



**CHAIRE EUROPEAN
ELECTRICITY MARKETS**
Fondation Paris-Dauphine



CEEM Working Paper 2015-13

**LES LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LES AIDES D'ÉTAT À
LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET À L'ÉNERGIE
POUR LA PÉRIODE 2014-2020**

Guillaume DEZOBRY



© photo gui yong nian - Fotolia.com © création jellodesign.com

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

Chaire de recherche soutenue par



Réseau de transport d'électricité



EPEXSPOT
EUROPEAN POWER EXCHANGE



Laboratoire Français de l'Électricité

LES LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LES AIDES D'ÉTAT À LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET À L'ÉNERGIE POUR LA PÉRIODE 2014-2020 : LES NOUVELLES CONDITIONS DE LA COMPATIBILITÉ DES DISPOSITIFS DE SOUTIEN AUX ÉNERGIES RENOUVELABLES¹

Guillaume Dezobry, Maître de conférences en droit public à l'Université d'Amiens
Avocat au barreau de Paris
Chercheur de la Chaire European Electricity Markets

Adoptées le 9 avril 2014 et publiées le 28 juin 2014², les nouvelles lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014³, constituent un document d'une importance majeure pour le secteur de l'énergie en général, et pour le développement des énergies renouvelables en particulier. Elles traduisent la volonté de la Commission européenne de modifier et d'harmoniser les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables.

Il convient de rappeler de manière liminaire que l'article 107§1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pose le principe de l'interdiction des aides d'Etat dans la mesure où elles sont de nature à fausser la concurrence dans le marché intérieur et à affecter les échanges entre Etats membres.

Cependant, conformément aux dispositions de l'article 107§3(c) TFUE, la Commission peut, lorsque certaines conditions sont réunies, considérer que les aides d'Etat qui lui sont notifiées sont compatibles avec le marché intérieur.

Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, elle peut adopter des lignes directrices ou des communications afin d'explicitier la manière dont elle fera usage de ce pouvoir.

C'est ainsi que, dans les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, la Commission vient préciser « les conditions auxquelles les aides à l'énergie et à l'environnement peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, point c), du traité »⁴.

Avant d'étudier les conditions prescrites par ce texte pour la compatibilité des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables avec le marché intérieur, il est important de souligner le caractère exceptionnel de la procédure suivie pour l'élaboration de ces lignes directrices qui a duré plus de deux années et a conduit la Commission à organiser successivement trois consultations.

Une première consultation a été menée entre le 31 juillet 2012 et le 23 octobre 2012. La Commission européenne invitait les Etats membres et les parties intéressées à répondre à un questionnaire portant sur les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement adoptées en 2008⁵ ainsi que sur les aides à la protection de l'environnement couvertes par le

¹ Ce travail de recherche a bénéficié du support de la Chaire European Electricity Markets (CEEM) de la Fondation Paris-Dauphine avec le soutien des sociétés RTE, EDF, EPEX Spot et UFE. Les opinions exprimées dans ce travail de recherche n'engagent que son auteur et non les partenaires de la CEEM.

² JOUE du 28 juin 2014, n° C 200/1.

³ *Ibid.*, point 246.

⁴ *Ibid.*, point 10.

⁵ Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement, JOUE du 1^{er} avril 2008, n° C 82/1.

règlement général d'exemption par catégorie⁶. Plus de soixante réponses ont été reçues dont 16 de la part d'Etats membres.

Une deuxième consultation a été organisée sous la forme d'une journée d'étude qui s'est déroulée le 12 avril 2013. Les parties intéressées étaient notamment invitées à réagir à un document présentant les enjeux particuliers de la réforme des lignes directrices concernant les aides à la protection de l'environnement⁷. Trois objectifs étaient particulièrement mis en avant : assurer une meilleure coordination entre le règlement général d'exemption par catégorie et les lignes directrices, réformer les modes de soutien aux énergies renouvelables et prendre davantage en compte les problématiques liées aux infrastructures énergétiques et à l'adéquation des capacités. Plus de 90 réponses ont été reçues et une centaine de parties intéressées a participé à la journée d'étude.

Une troisième consultation s'est déroulée entre le 18 décembre 2013 et le 14 février 2014. Elle portait sur le projet de texte destiné à remplacer les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement. Plus de 5.000 réponses ont été reçues.

C'est donc au terme d'un processus particulièrement long et riche en échanges que le document définitif a été adopté le 9 avril 2014. Intégrant davantage les problématiques énergétiques que les précédentes lignes directrices, son intitulé a été adapté pour rendre compte de cette évolution ; on parle désormais des « Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 ».

Ces nouvelles lignes directrices précisent notamment les conditions que devront respecter les dispositifs de soutien à la production d'énergie d'origines renouvelables pour être jugés compatibles avec le marché intérieur (I.).

En dessinant de manière très précise l'architecture des futurs dispositifs de soutien aux énergies renouvelables, la Commission utilise le droit des aides d'Etat pour faire progresser la politique énergétique, ce qui pose certaines interrogations (II.).

I. Les conditions de la compatibilité des dispositifs de soutien à la production d'énergies renouvelables avec le marché intérieur

Traitées de manière limitée dans le cadre des lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement de 2008, les conditions de la compatibilité des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables avec les règles applicables en matière d'aides d'Etat ont été au cœur des réflexions menées préalablement à l'adoption de ces nouvelles lignes directrices.

Après avoir démontré la nécessité de faire évoluer les dispositifs de soutien aux énergies renouvelables (A.), la Commission européenne a précisé les conditions de leur compatibilité avec le marché intérieur (B.).

A. La nécessité de faire évoluer les dispositifs de soutien aux énergies renouvelables

En dépit du processus de maturation des différentes technologies utilisées pour la production d'énergie d'origine renouvelable, leur compétitivité n'est toujours pas assurée⁸.

⁶ Règlement n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 *déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité*, JOUE du 9 août 2008, n° L 214/3.

⁷ Environmental and Energy Aid Guidelines 2014-2020, *Consultation Paper*, 11 mars 2013.

⁸ Il convient de souligner ici que ce constat doit être nuancé pour la filière hydroélectrique.

Il en résulte que l'augmentation de la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique des différents Etats membres n'est possible qu'à la condition que des dispositifs de soutien soient mis en place afin de garantir la rentabilité de ces modes de production.

La directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 *relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables*⁹ – qui fixe la part minimale d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale d'énergie en 2020 pour chaque Etat membre¹⁰ – prévoit la possibilité d'adopter des régimes d'aides afin d'atteindre ces objectifs¹¹.

L'article 2 de la directive 2009/28/CE précise, à cet égard, que les dispositifs envisageables sont notamment « les aides à l'investissement, les exonérations ou réductions fiscales, les remboursements d'impôt, les régimes d'aide liés à l'obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, y compris ceux utilisant les certificats verts, et les régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes »¹².

En pratique, on constate que trois dispositifs sont particulièrement utilisés par les Etats membres afin de soutenir la production d'énergie d'origine renouvelable.

- Les tarifs de rachat (*feed-in-tariff*) : le producteur d'électricité est rémunéré pour l'électricité injectée à un prix qui est fixe et prédéfini. Le producteur n'est pas du tout exposé au jeu du marché. Sa rémunération ne sera pas impactée par les variations à la hausse ou à la baisse du prix de l'électricité sur le marché.
- Les primes (*feed-in-premium*): le producteur d'électricité vend son électricité sur le marché et perçoit une prime – déterminée *ex ante* ou *ex post* – qui permet de couvrir le manque de compétitivité de la filière. Le producteur est partiellement exposé au marché mais perçoit toujours une rémunération minimale (qui correspond au montant de la prime).
- Les certificats verts : le producteur vend l'électricité produite sur le marché de l'électricité et vend les certificats verts – qui lui sont octroyés en contrepartie de l'électricité produite – sur le marché des certificats sur lequel la demande varie en fonction du niveau des quotas qui pèsent sur les fournisseurs d'électricité. Le producteur est entièrement exposé au jeu du marché : celui de l'électricité, d'une part, et celui des certificats verts, d'autre part.

Par ailleurs, le niveau des tarifs de rachat ou de la prime peut être déterminé soit de manière administrative – avec un risque d'erreur important dû à une asymétrie d'information très forte – soit dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une régulation du marché par les quantités qui sont définies lors du calibrage de l'appel d'offres.

La Commission européenne considère que, lorsque le niveau des tarifs de rachat ou de la prime est défini de manière administrative, les dispositifs de soutien sont, le plus souvent, inefficaces.

Elle souligne ainsi que: « Today Member States mainly employ administratively established FITs or FIPs. However these administratively established support levels does not ensure cost-efficiency due to the information asymmetries between the regulator establishing the support level and the

⁹ JOUE du 5 juin 2009, n° L 140/16.

¹⁰ *Ibid.*, spéc. article 3.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, spéc. article 2.

producers that benefit. Depending on the resulting level of support there is a risk of under or over deployment »¹³.

Par ailleurs, la Commission relève que les modes de soutien doivent être modifiés pour tenir compte des évolutions qu'a connues ce secteur. Elle note, à cet égard, que « la plupart des régimes d'aide en vigueur aujourd'hui ont été conçus à une époque où la technologie des énergies renouvelables n'en était encore qu'à ses balbutiements et où la part de marché de ces sources d'énergie était insignifiante. Le marché intérieur de l'électricité, en particulier, évolue, les technologies des énergies renouvelables gagnent en maturité, leur taux de pénétration augmente, et il convient donc d'adapter les régimes d'aide à ces nouvelles conditions afin de promouvoir les prochaines générations d'énergies renouvelables qui seront encore plus performantes, et de limiter le coût de ces régimes pour les consommateurs d'énergie »¹⁴.

Face à ces constats, la Commission européenne a expliqué et détaillé, durant toute la procédure d'élaboration de ces nouvelles lignes directrices, les caractéristiques que devront désormais présenter les dispositifs de soutien aux énergies renouvelables. Selon l'institution communautaire, la conception de ces dispositifs doit être guidée par trois objectifs principaux.

En premier lieu, selon la Commission européenne, il est impératif de rapprocher les dispositifs de soutien aux énergies renouvelables du jeu du marché afin de renforcer leur efficacité économique et de limiter le coût supporté par le consommateur final¹⁵. Concrètement, la Commission prône l'abandon des tarifs de rachat au profit d'un système de prime. Elle note ainsi que « Alors que le secteur et les technologies des énergies renouvelables gagnent en maturité et que les coûts diminuent, il importe que les décisions de production et d'investissement soient de plus en plus déterminées par les forces du marché et non par des niveaux de prix garantis définis par les pouvoirs publics. Toute aide restant nécessaire devrait dès lors compléter les prix du marché et non les remplacer, et se limiter au minimum nécessaire. Dans la pratique, cela implique de supprimer progressivement les tarifs de rachat, qui protègent les producteurs d'énergies renouvelables des signaux de prix du marché, au profit de primes de rachat et d'autres instruments de soutien tels que les obligations de quotas, qui obligent les producteurs à s'adapter aux prix du marché »¹⁶.

En deuxième lieu, la Commission européenne estime que les dispositifs de soutien doivent privilégier le principe de la neutralité technologique. Selon l'institution de l'Union, « [e]ncourager la concurrence entre les technologies peut être un moyen de garantir que l'aide est limitée au minimum ; c'est alors le marché qui sélectionne les techniques les plus efficaces, ce qui atténue l'effet de distorsion du régime d'aide. La Commission invite dès lors les Etats membres à concevoir des régimes d'aide applicables aux différentes technologies énergétiques qui peuvent contribuer à la réalisation de l'objectif poursuivi »¹⁷.

En troisième lieu, il est indispensable de préserver la confiance des investisseurs en assurant la pérennité des dispositifs de soutien qui ont été décidés et d'éviter toute démarche susceptible de les

¹³ Commission staff working document impact assessment, *Accompanying the document* Communication from the Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy for 2014-2020 (SWD(2014) 139), p. 19.

¹⁴ Communication de la Commission du 5 novembre 2013, *Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique*, (C(2013) 7243 final), spéc. p. 6.

¹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Energies renouvelables : un acteur de premier plan sur le marché européen de l'énergie*, Bruxelles le 6 juin 2012, COM(2012) 271 final, spéc. p. 5.

¹⁶ Communication de la Commission du 5 novembre 2013, *Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique*, précitée, spéc. p. 17.

¹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 11.

remettre en cause rétroactivement. A cet égard, la Commission européenne relève que « l'intervention publique doit représenter vis-à-vis des investisseurs et des consommateurs un engagement stable, durable, transparent, prévisible et crédible. La nécessité de modifier les conditions réglementaires en réponse à une évolution sur le marché ne justifie pas l'application rétroactive de ces modifications à des investissements déjà réalisés lorsque ces modifications sont devenues nécessaires parce que les pouvoirs publics n'ont pas dûment prévu cette évolution ou n'ont su s'y adapter en temps utile. L'application de modifications rétroactives en pareilles circonstances entame sérieusement la confiance des investisseurs et devrait être évitée dans toute la mesure du possible »¹⁸.

B. Les conditions posées par la Commission

Au terme du processus d'élaboration précédemment décrit, la Commission européenne a adopté, le 9 avril 2014, les nouvelles lignes directrices concernant les aides à la protection de l'environnement et à l'énergie. Ces lignes directrices précisent les conditions qui devront être respectées par les dispositifs de soutien qui lui seront notifiés pour être déclarés compatibles avec le marché intérieur au sens de l'article 107 TFUE.

La Commission distingue les tarifs de rachat et les primes, d'une part (1.), et les certificats verts, d'autre part (2.).

1. Concernant, tout d'abord, les tarifs de rachat et les primes, la Commission européenne distingue trois périodes.

i. Du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2015

Les Etats membres peuvent recourir au dispositif de soutien de leur choix.

La seule limite est énoncée au point 126 : « Au cours d'une phase transitoire couvrant les années 2015 et 2016, il convient que des aides portant sur au moins 5 % de la nouvelle capacité prévue de production d'électricité installée à partir de sources d'énergie renouvelables soient octroyées sur la base d'une procédure de mise en concurrence fondée sur des critères clairs, transparents et non discriminatoires »¹⁹.

ii. Du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2016

Outre la limite précédemment énoncée, les aides devront être octroyées « sous la forme d'une prime s'ajoutant au prix du marché (prime) auquel les producteurs vendent leur électricité directement sur le marché »²⁰.

Les tarifs de rachat ne seront donc plus considérés comme compatibles avec les règles applicables en matière d'aides d'Etat sauf pour les aides accordées aux installations autres qu'éoliennes d'une capacité de production d'électricité installée inférieure à 500 kW et pour les aides accordées aux installations éoliennes d'une capacité de production de 3MW ou de 3 unités de production.

iii. A compter du 1^{er} janvier 2017

¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 13.

¹⁹ Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, précitées.

²⁰ *Ibid.*, spéc. point 124(a).

Les aides sont versées sous forme de prime et sont octroyées à l'issue d'une procédure de mise en concurrence assurant la neutralité technologique.

Les lignes directrices prévoient, toutefois, la possibilité de déroger à la condition de neutralité technologique. Il est, en effet, souligné que : « La procédure de mise en concurrence peut être limitée à certaines technologies dans le cas où une procédure ouverte à tous les producteurs donnerait un résultat insuffisant que ne peut améliorer la conception de la procédure compte tenu notamment : i) du potentiel à plus long terme d'une technologie nouvelle et innovante déterminée ; ou ii) du besoin de diversification ; ou iii) des contraintes et de la stabilité du réseau ; ou iv) des coûts (d'intégration) du système ; ou v) de la nécessité d'éviter les distorsions sur les marchés des matières premières dues à l'aide apportée à la biomasse »²¹.

Cette exigence ne s'applique pas aux installations de faible puissance. Ainsi, pour les installations autres qu'éoliennes d'une puissance installée inférieure à 1 MW et pour les installations éoliennes d'une puissance installée maximale de 6 MW ou de 6 unités de production, les aides pourront être octroyées sous forme de prime venant s'ajouter au prix du marché²².

De même, pour les installations autres qu'éoliennes d'une puissance installée inférieure à 500 kW et pour les installations éoliennes d'une puissance installée maximale de 3 MW ou de 3 unités de production, les aides pourront être octroyées sous forme de tarif de rachat²³.

2. Concernant, ensuite, les certificats verts, il s'agit d'un dispositif auquel les Etats membres peuvent recourir et qui présente l'avantage de permettre à « l'ensemble des producteurs d'énergie renouvelable de bénéficier indirectement d'une demande garantie pour l'énergie qu'ils produisent, à un prix supérieur au prix du marché pratiqué pour l'énergie classique. Le prix de ces certificats verts n'est pas fixé à l'avance mais dépend de la loi de l'offre et de la demande sur le marché »²⁴.

La Commission ajoute que de telles aides seront compatibles avec le marché intérieur si « les Etats membres peuvent suffisamment démontrer i) qu'elles sont essentielles pour garantir la viabilité des sources d'énergie renouvelables concernées ; ii) que, pour le régime, elles n'entraîneront pas globalement de surcompensation avec le temps et entre les diverses technologies, ni de surcompensation pour les technologies moins déployées, dans la mesure où des niveaux différenciés de certificats par unité de production sont introduits ; et iii) qu'elles ne dissuadent pas les producteurs d'énergie renouvelable d'accroître leur compétitivité »²⁵.

Les conditions que la Commission pose à la compatibilité des modes de soutien aux énergies renouvelables appellent trois remarques.

Tout d'abord, la Commission dessine l'architecture des dispositifs de soutien pour les prochaines années de manière très précise laissant peu de marge de manœuvre aux Etats membres.

Ensuite, les conditions posées par la Commission européenne vont contraindre les Etats membres à abandonner les tarifs de rachat sauf pour les très petites installations de production. Pour nombre d'entre eux, dont la France, ces nouvelles conditions vont les obliger à repenser en profondeur les modalités de soutien aux énergies renouvelables.

²¹ *Ibid.*, spéc. point 126.

²² *Ibid.*, Lecture combinée des points 127 et 128.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, spéc. point 135.

²⁵ *Ibid.*, spéc. point 136.

Enfin, ces nouvelles conditions vont s'appliquer dans un calendrier très court.

II. Les interrogations suscitées par les nouvelles conditions prescrites par la Commission européenne

Les interrogations que suscite ce texte sont de deux natures. Elles portent, d'une part, sur sa légalité (**A.**) et, d'autre part, sur son articulation avec le Règlement général d'exemption par catégorie qui a été adopté concomitamment (**B.**).

A. Les interrogations portant sur la légalité des lignes directrices

Trois points posent problème.

1. En premier lieu, la question se pose de savoir si la Commission européenne peut – dans le cadre de simples lignes directrices – poser des conditions aussi précises et qui vont impacter de manière significative la politique énergétique des Etats membres.

Dans le cadre de la troisième consultation portant sur le projet de lignes directrices, plusieurs Etats membres ont souligné le décalage entre, d'une part, la nature juridique du document et, d'autre part, l'importance de son contenu pour le secteur de l'énergie.

En particulier, dans leur réponse adressée à la Commission européenne le 26 février 2014, les autorités françaises estiment que la Commission a excédé sa compétence et que les choix qui ont été faits par l'institution européenne n'ont pas leur place dans des lignes directrices en matière d'aides d'Etat. Elles précisent notamment qu'« il n'appartient pas aux lignes directrices en matière d'aide d'Etat à l'environnement et à l'énergie de définir les outils de politique énergétique à la disposition des Etats Membres pour atteindre les objectifs fixés par la directive EnR »²⁶.

Au soutien de la position des autorités françaises, il peut être rappelé que les lignes directrices adoptées par la Commission européenne dans le cadre de la politique de concurrence sont des actes lui permettant d'explicitier la ligne de conduite qu'elle entend suivre dans la mise en œuvre de son pouvoir individuel de décision.

De tels actes ne peuvent pas, en principe, modifier l'ordonnancement juridique et doivent avoir pour seul effet de lier l'institution qui les adopte et autolimites son pouvoir d'appréciation²⁷.

Lorsqu'ils produisent des effets juridiques propres, distincts de ceux déjà prévus par les dispositions du traité, l'incompétence de la Commission européenne pour adopter de tels actes peut être sanctionnée soit dans le cadre d'un recours en annulation formé directement contre l'acte litigieux si le délai contentieux de deux mois prévu à l'article 263 TFUE n'est pas expiré²⁸, soit de manière indirecte – par la voie de l'exception d'illégalité prévue à l'article 277 TFUE – à l'occasion d'un recours formé contre une décision prise sur le fondement des lignes directrices contestées.

2. En deuxième lieu, plusieurs Etats membres ont pu mettre en doute la conformité des conditions posées par la Commission avec les règles du traité, et en particulier, avec les dispositions de l'article 194 TFUE qui consacrent le droit, pour les Etats membres, de déterminer la composition de leurs mix énergétiques.

²⁶ Note à la Commission européenne, 26 février 2014, HT.359, p. 7.

²⁷ CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri c/ Commission*, C- 189, 202, 205, 208, 213/02 P, Rec. I. p. 5425.

²⁸ CJCE, 20 mars 1997, *France c/ Commission*, C-57/95, Rec. I. p. 1640.

Dans son analyse d'impact, la Commission européenne relève, à cet égard, que « 11 Member States, 17 industry representatives and one environmental organization showed concern that the Guidelines may interfere with Member States' right to determine their energy mix. Some consider that the draft Guidelines attempt at harmonizing energy policy at EU level »²⁹.

A titre d'exemple, les autorités françaises ont ainsi souligné que « [l]e projet de lignes directrices fait des choix radicaux qui impactent fortement la politique énergétique et qui vont au-delà des compétences de la Commission. Les autorités françaises sont en particulier défavorables à l'introduction d'un critère de neutralité technologique qui va à l'encontre des prérogatives des Etats membres en matière de définition du mix énergétique »³⁰.

De même, pour les autorités belges, « [t]he Commission is trying to use EU state aid rules to stipulate the details of energy policy. However, the EU only has limited competence in the field of energy policy in the context of Article 194 TFEU. In particular, the member states can themselves determine the conditions for the use of their energy resources, their choice amongst different energy sources, and the general structure of their energy supply. European rules can be adopted via an ordinary EU legislative procedure. However, the Commission is clearly interested in steering national energy policies via the instrument of state aid control. This approach undermines the decision-making competence of national parliaments and governments »³¹.

Seule la Cour de justice de l'Union européenne pourrait trancher cette question. Elle pourrait être amenée à se prononcer soit dans le cadre d'un recours en exception d'illégalité, conformément aux dispositions de l'article 277 TFUE, soit dans le cadre d'une question préjudicielle en appréciation de validité prévue à l'article 267 TFUE³².

3. En troisième lieu, la pertinence du champ d'application des lignes directrices – et en particulier leur application aux certificats verts – peut paraître douteuse.

Il convient de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article 107§1 TFUE, une mesure nationale constitue une aide d'Etat si quatre conditions sont cumulativement remplies : i) il doit s'agir d'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat ; ii) cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les Etats membres ; iii) elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire et, iv) elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence.

Or, dans le cadre d'un dispositif de soutien à la production d'énergies renouvelables sous la forme de certificats verts, la première des quatre conditions cumulatives semble faire défaut. En effet, un tel dispositif ne correspond pas à une intervention de l'Etat ni à une mesure financée au moyen de ressources d'Etat³³.

Plusieurs parties intéressées ont soulevé ce point. Ainsi, pour la société EDF, « regarding green certificate schemes, EDF believes that well-designed certificate schemes, based on obligations to

²⁹ Commission staff working document impact assessment, *Accompanying the document* Communication from the Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy for 2014-2020, précité, spec. p. 86.

³⁰ Note à la Commission européenne, 26 février 2014, HT.359, précitée, spéc. p. 4.

³¹ HT 359 – Consultation on Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection, 14 février 2014.

³² CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, Rec. I. p. 4407.

³³ Voir en ce sens CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. I. p. 2159.

some stakeholders, may not involve any State aid elements, especially when they don't involve any State resources »³⁴.

B. L'articulation des lignes directrices avec le Règlement général d'exemption par catégorie (RGEC)

Elaboré et adopté concomitamment avec les lignes directrices étudiées, le nouveau Règlement général d'exemption par catégorie (RGEC), qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014³⁵, est le document le plus emblématique du processus de modernisation de la politique en matière d'aides d'Etat.

A la différence du règlement général d'exemption par catégorie adopté en 2008, le nouveau texte consacre des développements substantiels aux aides à la promotion des énergies renouvelables. La question de l'articulation entre, d'une part, les lignes directrices et, d'autre part le RGEC, se pose alors.

Rappelons qu'une aide d'Etat qui entre dans le champ d'application du RGEC est considérée comme compatible avec le marché intérieur *ab initio* sans avoir à être notifiée à la Commission européenne³⁶. A l'inverse, une aide qui entre dans le champ d'application des lignes directrices devra, pour être déclarée compatible avec le marché intérieur, être préalablement notifiée à la Commission.

En d'autres termes, lorsqu'une mesure entre dans le champ d'application du RGEC, il est inutile de vérifier si les conditions énoncées par la Commission européenne dans ses lignes directrices sont remplies, la mesure n'ayant pas à faire l'objet d'une notification.

L'intérêt des lignes directrices est donc résiduel et concerne les mesures qui n'entrent pas dans le champ d'application du RGEC et qui devront être notifiées à la Commission.

Or, l'articulation entre les deux textes n'est pas évidente.

L'article 42 du RGEC précise, en effet, que :

« 1. Les aides au fonctionnement en faveur de la promotion de l'électricité produite à partir de sources renouvelables sont compatibles avec le marché intérieur au sens de l'article 107, paragraphe 3, du traité et sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du traité, pour autant que les conditions prévues par le présent article et au chapitre I soient remplies.

2. Les aides sont octroyées au moyen d'une procédure de mise en concurrence fondée sur des critères clairs, transparents et non discriminatoires, et ouverte à tous les producteurs produisant de l'électricité à partir de sources renouvelables sur une base non discriminatoire.

3. La procédure de mise en concurrence peut être limitée à certaines technologies dans le cas où une procédure ouverte à tous les producteurs donnerait un résultat insuffisant que ne peut améliorer la conception de la procédure compte tenu notamment : i) du potentiel à plus long terme d'une

³⁴ EDF, « Answer to a consultation as a registered organization, Consultation on Guidelines on State Aid for Energy and Environmental Protection an EDF response », 14/02/2014.

³⁵ Règlement n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité* (RGEC), JOUE du 26 juin 2014, n° L 187/1.

³⁶ *Ibid.*, article 3.

technologie nouvelle et innovante déterminée ; ou ii) du besoin de diversification ; ou iii) des contraintes et de la stabilité du réseau ; ou iv) des coûts (d'intégration du système ; ou v) de la nécessité d'éviter les distorsions sur les marchés des matières premières dues à l'aide apportée à la biomasse.

[...]

5. Les aides sont octroyées sous la forme d'une prime s'ajoutant au prix du marché auquel les producteurs vendent leur électricité directement sur le marché.

[...]

7. Les aides ne sont pas autorisées quand les prix sont négatifs.

8. Les aides peuvent être octroyées sans recourir à une procédure de mise en concurrence telle que décrite au paragraphe 2 aux installations ayant une capacité de production d'électricité installée inférieure à 1 MW pour la production d'électricité à partir de toutes les sources renouvelables excepté l'énergie éolienne, pour laquelle des aides peuvent être octroyées sans recourir à une procédure de mise en concurrence telle que décrite au paragraphe 2 aux installations ayant une capacité de production d'électricité installée inférieure à 6 MW ou aux installations disposant de moins de 6 unités de production. Sans préjudice du paragraphe 9, lorsqu'une aide est octroyée sans recourir à une procédure de mise en concurrence, les conditions définies aux paragraphes 5, 6 et 7 sont remplies. [...]

9. Les conditions définies aux paragraphes 5, 6 et 7 ne s'appliquent pas aux aides au fonctionnement octroyées aux installations ayant une capacité de production d'électricité installée inférieure à 500 kW pour la production d'électricité à partir de toutes les sources renouvelables excepté l'énergie éolienne, pour laquelle ces conditions ne s'appliquent pas aux aides au fonctionnement octroyées aux installations ayant une capacité de production d'électricité installée inférieure à 3 MW ou disposant de moins de 3 unités de production ».

Force est de constater que le champ des mesures couvertes par les deux textes est particulièrement important. Trois différences significatives doivent, cependant, être soulignées.

En premier lieu, le RGEC ne prévoit pas de période transitoire. Ainsi, à titre d'exemple, la mise en place d'un tarif d'obligation d'achat décidée en 2015 n'entrera pas dans le champ d'application du RGEC. Le dispositif devra donc être notifié à la Commission et sa compatibilité avec le marché intérieur sera analysée à l'aune des conditions énoncées dans les lignes directrices.

En deuxième lieu, pour être autorisées au titre du RGEC, les mesures nationales doivent respecter, en sus des conditions posées à l'article 42, celles qui sont prévues au chapitre I du RGEC et, notamment, à l'article 4 qui précise que : « Le présent règlement ne s'applique pas aux aides excédant les seuils suivants : [...] en ce qui concerne les aides au fonctionnement en faveur de la production d'électricité à partir de sources renouvelables et les aides au fonctionnement en faveur de la promotion de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans les installations de petite taille : 15 millions d'euros par entreprise et par projet. Lorsque l'aide est octroyée au moyen d'une procédure de mise en concurrence conformément à l'article 42 : 150 millions d'euros par an, en tenant compte du budget cumulé de tous les régimes relevant de l'article 42 »³⁷.

³⁷ *Ibid.*

Cette dernière condition est délicate à apprécier de manière anticipée ou *ex ante* dans la mesure où le montant de l'aide qui sera effectivement versé dépendra, d'une part, de la quantité d'électricité produite au cours de l'année (il s'agit d'aides versées en fonction des MWh injectés) et, d'autre part, du prix de l'électricité sur le marché (les aides doivent correspondre à des *feed-in-premium*). Or, ces éléments ne peuvent être connus qu'au terme de la période sous examen. Le seuil de notification, prévu dans le projet de RGEC, qui était exprimé en puissance installée (125 MW) offrait, de ce point de vue, une plus grande sécurité³⁸.

En troisième lieu, le RGEC ne vise pas les certificats verts. Il s'en déduit que les dispositifs de soutien prenant la forme de certificats verts devront être systématiquement notifiés ; ce qui peut paraître paradoxal dans la mesure où il s'agit du dispositif le plus proche d'un fonctionnement de marché et dont la qualification même d'aide d'Etat au sens du traité peut être discutée.

* * *

Au final, l'entrée en vigueur de ces nouvelles lignes directrices devrait conduire à une modification importante de l'architecture des modes de soutien aux énergies renouvelables mis en place par les Etats membres.

Si l'on ne peut que se réjouir de la volonté de la Commission européenne d'améliorer l'efficacité économique de ces dispositifs, on peut tout de même s'interroger sur l'utilisation qui est faite ici des règles en matière d'aides d'Etat pour servir une finalité qui relève davantage de la politique énergétique.

³⁸ Article 4(s) du Projet de règlement en date du 18 décembre 2013, C(2013) 9256.