



Newsletter

Printemps 2022

Actualités présentées par
SK & Partner, Paris

1. Nouveautés pour toutes les filières ENR

- 1.1 ▪ Contrat de complément de rémunération et prime à l'énergie négative p 1
- 1.2 ▪ Panorama de l'électricité renouvelable en France au 31 décembre 2021 p 3

2. Nouveautés pour la filière solaire

- 2.1 ▪ Réduction du tarif pour les contrats d'achat photovoltaïques « S6 » et « S10 » p 4
- 2.2 ▪ Arrêté du 6 octobre 2021 relatif aux installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 500 kW implantées sur bâtiment, hangar ou ombrière p 6

3. Nouveautés pour la filière éolienne

- 3.1 ▪ Révision et actualisation de l'arrêté ministériel de prescriptions générales éolien du 26 août 2011 (AMPG) p 7
- 3.2 ▪ Appel d'offres éolien Onshore p 9
- 3.3 ▪ Fin du guichet ouvert CR17 au 31 décembre 2023 p 10

4. Nouveautés du droit civil

- 4.1 ▪ Cession de créance à titre de garantie « de droit commun » p 11
- 4.2 ▪ Le gage d'espèces p 13
- 4.3 ▪ Gage sans dépossession et équipements de parcs p 14

Annexe p 15

1. Nouveautés pour toutes les filières ENR

1.1. Contrat de complément de rémunération et prime à l'énergie négative

En application du contrat de complément de rémunération (CCR), le producteur perçoit de la part de EDF la « prime à l'énergie » à savoir, (en simplifiant) la différence entre le « tarif de référence » tel qu'il figure au CCR (« T ») et le prix du marché (« MO »).

Depuis le dernier trimestre 2021, le prix du marché MO est plus élevé que le tarif de référence T (pour tous les CCR, quelle que soit la technologie).

La prime à l'énergie est donc négative.

En application du CCR, en principe, le producteur doit payer cette prime négative à EDF.

Parmi les points d'intérêt issus de cette situation inédite, on retiendra en particulier le suivant.

Pour beaucoup de CCR déjà signés, en particulier ceux en application du guichet ouvert éolien CR16¹ et CR17², le paiement de cette prime négative par le producteur à EDF est plafonné au total des sommes déjà perçues par le producteur de la part de EDF.

Cela, en application de l'article R. 314-49 du Code de l'énergie, que l'on retrouve dans les conditions générales des CCR concernés (pour le CR16 et CR17 par exemple, cf. article VII.2.3).

Pour ces contrats, on pourrait donc imaginer une situation où, du fait de ce plafonnement, l'installation percevrait plus que le tarif T pour sa production pendant la durée du CCR.

Exemple : l'exploitant d'un parc éolien bénéficiant d'un contrat de complément de rémunération conclu en application de l'arrêté CR17 a perçu des primes (positives) pour un total de 1,5 M€ depuis la mise en service du parc.

¹ Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033585289>

² Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033585289>

Compte tenu de l'augmentation significative des prix du marché, il est redevable d'un montant de 2,4 M€ au titre des primes négatives.

L'obligation de paiement du producteur sera limitée au montant des primes positives qu'il a perçues jusqu'ici, c'est-à-dire à la somme de 1,5 M€.

Il sera en droit de ne pas payer le montant « excédentaire » des primes négatives, soit 0,9 M€.

Cependant si le M0 repasse sous le niveau du tarif T et dès lors que la prime redevient positive, EDF compensera la prime positive avec ces 0,9 M€ (et donc ne paiera rien au producteur), jusqu'à avoir « épuisé » ces 0,9 M€.

En fin, selon notre lecture du CCR, si à la date de fin du CCR (par arrivée du terme ou par l'effet d'une résiliation), le producteur dispose encore d'un montant excédentaire de primes négatives, ce dernier lui reste acquis (il n'a pas à le rembourser à EDF).

Il est important de souligner que sous l'impulsion de la CRE, le gouvernement a réagi à cette situation et a supprimé la règle du plafonnement de l'article R. 314-49 du Code de l'énergie à compter du 19 décembre 2021³. Désormais, il ne sera plus signé de CCR contenant la règle du plafonnement décrite ci-dessus.

Cette modification n'est certes pas rétroactive et le plafonnement continue de s'appliquer à tous les CCR qui le prévoient (c'est-à-dire nécessairement signés avant le 19 décembre 2021).

Mais le gouvernement a annoncé aux syndicats professionnels (SER et FEE) fin mars 2022 qu'il entendait aussi supprimer le plafonnement dans les CCR qui le prévoient.

A l'heure de cette newsletter, les discussions seraient en cours entre le gouvernement et les syndicats professionnels.

La liste des CCR qui comporte la règle du plafonnement figure en [annexe](#) de la présente newsletter.

EDF a publié sur son site internet les détails des règles à appliquer du fait de cette situation M0>T et en particulier les modalités d'application du plafonnement⁴.

³ Décret n° 2021-1691 du 17 décembre 2021

⁴ Application de la règle de plafonnement avoir CR | EDF OA (edf-oa.fr)

Application de la règle de plafonnement avoir CR | EDF OA (edf-oa.fr)

Règle de report et modalités d'émissions des avoirs | EDF OA (edf-oa.fr)

1.2. Panorama de l'électricité renouvelable en France au 31 décembre 2021

Toutes filières électriques confondues, les énergies renouvelables ont participé à hauteur de 25 % à la couverture de la consommation d'électricité de France métropolitaine au cours de l'année 2021.

La puissance totale du parc électrique ENR s'élève, fin 2021, à 59 781 MW, en hausse de 3951 MW sur l'année 2021.

Chiffres au 31 décembre 2021 (issus du panorama des Energies Renouvelables publié par le Syndicat des Energies Renouvelables⁵)		
	Eolien	Photovoltaïque
En pourcentage de la capacité électrique renouvelable française	31,5%	21%
Puissance nominale totale raccordée	18.783 MW	13.067 MW
Pourcentage de raccordements supplémentaires pour l'année 2021	6,8 %	25,9 %
MW raccordés en 2021	1202 MW	2687 MW
Production annuelle en TWh	36,8 TWh	14,3 TWh
Pourcentage des objectifs pour 2023 de la PPE atteints	77,9 %	64,3 %
Taux de couverture de la consommation électrique annuelle	7,8 %	3 %

*PPE : la Programmation pluriannuelle de l'énergie qui fixe des objectifs chiffrés en MW à l'horizon 2023 pour le secteur éolien et solaire

⁵ Lien : <https://www.syndicat-energies-renouvelables.fr/wp-content/uploads/basedoc/pano-2021-t4.pdf>

2. Nouveautés pour la filière solaire

2.1. Réduction du tarif pour les contrats d'achat photovoltaïques « S6 » et « S10 »

Par l'article 225 de la loi de finance pour 2021⁶, le gouvernement français a décidé de réduire le tarif d'achat des contrats passés par les installations photovoltaïques de plus de 250 KWc en application des arrêtés tarifaire des 10 juillet 2006 (« S06 »), 12 janvier 2010 et 31 août 2010 (« S10 ») (Cf newsletter de SK & Partner automne 2021, 1.4).

Il s'agit de contrats d'achat signés par ces installations avec EDF entre 2006 et 2012 pour une durée de 20 ans, à des tarifs d'achat avoisinant, pour nombre d'entre elles, 300 €/MWh.

Selon le cas cette révision peut conduire à une réduction du tarif allant jusqu'à 40 %.

Les textes réglant les modalités pratiques de cette révision tarifaire, à savoir le décret n°2021-1385 et l'arrêté, ont été publiés tous deux le 26 octobre 2021⁷.

En application de ces textes, les producteurs concernés ont reçu en novembre et décembre 2021 de la part du Ministère de la Transition Energétique et Solidaire (Direction Générale Energie Climat, DGEC) la notification du nouveau tarif applicable à leur installation.

De son côté, la Commission de Régulation de l'Energie (CRE) a :

- Publié les lignes directrices selon lesquelles elle appréciera les demandes d'application de la clause de sauvegarde (appelée dans ces lignes directrices texte « demande de réexamen »⁸).
- Mis en ligne la plateforme Re COST pour le traitement des demandes de réexamen.

Certains syndicats professionnels et associations de producteurs (SER, Enerplan et Solidarités Renouvelables) ont engagé conjointement un recours contre les textes d'application susvisés en référé-suspension et au fond.

⁶ Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2020/12/29/2020-1721/jo/article_225

⁷ Liens Décret et arrêté :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044249910>

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044250008>

⁸ <https://www.cre.fr/Documents/Deliberations/Decision/lignes-directrices-applicables-aux-demandes-de-reexamen-adressees-par-les-producteurs-en-application-de-l-article-225-de-la-loi-de-finances-pour-2021>

Le recours en référé-suspension a été rejeté par le Conseil d'État⁹.

Le recours au fond, à savoir en annulation, est actuellement pendant devant le Conseil d'État.

Selon nos informations, 372 des 436 installations photovoltaïques concernées par la révision, soit 85%, auraient formé une demande de réexamen, actuellement en cours de traitement par la CRE.

La demande de réexamen suspend la révision tarifaire pendant 16 mois au maximum mais, après qu'il a été statué sur la demande, la révision prend bien effet à la date fixée par les textes d'application, soit le 1er décembre 2021 (ce qui peut entraîner l'obligation de rembourser ce qui aura été perçu en trop pendant la suspension).

On rappellera que les producteurs disposent du droit de résilier leur contrat d'achat sans indemnité, ce qui peut pour certains, compte tenu de la sévérité de la révision tarifaire et du niveau actuel du prix de l'électricité sur le marché, être intéressant.

⁹ Ordonnance du Conseil d'Etat n° 458989 en date du 23 décembre 2021, par laquelle le Conseil d'Etat

- valide la méthode de calcul de la révision en écartant les motifs tirés de sa complexité et son obscurité
- précise encore que la baisse tarifaire n'était pas imprévisible pour un professionnel

Lien :

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045019726?dateDecision=&init=true&page=1&query=Ordonnance+du+Conseil+d%E2%80%99Etat+n%C2%B0+458989+en+date+du+23+d%C3%A9cembre+2021&searchField=ALL&tab_selection=cetat

2.2. Arrêté du 6 octobre 2021 relatif aux installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 500 kW implantées sur bâtiment, hangar ou ombrière

Désormais, en application de la modification de l'article D. 314-15 du Code de l'énergie¹⁰ et de la publication de l'arrêté du 6 octobre 2021¹¹, les installations photovoltaïques sur bâtiment d'une puissance allant jusqu'à 500 kW bénéficient de l'obligation d'achat. Jusqu'à cette date, seules les installations allant jusqu'à 100 kW en bénéficiaient.

Le contrat d'achat est conclu pour 20 ans à compter du raccordement de l'installation.

Le tarif d'achat de départ est fixé à 9,8 c€ / kWh jusqu'à un productible de 1 100 kWh / kWc.

Au-delà, l'électricité est valorisée à 4 c€ / kWh.

Ce tarif d'achat sera fixé trimestriellement et sera dégressif en fonction des volumes engagés sur le trimestre précédent.

L'arrêté apporte également des précisions techniques, notamment sur les définitions des notions de « hangar », « implantation sur bâtiment » et « implantation sur ombrière », afin de déterminer les projets éligibles et donc l'application de cet arrêté tarifaire.

¹⁰ Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044175407

¹¹ Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044173060>

3. Nouveautés pour la filière éolienne

3.1. Révision et actualisation de l'arrêté ministériel de prescriptions générales éolien du 26 août 2011 (AMPG)

Par arrêté du 10 décembre 2011, l'arrêté de prescriptions générales pour l'éolien¹² du 26 août 2011 a été modifié (Arrêté Ministériel des Prescriptions Générales, « **AMPG** »).

Les modifications sont diverses. Nous aborderons ici certaines d'entre elles.

Application dans le temps

A chaque modification successive de l'AMPG depuis 2011 se posait la question de l'applicabilité de la modification aux parcs existants.

Par son article 1 et surtout par l'annexe 3, l'AMPG clarifie désormais lesquelles de ses dispositions sont applicables à quel parc, en fonction de la date de sa demande d'autorisation administrative.

On distingue donc, du plus récent au plus ancien :

- Installation nouvelle, dont le dépôt de demande d'autorisation est fait après le 31 décembre 2021 ;
- Installation existante dont le dépôt de demande d'autorisation a été fait entre le 1er juillet 2020 et le 31 décembre 2021 inclus ;
- Installation existante dont le dépôt de demande d'autorisation a été fait entre le 23 novembre 2014 et le 30 juin 2020 inclus ;
- Installation existante dont le dépôt de demande d'autorisation a été fait entre le 13 juillet 2011 et le 22 novembre 2014 inclus ;
- Installation existante historique (ayant fait l'objet d'une mise en service industrielle avant le 13 juillet 2011).

Pour chacune de ces catégories, l'annexe 3 dresse la liste des dispositions applicables de l'AMPG.

Repowering

L'ensemble des dispositions de l'AMPG sont applicables aux installations faisant l'objet d'un porter à connaissance déposé en vue d'un renouvellement à compter du 1^{er} janvier 2022.

¹² Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024507365/2021-11-07/>

L'arrêté apporte d'ailleurs une définition du renouvellement, comprise comme étant le « *remplacement d'un ou plusieurs aérogénérateurs constituant une modification notable au sens de l'article R. 181-46* » du Code de l'environnement (c'est-à-dire lorsqu'une nouvelle autorisation n'est pas nécessaire, car les modifications envisagées ne sont pas substantielles).

Une précision est apportée par l'article 3-III de l'AMPG en matière d'éloignement des installations par rapport aux habitations, dans le cadre d'un renouvellement, et selon laquelle, si la distance d'éloignement de 500 mètres par rapport aux habitations n'est pas respectée au moment du dépôt du porter à connaissance (ce qui peut être le cas pour des parcs éoliens anciens), cette distance ne peut en aucun cas être réduite. Le renouvellement d'une installation ne peut donc pas conduire à rapprocher le parc éolien d'habitations existantes.

Acoustique (article 26)

On rappellera que l'AMPG ne prévoit aucun changement sur ce point. Dès que le bruit ambiant, à savoir le bruit incluant les éoliennes, est supérieur à 35 décibels, alors l'émergence des éoliennes (à savoir le bruit « ajouté » par les éoliennes) ne peut pas dépasser 5 décibels le jour et 3 décibels la nuit (de 22h à 7h).

Mais le gouvernement a supprimé la tolérance qui existait jusqu'alors et selon laquelle les émergences maximales susvisées pouvaient être dépassées pour de courtes durées.

Par ailleurs, l'exploitant devra désormais faire vérifier la conformité acoustique de l'installation dans les 12 mois suivant la mise en service ou au plus tard dans les 18 mois dans le cas d'une dérogation accordée par le Préfet. (Etant précisé que, même avant cette modification de l'AMPG, le préfet ordonnait systématiquement cette vérification de la conformité acoustique dans l'autorisation environnementale).

La vérification de la conformité acoustique du parc éolien ne se fait plus conformément à la norme NF 31-114, mais conformément au protocole de mesure acoustique des parcs éoliens terrestres¹³.

¹³ Lien : 20211021_Aprime_renforcée_Vconsolidée - diffusable (ecologie.gouv.fr)

Ce protocole fournit la méthodologie de mesure acoustique et d'analyse de données permettant de vérifier la conformité acoustique d'un parc éolien.

Il impose également les éléments et résultats qui devront être présentés dans le rapport d'étude pour permettre à l'administration de statuer sur la conformité réglementaire de l'installation ou, le cas échéant, d'identifier les éventuelles mesures correctives.

On notera que l'article 26 de l'AMPG sur l'acoustique est applicable à tous les parcs éoliens quelle que soit la date de leur demande d'autorisation (cf. annexe 3 de l'AMPG).

Garanties financières (articles 30 à 32)

Le montant des garanties financières pour les parcs éoliens mis en service à compter du 1^{er} janvier 2022 évolue.

Désormais, la formule de calcul est la suivante :

- Eoliennes de 2 MW maximum : 50.000 € par éolienne ;
- Eoliennes de plus de 2 MW : 50.000€ + 25.000€ par MW au-delà de 2 MW.

Si cette formule ne s'applique pas aux parcs éoliens mis en service avant le 1^{er} janvier 2022, elle s'applique toutefois lors de la réactualisation des garanties financières, réactualisation ayant lieu tous les 5 ans.

3.2. Appel d'offres éolien Onshore

1^{ère} période d'Appel d'offres PPE2

La liste des lauréats de la première période du nouvel appel d'offres éolien terrestre (« PPE 2 », ouverte du 15 au 26 novembre 2021), a été publiée¹⁴.

Des candidatures avaient été déposées pour une puissance cumulée de 612 MW, soit moins que la puissance de 700 MW appelée.

Au final, 32 projets ont été retenus, représentant une puissance cumulée de 510,3 MW, pour un prix moyen de 64,52 €/MWh.

¹⁴ Lien : Laureats_P1_AO_PPE2_eolien (ecologie.gouv.fr)

2ème période d'Appel d'offres PPE2

Le cahier des charges de la 2^e période de l'appel d'offres éolien terrestre « PPE 2 » a été publié le 18 février 2022¹⁵.

La date limite de candidature est le 15 avril 2022 à 14h.

3.3. Fin du guichet ouvert CR17 au 31 décembre 2023

La Commission européenne a publié le 18 février 2022 les nouvelles Lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022¹⁶.

Cette dernière version supprime la possibilité de laisser un guichet ouvert pour les « petits parcs éoliens », que la France avait utilisée en publiant l'arrêté « guichet ouvert » CR17¹⁷ pour les parcs de maximum 6 éoliennes de puissance nominale de 3 MW maximum.

La France doit se conformer à cet impératif avant le 31 décembre 2023.

Le CR17 disparaîtra donc au plus tard à cette date.

On peut se demander si, d'ici-là, le gouvernement restreindra le CR17 aux éoliennes de maximum 137 mètres en bout de pâles ou aux parcs éoliens appartenant aux communes, comme il envisage de le faire depuis plusieurs mois.

A ce jour, 6,6 GW de projets éoliens bénéficient ou ont demandé à bénéficier du CR17.

Il avait été notifié par la France à la Commission Européenne, dans le cadre de la notification du CR17 en tant qu'aide d'état, un volume de 1,5GW sur 10 ans, soit 15 GW.

¹⁵ Lien : Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent implantées à terre - CRE

¹⁶ Lien : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.080.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2022%3A080%3ATOC

¹⁷ Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034631361/>

4. Nouveautés du droit civil

La réforme du droit des sûretés

Depuis le 1^{er} janvier 2022, la réforme du droit des sûretés introduite par l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021¹⁸ est entrée en vigueur (cf. déjà notre Newsletter d'octobre 2021).

Si les premières analyses de cette réforme ne présagent pas d'un bouleversement des règles ayant vocation à s'appliquer pour le financement d'installations EnR, certaines méritent toutefois l'attention des acteurs du secteur.

Ainsi, la réforme introduit la cession d'une créance à titre de garantie « de droit commun », à côté de la « Cession Dailly » régie par le Code Monétaire et Financier, élément essentiel de toute sécurisation en matière de financement de projet (4.1.).

Il consacre également le gage d'espèces, créé par la pratique mais jusqu'ici sans fondement textuel (4.2.).

Un aspect particulièrement intéressant de la réforme concerne le gage sans dépossession, instrument largement adopté par la pratique pour constituer des sûretés utilisant les installations d'un parc éolien ou photovoltaïque comme assiette (4.3.).

4.1. Cession de créance à titre de garantie « de droit commun »

La première nouveauté introduite par la réforme qui retient l'attention est la reconnaissance par le législateur de la possibilité de céder une créance à titre de garantie.

Dans le cadre du financement de projets EnR (et plus largement dans la sécurisation de beaucoup de crédits), la cession de créance à titre de garantie joue un rôle éminemment important, mais uniquement sous la forme de la « Cession Dailly » régie par des dispositions spécifiques du Code monétaire et financier¹⁹ et, surtout, réservée aux établissements financiers.

Jusqu'ici, les tentatives de praticiens voulant s'affranchir des restrictions imposées par cette réglementation, en utilisant le mécanisme de la cession de créance « de droit commun » prévue par le Code civil, se sont heurtées à

¹⁸ Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2021/9/15/JUSC2113814R/jo/texte>

¹⁹ Articles L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier

la résistance de la jurisprudence qui requalifiait ces montages en (simple) nantissement de créance, les privant ainsi de l'effet escompté par ces créanciers.

A première vue, le recours à cette (nouvelle) cession de créance à titre de garantie « de droit commun » paraît intéressant, car la « Cession Dailly » est soumise à un formalisme quelque peu lourd (notamment en raison des mentions obligatoires dont l'omission est sanctionnée par une « disqualification » en cession de droit commun).

Pour autant il semble peu probable que les praticiens du financement de projets se détournent de la « Cession Dailly », et ce du fait de ses avantages listés ci-après:

- Contrairement à une cession de créance « de droit commun », le cédant « Dailly » est solidairement engagé avec le débiteur cédé vis-à-vis du cessionnaire²⁰ ;
- Les dispositions propres à la « Cession Dailly » prévoient un mécanisme d'acceptation de la cession par le débiteur cédé ; cette acceptation prive le débiteur cédé de la possibilité d'opposer au cédant les exceptions qu'il avait vis-à-vis du cédant²¹ ;
- En cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant/débiteur, même les créances nées après le jugement d'ouverture sont valablement cédées, à condition que cette cession résulte de l'application d'une convention-cadre conclue avant l'ouverture de la procédure²² ;
- Enfin, la jurisprudence considère généralement que des clauses tendant à restreindre la cessibilité de créances ne sont pas opposables au cessionnaire « Dailly ».

Dès lors, et dans la mesure où l'utilisation de la « Cession Dailly » correspond à une pratique bien ancrée et balisée par la jurisprudence, il y a fort à parier que la nouvelle cession de créance à titre de garantie « de droit commun » ne parviendra pas à détrôner la « Cession Dailly » ; cette dernière devrait donc rester un élément incontournable parmi les garanties exigées dans les financements de projets ENR.

²⁰ Article L. 313-24, al. 2 du CMF

²¹ Article L. 313-29 du CMF

²² Article L. 622-21, IV du Code de commerce

4.2. Le gage d'espèces

Le gage d'espèces (« *cash collateral* ») joue rarement un rôle central dans la sécurisation du financement à long terme d'installations EnR ; il peut toutefois avoir son utilité, soit pour garantir des tranches de crédit à court ou moyen terme, soit dans le cadre de cessions de projets ou d'opérations de refinancement.

Avant la réforme, la qualification exacte de cette sûreté faisait l'objet de quelques doutes car elle n'était régie par aucun texte spécifique.

Désormais, elle trouve un fondement indiscutable dans les articles 2374 et s. du Code civil qui ont consacré « la cession de somme d'argent à titre de garantie » ; en réalité il ne s'agit donc pas d'un gage au sens propre du terme, mais bien d'une cession, c'est-à-dire du transfert de la propriété de la somme en question, mais « à titre de garantie », autrement dit, d'un exemple d'application du concept de fiducie-sûreté.

Pour la constitution du gage d'espèces, l'exigence (à peine de nullité !) d'un écrit²³ ne devrait pas soulever des difficultés particulières. De façon assez logique – s'agissant d'une sûreté – la convention de gage devra désigner les créances garanties.

S'agissant de l'opposabilité du gage d'espèces aux tiers, celle-ci résulte non de la conclusion de la convention, mais seulement de « *la remise de la somme cédée* »²⁴ ; c'est cette remise (p. ex. par le biais d'un virement sur un compte ouvert au nom du créancier-cessionnaire) qui matérialise la « *dépossession* » du débiteur constituant le gage.

Le sort des fruits et intérêts de la somme remise en gage est également abordé de manière détaillée par les dispositions issues de la réforme²⁵, y compris en cas de défaillance du débiteur-cédant ou, au contraire, d'extinction de la dette garantie par le gage d'espèces²⁶. Dans ce dernier cas, la propriété de ces sommes ne revient pas au débiteur-cédant de plein droit, mais doit lui être restituée par le créancier-cessionnaire.

²³ Art. 2374-1 du Code civil

²⁴ Art. 2374-2 du Code civil

²⁵ Art. 2374-3 et s. du Code civil

²⁶ Art. 2374-6 du Code civil

4.3. Gage sans dépossession et équipements de parcs

L'un des aspects les plus intéressants de la réforme concerne la modification concernant les règles applicables au gage sans dépossession.

En effet, dans la quasi-totalité des financements d'installations EnR, ce mécanisme est utilisé pour constituer une sûreté sur les équipements du parc, tels les éoliennes et autres équipements utilisés pour la production. Or à ce jour il n'existe aucune jurisprudence de la Cour de cassation qui aurait consacré cette pratique, laissant subsister un doute quant à la validité même du gage au motif que les installations objet du gage risquaient d'être qualifiés d'immeubles par destination au sens des articles 524 et s. du Code civil, ce qui aurait rendu impossible de constituer sur ces biens un gage sans dépossession, jusqu'ici réservé à des biens meubles.

La nouvelle rédaction de l'article 2334 du Code civil apporte une réponse à cette interrogation (et un soulagement certain aux praticiens du financement), en statuant, sans ambiguïté, que « *Le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination* ». Désormais, il n'y aura donc plus d'inquiétude à avoir sur la validité même du gage constitué sur ces équipements, qui est l'un des éléments clés du « *package* » de sûretés mis en place lors du financement d'un projet.

Reste à régler le problème d'un éventuel conflit entre le créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession sur un équipement qualifié d'immeuble par destination et celui bénéficiant d'une hypothèque constituée sur l'immeuble dans lequel cet équipement est intégré : en effet, par le jeu de l'article 2389 du Code civil, l'hypothèque constituée sur l'immeuble s'étend de plein droit aux biens mobiliers devenant immeubles par destination (p.ex., les turbines ou postes de livraison installés sur le terrain recevant un parc éolien). Dans pareil cas, le conflit entre les deux créanciers est réglé en faveur de celui dont la sûreté a été publiée la première.

Lors du financement d'un projet EnR, les banques devront donc être extrêmement vigilantes pour s'assurer que les terrains ayant vocation à accueillir les équipements à financer ne soient pas grevés par des hypothèques, sous peine de voir l'une des sûretés essentielles leur échapper en tout ou en partie au profit d'un créancier hypothécaire bénéficiant d'une inscription antérieure.

ANNEXE

Liste des CCR au regard de la règle du plafonnement (obligation de restitution de « primes négatives » - contrats conclus avant le 19 décembre 2021)				
Type de contrat		Plafonne- ment	Dates des périodes d'Appels d'offres	Volonté annoncée par le gouvernement de supprimer le plafonnement même si le CCR le prévoit (info SER fin mars 2022)
E16	Arrêté tarifaire du 13 décembre 2016, énergie éolienne terrestre	Oui	Non applicable	Oui
E17	Arrêté tarifaire du 6 mai 2017 modifié par l'arrêté du 30 mars 2020, énergie éolienne terrestre, 6 aérogénérateurs au maximum	Oui		Oui
H16	Arrêté tarifaire CR du 13 décembre 2016, énergie hydraulique	Oui		Oui
BGS17	Arrêté tarifaire BGS17 du 9 mai 2017, biogaz produit par méthanisation de matières résultant du traitement des eaux usées urbaines ou industrielles	Oui		Oui
C16	Arrêté du 3 novembre 2016 CR, cogénération d'électricité et de chaleur valorisée à partir de gaz naturel implantées sur le territoire métropolitain continental et présentant une efficacité énergétique particulière	Oui		Oui
S18	Arrêté du 23 avril 2018 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées à l'article 1er du décret n° 2018-115 du 19 février 2018	Oui		Oui
FET17 périodes 1 à 5	Appel d'offres éolien terrestre paru au JO le 28 avril 2017 Lien	Oui		1 ^{ère} période : jusqu'au 1 ^{er} décembre 2017 2 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} juin 2018 3 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} avril 2019 4 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} août 2019 5 ^{ème} période : jusqu'au 3 janvier 2020

Liste des CCR au regard de la règle du plafonnement (obligation de restitution de « primes négatives » - contrats conclus avant le 19 décembre 2021)			
Type de contrat	Plafonne-ment	Dates des périodes d'Appels d'offres	Volonté annoncée par le gouvernement de supprimer le plafonnement même si le CCR le prévoit (info SER fin mars 2022)
FET17 périodes 6 à 8	Non	6 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} juillet 2020 7 ^{ème} période : jusqu'au 3 novembre 2020 8 ^{ème} période : jusqu'au 16 avril 2021	Non applicable
FH16	Oui	Avril à novembre 2016	Oui
FBM16 / FBG16	Non	1 ^{ère} période : jusqu'au 22 août 2016 2 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} septembre 2017 3 ^{ème} période : jusqu'au 11 avril 2019	Non applicable
FBM17 / FBG17	Non	1 ^{ère} période : jusqu'au 22 août 2016 2 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} septembre 2017 3 ^{ème} période : jusqu'au 31 août 2018	Non applicable
FV16B périodes 1 à 6	Oui	1 ^{ère} période : jusqu'au 10 mars 2017 2 ^{ème} période : jusqu'au 7 juillet 2017 3 ^{ème} période : jusqu'au 6 novembre 2017 4 ^{ème} période : jusqu'au 9 mars 2018 5 ^{ème} période : jusqu'au 6 juillet 2018 6 ^{ème} période : jusqu'au 5 novembre 2018	Oui
FV16B périodes 7 à 13	Non	7 ^{ème} période : jusqu'au 8 mars 2019 8 ^{ème} période : jusqu'au 5 juillet 2019	Non applicable.

Liste des CCR au regard de la règle du plafonnement (obligation de restitution de « primes négatives » - contrats conclus avant le 19 décembre 2021)			
Type de contrat	Plafonne-ment	Dates des périodes d'Appels d'offres	Volonté annoncée par le gouvernement de supprimer le plafonnement même si le CCR le prévoit (info SER fin mars 2022)
parking de puissance comprise entre 100 kWc et 8 MWc » Lien		9 ^{ème} période : jusqu'au 4 novembre 2019 10 ^{ème} période : jusqu'au 6 mars 2020 11 ^{ème} période : jusqu'au 4 septembre 2020 12 ^{ème} période : jusqu'au 26 février 2021 13 ^{ème} période : jusqu'au 9 juillet 2021	
FV16S périodes 1 à 6 Appel d'offres paru au JO le 03 août 2016, énergie solaire « centrales au sol » Lien	Oui	1 ^{ère} période : jusqu'au 3 février 2017 2 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} juin 2017 3 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} décembre 2017 4 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} juin 2018 5 ^{ème} période : jusqu'au 3 décembre 2018 6 ^{ème} période : jusqu'au 3 juin 2019	Oui
FV16S périodes 7 à 10 Appel d'offres paru au JO le 03 août 2016, énergie solaire « centrales au sol » Lien	Non	7 ^{ème} période : jusqu'au 1 ^{er} février 2020 8 ^{ème} période : jusqu'au 3 juillet 2020 9 ^{ème} période : jusqu'au 17 novembre 2020 10 ^{ème} période : jusqu'au 26 juillet 2021	Non applicable
FSI17 période 1 Appel d'offres paru au JO le 14 mars 2017, énergie solaire Lien	Oui	1 ^{ère} période : jusqu'au 28 octobre 2017	Oui
FSI17 périodes 2 et 3 Appel d'offres paru au JO le 14 mars 2017, énergie solaire Lien	Non	2 ^{ème} période : jusqu'au 6 septembre 2019	Non Applicable

Liste des CCR au regard de la règle du plafonnement (obligation de restitution de « primes négatives » - contrats conclus avant le 19 décembre 2021)				
Type de contrat		Plafonne- ment	Dates des périodes d'Appels d'offres	Volonté annoncée par le gouvernement de supprimer le plafonnement même si le CCR le prévoit (info SER fin mars 2022)
			3 ^{ème} période : jusqu'au 3 juin 2020	
FSE17	Appel d'offres paru au JO le 07 décembre 2017, énergie solaire photovoltaïque (au sol) ou éolienne, d'une puissance installée supérieure ou égale à 5 MWc (ou MW) et inférieure ou égale à 18 MWc (ou MW)	Oui	Période unique : jusqu'au 17 septembre 2018	Oui

Contact :

Avocats et Rechtsanwälte
SK & Partner, Paris

Téléphone:

+33 153 53 46 70

E-Mail:

laurent.brault@sterr-koelln.com
karlheinz.rabenschlag@sterr-koelln.com
hans.messmer@sterr-koelln.com

www.sk-partner.fr

Date :

29.03.2022

Emmy-Noether-Str. 2
79110 FREIBURG
Tel+49 761 49 05 40

Rahel-Hirsch-Str. 10
10557 BERLIN
Tel +49 30 28 87 61 80

10 rue des Pyramides
75001 PARIS
Tel. +33 153 53 46 70

| PARIS
| BERLIN
| FREIBURG
| STRASBOURG

Sterr-Kolln & Partner mbB
info@sterr-koelln.com

www.Sterr-Koelln.com