

BDEI 2432

Rubrique de jurisprudence Energie

(Juillet - Décembre 2018)

I. ÉNERGIE NUCLÉAIRE

Annulation du décret abrogeant l'autorisation d'exploiter la centrale nucléaire de Fessenheim (CE, 25 oct. 2018, n° 410109, *Commune de Fessenheim et autres*) - Le décret n°2017-508 du 8 avril 2017 a prononcé l'abrogation de l'autorisation d'exploiter la centrale nucléaire de Fessenheim, sans que le titulaire de cette autorisation, la société EDF, en ait fait la demande. Le conseil d'administration d'EDF avait, au contraire, décidé que la fermeture de la centrale de Fessenheim, et donc l'abrogation de l'autorisation d'exploiter de la centrale, devrait être concomitante à la mise en service du réacteur EPR de Flamanville 3, et à la condition que cette fermeture soit nécessaire au respect du plafond de 63,2 GW de production d'électricité d'origine nucléaire fixé par l'article L. 311-5-5 du code de l'énergie. La demande d'abrogation de l'autorisation d'exploiter de Fessenheim devait ainsi être déposée dans les six mois précédant la mise en service de l'EPR de Flamanville 3, alors prévue pour la fin 2018. A la date d'adoption du décret du 8 avril 2017, aucune demande d'abrogation n'avait encore été formulée par EDF. Saisi par la commune de Fessenheim, la communauté de communes Pays Rhin-Brisach, le département du Bas-Rhin et la région Grand Est, le Conseil d'Etat annule le décret du 8 avril 2017, au motif que l'abrogation d'une autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité ne peut, aux termes des dispo-

sitions du code de l'énergie (C. énergie, art. L. 311-5, L. 311-5-5 et L. 311-6), intervenir que sur demande de son titulaire.

Redémarrage des réacteurs Dampierre 3, Tricastin 3 et Gravelines 2 (CE, 3 oct. 2018, n° 406243, *Observatoire du nucléaire*) - A la suite de la découverte d'un excès de carbone dans l'acier de certaines parties de l'EPR de Flamanville, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) a demandé à EDF de procéder à des contrôles physiques des «fonds primaires» des générateurs de vapeur des réacteurs susceptibles d'être affectés de la même anomalie lors de leur arrêt programmé, notamment les réacteurs Dampierre 3, Tricastin 3 et Gravelines 2. Par des décisions prises en décembre 2016, l'ASN avait permis à EDF de redémarrer ces trois réacteurs, au vu des justifications apportées et des mesures de compensation proposées. L'arrêt du 3 octobre 2018 est tout d'abord l'occasion de rappeler que les règles fondamentales de sûreté, remplacées par les guides de l'ASN, n'ont pas de caractère impératif et que l'exploitant peut donc s'écarter de certaines de leurs dispositions sans que cela suffise à caractériser l'existence d'un risque (voir : CE, 22 févr. 2016, n° 373516, *République et Canton de Genève* ; CE, 28 juin 2013, n°351986, *Association trinationale de protection nucléaire*). Le Conseil d'Etat écarte ensuite les moyens tirés de la méconnaissance des principes généraux de précaution et de prévention, en tenant compte notamment de la modification des règles générales d'exploitation pour



Par
Jean-Nicolas
Clément,
Avocat au Barreau
de Paris
GIDE LOYRETTE
NOUËL



Alice Bouillié,
Avocat au Barreau
de Paris
GIDE LOYRETTE
NOUËL



Marylène Fourès,
Avocat au Barreau
de Paris
GIDE LOYRETTE
NOUËL

imposer des mesures de compensation, sous le contrôle de l'ASN. Le moyen tiré de la méconnaissance du principe de justification des activités nucléaires est également infondé, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à la reprise du fonctionnement des installations en cause.

Création d'une aire d'entreposage de déchets potentiellement pathogènes sur le site de Belleville (CE, ord. Référé, 25 juin 2018, n° 420862, *Association «Vivre notre Loire»*) - L'association «Vivre notre Loire» demandait la suspension de la décision du président de l'ASN autorisant EDF à créer provisoirement, pour une durée de neuf mois, une aire d'entreposage de déchets potentiellement pathogènes sur le site de Belleville-sur-Loire. Aucun des moyens présentés par la requérante (l'incompétence du signataire de l'acte, le vice de procédure lié à l'absence de consultation préalable du public, le caractère incomplet du dossier de demande d'autorisation soumis à l'ASN et l'erreur manifeste d'appréciation) ne sont jugés, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision de l'ASN. En conséquence, la requête en référé-suspension de l'association «Vivre notre Loire» est rejetée, sans qu'il soit nécessaire pour le Conseil d'Etat de se prononcer sur la condition de l'urgence.

Coût de la gestion à long terme des déchets radioactifs de haute et moyenne activité à vie longue (CE, 11 avr. 2018, n° 397627, *Associations Mirabel-LNE, Bure Stop 55, Réseau Sortir du nucléaire, France Nature Environnement*) - Par arrêté du 15 janvier 2016, la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer avait évalué le coût de la mise en œuvre des solutions de gestion à long terme des déchets radioactifs de haute et de moyenne activité à vie longue, c'est-à-dire du projet Cigéo (centre industriel de stockage en couche géologique profonde), à 25 milliards d'euros sur une période de 140 ans. Cette évaluation se fondait sur l'estimation fournie par l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs, comprise entre 20 et 30 milliards d'euros. Plusieurs associations considéraient néanmoins que l'évaluation arrêtée par la ministre était insuffisante. Le Conseil d'Etat souligne que les dispositions de l'article L. 542-12 du code de l'environnement n'interdisent pas à l'Agence de présenter une estimation sous forme de fourchette, dès lors que cette estimation permet au ministre d'arrêter l'évaluation des coûts de gestion à long terme des déchets radioactifs. De plus, le Conseil d'Etat estime que l'évaluation établie à 25 milliards d'euros sur 140 ans n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, malgré la difficulté d'une telle évaluation et l'incertitude affectant les phases postérieures à la phase industrielle pilote, d'autant plus que l'arrêté prévoit une mise à jour régulière de cette évaluation, et *a minima* aux étapes de développement du projet Cigéo, conformément à l'avis de l'ASN.

Rejet de l'action civile de trois associations contre EDF (Cass. crim., 11 sept. 2018, n° 17-83.158, *Associations Réseau sortir du nucléaire, France Nature Environnement,*

Mirabel LNE) - La société EDF a informé l'ASN, en janvier 2012, de l'absence d'un dispositif casse-siphon au centre national de production d'électricité de Cattenom. Après le classement sans suite de la plainte de Réseau Sortir du nucléaire pour infractions à la législation sur les installations nucléaires de base (INB), cette association, ainsi que France Nature Environnement et Mirabel LNE, ont décidé de citer EDF à comparaître devant le tribunal correctionnel pour délit de non déclaration immédiate à l'ASN d'un incident ou accident et contraventions aux règles techniques générales de prévention en matière d'exploitation d'une INB. La Cour de cassation confirme les décisions de première instance et d'appel, en considérant l'action civile prescrite en raison de la prescription de l'action publique, qui n'avait pu être interrompue ni par la décision de classement sans suite, ni par la demande de transmission du dossier du procureur général au procureur de la République. Par ailleurs, l'absence de casse-siphon ne constituait pas un accident ou incident au sens de l'article L. 591-5 du code de l'environnement (qui impose la déclaration, dans les meilleurs délais, des accidents ou incidents survenus du fait du fonctionnement d'une INB et de nature à porter une atteinte significative aux intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 du code de l'environnement), mais une anomalie préexistante à toute exploitation, de sorte qu'aucune faute civile ne pouvait être démontrée.

II. HYDROCARBURES

Compétence juridictionnelle pour des dommages causés à une canalisation de pétrole (CE, 10 oct. 2018, n° 402975, *Société Gestion de dépôts d'hydrocarbures*) La loi n°57-1424 du 31 décembre 1957 attribue aux tribunaux judiciaires la compétence pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public. Néanmoins, l'attribution de cette compétence ne s'applique que pour autant que le dommage invoqué trouve sa cause déterminante dans l'action d'un véhicule et non dans la conception ou l'exécution de l'opération de travaux publics prise dans son ensemble. Le Conseil d'Etat juge en l'espèce que, si le dommage causé à l'oléoduc résultait d'un coup de godet porté par une pelle mécanique, cet accident n'était survenu que du fait de la conception défectueuse de l'opération de travaux publics durant laquelle l'engin est intervenu (notamment en raison de l'approximation des plans utilisés lors de la construction d'un émissaire d'égout). L'action du véhicule n'étant pas déterminante dans la survenue du dommage, le litige relevait du juge administratif, et non du juge judiciaire.

III. ÉNERGIE ÉOLIENNE

Avis de l'Autorité environnementale (CE, avis, 27 sept. 2018, n° 420119, voir concl. Dutheillet de la Motte L.,

BDEI, n° 78, n° 2394 ; CAA Nancy, 4 oct. 2018, n° 17NC01857, *Association «Des évêques aux cordeliers» et autres* ; CAA Douai, 4 oct. 2018, n° 16DA01098, *Association «Thiérasche à contrevent» et autres*) - A la suite de l'annulation par le Conseil d'Etat des dispositions réglementaires du code de l'environnement désignant le préfet de région comme Autorité environnementale, dès lors qu'elles ne garantissaient pas que cette fonction soit exercée par une entité disposant d'une autonomie réelle à l'égard du préfet lorsque ce dernier est également compétent pour autoriser le projet concerné (CE, 6 déc. 2017, n° 400559, *Association France Nature Environnement* ; CE, 28 déc. 2017, n°407601, *Association France Nature Environnement*), de nombreux projets éoliens se trouvaient menacés ou suspendus dans l'attente d'un nouvel avis de l'Autorité environnementale.

Saisi par le Tribunal administratif d'Orléans, le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis contentieux en date du 27 septembre 2018, les modalités de régularisation, dans le cadre des nouvelles dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement relatives à l'autorisation environnementale, de l'avis rendu par le préfet de région en qualité d'Autorité environnementale lorsque le préfet est par ailleurs compétent pour autoriser le projet. Ce vice de procédure peut être régularisé par la consultation d'une autorité présentant les garanties d'impartialité requises. Cette autorité peut être celle désignée par les nouvelles dispositions réglementaires du code de l'environnement ayant remplacé l'article R. 122-6 du code de l'environnement. A défaut, le juge peut notamment prévoir que l'avis sera rendu par la Mission Régionale de l'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (MRAe) ; celle-ci est, en effet, une entité administrative de l'Etat séparée de l'autorité compétente pour autoriser le projet et disposant d'une autonomie réelle la mettant en mesure de donner un avis objectif sur le projet. Un projet de décret soumis à consultation publique en juillet 2018 prévoit d'ailleurs de confier aux MRAe la compétence d'Autorité environnementale en remplacement des préfets de région.

Par ailleurs, dans le cas où le nouvel avis différerait substantiellement de celui qui avait été porté à la connaissance du public lors de l'enquête publique, une enquête publique complémentaire devra être organisée. En l'absence de modifications substantielles de l'avis, l'information du public pourra prendre la forme d'une simple publication sur Internet.

Deux arrêts du 4 octobre 2018 font application de ces principes d'appréciation et de régularisation. La Cour administrative d'appel de Nancy rappelle tout d'abord que les exigences de la directive n°2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ne sont pas méconnues lorsque l'Autorité environnementale est également chargée d'instruire la demande d'autorisa-

tion d'exploiter d'un parc éolien, dès lors que cela ne la prive pas de son autonomie vis-à-vis de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation. Tel est le cas lorsque le préfet de région est l'Autorité environnementale, que le préfet de département (distinct de ce dernier) est l'autorité compétente pour autoriser le projet et que la DREAL (dont l'autonomie réelle vis-à-vis du préfet du département n'est pas discutable) assure l'instruction de la demande d'autorisation.

La Cour administrative d'appel de Douai considère, en revanche, que ni la DREAL, ni le Secrétaire Général aux affaires régionales agissant «pour le préfet de région» ne disposaient, lors de la préparation, puis de l'émission de l'avis de l'Autorité environnementale, d'une réelle autonomie vis-à-vis du préfet de région ayant ensuite autorisé le projet éolien contesté. Le préfet de région n'avait donc pas été placé, en l'espèce, dans des conditions lui permettant de remplir sa mission consultative de façon objective. En outre, l'irrégularité de l'avis ainsi émis par le préfet en tant qu'Autorité environnementale a privé le pétitionnaire, le public et l'autorité administrative d'une garantie, justifiant l'annulation de l'autorisation d'exploiter. La Cour, appliquant l'article L. 181-18 du code de l'environnement, sursoit néanmoins à statuer dans l'attente des observations des parties sur la mise en œuvre éventuelle d'une procédure de régularisation de l'autorisation.

Dispositif expérimental de l'autorisation unique (CE, avis, 26 juill. 2018, n° 416831) - Le dispositif expérimental de l'autorisation unique a précédé la mise en place de l'autorisation environnementale. Les autorisations uniques délivrées pour les projets éoliens subsistent, mais valent désormais autorisations environnementales. Pour autant, et comme le souligne le Conseil d'Etat dans son avis du 26 juillet 2018, les dispositions relatives à la délivrance des autorisations uniques ne sont pas modifiées et c'est donc à l'aune de ces dispositions, issues de l'ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014, que la légalité externe des autorisations uniques doit être appréciée. Cependant, le juge peut prendre en compte la régularisation intervenue à la date à laquelle il statue, sous réserve que les irrégularités en question n'aient pas eu pour effet de nuire à l'information de la population. Le juge peut également surseoir à statuer sur le fondement de l'article L. 181-18 du code de l'environnement afin de permettre à l'administration d'adopter une autorisation modificative de régularisation.

Appréciation des capacités financières de l'exploitant (CE, avis, 26 juill. 2018, n° 416831 ; CAA Lyon, 10 juill. 2018, n° 16LY02858, *Association Biozat environnement et autres* ; CAA Nancy, 4 oct. 2018, n° 17NC01857, *Association «Des évêques aux cordeliers» et autres* ; CAA Douai, 4 oct. 2018, n° 16DA01098, *Association «Thiérasche à contrevent» et autres*) - Plusieurs arrêts permettent de rappeler les principes d'appréciation, tant sur la forme que

sur le fond, des capacités techniques et financières du pétitionnaire.

Selon un principe constant (cf. l'avis précité du Conseil d'Etat du 26 juillet 2018), il appartient au juge du plein contentieux des installations classées d'apprécier le respect des règles relatives à la forme et à la procédure régissant la demande d'autorisation au regard des circonstances de fait et de droit en vigueur à la date de la délivrance de l'autorisation. En revanche, le respect des règles de fond régissant le projet s'apprécie au regard des circonstances de fait et de droit en vigueur à la date à laquelle le juge se prononce, sous réserve du respect des règles d'urbanisme qui s'apprécie au regard des circonstances de fait et de droit applicables à la date d'autorisation.

En matière de capacités techniques et financières, lorsque le juge se prononce sur la légalité de l'autorisation avant la mise en service de l'installation, il lui appartient de vérifier la pertinence des modalités selon lesquelles le pétitionnaire prévoit de disposer de capacités suffisantes pour assumer l'ensemble des exigences découlant du fonctionnement, de la cessation d'exploitation et de la remise en état du site. Lorsque le juge se prononce après la mise en service, il lui appartient de vérifier la réalité et le caractère suffisant des capacités financières et techniques du pétitionnaire ou, le cas échéant, de l'exploitant auquel il a transféré l'autorisation. Par ailleurs, le préfet peut lui-même exiger à tout moment, par arrêté complémentaire, la fourniture de précisions ou la mise à jour des informations relatives aux capacités techniques et financières de l'exploitant.

Dans le cadre des anciennes dispositions relatives aux ICPE, le pétitionnaire devait justifier de capacités techniques et financières propres ou fournies par des tiers de manière suffisamment certaine. A cet égard, la Cour administrative d'appel de Lyon considère que la société Ferme éolienne de Biozat ne justifiait ni de fonds propres suffisants, faute d'un accord exprès avec sa société-mère sous forme d'un engagement de caution, d'une lettre d'intention ou d'une convention de trésorerie, ni d'engagements précis de financement par l'emprunt (CAA Lyon, 10 juill. 2018, n° 16LY02858).

Depuis l'entrée en vigueur de l'autorisation environnementale le 1^{er} mars 2017, le dossier de demande d'autorisation n'a plus à comporter d'indications précises et étayées sur les capacités techniques et financières, mais seulement une présentation des modalités prévues pour établir ces capacités, si elles ne sont pas encore constituées.

Dans l'affaire présentée à la Cour administrative d'appel de Nancy, la justification par le dossier de demande d'autorisation des capacités financières de l'exploitant est jugée suffisante, la société RES ayant investi 55 millions d'euros de fonds propres dans la construction et l'exploitation de parcs éoliens, réalisé un chiffre d'affaires moyen de plus de 60

millions d'euros sur les trois années précédentes et appartenant à un groupe solide disposant lui-même de 192 millions d'euros de fonds propres (CAA Nancy, 4 oct. 2018, n° 17NC01857). Sur le fond, la Cour administrative d'appel de Douai tient compte des éléments fournis en cours d'instance (par les deux sociétés-mères et un établissement bancaire) pour considérer que la société Eoliennes de la vallée justifie des capacités financières pour mettre en œuvre l'intégralité de son projet (CAA Douai, 4 oct. 2018, n° 16DA01098).

Interruption ou non du délai de recours contentieux par l'exercice d'un recours gracieux (CAA Douai, 29 nov. 2018, n° 18DA01230 ; TA Limoges, 29 nov. 2018, *Fédération Tempête en marche et autres*, n° 1601558) - La Cour administrative d'appel de Douai rappelle que, dans le cadre des anciennes dispositions du code de l'environnement régissant les installations classées, le recours administratif (gracieux ou hiérarchique) exercé à l'encontre de l'autorisation d'exploiter n'interrompt pas le délai de recours contentieux (en l'occurrence, le délai de six mois prévu en matière d'éoliennes par l'article L. 553-4 du code de l'environnement). En l'espèce, la circonstance que la préfecture ait accusé réception du recours gracieux formé par le requérant, en faisant mention d'un délai de recours de deux mois pour saisir le Tribunal administratif, ne pouvait, selon la Cour, avoir induit l'intéressé en erreur, dans la mesure où elle était intervenue postérieurement à l'expiration du délai de recours contentieux. Par un jugement du même jour, le Tribunal administratif de Limoges adopte toutefois une solution inverse, en faisant application de la règle générale selon laquelle le délai de recours contentieux est prorogé par l'exercice d'un recours gracieux (et ce bien qu'une jurisprudence constante ait écarté l'application de cette règle en matière de plein contentieux des installations classées). L'article R. 181-50, dernier alinéa, du code de l'environnement règle désormais la question, puisqu'il prévoit explicitement que l'autorisation environnementale peut faire l'objet d'un recours gracieux ou hiérarchique dans le délai de deux mois et que ce recours administratif prolonge de deux mois le délai de recours contentieux (soit deux mois pour le pétitionnaire ou l'exploitant et quatre mois pour les tiers). A noter également que le Tribunal administratif de Limoges a, dans son jugement, refusé de considérer que le délai supplémentaire de distance prévu par l'article L.421-7 du code de justice administrative constituerait une règle générale applicable même sans texte ; ce délai ne pouvait donc, selon le Tribunal, bénéficier à un résident canadien souhaitant contester l'autorisation d'exploiter une installation classée.

Demande indemnitaire pour non réalisation d'un parc éolien (CE, 19 nov. 2018, n° 412693, *Société Electribent*) - La société Electribent, s'étant vu refuser un permis de construire pour la construction d'un parc éolien, recherchait la responsabilité de la commune et de l'Etat au titre du préjudice subi du fait des dépenses engagées inutilement, en invoquant les assurances données par la

commune et l'Etat quant à la faisabilité de son projet. Le Conseil d'Etat écarte tout d'abord la responsabilité de la commune, en considérant (contrairement à ce qu'avait jugé la Cour administrative d'appel de Marseille) qu'elle ne pouvait être regardée comme ayant donné à la société Electribent des assurances suffisamment précises, fermes et constantes sur la réalisation de son projet, notamment en créant une zone naturelle éolien ou en signant avec elle une promesse de bail sur les parcelles lui appartenant. De fait, le projet n'était pas compatible avec la loi Littoral, qui impose que les constructions, même isolées, soient en continuité avec les agglomérations et villages existants. L'Etat est quant à lui partiellement exonéré de sa responsabilité, compte tenu de l'imprudence fautive de la société Electribent, professionnel de l'énergie éolienne, de l'absence d'assurances précises et constantes des services de l'Etat sur la faisabilité de son projet et de la complexité de ce dernier. Le Conseil d'Etat rappelle néanmoins que les intérêts moratoires doivent courir à compter de la réception par l'Etat de la demande de paiement du principal, et non de la date d'introduction de la requête de première instance devant le tribunal administratif.

IV. ÉNERGIE SOLAIRE

Installations photovoltaïques et réglementation d'urbanisme (CAA Marseille, 11 déc. 2018, n° 17MA04500, *Société Centrale Solaire Orion 6* ; CAA Bordeaux, 29 nov. 2018, n° 16BX03085 et n° 16BX03086).

La Cour administrative d'appel de Marseille confirme la légalité du refus d'autoriser la construction d'une centrale photovoltaïque au sol au motif notamment que le projet ne permet pas de garantir le maintien d'une activité agricole, en méconnaissance de l'article L. 124-2 du code de l'urbanisme. La Cour, reprenant le considérant de principe de l'arrêt Photosol (CE, 8 févr. 2017, n° 395464, *Société Photosol*, voir BDEI n° 70, n° 2238), constate que le projet ne prévoit pas le développement d'une activité agricole, pastorale ou forestière, ni ne précise les dispositions prises pour permettre, le cas échéant, le développement d'une telle activité, alors que le terrain d'assiette n'est pas dépourvu de tout potentiel à cet égard ; elle juge en conséquence que, quand bien même aucune activité agricole particulière n'a été identifiée sur le terrain depuis plus de cinquante ans et que la valeur agronomique potentielle de ces terres est faible à très faible, le projet ne peut être regardé comme permettant la maintien d'une activité agricole au regard de l'article L. 124-2 du code de l'urbanisme (CAA Marseille, 11 déc. 2018, n° 17MA04500, *Société Centrale Solaire Orion 6*).

Par ailleurs, la Cour administrative d'appel de Bordeaux confirme la jurisprudence constante selon laquelle des panneaux photovoltaïques accessoires à des constructions - en l'espèce à usage agricole - ne sont pas des ouvrages de production d'électricité au sens du b de l'article

L. 422-2 du code de l'urbanisme. Le maire de la commune du terrain d'implantation de l'immeuble est donc compétent pour délivrer le permis de construire relatif à l'édification d'un bâtiment surmonté de panneaux photovoltaïques en application de l'article L. 422-1 du code de l'urbanisme (CAA Bordeaux, 29 nov. 2018, n° 16BX03085 et n° 16BX03086).

Décharge de supplément d'impôt - Raccordement au réseau électrique (CE, 26 juil. 2018, n° 418123, *M. et Mme A...B...* ; CAA Bordeaux, 31 déc. 2018, n° 16BX03993 et n° 17BX00801 ; CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 17PA01756 ; CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 18PA00382 ; CAA Bordeaux, 20 déc. 2018, n° 16BX02901 et n° 17BX01095 ; CAA Bordeaux, 13 déc. 2018, n° 16BX02899 ; CAA Bordeaux, 29 nov. 2018, n° 16BX02898 ; CAA Douai, 27 nov. 2018, n° 16DA00497 ; CAA Versailles, 27 nov. 2018, n° 17VE01215 ; CAA Douai, 27 nov. 2018, n° 16DA00627 et n° 16DA00629 ; CAA Lyon, 6 nov. 2018, n° 17LY03552 et n° 17LY03549 ; CAA Paris, 23 oct. 2018, n° 17PA03701 et n° 18PA01688 ; CAA Lyon, 16 oct. 2018, n° 17LY01992, n° 17LY03932, n° 17LY02801, n° 17LY02683, n° 17LY00319, n° 17LY03548, n° 17LY03142, n° 17LY03937, n° 17LY03164 et n° 17LY03864 ; CAA Marseille, 20 sept. 2018, n° 17MA04666 ; CAA Douai, 30 juill. 2018, n° 17DA00292, n° 16DA01079, n° 16DA00496, n° 16DA00634, n° 16DA01078, n° 16DA01571, n° 16DA01077, n° 16DA00493, n° 16DA01572, n° 16DA00494, n° 16DA00492, n° 16DA00495, n° 17DA00542 et n° 16DA00628).

Dans le cadre d'un pourvoi formé contre une ordonnance rendue par la Cour administrative d'appel de Lyon, il était demandé au Conseil d'Etat de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du vingtième alinéa de l'article 199 undecies B du code général des impôts dans sa rédaction issue de la loi du 27 mai 2009 *pour le développement économique des outre-mer*.

Les requérants soutenaient que ces dispositions méconnaissaient les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques en ce que le fait générateur de la réduction d'impôt diffère selon que le contribuable réalise un investissement concernant un immeuble ou un autre investissement productif. Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 16 de la loi du 27 mai 2009 *pour le développement économique des outre-mer* avait pour objet, d'une part, d'unifier les régimes de réduction d'impôt applicables aux investissements immobiliers dans les départements d'outre-mer et, d'autre part, de faciliter le financement de tels projets, notamment dans le secteur hôtelier. Il juge en conséquence que « la différence de traitement introduite entre les contribuables, selon que leur acquisition concerne un immeuble ou un autre investissement productif dans les départements d'outre-mer, qui découle des contraintes spécifiques de financement de la construction d'immeubles, est justifiée par une différence de situation

en rapport direct avec l'objet de la loi » ; les dispositions de l'article 199 undecies B du code général des impôts ne méconnaissent donc pas les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques.

Les requérants soutenaient ensuite qu'en jugeant que le fait générateur de la réduction d'impôt prévue à l'article 199 undecies B du code général des impôts correspond à la date à laquelle l'entreprise peut commencer l'exploitation effective de l'investissement et, partant, celle du raccordement au réseau public d'électricité s'agissant de l'acquisition de centrales photovoltaïques, le Conseil d'Etat (CE, 24 avr. 2017, n° 398405) aurait, en méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adopté de façon rétroactive une interprétation de ces dispositions contraire à celle qui pouvait légitimement en être attendue et instauré une formalité que le contribuable ne peut satisfaire par lui-même. Le Conseil d'Etat considère que cette question prioritaire ne présente pas de caractère sérieux dès lors que, d'une part, l'interprétation de la loi résultant de son arrêt du 24 avril 2017 n'a pas porté atteinte à des situations légalement acquises résultant d'une interprétation antérieure différente, d'autre part, les gestionnaires des réseaux publics d'électricité sont tenus de procéder au raccordement d'une installation à la demande de tout utilisateur remplissant les conditions légales et réglementaires (CE, 26 juill. 2018, n° 418123, *M. et Mme A...B...*).

Une série d'arrêts rendus par plusieurs cours administratives d'appel confirment que, concernant les centrales photovoltaïques, le fait générateur de la réduction d'impôt prévue par les dispositions de l'article 199 undecies B du code général des impôts relatif aux investissements productifs réalisés dans les départements d'outre-mer est la date de la création de l'immobilisation au titre de laquelle l'investissement productif a été réalisé ou de sa livraison effective. Dans ce dernier cas, la date à retenir est bien celle à laquelle l'entreprise, disposant matériellement de l'investissement productif, peut commencer son exploitation effective et, dès lors, en retirer des revenus. La date à prendre en compte s'agissant des centrales dont la production d'électricité a vocation à être vendue est donc celle du raccordement des installations au réseau public d'électricité (voir BDEI n° 67/2017).

Refus de rattachement d'une centrale photovoltaïque au périmètre d'équilibre dédié aux obligations d'achat de la société EDF et compétence juridictionnelle (CE, 12 oct. 2018, n° 419505, *Société T2S*) - La société T2S a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nancy d'ordonner, sur le fondement des dispositions de l'article L.521-1 du code de justice administrative, la suspension des décisions par lesquelles la société EDF a refusé le rattachement d'une installation photovoltaïque au périmètre de sécurité dédié à ses obligations d'achat. Le juge des référés a rejeté cette demande et la société T2S a formé un pourvoi en cassation.

Le Conseil d'Etat estime que le litige né de l'action de la société T2S tendant à la contestation du refus de la société EDF de conclure avec un producteur d'électricité un contrat de rattachement à un périmètre d'équilibre présente à juger une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse. Il renvoie en conséquence l'affaire devant le Tribunal des conflits.

V. BIOMASSE - BIOGAZ

Réduction de TGAP pour la valorisation énergétique du biogaz dans les installations de stockage de déchets non dangereux (CE, 12 nov. 2018, n° 418652, *FNADE, Société Séché Eco industries, Sociétés Suez Recyclage et Valorisation France et autres*) - Le Conseil d'Etat valide les dispositions de l'arrêté du 28 décembre 2017 pris pour l'application des articles 266 sexies et nonies du code des douanes et fixant les conditions pour bénéficier de la réduction de taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) pour la valorisation énergétique de plus de 75% du biogaz capté issu de la fermentation des déchets réceptionnés dans une installation de stockage de déchets non dangereux. En particulier, l'arrêté peut imposer la mesure volumétrique du biogaz par un appareil ayant fait l'objet d'une déclaration de conformité ; cette condition n'est pas impossible à respecter dès lors qu'il existe un appareil homologué en Allemagne pour la mesure du biogaz. De même, l'arrêté peut exclure certains déchets de la liste des déchets produisant du biogaz dont la valorisation ouvre droit au taux réduit de TGAP.

VI. HYDROÉLECTRICITÉ

Centrale hydroélectrique et circulation des poissons migrateurs (CE, 22 oct. 2018, n° 402480 et n° 402482, *SARL Saint-Léon*) - L'autorité administrative compétente peut imposer, sur le fondement de l'article L. 432-6 du code de l'environnement, au titulaire d'une autorisation délivrée au double titre de la législation sur les ouvrages hydrauliques et de la législation sur l'eau, les travaux nécessaires pour assurer la circulation des poissons migrateurs dans les cours d'eau classés, tels que la Bruche et ses affluents, et définir les caractéristiques de ces travaux. De telles prescriptions ne répondent pas aux mêmes objectifs que ceux de l'article L. 214-4-II du code de l'environnement (préserver la salubrité publique, prévenir les inondations, prévenir les menaces majeures sur le milieu aquatique, remédier à la situation des ouvrages abandonnés ou non entretenus) et ne peuvent donner lieu à indemnité que si elles font peser sur le propriétaire ou l'exploitant de l'ouvrage une charge spéciale et exorbitante. Par ailleurs, la centrale hydroélectrique de la SARL Saint-Léon ne s'étant pas conformée à son obligation d'installer une passe à poisson dans un délai de cinq ans à compter du classement du cours d'eau, comme le prévoyait l'ancien

article L. 232-6 du code rural, elle ne pouvait bénéficier de la période transitoire prévue par l'article L. 214-17 du code de l'environnement pour les ouvrages existants «régulièrement installés».

VII. CERTIFICATS D'ÉCONOMIE D'ÉNERGIE

Validation de seuils différents en fonction du type d'énergie (CE, 3 déc. 2018, n° 410360, *Société Vitogaz France*) - Le code de l'énergie (C. énergie, art. L. 221-1, R. 221-1 et s.) soumet les fournisseurs d'énergie dont les ventes excèdent certains seuils à des obligations d'économies d'énergie, matérialisées par la détention de certificats d'économies d'énergie. La société Vitogaz France contestait notamment le seuil fixé pour la soumission des fournisseurs de gaz de pétrole liquéfié aux obligations d'économies d'énergie. Le Conseil d'Etat considère néanmoins que la fixation de ce seuil à 100 millions de KWh, contre 400 millions de KWh pour les fournisseurs d'électricité, de gaz naturel, de chaleur et de froid, ne méconnaît pas le principe d'égalité : en effet, conformément à l'intention du législateur, les seuils de vente doivent être fixés par type d'énergie, de façon à faire contribuer les principaux opérateurs de chaque secteur à la réalisation de l'objectif national d'économies d'énergie. Le seuil fixé pour le marché du gaz de pétrole liquéfié tient compte de la taille plus petite de ce marché et permet donc de soumettre les principaux acteurs de ce marché aux obligations d'économies d'énergie. La différence de traitement qui en résulte est ainsi en rapport direct avec l'objet de la réglementation relative aux obligations d'économies d'énergie.

Remboursement partiel de la CSPE (CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-103/17 ; CE, 3 déc. 2018, n° 399115, *Société Messer France*) - La société Messer France (anciennement Praxair) a sollicité le remboursement de la contribution au service public de l'électricité (CSPE) versée de 2005 à 2009, considérant que cette contribution était contraire au droit de l'Union européenne. Par un arrêt du 22 février 2017 (CE, 22 févr. 2017, n° 399115), le Conseil d'Etat a saisi la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 3.2 de la directive 92/12/CEE du 25 février 1992 relative au régime général, à la détention, à la circulation et au contrôle des produits soumis à accise, remplacée par la directive 2008/118/CE du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise. La CJUE a considéré que les contribuables ont droit au remboursement partiel d'une taxe telle que la CSPE à proportion de la part de recettes de cette dernière qui n'est pas affectée à des «finalités spécifiques» au sens de l'article 3.2 de la directive sur l'accise (qui permet que des produits tels que l'électricité fassent l'objet d'impositions indirectes, autres que l'accise, poursuivant des finalités spécifiques). Or, la CSPE poursuit trois finalités : une finalité environnementale (favoriser le

développement des énergies renouvelables), une finalité de cohésion territoriale et sociale (compenser les surcoûts de production dans les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental) et une finalité administrative (couvrir les coûts inhérents au fonctionnement du Médiateur national de l'énergie et de la Caisse des dépôts et consignations). Seule la finalité environnementale constitue une finalité spécifique au sens de la directive sur l'accise, de sorte que les contribuables ont droit au remboursement de la part de CSPE affectée aux deux autres finalités. Tirant les conséquences de l'arrêt de la CJUE, le Conseil d'Etat a reconnu le droit de la société Messer France au remboursement partiel de la CSPE, mais pour l'année 2009 seulement (dans la mesure où la directive sur l'accise permettait aux Etats membres de maintenir leur système de taxation de l'électricité jusqu'au 31 décembre 2008) ; le remboursement est évalué, en l'espèce, à 7,42% de la taxe acquittée (soit une somme de 44 30 euros).

VIII. RÉSEAUX

Projet en autoconsommation et raccordement au réseau public de distribution (Cass. com., 4 sept. 2018, n° 17-13015) - Dans un arrêt en date du 12 janvier 2017 (CA Paris, 12 janv. 2017, n°2015/15157, *Société Enedis c. Société Valsophia*), la Cour d'appel de Paris avait jugé que la société Valsophia, développeur d'un programme immobilier à énergie positive, n'étant pas un gestionnaire de réseaux de distribution d'électricité visé à l'article L.111-52 du code de l'énergie, la décision du CoRDIS faisant droit à sa demande de raccordement unique devait être annulée (BDEI n°70/2017). La Cour de cassation a confirmé cette décision. La Cour de cassation retient, en premier lieu, que la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité a laissé aux Etats membres la liberté de fixer la consistance de leurs réseaux comme leurs modalités de raccordement et que, à la date de la décision rendue par la Cour d'appel, seules les entreprises visées à l'article L.111-52 du code de l'énergie étaient autorisées à gérer, sur le territoire national, un réseau de distribution d'électricité autre qu'une ligne directe ; le fait d'autoriser la société Valsophia à bénéficier d'un point unique de raccordement au réseau de distribution, lui permettant ensuite d'acheminer l'électricité vers les occupants de son site, aboutirait donc à lui confier la gestion d'un réseau en méconnaissance des dispositions du code de l'énergie.

La Cour de cassation estime ensuite que dès lors que la directive 2009/72/CE prévoyait une faculté de transposition, il ne peut être reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir interprété le droit interne français à la lumière des dispositions relatives aux réseaux fermés de distribution transposées par l'ordonnance n°2016-1725 du 15 dé-

cembre 2016, laquelle était postérieure à la décision rendue par le CoRDIS sur la demande de la société Valsophia.

Enfin, la Cour de cassation souligne qu'en soumettant l'exploitation d'un réseau de distribution d'électricité à une désignation ou autorisation préalable, le code de l'énergie poursuit un but d'intérêt général visant au respect des obligations imposées aux gestionnaires de réseaux de distribution, notamment pour des raisons de sécurité ; l'application des dispositions du code de l'énergie ne porte en conséquence pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété de la société Valsophia.

Précisions de la notion de réseau fermé de distribution d'électricité (CJUE, 28 nov. 2018, aff. C-262/17, C-263/17 et C-273/17, *Solvay Chimica SpA c. Autorità per l'energia elettrica, il gas et il sistema idrico*).

Une juridiction administrative italienne a saisi la Cour de justice de l'Union européenne de cinq questions préjudicielles relatives aux réseaux fermés de distribution au sens de la directive 2009/72/CE *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*.

Cette saisine de la Cour de Justice de l'Union Européenne est intervenue dans le cadre d'un litige opposant Solvay Chimica Italia SpA et plusieurs autres entreprises propriétaires ou gestionnaires de réseaux privés de distribution d'électricité à l'Autorité pour l'électricité, le gaz et l'eau italienne, au sujet de la décision prise par cette dernière de leur imposer diverses obligations.

La Cour de Justice de l'Union précise que « l'article 2, point 5, et l'article 28, paragraphe 1 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 (...) doivent être interprétés en ce sens que des réseaux, tel que ceux mis en cause au principal, mis en place aux fins d'autoconsommation avant l'entrée en vigueur de cette directive et gérés par une entité privée, auxquels sont reliées un nombre limité d'unités de production et de consommation, et qui sont à leur tour connectés au réseau public, constituent des réseaux de distribution relevant du champ d'application de ladite directive ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne considère ensuite que des réseaux qualifiés par un Etat membre de réseaux fermés de distribution peuvent bénéficier uniquement des exemptions expressément prévues par la directive 2009/72/CE ; les Etats membres ne peuvent faire relever ces réseaux d'une catégorie distincte de réseaux de distribution en vue de leur accorder des exemptions non prévues par la directive.

En conséquence, les gestionnaires de réseaux fermés de distribution sont soumis à l'obligation d'accès aux tiers sans discrimination.

Enfin, la Cour de justice de l'union européenne estime qu'en l'absence d'une justification objective, les dispositions de la directive 2009/72 s'opposent à ce qu'une réglementation nationale prévoit que les redevances dues au titre du service d'appel par les utilisateurs d'un réseau

fermé de distribution soient calculées selon la même méthode que pour les autres utilisateurs du réseau public, s'il s'avère, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, que les utilisateurs du réseau fermé de distribution ne se trouvent pas dans la même situation que les autres utilisateurs du réseau public et que le prestataire du service d'appel du réseau public supporte des coûts limités à l'égard de ces utilisateurs d'un réseau fermé de distribution.

Utilité publique d'une ligne électrique aérienne (CE, 19 oct. 2018, n° 411536, *Assoc. Rassemblement pour l'évitement des lignes électriques dans le Nord et autres*) - Le Conseil d'Etat confirme la légalité de la déclaration d'utilité publique des travaux de création de la ligne électrique aérienne à 400 000 volts à double circuit entre les postes électriques d'Avelin et de Gravelle. Le Conseil d'Etat rejette notamment l'ensemble des moyens tirés des insuffisances de l'étude d'impact jointe au dossier d'enquête publique et considère que le principe de précaution n'a pas été méconnu. Il juge également qu'aucun des inconvénients du projet ne peut être regardé comme excessif et de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique.

IX. TARIFS RÉGLEMENTÉS

Tarifs réglementés de vente d'électricité (CE, 3 oct. 2018, n° 403502, *ANODE*) - Dans la continuité de son arrêt rendu le 18 mai 2018 annulant partiellement la décision du 27 juillet 2017 par laquelle les ministres de la transition écologique et solidaire et de l'économie et des finances ont fixé les tarifs réglementés de vente de l'électricité (CE, 18 mai 2018, n°414656, *Société Engie et autres*, voir BDEI 76/2018), le Conseil d'Etat a jugé que la décision du 28 juillet 2016 fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité était également irrégulière, « en ce qu'elle est applicable à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance inférieure ou égale à 36 kilovoltampères ». Le Conseil d'Etat considère en effet qu'en accordant une protection identique, d'une part, aux consommateurs domestiques et aux professionnels ayant une faible consommation d'électricité, d'autre part, aux sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises, la réglementation va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt économique qu'elle poursuit et est, par suite, incompatible dans cette mesure avec les objectifs de la directive 2009/72/CE. La décision du 28 juillet 2016 est donc partiellement annulée. ■