

Tarifs solaires : Adoption de la loi de finances pour 2021 prévoyant la renégociation des contrats d'achat

Février 2021

Auteurs: [François-Guilhem Vaissier](#), [Jean-Luc Champy](#), [Noor Davies](#), [Camille Fouqué](#)

L'article 225 de loi de finances pour 2021 en date du 29 décembre 2020 prévoit la renégociation des tarifs d'environ huit cent contrats d'achat d'électricité photovoltaïques conclus entre 2006 et 2010. Ce dispositif, dont la justification trouve sa source dans la rentabilité jugée excessive des contrats d'achat concernés, doit encore être précisé par un décret. En l'état, il provoque l'inquiétude du secteur et suscite des contestations.

L'adoption d'un amendement gouvernemental

L'article 225 de la loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021 prévoit la réduction du tarif d'achat de l'électricité issue de certaines installations de production photovoltaïque. Ce texte autorise l'Etat à réviser unilatéralement certains de ces contrats.

- **Une mesure de révision ciblée** : La renégociation des contrats d'achat visera uniquement les contrats d'achat d'électricité produite par des installations photovoltaïques dont la puissance est supérieure à 250 kilowatts crêtes et conclus sur le fondement des arrêtés tarifaires du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010. Plus de 800 contrats seraient concernés par cette mesure, même si le Gouvernement, invoquant le secret des affaires, a refusé de transmettre aux députés la liste des installations entrant dans le champ d'application de ce dispositif.
- **Une mesure devant faire l'objet de dispositions réglementaires** : la loi de finances pour 2021 renvoie à un arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget, soumis pour avis à la Commission de régulation de l'énergie, le soin de fixer (i) le niveau du tarif d'achat de l'électricité et (ii) la date à laquelle il s'applique. La loi précise néanmoins que le niveau arrêté par les ministres devra être fixé de telle sorte que la rémunération totale des capitaux immobilisés résultant du cumul de (i) toutes les recettes de l'installation et (ii) des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, **n'excède pas une rémunération raisonnable des capitaux**, compte tenu des risques inhérents à son exploitation. Cette notion de rémunération raisonnable n'est pas définie par l'article 225 de la loi de finances pour 2021. La loi précise également que la réduction du tarif tient compte de l'arrêté tarifaire concerné, des caractéristiques techniques de l'installation, de sa localisation, de sa date de mise en service et de ses conditions de financement. Différents tarifs devraient ainsi être fixés par le nouvel arrêté.
- **L'insertion d'un dispositif de sauvegarde** : la disposition adoptée prévoit également que les ministres pourront, par arrêté et sur demande motivée du producteur, fixer un tarif d'achat ou une date d'entrée en vigueur spécifique à l'installation du producteur. Ce dernier devra démontrer que le niveau de rémunération ou la date d'entrée en vigueur retenus au titre du dispositif général compromet sa viabilité économique, sous réserve qu'il ait pris toutes les mesures de redressement à

sa disposition et que les personnes qui le détiennent directement ou indirectement aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition. Les ministres peuvent également allonger la durée des contrats à condition que le niveau de soutien obtenu par le producteur soit bien inférieur à celui qu'il aurait obtenu dans les conditions initiales. Le mécanisme de sauvegarde ne bénéficiera pas aux producteurs ayant procédé à des évolutions dans la structure de leur capital ou dans leurs modalités de financement après le 7 novembre 2020.

Une mesure d'économie budgétaire justifiée notamment par l'illégalité des contrats d'achat

Le Gouvernement, interrogé sur cette mesure, a présenté une double justification à l'introduction de ce dispositif dans la loi de finances pour 2021.

- **Une mesure d'économie** : le niveau de soutien accordé aux premiers parc photovoltaïques développés en France a fait l'objet d'un rapport de la Cour des Comptes en 2018 soulevant le niveau élevé du soutien accordé entre 2006 et 2010 à la filière photovoltaïque, précisant que ce soutien pouvait atteindre 480€/MWh¹. Le Gouvernement compte réaliser entre 350 et 400 millions d'euros d'économies grâce à ce dispositif.
- **Une mesure portant sur des contrats considérés comme illégaux** : au cours des débats parlementaires, le Gouvernement a également soutenu que la renégociation des contrats d'achat d'électricité était justifiée par l'illégalité de ces derniers. L'absence de notification par l'Etat à la Commission européenne des aides attribuées aux producteurs méconnaît l'article 108 § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et entache d'illégalité les contrats d'achat conclus à cette période.

Ces justifications ont fait l'objet de débats à l'Assemblée nationale, des députés regrettant la remise en cause de la parole de l'Etat, l'absence d'étude d'impact permettant d'évaluer le montant des économies attendues, l'absence de prise en compte du coût des contentieux susceptibles d'être introduits par les producteurs ou encore l'absence de concertation avec les acteurs de la filière.

L'enjeu de la rédaction des textes d'application

Si le dispositif prévu fixe les grands principes de la révision des tarifs d'achat, il renvoie à un décret d'application le soin d'en fixer les modalités. Plusieurs éléments essentiels doivent ainsi être précisés :

- La détermination de la « rentabilité raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à l'exploitation » qui doit servir de référence pour la fixation des nouveaux tarifs applicables.
- Les éventuelles modulations selon les lieux d'implantation ou les technologies.
- La procédure de déclenchement du mécanisme de sauvegarde, sa durée, le détail des mesures de redressement ou de soutien des actionnaires attendus.

Le dispositif étant désormais en vigueur, son impact réel dépendra du contenu du décret d'application qui va en fixer les modalités concrètes. La mise au point de ce texte, qui sera discuté avec les acteurs et sera soumis à l'avis du régulateur sectoriel, constitue un enjeu important.

Des recours encore envisageables

Comme cela était annoncé, le Conseil Constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de cette disposition de la loi de finances pour 2021. Les auteurs de la saisine soutenaient que cette disposition (i) ne relevait pas du domaine des lois de finances, (ii) méconnaissait le droit au maintien de conventions légalement conclues et (iii) méconnaissait le principe d'égalité devant la loi. Les juges ont cependant considéré cette disposition conforme à la Constitution et ont ainsi relevé que :

- cette disposition affectait directement les dépenses budgétaires de l'année à venir et pouvait donc figurer dans la loi de finances pour 2021 ;

¹ Cour des Comptes Communication à la Commission des finances du Sénat mars 2018, « Le soutien aux énergies renouvelables ».

- l'atteinte aux conventions légalement conclues était justifiée par un motif d'intérêt général résidant dans la volonté du législateur de remédier à une situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et d'assurer le bon usage des deniers publics. Les juges ont également relevé que les producteurs bénéficient de garanties légales, notamment du fait du mécanisme de sauvegarde prévu ; et
- que les producteurs dont les installations ont une puissance supérieure à 250 kilowatts crête ont bénéficié d'une rentabilité significativement supérieure à celle des autres producteurs. Ils sont donc placés, vis-à-vis de la loi dans une situation différente écartant ainsi toute méconnaissance du principe d'égalité.

La contestation de la constitutionnalité de cette disposition n'est donc plus envisageable, la voie de la question prioritaire de constitutionnalité étant fermée. D'autres voies de contestation demeurent cependant ouvertes.

La contestation pourrait être portée devant la juridiction administrative : le décret d'application et l'arrêté qui fixera les nouveaux tarifs pourront ainsi faire l'objet de recours en excès de pouvoir. La question de la conventionalité du dispositif pourra ainsi être posée au juge administratif, notamment en ce qui concerne le respect du droit de propriété tel que garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Lors des débats parlementaires, le Gouvernement avait fait état d'un avis consultatif du Conseil d'Etat – non publié – validant le dispositif envisagé. Il reste à voir comment les formations contentieuses – qui ne sont pas liées par un tel avis – statueront sur les textes d'application.

L'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 pourrait donner lieu à des recours au titre desquels les producteurs concernés pourraient réclamer des dommages et intérêts pour le manque à gagner futur. Selon la nationalité des producteurs concernés, l'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 pourrait également donner lieu à des réclamations au titre des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement ratifiés par la France, dont le Traité sur la charte de l'énergie. Ces traités imposent généralement à la France, entre autres, de respecter les obligations convenues contractuellement avec les investisseurs protégés, de leur accorder un traitement juste et équitable, et de les protéger contre les mesures arbitraires. De plus, il est important de noter que ces traités accordent généralement aux investisseurs un droit de recours direct devant un tribunal arbitral en cas de violation de ces protections. Les pays européens ayant adopté des mesures similaires ont été confrontés à de nombreuses procédures d'arbitrage d'investissement initiées par des investisseurs étrangers touchés par de telles mesures, certaines ayant déjà donné lieu à des sentences allouant des dommages et intérêts importants en faveur des investisseurs étrangers. La disposition nouvellement adoptée par la France pourrait subir le même sort.

White & Case LLP
19, Place Vendôme
75001 Paris
France

T +33 1 55 04 15 15

In this publication, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

This publication is prepared for the general information of our clients and other interested persons. It is not, and does not attempt to be, comprehensive in nature. Due to the general nature of its content, it should not be regarded as legal advice.

© 2021 White & Case LLP