

Quels sont les points de vigilance pour la reprise des projets photovoltaïques ?

PAR GILLES LE CHATELIER
AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET ADAMAS

Le développement des énergies renouvelables constitue une des priorités de la politique énergétique de notre pays. Depuis l'intervention de la directive européenne 2001/77 du 27 septembre 2001, le législateur a rappelé à plusieurs reprises l'importance de ces sources d'énergie dans la production nationale d'électricité. La loi de programme n° 2005-781 du 13 juillet 2005, fixant les orientations de la politique énergétique, avait fixé à 21 % la part des énergies renouvelables dans la consommation intérieure d'électricité pour 2010. La loi Grenelle I du 3 août 2009 devait porter cet objectif à 23 % de la consommation énergétique finale, conformément aux objectifs de la directive européenne 2009/28 du 23 avril 2009. Ces objectifs s'imposent avec une force renouvelée depuis que la catastrophe de Fukushima est venue fortement remettre en cause la production d'énergie électrique d'origine nucléaire.



Gilles Le Chatelier

PARMI les énergies renouvelables, le photovoltaïque semblait constituer un des secteurs les plus prometteurs pour permettre à la France de satisfaire ses objectifs. Au surplus, le bon niveau d'équipement de notre pays en énergie hydroélectrique et les oppositions suscitées localement aux projets de développement des éoliennes donnaient à l'énergie photovoltaïque une sorte d'« avantage comparatif » en termes d'acceptabilité sociale de la part des populations. Ainsi, les pouvoirs publics ont, à partir du début des années 2000, fortement encouragé le développement de cette énergie, d'abord en instituant pour EDF et pour les distributeurs d'électricité non nationalisés une obligation d'achat de l'énergie ainsi produite (loi n° 2000-108 du 10 février 2000), puis fixant le tarif de rachat de l'élec-

tricité d'origine photovoltaïque à un niveau élevé (arrêté du 10 juillet 2006).

Toutefois, ces derniers mois ont abouti à une sorte de « coup de froid » sur le développement de l'énergie photovoltaïque. En effet, les pouvoirs publics ont à la fois souhaité davantage encadrer les conditions de délivrance des autorisations nécessaires à l'exploitation d'installations photovoltaïques en termes environnementaux et urbanistiques, mais aussi entendu mettre un terme à un développement spéculatif de ces activités dopées par le niveau du tarif de rachat de l'électricité ainsi produite. Les arrêtés du 12 janvier et du 16 mars 2010 ont fortement diminué celui-ci, l'application de ces nouvelles règles aux projets en cours ayant suscité l'incompréhension parmi les professionnels et les particuliers.

Néanmoins, le rachat d'entreprises ou d'installations photovoltaïques peut continuer d'offrir des opportunités d'investissement intéressantes, à la condition indispensable que certaines contraintes soient bien analysées en amont de l'opération d'acquisition. Sans pouvoir entrer dans le détail des questions qui se posent, deux principales difficultés vont se poser.

1. La première difficulté est liée à la diversité des législations à laquelle tout installateur de projet photovoltaïque est confronté. L'investisseur doit ici s'assurer que le projet racheté est bien sécurisé juridiquement. On rappellera, ainsi, qu'outre les contraintes liées à la maîtrise foncière, l'opérateur doit s'assurer du respect de la législation d'urbanisme par le projet. La meilleure garantie à ce titre est que l'autorisation délivrée soit « purgée » de tout recours contentieux éventuel.

Si tel n'est pas le cas, on rappellera qu'aujourd'hui encore certains aspects de cette législation sont toujours sujets à

débat. On évoquera ici simplement quelques exemples à titre d'illustration.

Ainsi, l'implantation de centrales photovoltaïques au sol est-elle possible dans les zones classées comme naturelles au PLU ou dans les zones agricoles, au sens des dispositions de l'article R.123-7 du Code de l'urbanisme ? De même, si le juge administratif s'est prononcé sur la possibilité d'implanter des éoliennes dans des zones couvertes par la loi « Montagne » du 9 janvier 1985 (CE 16 juin 2010 M. A c/SIIF Énergies France, *Jurisdata* n° 2010-009418), l'extension de cette solution aux installations photovoltaïques au sol doit encore être confirmée. Quant aux installations photovoltaïques intégrées au bâti, elles restent soumises aux dispositions du Code de l'urbanisme en matière de protection de l'harmonie des paysages, sans que l'intervention de l'article L.111-6-2 du Code de l'urbanisme, après l'intervention de la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 ne paraisse suffire à faire obstacle à tout recours introduit sur ce fondement.

Le décret n° 2009-1414 du 19 novembre 2009 a ajouté une contrainte supplémentaire pour les ouvrages de production d'électricité à partir de l'énergie solaire installés sur le sol (OPEESIS), puisque ces installations sont soumises à permis de construire et, si leur puissance dépasse 250 kWc, à étude d'impact et à enquête publique. Outre les contraintes qui s'attachent à ces obligations et les risques juridiques qui les entourent, on soulignera qu'il continue d'exister un doute sur la soumission des ombrières photovoltaïques à ce régime spécifique.

On rappellera enfin que la mise en place d'une telle installation est soumise à une déclaration ou une autorisation préalable, selon la puissance de l'installation, mais que la mise en service de l'installation nécessite la conclusion d'une convention de raccordement dont la conclusion commande la mise en œuvre de l'obligation d'achat par EDF ou par le distributeur non nationalisé (DNN).

Or, la succession des textes sur le régime de rachat de l'électricité photovoltaïque constitue aujourd'hui une source importante d'incertitude. En effet, les arrêtés ministériels qui se sont succédé depuis janvier 2010 ont à chaque fois modifié le niveau du tarif, mais aussi la date à laquelle celui-ci était acquis pour l'exploitant. Si on ajoute que les règles ici mises en place varient selon la puissance de l'installation et sa nature, l'analyse préalable à l'investissement est particulièrement complexe,

puisque selon la date de lancement du projet, le régime juridique auquel il est soumis sera susceptible d'évoluer. Il s'agit de procéder là à une véritable « analyse matricielle » qui n'est pas dénuée d'incertitude tant les règles à appliquer peuvent parfois apparaître confuses. Or, dans l'examen de projets de rachat d'opérations en cours, cette question est cruciale puisqu'elle détermine le tarif de rachat auquel aura droit l'opérateur pour une durée de vingt ans...

Bien évidemment, l'accomplissement de chacune de ces phases qui, comme on l'a vu, s'inscrit dans un contexte juridique changeant et parfois incertain, peut être générateur de contentieux mettant en cause la fiabilité d'ensemble du projet.

2. La seconde difficulté tient bien évidemment à la gestion des délais. Les nouvelles règles en matière de détermination



des tarifs d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque ont arrêté le principe d'une dégressivité dans le temps de leur niveau. Dès lors, la date d'achèvement du projet, c'est-à-dire celle de conclusion du contrat d'achat, conditionne la rentabilité du projet. Or, l'enchaînement des différentes phases conduisant un opérateur à la mise en service d'une installation photovoltaïque peut être particulièrement long et soumis à plusieurs aléas. Une nouvelle fois, on se contentera ici de n'en citer que quelques exemples.

Ainsi, pour la procédure d'installation des OPEESIS, les textes ne fixent aucun délai pour l'organisation de l'enquête publique par le préfet, ni pour la conduite de cette procédure par le commissaire enquêteur. De même, les textes prévoient des péremptions pour certaines autorisations délivrées, si celles-ci ne sont pas mises en œuvre dans un délai prescrit.

Outre la péremption éventuelle des autorisations d'urbanisme, les textes fixent des délais spécifiques pour certaines autorisations nécessaires à la mise en œuvre de projets photovoltaïques : trois ans pour l'autorisation ou la déclaration d'exploitation, deux ans entre la demande complète de raccordement au réseau électrique et la mise en service de l'installation. S'agissant de ce dernier délai, il peut s'avérer particulièrement contraignant compte tenu des multiples étapes qui s'enchaînent entre l'envoi de la demande de raccordement et la mise en service. Or, dans ce dernier cas, si l'exploitant ne respecte pas ce délai, la durée du contrat d'achat sera réduite d'autant.

Toujours en matière de gestion des délais, une des étapes clés du processus est bien entendu la procédure de demande de raccordement au réseau, l'opérateur devant solliciter une proposition technique et financière (PTF) de la part du gestionnaire du réseau. Cette demande permet à l'opérateur d'entrer dans « la file d'attente » des demandes de raccordement auprès du gestionnaire qui dispose normalement d'un délai de trois mois pour envoyer une PTF à l'opérateur qui l'a saisi. Toutefois, cette proposition ne peut être faite que si le dossier de demande est complet, comportant notamment les documents requis en matière d'autorisations d'urbanisme et d'exploitation de l'installation.

L'envoi de cette PTF constitue pour tant une phase essentielle puisque la demande – complète – de PTF vaut aujourd'hui demande de contrat d'achat d'électricité ; le renvoi de la proposition par le gestionnaire de réseau garantit pour sa part le niveau des tarifs d'achat auquel aura droit l'opérateur. Comme l'ont montré les épisodes entourant la modification des tarifs d'achat d'électricité d'origine photovoltaïque survenus fin 2009 et début 2010, la certitude sur la date d'envoi de la PTF, donc sur les délais d'instruction de la demande par ERDF, sont des éléments clé pour le calcul de la rentabilité du projet.

Comme on le voit, la complexité importante du processus d'autorisation des installations photovoltaïques plaide certainement pour un aménagement des textes dans ce domaine, si l'on souhaite que notre pays atteigne les objectifs qu'il s'est fixés en matière de développement des énergies renouvelables. Dans l'attente de ces simplifications, la phase de préparation des opérations de rachat nécessite à l'évidence un accompagnement juridique de qualité, capable d'intervenir avec compétence sur tous les domaines juridiques ici en cause. ■