois suivant cette date.

²² Pages 29 et 31 du rapport CHARPIN.

²³ Page 35 du rapport CHARPIN.

²⁴ Page 26 du rapport CHARPIN.

²⁵ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE

*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 de l'installation doit, dans tous les cas, intervenir au plus tard deux mois après la fin des travaux de raccordement.***

La date de mise en service de l'installation correspond à la date de mise en service de son raccordement au réseau ».

Ce délai de deux mois est clairement insuffisant et ne permet pas aux producteurs de terminer la construction de leurs équipements. D'autant plus que le décret conditionne le bénéfice de l'obligation d'achat d'électricité aux diligences du gestionnaire de réseau à réaliser les travaux de raccordement dans le délai imparti. Or celui-ci n'est soumis à aucune obligation en termes de délais. Concernant ERDF, toutes les conventions de raccordement ne préconisent pas les mêmes délais. Ainsi, si certaines indiquent « *un délai indicatif et non contractuel de 8 semaines* », d'autres prévoient que « *le délai de raccordement interviendra dans un délai minimum de 4 mois* », sans indiquer de délai maximum.

On constate en pratique que ERDF est très souvent en retard tant en matière d'établissement des propositions techniques et financières qu'en matière de réalisation des travaux de raccordement, comme l'ont indiqué les syndicats professionnels lors de la consultation du Conseil Supérieur de l'Energie du 9 décembre 2010.

Outre ces retards fréquents des gestionnaires de réseau, il existe des contraintes pratiques qui font qu'il est impossible de terminer les travaux dans le délai de deux mois. Il faut prendre en compte les délais de livraison des panneaux photovoltaïques, très longs. Il faut également tenir compte des conditions climatiques qui rendent très difficile la pose des panneaux en période hivernale. Enfin, notons qu'il faut au minimum trois semaines pour obtenir la production du rapport de conformité de l'installation (rapport CONSUEL), nécessaire à la mise en service.

Selon notre contradicteur, l'alinéa 2 de l'article 4 permettrait que soient pris en compte les retards imputables au promoteur de l'opération. Ils reconnaissent en effet qu'il est « *injuste de pénaliser un investisseur bénéficiaire de l'exception de suspension pour un retard dû au gestionnaire de réseau participant à l'obligation légale d'achat* »²⁶.

Cette disposition prévoit que « *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*** ».

Toutefois, il ne s'agit pas véritablement d'une mesure permettant de pallier les carences des gestionnaires de réseau dans la mesure où les délais de réalisation de l'installation prévus à l'alinéa 1 doivent tout de même être respectés par les producteurs. De plus, il est prévu que « *dans tous les cas* », la mise en service doit intervenir dans les deux mois après la fin des travaux de raccordement. Enfin, nous notons qu'aucun délai supplémentaire n'est expressément prévu, ce qui laisse une grande marge de manœuvre aux dits gestionnaires de réseau.

²⁶ Page 29 du mémoire en défense.

Si la mesure est aujourd'hui prévue pour une durée de trois mois, ce qui est très long pour les producteurs d'énergie photovoltaïque concernés, la durée maximale de suspension est de dix ans, pour l'ensemble du territoire français. Dans une telle hypothèse, la suspension de l'obligation d'achat portera une atteinte certaine à l'environnement et à l'avenir de la filière photovoltaïque. En effet, sur cette période, l'énergie qui était auparavant produite par l'énergie photovoltaïque sera issue d'autres sources, nettement plus polluantes.

Il est étonnant que la France ne puisse pas relever le défi de l'énergie photovoltaïque alors que des pays voisins comme l'Allemagne y parviennent sans difficulté. Comme le fait remarquer ENERPLAN dans son communiqué de presse, « *L'Allemagne mène une politique continue de développement de son marché intérieur depuis plus de 15 ans. Une ténacité politique qui a généré une industrie solaire globale et compétitive. Mais la France n'est pas l'Allemagne, aussi après 3 ans, il est proposé de mettre la filière sous étouffoir* ».

* *

*

PAR CES MOTIFS,

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, les associations requérantes concluent à ce qu'il plaise au tribunal de :

ANNULER dans son ensemble le Décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 ;

CONDAMNER l'Etat au paiement d'une somme de 200€ à chaque requérant ci-dessus sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Paris, le 13 octobre 2011

Alexandre FARO
Avocat à la Cour

BORDEREAU DES PIECES JOINTES

Productions :

- n°1 : Décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010
- n°2 : Délibération du CA d'Ecologie Sans Frontière du 10 décembre 2010
- n°3 : Statuts Ecologie Sans Frontière
- n°4 : Arrêté du 4 décembre 2008 portant agrément d'Ecologie Sans Frontière
- n°5 : Rapport du gouvernement sur le projet de décret attaqué
- n°6 : Article Le Monde 2 du 27 septembre 2008
- n°7 : Communiqué de presse des syndicats professionnels
- n°8 : Pièces société Green Horse
- n°9 : pièces société Calion
- n°10 : Pièces société Juki
- n°11 : Pièces société Schopff Energie
- n°12 : Pièces société Emmingotter Invest
- n°13 : Pièces société Lydau
- n°14 : Pièces société Altec Solar
- n°15 : Pièces société Gaec Shaeffer
- n°16 : Pièces société Fournier
- n°17 : Pièces société Lydau
- n°18 : Pièces société Bach Muller
- n°19 : Pièces Sarl CGCF
- n°20 : Pièces société Kiruna
- n°21 : Pièces société Raffalli Energies Nouvelles
- n°22 : Pièces société Rabourdin Energies
- n°23 : Pièces société Technique Solaire
- n°24 : Pièces société de la Ferme du Moulin
- n°25 : Pièces société Earl du Drouais
- n°26 : Pièces société Thierry De Pas
- n°27 : Pièces société GLC Greengest
- n°28 : Pièces société Photovolt'Energie
- n°29 : Pièces société Poitovolt'Energie
- n°30 : Pièces société Accord Sol
- n°31 : Pièces société Meditourbe
- n°32 : Pièces société Source Solaire
- n°33 : Pièces société Inca Capital

- n°34 : Pièces société Emeraude Solaire
- n°35 : Pièces société Ekore
- n°36 : Pièces société Provence Eco Energie
- n°37 : Pièces société Huet
- n°38 : Pièces société Gaelilo
- n°39 : Pièces société Abricotech
- n°40 : Pièces société Helio2
- n°41 : Pièces société Gaem - Axiome Energie
- n°42 : Pièces société Intic
- n°43 : Pièces société Sudelio
- n°44 : Pièces société Winwatt Aquitaine
- n°45 : Pièces société Winwatt Lorraine
- n°46 : Pièces société Lecureur
- n°47 : Pièces société Alteneo
- n°48 : Pièces société Albert Solaire
- n°49 : Pièces société Terre Solaire
- n°50 : Pièces société Oseris
- n°51 : Pièces société Vivarais Energies
- n°52 : Pièces société TLC Consulting
- n°53 : Pièces société Solaris France
- n°54 : Pièces société Luberon Solaire
- n°55 : Pièces société Innov'Energies
- n°56 : Pièces société Luceol
- n°57 : Pièces société GJL Energies
- n°58 : Pièces société K&P Solar
- n°59 : Pièces société Simorre
- n°60 : Pièces société Helios Developpements
- n°61 : Pièces société Dubecq et fils
- n°62 : Pièces société Solyos
- n°63 : Pièces société Capvent
- n°64 : Pièces société Mathieu Letierce
- n°65 : Pièces société Autan Solaire
- n°66 : Pièces M. Dominique Truc
- n°67 : Pièces M. et Mme. Etienne Kolly
- n°68 : Pièces M. Elian Luche
- n°69 : Pièces Mme. Céline Paoli
- n°70 : Pièces M. Pierre Sabatier
- n°71 : Pièces M. François Dauphin
- n°72 : Pièces Mme. Magalie Sommesous
- n°73 : Pièces M. Régis Pierre
- n°74 : Pièces M. Charles Daguerre
- n°75 : Pièces M. Alain Gourret
- n°76 : Agenda du Ministre chargé de l'écologie en date du 8/12/2010

- n°77 : Communiqué de presse du 10/12/2010
- n°78 : Communiqué de presse du 7/12/2010
- n°79 : Communiqué de presse du 2/12/2010
- n°80 : Procédure de traitement des demandes de raccordement ERDF
- n°81 : Communiqué de presse du 9/9/2009
- n°82 : Arrêté du 15/12/2009 relatif à la PPI