

Faits :

Les quatre affaires posent une question juridique identique et nous prononcerons donc des conclusions communes.

La société Arkolia Energies a pour activité de développer et d'exploiter des centrales photovoltaïques.

Les quatre affaires, présentées par les sociétés Arkolia Invest 33 et Arkolia Invest 5, concernent quatre projets de construction de centrales photovoltaïques dans les départements de l'Allier et du Cantal.

- Le dossier 1901971 concerne une centrale implantée sur la commune de Viplaix (Allier);
- Le dossier 1901972 concerne une centrale implantée sur la commune de Chanterelle (Cantal);
- le dossier 1901973 concerne une centrale implantée sur la commune de Maurs (Cantal) ;
- le dossier 1901974 concerne une centrale implantée sur la commune de Haut-Bocage (Allier).

Dans tous ces dossiers les propriétaires ont obtenu des permis de construire un hangar agricole surmonté d'une toiture photovoltaïque et la gestion de la centrale a été confiée à une société dédiée (la société Arkolia Invest 33 pour les dossiers n° 19.1971 ; 1972 ; et 1974 et la société Arkolia Invest 5 pour le dossier 19.1973).

Tous ces dossiers s'inscrivent dans le cadre juridique de l'obligation d'achat prévu par la loi n°2000-108 du 10 février 2000 qui vise à favoriser le développement des énergies renouvelables, le législateur ayant à l'époque, d'une part, institué une obligation d'achat d'électricité à la charge d'EDF et, d'autre part, prévu des modalités de tarification incitatives fixées par voie réglementaire (Décret du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, codifié aux articles R. 314-1 et s. du code de l'énergie).

Ce principe de l'obligation d'achat d'électricité, codifié aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, fait obligation à EDF et aux autres distributeurs, d'acheter l'électricité produite par les producteurs d'électricité à un prix fixé par arrêté, dont les producteurs d'électricité d'origine photovoltaïque.

L'énergie radiative du soleil, dite photovoltaïque (en référence à l'effet physique, par lequel la lumière est convertie en électricité), occupant une place marginale par rapport à l'éolien et à l'hydroélectricité et ayant un coût très élevé, il a été prévu, afin d'inciter sa production, de prévoir des contrats pluriannuels d'achat à prix fixé à l'avance.

C'est pourquoi les sociétés ont déposé à la fin de l'année 2015 ou au début de l'année 2016, selon les dossiers, une demande de raccordement au réseau public de distribution d'électricité pour une centrale de production d'électricité d'origine photovoltaïque d'une puissance inférieure à 100 kilowatts.

Cette demande a généré également une demande de contrat d'achat d'énergie électrique soumise aux dispositions de l'arrêté tarifaire du 4 mars 2011.

Toutefois, en dépit des demandes répétées des sociétés, à l'issue de la mise en services des centrales, EDF a refusé implicitement de conclure un contrat d'achat de l'électricité produite par ces quatre centrales.

Ce sont ces décisions implicites de refus de conclure un contrat d'achat d'électricité que les sociétés requérantes Arkolia Invest 33 et 5 vous demandent d'annuler par ces quatre requêtes. Elles vous demandent également d'enjoindre à la société EDF de leur transmettre le contrat d'achat signé, dans un délai de 8 jours à compter de la notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard.

Dans tous ces dossiers les moyens invoqués sont identiques :

Les deux sociétés soutiennent que :

- la décision attaquée est illégale dès lors que la société EDF est tenue de conclure le contrat d'achat d'électricité lorsque sont remplies les conditions fixées par les textes ;
- elles invoquent également, par la voie de l'exception, l'illégalité des dispositions du décret du 28 mai 2016 ; ce moyen se subdivise en deux branches : d'une part, l'illégalité de la définition réglementaire de la notion d'« achèvement de l'installation », faite par le décret du 28 mai 2016, qui méconnaît le XIII de l'article 104 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte; les sociétés soutiennent que le pouvoir réglementaire a outrepassé ses compétences en ajoutant à la définition d'achèvement de l'installation définie par la loi ; d'autre part, elles estiment illégal le dispositif transitoire prévu par le décret du 28 mai 2016 qui méconnaît le principe d'égalité entre les producteurs d'électricité.

Nous précisons enfin, pour l'information du tribunal, le contexte particulier dans lequel ces affaires sont nées.

La production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque, incitée par la loi, à des tarifs de rachat avantageux, a connu un certain emballement dans les années 2000, allant au-delà des objectifs fixés par le Gouvernement.

C'est ce qui a conduit le gouvernement à intervenir à plusieurs reprises pour enrayer ou contenir cette bulle spéculative, en modifiant (à la baisse) le tarif de rachat de l'électricité.

Un premier arrêté du 13 mars 2002 a posé les deux principes selon lesquels, d'une part, les contrats ont une durée de 20 ans et, d'autre part, les tarifs applicables sont ceux qui étaient en vigueur, non à la date de conclusion du contrat, mais à la date de la demande de raccordement.

Un deuxième arrêté du 10 juillet 2006 a retenu des tarifs plus avantageux.

L'annonce, en septembre 2009, de son abrogation a provoqué un nombre considérable de demandes.

Face à l'emballement des projets de centrales, un arrêté du 31 août 2010 a encore diminué les tarifs mais en les fixant à des valeurs comprises entre 5 et 10 fois le prix du marché de gros.

En raison de la persistance de l'emballement, un décret du 9 décembre 2010 a suspendu pendant trois mois l'obligation d'achat de l'électricité (avec des dérogations), le temps de prendre un nouvel arrêté tarifaire. La légalité de ce décret a été confirmée par le Conseil d'Etat, par un arrêt du 16 novembre 2011, Société Ciel et Terre et autres, n° 344972.

L'arrêté du 4 mars 2011, qui va s'appliquer à ces quatre affaires, a adopté des tarifs encore réduits.

Un sixième arrêté du 9 mai 2017 a encore réduit les tarifs.

Entre temps, c'est-à-dire entre 2011 et 2017 une refonte des mécanismes français de soutien aux énergies renouvelables a été adoptée par l'article 104 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Cette réforme a remplacé le mécanisme de l'obligation d'achat par un mécanisme de « complément de rémunération », sous forme d'une prime s'ajoutant au prix du marché, que perçoivent les producteurs une fois leur électricité vendue directement sur le marché de gros (et non plus directement à EDF ou aux entreprises locales de distribution).

Cependant, le mécanisme de l'obligation d'achat n'a pas totalement disparu : certaines filières y sont encore éligibles, sous conditions, et surtout un mécanisme transitoire a été prévu au profit des installations existantes et de celles en cours de développement à la date de parution des décrets d'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015.

Les quatre centrales construites par les deux sociétés requérantes s'inscrivent dans ce contexte du dispositif transitoire.

x

Nous estimons que la question de votre compétence ne pose pas de difficultés, car en application de l'article L. 314-7 du code de l'énergie : « *Les contrats conclus en application de la présente section par Electricité de France et les entreprises locales de distribution sont des contrats administratifs* ».

Si les contrats conclus dans ce cadre relèvent de la compétence de la juridiction administrative, le refus de conclure un tel contrat en relève également.

Les contrats devant s'exécuter dans l'Allier et le Cantal vous êtes également territorialement compétents.

C'est d'ailleurs de ce que confirme - implicitement - l'ordonnance de référé du juge des référés de votre tribunal prise dans une affaire similaire en vue de la suspension d'un refus de conclure un contrat de rachat d'électricité.

TA Clermont-Ferrand ordo 27 juin 2019 SAS Monplaisir n°1901021 (le juge, qui devait se prononcer sur le refus émis par Electricité de France (EDF) de conclure le contrat de rachat d'électricité produite par une centrale photovoltaïque située sur le territoire de la commune de Saint-Eloy-d'Allier, a retenu l'urgence et l'existence d'un doute sérieux en retenant le moyen de l'exception d'illégalité du décret du 28 mai 2016).

x

Avant d'en venir à l'examen de la légalité des décisions de refus attaquées vous devrez statuer sur la fin de non recevoir opposée en défense par EDF qui estime les requêtes irrecevables, faute d'identifier les décisions attaquées.

Cependant, il ressort de tous les dossiers que les sociétés Arkolia Invest 33 et Arkolia Invest 5 ont demandé (en novembre 2018) à la société EDF de lui transmettre un contrat d'achat d'électricité.

Le silence gardé sur cette demande par la société EDF a fait naître une décision implicite de rejet.

Ces demandes ont été réitérées en janvier 2019 sans davantage de succès.

Dans ces conditions l'identification des décisions contestées ne soulève aucune difficulté et la fin de non recevoir sera écartée.

x

Nous en venons maintenant aux conclusions à fin d'annulation et nous vous proposons de retenir le moyen tiré de l'exception d'illégalité du décret du 28 mai 2016.

Les sociétés estiment en effet que la définition réglementaire de la notion « d'achèvement de l'installation », retenue par le décret du 28 mai 2016 méconnaît l'article 104 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, et qu'ainsi le pouvoir réglementaire a outrepassé ses compétences en ajoutant à la définition d'achèvement de l'installation définie par la loi une condition nouvelle.

Vous allez donc ici appliquer les dispositions du code de l'énergie, et plus précisément les articles L. 314-1 et suivants.

L'article L. 314-1 du code de l'énergie prévoit que : « *les entreprises locales de distribution chargées de la fourniture sont tenues de conclure, () un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par : / (...) 2° Les installations de production d'électricité qui utilisent des énergies renouvelables, »*

L'article D. 314-15 de ce code dispose que: « *En application de l'article L. 314-1, les producteurs qui en font la demande bénéficient de l'obligation d'achat d'électricité pour les installations de production d'électricité suivantes : / (...) / 3° Les installations utilisant l'énergie solaire photovoltaïque implantées sur bâtiment d'une puissance crête installée inférieure ou égale à 100 kilowatts ; / (...) ».*

Par ailleurs le point XIII de l'article 104 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : « *Les producteurs qui ont demandé à bénéficier de l'obligation d'achat en application de l'article L. 314-1 du code de l'énergie peuvent bénéficier d'un contrat pour l'achat de l'électricité produite par leur installation. Le bénéfice de l'obligation d'achat et celui du contrat d'achat sont subordonnés à l'achèvement de l'installation dans un délai de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en vigueur mentionnée au premier alinéa du présent XIII. »*

Le législateur subordonne donc le bénéfice de l'obligation d'achat et celui du contrat d'achat aux conditions tarifaires de l'arrêté de 2011 à « l'achèvement de l'installation » dans un délai de 18 mois à compter de l'entrée en vigueur du décret du 28 mai 2016, c'est-à-dire le 30 mai 2018.

Le décret du 28 mai 2016 introduit une autre notion.

Le IV de l'article 6 du décret du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie prévoit que: « *Les installations () utilisant l'énergie radiative du soleil () pour lesquelles une demande complète de raccordement a été déposée avant la date d'entrée en vigueur du présent décret, peuvent conserver le bénéfice des conditions d'achat telles que définies par cet arrêté sous réserve que l'achèvement de l'installation ait lieu avant la plus tardive des deux dates suivantes : dans un délai de dix-huit mois à compter de la date de demande complète de raccordement au réseau public par le producteur ou dans un délai de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en vigueur du présent décret. L'achèvement de l'installation correspond à la mise en service du raccordement de l'installation. »*

Le XI du même article, introduit par le décret du 14 décembre 2016 relatif à la mise en service, aux contrôles et aux sanctions applicables à certaines installations de production d'électricité, prévoit différents cas de prolongation des délais d'achèvement prévus aux I à X du même article, notamment lorsque la mise en service de l'installation est retardée du fait des délais nécessaires à la réalisation des travaux de raccordement.

Nous examinons le cas de la société Arkolia Invest 33, dans le dossier 191971, pour l'installation sur la commune de Viplaix dans l'Allier.

Les cas des 3 autres sociétés sont en effet identiques même si les dates diffèrent quelque peu.

La société Arkolia Invest 33 a déposé une demande complète de raccordement de son installation le 30 mars 2016, c'est-à-dire avant le 30 mai 2016, date d'entrée en vigueur du décret du 28 mai 2016.

En revanche, son installation n'a été mise en service que le 16 mai 2018.

Cette mise en service est ainsi intervenue postérieurement au délai de dix-huit mois à compter de la date de demande complète de raccordement au réseau public par le producteur, ainsi que postérieurement à la date du 30 novembre 2017 correspondant au délai de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en vigueur du décret du 28 mai 2016.

C'est la raison pour laquelle EDF considère qu'en application des dispositions du décret du 28 mai 2016 la société Arkolia Invest 33 ne peut bénéficier des conditions d'achat telles que définies par l'arrêté du 4 mars 2011.

Les sociétés font valoir que la définition donnée, par la dernière phrase du IV de l'article 6 du décret du 28 mai 2016, de la notion « d'achèvement de l'installation », assimilée à la « mise en service du raccordement de l'installation », méconnaît le XIII de l'article 104 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Ces dispositions du XIII de l'article 104 de la loi du 17 août 2015 permettent, à titre transitoire, aux producteurs qui ont présenté une demande avant le 30 mai 2016, date d'entrée en vigueur du décret du 28 mai 2016, de bénéficier de l'obligation d'achat en application de l'article L. 314-1 du code de l'énergie et du contrat d'achat d'électricité, dans les conditions prévues par les textes applicables à la date de la demande, c'est à dire en l'occurrence aux conditions tarifaires de l'arrêté du 4 mars 2011.

La loi subordonne néanmoins le bénéfice de l'obligation d'achat et celui du contrat d'achat à l'achèvement de l'installation dans un délai de dix-huit mois à compter du 30 mai 2016.

Or, les dispositions de l'article 6 du décret du 28 mai 2016 définissent « l'achèvement de l'installation » de toutes les installations de production d'électricité, autres que celles utilisant l'énergie radiative du soleil, comme correspondant soit à « la remise de l'attestation prévue à l'article R. 314-7 du code de l'énergie », c'est-à-dire de l'attestation de la conformité de l'installation aux prescriptions mentionnées à l'article R. 311-43 du même code établie à la demande du producteur par un organisme agréé, soit à « la construction complète des équipements pour une installation nouvelle », soit au dépassement d'un seuil de 60 % des investissements programmés pour les installations de production hydroélectrique. Les installations utilisant l'énergie radiative du soleil sont ainsi les seules pour lesquelles le pouvoir réglementaire a décidé d'assimiler « l'achèvement de l'installation » à « la mise en service du raccordement de l'installation ».

Comme le soutiennent les sociétés Arkolia Invest, l'achèvement d'une installation de production d'électricité ne dépend que du pétitionnaire, tandis que la mise en service de l'installation, qui

nécessite à la fois l'achèvement de l'installation et son raccordement au réseau public d'électricité, dépend de l'achèvement des travaux de raccordement au réseau qui ne peuvent être réalisés que par le gestionnaire de ce réseau, à savoir, en l'espèce, la société Enedis.

Cette définition réglementaire de l'achèvement de l'installation apparaît donc différente de la notion d'achèvement de l'installation prévue par la loi.

Selon l'achèvement de l'installation, telle que prévue par la loi, n'est pas conditionné par l'intervention d'un tiers par rapport au pétitionnaire en l'espèce le gestionnaire du réseau.

Comme vous le savez, le pouvoir réglementaire dispose d'une certaine latitude lorsqu'il édicte le règlement d'application d'une loi, mais son pouvoir n'est pas sans limite. Comme l'indique le Président Odent, dans son cours de contentieux administratif (p. 274 du t. I), « il ne peut ni dénaturer les dispositions de cette loi (Section, 21 décembre 1973, Commune de Cours de Pile, p. 743) ni en méconnaître la portée (Section, 30 avril 1976, Lacorne, p. 224).

En l'espèce, si le pouvoir réglementaire pouvait selon nous préciser la notion d'achèvement de l'installation, que la loi ne définit pas, il ne pouvait pas en revanche ajouter des conditions conduisant à dénaturer cette notion et notamment à la faire dépendre du gestionnaire du réseau.

Le juge censure la dénaturation de la loi par un règlement

Voir CE, sect., 19 mai 1961, de R. et de G. : Rec. CE 1961, p. 337 ;

CE, 30 mars 1981, Association des familles des centres de rééducation pour déficients mentaux et autres, n° 14110, A

Dans nos affaires, la date d'achèvement de l'installation est définie, par le décret, différemment selon les types d'installations. Pour la plupart d'entre elles, c'est la « remise de l'attestation prévue à l'article R. 314-7 du code de l'énergie », c'est-à-dire l'attestation de conformité visée par le CONSUEL (ou un autre organisme agréé), qui est prise en compte.

En revanche, pour les installations photovoltaïques, c'est « *la mise en service du raccordement de l'installation* » qui est prise en compte pour définir l'achèvement de l'installation.

Nous estimons qu'en ajoutant ainsi cette notion de mise en service du raccordement, qui ne dépend pas du pétitionnaire, le pouvoir réglementaire a dénaturé l'esprit de la loi et a outrepassé ses pouvoirs.

Pour revenir au cas de l'affaire n°191971, la société Arkolia Invest 33 a signé, le 27 septembre 2017, une attestation de conformité de son installation de production d'électricité, qui a été visée par le CONSUEL le 4 octobre 2017.

La société requérante doit donc être regardée comme justifiant de ce que son installation était achevée à la date du 27 septembre 2017, c'est-à-dire dans le délai de dix-huit mois à compter de sa demande de demande complète de raccordement au réseau public d'électricité, faite le 30 mars 2016, ainsi que, en tout état de cause, dans le délai de dix-huit mois à compter du 30 mai 2016, date d'entrée en vigueur du décret du 28 mai 2016.

Elle remplit bien dès lors les conditions prévues par les dispositions du XIII de l'article 104 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte et du IV de l'article 6 du décret du 28 mai 2016 pour bénéficier de l'obligation d'achat et celui du contrat d'achat d'électricité selon les modalités tarifaires prévues par l'arrêté du 4 mars 2011.

Dans les trois autres affaires, les sociétés justifient également d'une date d'achèvement de l'installation dans le délai de dix-huit mois à compter du 30 mai 2016 leur permettant de bénéficier de l'obligation d'achat aux conditions tarifaire de l'arrêté du 4 mars 2011.

Les sociétés Arkolia Invest sont donc fondées à exciper de l'illégalité de la dernière phrase du IV de l'article 6 du décret du 28 mai 2016.

Les décisions attaquées seront donc annulées.

Compte tenu de la solution d'annulation proposée, vous devrez également enjoindre à la société EDF de conclure avec la société requérante, dans un délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement, un contrat d'achat d'électricité dans le cadre de l'arrêté tarifaire du 4 mars 2011, sans qu'il soit nécessaire d'y adjoindre une astreinte.

Par ces motifs nous concluons :

à l'annulation des décisions implicites de la société Électricité de France (EDF) ayant refusé de conclure un contrat d'achat d'électricité avec les sociétés Arkolia Invest 33 et 5 (exception d'illégalité de l'article 6 IV du décret du 28 mai 2016.) ;

à ce qu'il soit enjoint à la société EDF de conclure avec les société Arkolia Invest un contrat d'achat d'électricité dans le cadre de l'arrêté tarifaire du 4 mars 2011, dans le délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement ;

Et à la condamnation de la société EDF à verser aux sociétés requérantes somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dans chaque affaire.