**N°s 401755, 401756, 407907, 412098 – Association Vent de colère ! fédération nationale et Fédération environnement durable**

**9ème et 10ème chambres réunies**

**Séance du 23 mars 20118**
**Lecture du 13 avril 2018**

# CONCLUSIONS

**Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteure publique**

Afin d'encourager le développement des énergies renouvelables, le législateur a d'abord mis en place un mécanisme d'obligation d'achat, par EDF et les entreprises locales de distribution, de l'électricité produite à partir d'installations utilisant ces énergies, telles que les installations éoliennes. Ce dispositif, créé par l'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et ultérieurement codifié aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, garantissait ainsi aux exploitants concernés la vente de leur électricité à un tarif fixé par arrêté, supérieur à la valeur de marché de cette électricité, et à EDF et aux entreprises locales de distribution la compensation de l'intégralité des surcoûts en résultant pour eux, par le biais de la contribution au service public de l'électricité.

Ce mécanisme de soutien, que la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié d'aide d'Etat par un arrêt du 19 décembre 2013 (aff. C-262/12) dont vous avez tiré les conséquences par votre décision *Association Vent de Colère ! Fédération nationale et autre* du 28 mai 2014 (n° 324852, aux Tables), a été notifié par la France à la Commission européenne, qui l'a déclarée compatible avec le marché commun par une décision du 27 mars 2014.

Puis, par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, le législateur a institué une nouvelle forme de soutien aux énergies renouvelables, appelée à se substituer au mécanisme de l'obligation d'achat : le dispositif du « complément de rémunération », prévu aux articles L. 314-18 et suivants du code de l'énergie. Il s'est ainsi agi d'adapter le régime français aux nouvelles lignes directrices de la Commission concernant les aides d'Etat dans les domaines de l'énergie et de la protection de l'environnement pour la période 2014-2010, adoptées le 28 juin 2014.

Si ce nouveau mécanisme repose, à l'instar du précédent, sur la conclusion imposée à EDF de contrats avec les producteurs d'électricité d'origine renouvelable intéressés, et s'inscrit dans la longue durée (ne pouvant toutefois dépasser vingt années), sa logique s'en distingue sensiblement. En effet, à la différence de l'obligation d'achat, il ne se fonde pas sur un principe

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

de débouché garanti auprès d'EDF à un tarif fixe prédéterminé, mais sur le versement aux producteurs qui commercialisent leur électricité sur le marché – donc aux prix du marché - d'une prime ex post, dont le niveau ne peut toutefois conduire, en vertu de l'article L. 314-20 du code, à ce que la rémunération totale des capitaux immobilisés excède une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités.

Le décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 dont les associations Vent de colère ! Fédération nationale et Fédération environnement durable vous demandent, sous le n° 401755, l'annulation pour excès de pouvoir, a précisé les conditions (essentiellement procédurales) dans lesquelles les installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables peuvent bénéficier d'un soutien sous la forme d'un complément de rémunération ou sous la forme d'une obligation d'achat, c'est-à-dire l'articulation entre ces deux formes concurrentes de soutien, et encadré de manière générale la formule de calcul de la prime à verser dans le cadre du complément de rémunération.

Quant à la liste et les caractéristiques des installations éligibles à l'obligation d'achat et de celles éligibles au complément de rémunération, elles ont été fixées, en vertu de l'article L. 314-18 du code, par le décret n° 2016-691 du 28 mai 2016, attaqué sous le n° 401756 par les mêmes associations.

Des arrêtés sont ensuite venus fixer en détail, par filière, les conditions à remplir pour bénéficier du complément de rémunération ainsi que les modalités de calcul exactes et complexes de la prime à verser au titre de ce complément. Tel est l'objet, s'agissant des installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de l'arrêté interministériel du 13 décembre 2016, fixant les conditions de ce complément pour les contrats demandés, conclus ou transformés en 2016, puis de celui du 6 mai 2017, fixant celles applicables à compter du 1er janvier 2017, dont les mêmes requérants vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir sous les n° 407907 et 412098.

La recevabilité des requêtes ne soulève pas de difficulté particulière, pas plus que l'admissibilité des interventions en défense de l'association France Energie Eolienne et, sous les seuls n°s 401755 et 401756, du syndicat des énergies renouvelables.

Les critiques adressées aux actes attaqués se rejoignant très largement – notamment sous la forme d'exceptions d'illégalité reprenant, à l'appui des requêtes contre les arrêtés, des moyens soulevés dans les requêtes contre les décrets – nous les examinerons d'un même mouvement.

Un premier groupe de moyens critique l'insuffisance du rôle accordé à la Commission de régulation de l'énergie au regard des exigences européennes.

Il est en effet soutenu que l'adoption des décrets et des arrêtés attaqués en dépit des avis défavorables sur plusieurs points de la CRE méconnaîtraient le rôle devant être confié à cette autorité en vertu des articles 35 à 37 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, qui excluraient que ces avis revêtent un caractère purement consultatif et imposeraient un avis conforme, et que l'article R. 314-12 du code de l'énergie créé par le décret du 27 mai 2016 viole ces mêmes articles en ce qu'il confèrent aux ministres chargés de l'énergie et de l'économie, et non à la CRE, le pouvoir de fixer les conditions d'achat et les conditions spécifiques du complément de rémunération pour l'électricité produite par les installations éligibles. Les requérantes soulignent que, dans l'hypothèse où l'on entendrait leur opposer l'écran que constituent les dispositions législatives ayant transposé ces articles de la directive, elles critiquent également la compatibilité de la loi avec la directive.

Toutefois, l'article 35 de la directive ne dit rien du contenu des missions des autorités nationales de régulation : il se borne à fixer les conditions de leur indépendance. L'article 36 de la directive, relatif aux « objectifs généraux de l'autorité de régulation », prévoit seulement que « *l'autorité de régulation prend toutes les mesures raisonnables pour atteindre (certains objectifs que cet article énumère tels que la promotion d'un marché de l'électricité concurrentiel, la facilitation de l'accès au réseau des nouvelles capacités de production ou la qualité du service universel) dans le cadre de ses missions et compétences définies à l'article 37, en étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées, y compris les autorités de concurrence, et sans préjudice de leurs compétence* ». Or l'article 37 ne prévoit pas et ne nous paraît pas davantage impliquer de confier à l'autorité de régulation la fixation des mesures de soutien à la production d'électricité provenant de sources renouvelables sous la forme d'une obligation d'achat ou d'un complément de rémunération. Une telle compétence ne nous paraît en particulier résulter, ni des dispositions de cet article assignant au régulateur la mission de « *fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul* » (puisque n'est pas en cause ici la fixation de tels tarifs), ni celles prévoyant que l'autorité de régulation doit avoir la compétence de « *procéder à des enquêtes sur le fonctionnement des marchés de l'électricité et arrêter et imposer les mesures proportionnées et nécessaires afin de promouvoir une concurrence effective et d'assurer le bon fonctionnement du marché* », ni encore celles disposant que les autorités de régulation « *se chargent de fixer ou approuver (...) au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir (...) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution* », puisque les mécanismes litigieux n'affectent pas l'accès aux réseaux de transport et de distribution, mais touchent au soutien de la production. Si ces dispositifs ont des conséquences indirectes sur les consommateurs finals, ce n'est qu'à travers la prise en charge de leurs coûts dans les charges du service public de l'électricité : or la CRE dispose, en matière d'évaluation de ces charges, de pouvoirs étendus.

Un deuxième groupe de moyens est tiré de la méconnaissance par la France de son obligation de notification préalable à la Commission, en vertu du paragraphe 3 de l'article 108 du TFUE.

Il convient de distinguer les critiques adressées, sur ce point, aux décrets et aux arrêtés.

Les requérantes font d'abord valoir que les décrets attaqués n'ont pas été notifiés à la Commission préalablement à leur adoption, leur publication et leur entrée en vigueur, alors qu'ils

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

ont modifié substantiellement le régime existant de l'obligation d'achat et qu'ils ont institué un nouveau régime d'aides en fixant les conditions du complément de rémunération.

Toutefois, il ne résulte pas de l'article 108 du TFUE, du règlement 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 pris pour son application, et du règlement 784/2004 de la Commission, l'obligation de notifier à la Commission préalablement à son adoption et à son entrée en vigueur chaque texte se rapportant à l'octroi d'aides d'Etat. D'une part, en effet, l'obligation de notification ne porte que sur les « projets d'aide nouvelle », entendus comme tout projet de « *disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides (nouvelles) peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou plusieurs entreprises pour une période indéterminée et/ou pour un montant indéterminé* » (art. 1er du règlement du 13 juillet 2015), et comme tout projet de modification d'une aide existante « *autre que les modifications de caractère purement formel ou administratif qui ne sont pas de nature à influencer l'évaluation de la compatibilité de la mesure d'aide avec le marché commun* ». D'autre part, le caractère préalable de cette notification s'entend comme l'exigence d'une notification du « projet » (par construction donc non encore adopté) « en temps utile », et comme l'interdiction de mise à exécution de l'aide dans l'attente de son autorisation.[1]

Or s'agissant de leurs dispositions relatives au complément de rémunération, qui présente en effet les traits d'une aide nouvelle, ou encore des dispositions touchant à l'articulation de ce complément de rémunération avec le régime de l'obligation d'achat, les décrets litigieux ne suffisaient pas, par eux-mêmes, à mettre en œuvre ce nouveau dispositif et, par suite, à fonder légalement des décisions individuelles d'octroi d'aides. Tant que n'avait pas été adopté l'arrêté auquel les articles L. 314-20 et R. 314-12 du code de l'énergie ont renvoyé la définition, par filière, des conditions du complément de rémunération, le régime d'aides était incomplet et inapplicable – ou plus précisément encore, il n'y avait pas de « régime d'aides » au sens de l'article 1er du règlement du 13 juillet 2015, dès lors qu'il était encore besoin de mesures d'application supplémentaires, et par suite, il n'y avait à ce stade pas de projet à notifier. Ces mesures ne sont intervenues, pour la filière éolienne terrestre, qu'avec l'arrêté du 13 décembre 2016 – notifié à la Commission européenne, avec un dossier comprenant les décrets litigieux, dans des conditions que nous examinerons dans un instant.

Quant aux dispositions du décret du 27 mai 2016 propres à l'obligation d'achat, touchant essentiellement à la procédure, elles nous paraissent pouvoir être regardées comme des modifications de caractère administratif n'étant pas, par elles-mêmes, de nature à influencer l'évaluation de la compatibilité de la mesure d'aide avec le marché commun, telle qu'elle avait été préalablement appréciée par la Commission. En particulier, si les requérantes soulignent que le décret précise les modalités de dépôt des demandes de dossier de renouvellement de contrat d'achat, et font valoir qu'il devrait être regardé comme ayant ainsi permis l'application de la

1

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

faculté élargie de renouvellement de contrat pour certaines installations amorties ouverte par le deuxième alinéa de l'article L. 314-2 de la loi (non notifiée) de transition énergétique, et comme ayant de ce fait substantiellement modifié le régime d'aide, il convient de noter que cette loi a renvoyé à un décret la définition des installations concernées par cette possibilité de renouvellement. Le décret du 27 mai 2016, qui ne précise que les modalités de dépôt des dossiers et leur contenu, ne définit pas les installations concernées, définition nécessaire à la mise en œuvre de la loi. Cette définition est à trouver dans le décret du 28 mai 2016. Or les installations éoliennes ne sont pas au nombre des installations mentionnées, dans ce décret, comme concernées pouvant bénéficier du deuxième alinéa de l'article L. 314-2 du code de l'énergie. Le régime de soutien à la production d'électricité d'origine éolienne par obligation d'achat n'a donc en tout état de cause pas subi de modification substantielle sur ce point.

Dans ces conditions, les associations requérantes ne sont pas fondés à soutenir que les décrets seraient entachés d'excès de pouvoir faute d'avoir fait l'objet d'une notification à la Commission avant leur adoption.

La critique adressée, par la voie de l'exception, au décret du 28 avril 2017 sera tout autant écartée, dès lors que ce décret a seulement abrogé avec effet différé de trois mois l'arrêté du 13 décembre 2016, lequel ne régissait en tout état de cause que les contrats conclus en 2016, et réduit le champ des installations éligibles au complément de rémunération, mais sans fixer les nouvelles conditions applicables à celles-ci et aux contrats conclus en 2017, qui n'ont été précisées que par l'arrêté du 6 mai 2017.

S'agissant des arrêtés, la critique adressée par les requêtes est différente : elle ne tient pas à l'absence de notification de ceux-ci préalablement à leur adoption – les projets d'arrêtés ayant en effet été notifiés à la Commission et fait l'objet chacun d'une décision de conformité – mais au fait que le régime d'aides qu'ils instituent couvre une période antérieure à la décision de la Commission. Les requérantes en déduisent que l'exigence d'une notification en temps utile avant mise à exécution de l'aide a été méconnue.

Dans l'arrêté du 13 décembre 2016, sont ici critiquées les dispositions de l'article 2 définissant les installations éligibles à la conclusion d'un contrat de complément de rémunération dans les conditions que cet arrêté fixe, comme regroupant : 1° les installations qui bénéficient d'un contrat d'achat signé à la date de son entrée en vigueur et dont la demande complète de contrat d'achat a été déposée à compter du 1er janvier 2016, 2° les installations ne bénéficiant pas d'un contrat d'achat signé mais pour lesquelles une demande complète de contrat d'achat a été déposée entre le 1er janvier 2016 et la date de son entrée en vigueur, et 3° les installations nouvelles qui déposent une demande complète de contrat de complément de rémunération avant le 31 décembre 2016. Les requérants déduisent de ces dispositions, se prévalant d'un passage de la décision du 12 décembre 2016 de la Commission relevant que la France ne se serait pas conformée sur ce point aux obligations de l'article 108 du TFUE mais n'en tirant aucune conséquence dans la suite de sa décision et ne formulant aucune critique comparable dans sa décision sur l'arrêté du 6 mai 2017, posant pourtant une problématique similaire, que l'arrêté

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

modifierait des aides qui ont déjà été octroyées et aurait organisé la mise à exécution du régime du complément de rémunération avant qu'il ait été notifié à la Commission et autorisé par celle-ci.

Une telle analyse ne nous paraît toutefois pas pouvoir être retenue.

En effet, il convient de distinguer, s'agissant d'une aide nouvelle, entre date de mise à exécution d'un régime d'aides, et fait générateur de celle-ci ou période couverte par ce régime. Dans un arrêt *Wienstrom GmbH* du 18 décembre 2008 (aff. C-384/07), la Cour a ainsi clairement dit pour droit que « *lorsqu'un projet d'aide a été régulièrement notifié à la Commission et n'a pas été mis à exécution avant cette décision, il peut être mis à exécution à compter de celle-ci, y compris, le cas échéant, pour une période antérieure couverte par la mesure déclarée compatible* ».

Or si la clé d'entrée dans le dispositif du complément de rémunération prévue par l'article 2 de l'arrêté du 13 décembre 2016 dépend, sauf pour les installations nouvelles, d'éléments intervenus avant l'autorisation de la Commission et l'entrée en vigueur de l'arrêté, en ce qu'il vise les installations ayant conclu ou demandé un contrat d'achat entre le 1er janvier 2016 et sa date d'entrée en vigueur, il ne s'agit que de la détermination du champ d'application personnel de ce nouveau dispositif d'aides. Si des contrats d'achat ont pu être signés avant le 13 décembre 2016, et être transformés sur le fondement de l'arrêté attaqué en contrat de complément de rémunération, aucun contrat de complément de rémunération n'a en revanche été conclu avant l'intervention de l'arrêté et par suite, aucune somme n'a été physiquement versée à ce titre avant le 13 décembre 2016. Il ne résulte donc pas de l'arrêté une mise à exécution anticipée du régime du complément de rémunération qui contournerait l'obligation de notification préalable dans des conditions qui conduiraient à regarder cette obligation comme ayant été violée.

Pour les mêmes motifs, dès lors que le régime issu de cet arrêté a été notifié à la Commission le 28 décembre 2016 et a fait l'objet d'une décision de compatibilité le 5 mai 2017, les dispositions de l'article 2 de l'arrêté du 6 mai 2017 prévoyant que sont éligibles au complément de rémunération, dans les conditions que cet arrêté fixe, les installations nouvelles pour lesquelles une demande complète de contrat de complément de rémunération est déposée à partir du 1er janvier 2017, ainsi que les producteurs qui avaient demandé un contrat de complément de rémunération dans les conditions prévues par l'arrêté du 13 décembre 2016 mais renoncent à leur demande initiale de contrat, ne sont pas entachées d'une méconnaissance de l'obligation de notification en temps utile et de l'interdiction de mise à exécution d'un régime avant son autorisation par la Commission. Le moyen sera écarté.

Au titre de la légalité interne, certains moyens ne vous arrêteront pas longtemps, compte tenu notamment de l'insuffisance des précisions dont ils sont (ou plutôt ne sont pas) assorties. Tel est le cas, notamment, de celui tiré d'une insuffisante exposition au marché des producteurs par le décret du 27 mai 2016 – sans précision aucune sur la norme dont une telle exigence serait issue et qui se trouverait ainsi méconnu – ou encore du moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi entre la filière éolienne, qui se trouverait favorisée, et les autres filières de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

production d'énergies renouvelables - inopérant à l'encontre du décret du 27 mai 2016 qui ne traite pas des catégories d'installations éligibles, et opérant mais insuffisamment étayé à l'encontre du décret du 28 mai 2016. En particulier, sur le fond, il ne ressort pas des pièces du dossier que la filière éolienne se trouverait, au regard de l'atteinte des objectifs d'investissement et de parts dans la production poursuivis par les pouvoirs publics, dans une trajectoire de développement identique à celle des autres filières et, par suite, dans une situation identique à celles-ci. Quant à la différence de traitement entre l'éolien et les autres filières, tenant à des facultés élargies d'échapper à la procédure d'appels d'offre pour le premier, elle provient des lignes directrices de la Commission.

Le principal groupe de critiques des requêtes a trait aux conséquences de la coexistence de l'ancien régime de l'obligation d'achat et du nouveau régime du complément de rémunération et des modalités de transition de l'un à l'autre.

Pour l'essentiel, il est fait reproche au décret du 27 mai 2016, d'une part, d'avoir permis le renouvellement des contrats d'achat au-delà de la durée d'amortissement des investissements – mais les dispositions critiquées du décret se bornent, sur ce point, à mettre en œuvre la dérogation au principe de non renouvellement prévue dans la loi elle-même, à l'article L. 312-2 du code, au bénéfice des « *installations (...) situées sur le territoire métropolitain continental ayant été amorties et pour lesquelles le niveau des coûts d'exploitation d'une installation performante représentative de la filière est supérieur au niveau de l'ensemble de ses recettes, y compris les aides financières et fiscales auxquelles elle est éligible, tant que ces coûts restent supérieurs à ces recettes* » - et d'autre part, de n'avoir pas suffisamment encadré la coexistence temporaire des régimes de l'obligation d'achat et du complément de rémunération en laissant aux producteurs qui bénéficiaient déjà d'un contrat d'achat le choix non seulement de demeurer sous ce régime ou d'opter pour le complément de rémunération, mais même de faire un aller-retour entre l'un et l'autre dispositif et de bénéficier ainsi d'un filet de sécurité excessivement favorable, grâce aux dispositions de l'article R. 314-29 permettant au titulaire d'un contrat d'achat ayant demandé sa résiliation anticipée et la conclusion d'un contrat de complément de rémunération, de bénéficier avant résiliation de son contrat d'achat d'un délai – fixé par arrêté et ne pouvant dépasser trois ans – de suspension de celui-ci, durant lequel il peut décider sans indemnité de résilier son nouveau contrat de complément de rémunération à la condition de reprendre son ancien contrat d'achat.

Les associations requérantes font valoir que, compte tenu du choix qui serait ainsi, selon elles, offert aux producteurs, ceux-ci opteront systématiquement pour le régime le plus rémunérateur pour eux et, par suite, le plus coûteux pour la collectivité, occasionnant une augmentation des charges du service public de l'électricité sans contrepartie. La question n'est donc pas celle d'un éventuel cumul d'aides par un producteur, le bénéfice simultané de ces deux régimes étant exclu, mais celle des effets d'aubaine liées aux modalités d'organisation de leur coexistence. Il est par ailleurs fait grief au décret du 27 mai 2016 de n'avoir, dans un tel contexte, pas suffisamment prévu de mesures de suivi et, le cas échéant, de correction du niveau de soutien à la production afin d'éviter les surcompensations.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Cette critique est d'abord formulée sous le timbre d'une violation de l'article L. 314-7 du code de l'énergie, dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015.

Toutefois, cet article, qui se borne à prévoir que le montant de la prime incluse dans les tarifs des contrats conclus au titre de l'obligation d'achat « *ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés dans les installations bénéficiant de ces conditions d'achat excède une rémunération normale des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités et de la garantie dont bénéficient ces installations d'écouler l'intégralité de leur production à un tarif déterminé* » n'est en rien méconnue par le décret du 27 mai 2016. La faculté de suspendre ou de rompre un contrat d'achat existant au profit d'un contrat de complément de rémunération est sans incidence sur le niveau de rémunération propre aux contrats d'achat signés et le respect par ceux-ci de la règle posée par l'article L. 314-7 du code. Par ailleurs, en prévoyant que les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des coûts évités et des charges, cet article n'imposait pas au pouvoir réglementaire la définition, dans le décret du 27 mai 2006 relatif aux conditions du complément de rémunération, de mesures propres de suivi de la mise en œuvre des dispositifs de l'obligation d'achat et du complément de rémunération. Au demeurant, ce décret impose aux exploitants la transmission d'un certain nombre d'informations et l'article R. 314-33 qu'il crée précise les conditions et les conséquences de la révision périodique des conditions de complément de rémunération.

Cette critique est ensuite reprise sous l'angle d'une invocation d'une méconnaissance des lignes directrices du 28 juin 2014 de la Commission sur les aides d'Etat dans les domaines de l'énergie et de la protection de l'environnement, et plus précisément du principe de proportionnalité qu'elles énoncent aux points 27 et 86 et en vertu duquel le montant de l'aide est limité au minimum nécessaire pour susciter des investissements ou des activités supplémentaires dans la zone concernée. Selon les requérantes, puisque les producteurs pourront choisir entre deux régimes d'aides, et opteront nécessairement pour le plus rémunérateur des deux, l'aide ne sera pas limitée au plus bas niveau possible.

Toutefois, l'invocation directe des points 27 et 86 de ces lignes directrices à l'encontre du contenu des décrets des 27 et 28 mai 2016 dans les requêtes n° 401755 et 401756 est inopérante, dès lors qu'ainsi que vous l'avez jugé par votre décision *Société Efinovia* du 27 octobre 2016 (n° 387384 388062, T. pp. 669-674 sur ce point et à nos conclusions), un requérant ne saurait utilement invoquer des lignes directrices de la Commission européenne concernant les aides d'Etat à l'encontre d'un acte de droit national instituant un régime d'aides d'Etat sans remettre en cause l'appréciation portée par la Commission sur la compatibilité de ce régime d'aides d'Etat, dont il n'appartient pas aux juridictions nationales de connaître. L'invocation par les requérants des points 126 (sur le recours aux appels d'offres à compter du 1er janvier 2017) et 124 (sur l'interdiction d'encourager la production de l'électricité à des prix négatifs) des lignes directrices de la Commission se heurtent au même obstacle.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Les requérantes corrigent leur tir dans les requêtes n° 407907 et 412098, en excipant cette fois à l'encontre des arrêtés des 13 décembre 2016 et du 6 mai 2017 de l'invalidité des décisions de la Commission du 12 décembre 2016 et du 5 mai 2017 ayant autorisé la mise en œuvre des régimes d'aides litigieux.

Comme le rappelle votre décision du 9 mars 2016 *Vent de colère ! et autres* (n° 384092, inédite au Recueil), dans laquelle cette association avait excipé de l'invalidité d'une précédente décision d'autorisation de la Commission à l'appui d'un recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté du 17 juin 2014 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent implantées à terre, et dans laquelle vous avez examiné cette exception et l'avez écartée vous-mêmes, en assortissant votre réponse d'un « sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la recevabilité de la contestation de la validité de la décision de la Commission », il « *appartient en tout état de cause au juge administratif, saisi d'un moyen mettant en cause la validité d'un acte des institutions de l'Union de portée générale, d'écarter un tel moyen s'il ne présente pas de difficulté sérieuse ou lorsque la partie qui l'invoque avait sans aucun doute la possibilité d'introduire un recours en annulation, sur le fondement de l'article 263 du traité, contre l'acte prétendument invalide* ».

La première branche de l'alternative renvoie, vous l'aurez compris, à la jurisprudence *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost* du 22 octobre 1987 (aff. 314/85). Quant à la seconde, elle fait écho aux conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte de l'Union devenu définitif, qui diffèrent de celles classiquement appliquées en droit national. Ainsi que nous vous le rappelions dans nos conclusions sur l'affaire du 9 mars 2016, elles sont doubles. D'une part, le justiciable ne peut invoquer une telle exception qu'à la condition qu'il n'aurait pas eu « sans aucun doute » le droit de former un recours en annulation devant le juge européen (v. par ex. CJUE, 16 avril 2015, *TMK Europe*, aff. C-143/14 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, aff. C-343/09), c'est-à-dire à la condition qu'il ne puisse être indéniablement regardé comme ayant été directement et individuellement concerné par cet acte dans des circonstances particulières suffisantes pour l'individualiser par rapport à toute autre personne et lui conférer qualité pour agir contre le régime d'aides (CJCE, 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187,* aff. C-182/03). Cette première condition nous paraît remplie par les requérantes. D'autre part – et cette condition est plus délicate à apprécier -, il doit exister un lien juridique direct entre la décision attaquée et l'acte dont il est excipé de l'illégalité. Si nombre d'arrêts de la CJUE définissent un tel lien comme le fait que l'acte européen dont l'illégalité est invoquée forme « la base juridique directe » ou serve de « fondement » à l'acte attaqué et qu'il soit « applicable » à celui-ci, d'autres ont parfois adopté une approche plus souple et large, au regard de l'objectif d'assurer le droit à une protection juridictionnelle effective. En particulier, dans son arrêt du 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores* (C-50/00), la CJCE est allée jusqu'à admettre la recevabilité d'exceptions d'invalidité formées à l'encontre des « *actes des institutions qui ont été pertinents pour l'adoption de la décision qui fait l'objet du recours* », tandis que le TPICE a admis la recevabilité d'une telle exception lorsque la décision attaquée repose essentiellement sur une disposition de l'acte dont la légalité est contestée, même si cette dernière n'en constituait pas formellement la base juridique (25 octobre 2006, *C. c/ Commission*, T-173/04).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Ainsi que nous l'avions déjà fait valoir en 2016, même si la décision par laquelle la Commission européenne déclare un régime d'aides compatible avec le marché intérieur ne constitue pas, à proprement parler, le fondement ou la base juridique des arrêtés par lesquels l'Etat membre édicte et met en œuvre ce régime, elle nous paraîtrait toutefois, au regard de ce dernier courant jurisprudentiel, et bien qu'il ne soit pas majoritaire, pouvoir être regardée comme présentant un lien juridique direct suffisant avec ces actes pour permettre que son illégalité soit contestée à l'occasion d'un recours les concernant.

En tout état de cause, vous pourrez, comme dans votre précédent du 9 mars 2016, vous abstenir prudemment de trancher ce point et de vous prononcer sur la recevabilité des exceptions soulevées par les requérantes, en l'absence de difficulté sérieuse sur le fond.

En effet, s'agissant de la décision de la Commission du 12 décembre 2016, les requérants soutiennent d'abord que la Commission a méconnu l'étendue de sa compétence et commis une erreur manifeste d'appréciation en se bornant à analyser la compatibilité avec le marché intérieur des nouvelles aides accordées dans le cadre du régime du complément de rémunération et en concluant à la proportionnalité du dispositif, sans examiner les conséquences de la coexistence de ce régime avec celui de l'obligation d'achat et le risque de méconnaissance du principe de proportionnalité de l'aide qui en résulte. Il est également soutenu que la Commission a méconnu l'exigence de proportionnalité, telle qu'elle découle de ses lignes directrices, en analysant l'effet incitatif et le caractère proportionné du complément de rémunération par rapport à un scénario correspondant au seul fonctionnement du marché, ne tenant pas compte de l'obligation d'achat.

Toutefois, la Commission n'était saisie dans la décision du 12 décembre 2016 que du régime du complément de rémunération. Elle s'était déjà prononcée par le passé, dans d'autres décisions, sur la compatibilité avec le marché intérieur du mécanisme de l'obligation d'achat et avait autorisé ce régime dont elle a estimé qu'il était instituait une aide proportionnée. Or elle a constaté au point 38 l'absence de cumul possible du complément de rémunération avec le soutien provenant d'autres régimes. Elle a aussi relevé que la vocation substitutive du complément de rémunération par rapport à l'ancien mécanisme de l'obligation d'achat. A cet égard, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il n'y a pas de faculté de libre retour, à la convenance du producteur, à son ancien contrat d'achat après être passé à un contrat de complément de rémunération : le délai entre la suspension et la résiliation de l'ancien contrat d'achat, durant lequel une faculté de retour était envisagée par le décret, a en effet été fixé à une minute de raison seulement par l'arrêté du 13 décembre 2016, qui prévoit à son article 8 que le contrat d'achat est « *suspendu à la date de prise d'effet du contrat de complément de rémunération et résilié à la même date* ». Une fois entré dans le régime du complément de rémunération, le producteur ne peut plus revenir en arrière. Dès lors que le mécanisme de l'obligation d'achat, par ailleurs déjà déclaré compatible, n'est ainsi pas cumulable avec celui du complément de rémunération et qu'il n'est pas de fluctuation possible de l'un à l'autre, il suffisait à la Commission, pour remplir sa mission, d'examiner le mécanisme du complément de rémunération en tant que tel et d'apprécier son effet incitatif et son caractère proportionné par

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

rapport au fonctionnement libre du marché. La coexistence de deux régimes alternatifs, tout deux proportionnés, mais surtout garantissant le même équilibre économique aux producteurs ayant signé un contrat d'achat ou ayant demandé à bénéficier d'un tel contrat au cours de l'année 2016, compte tenu de l'identité de structure et de niveau – relevée par la CRE – entre le tarif de référence en fonction duquel est calculé le complément de rémunération et le tarif d'achat prévu par l'arrêté du 17 juin 2014, n'est pas susceptible d'emporter méconnaissance du principe de proportionnalité.

Pour les mêmes motifs, la Commission a pu apprécier l'effet incitatif du complément de rémunération en comparant les effets de ce dernier aux investissements qui seraient réalisés dans le cadre d'un pur fonctionnement de marché, puisque l'aide est destinée à corriger l'incapacité de ce dernier à permettre d'atteindre l'objectif fixé en matière de protection de l'environnement.

Par ailleurs, la Cour n'a pas omis d'examiner le respect des obligations de transparence imposées aux Etats membres par les points 104 à 106 de ses lignes directrices.

En outre, la Commission a pris en compte les décrets des 27 et 28 mai 2016.

Enfin, en n'identifiant pas de difficulté sérieuse et en concluant à la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur dès l'issue de l'examen préliminaire, sans engager de procédure formelle d'examen, la Commission, par ailleurs déjà très au fait de la problématique de l'éolien en France, n'a pas méconnu l'article 4 du règlement du Conseil du 13 juillet 2015, qui ne prévoit l'ouverture d'une telle procédure que lorsque la mesure notifiée suscite des doutes quant à cette compatibilité.

Par suite, le moyen contestant la validité de la décision du 12 décembre 2016 ne soulève pas de difficulté sérieuse.

Quant à celui portant sur la validité de la décision du 5 mai 2017, il s'articule principalement autour de deux critiques.

D'une part, la Commission aurait méconnu le point 127 des lignes directrices en autorisant le régime d'aides litigieux, alors que celui-ci ne repose pas sur la procédure d'appel d'offres imposée par ces lignes.

Le point 127 est rédigé en des termes particulièrement maladroits : « *Des aides peuvent être octroyées sans passer par une procédure de mise en concurrence telle que décrite au point (126) aux installations disposant d'une capacité de production d'électricité installée de moins de 1 MW ou aux projets de démonstration, excepté pour l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne, concernant des installations dont la capacité de production d'électricité installée est de maximum 6 MW ou 6 unités de production*. »

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

A la lecture, on comprend mal si cette disposition doit être lue comme prévoyant la possibilité d'octroyer des aides sans appel d'offres uniquement, d'une part, pour les installations dont la capacité est inférieure à 1 MW, et d'autre part, pour les projets de démonstration d'installations d'une capacité de production inférieure à 6 MW ou 6 unités de production, à l'exception de l'éolien pour lequel l'exception des installations de démonstrations ne serait pas applicable, ou si elle doit être lue comme prévoyant la possibilité d'octroyer des aides sans appel d'offres, pour les installations dont la capacité est inférieure à 1 MW, et pour les projets de démonstration, et comme prévoyant une exception à ces seuils dans le secteur de l'éolien, pour lequel seraient exemptées d'appel d'offres les installations d'une capacité inférieure à 6 MW ou 6 unités de production. La Commission a, dans sa décision, retenu cette seconde interprétation. L'examen des autres versions linguistiques des lignes directrices – notamment la version allemande : « *Für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW und Demonstrationsvorhaben, ausgenommen Windkraftanlagen, für die als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt, können Beihilfen ohne Ausschreibung nach Randnummer (126) gewährt werden* » - confirme clairement cette lecture. Par ailleurs, il nous semble que les lignes directrices offrent des maxima alternatifs (capacité totale de 6 MW ou 6 unités de production) sans fixer de limite de puissance par unité de production – cela peut évidemment sembler curieux mais le texte emploie la conjonction « ou », et non pas les termes « dans la limite de », de sorte qu'il ne nous paraît pas faire du nombre de six unités de production une sous-hypothèse ou un sous-plafond applicable à l'intérieur de la limite de 6 MW.

Or l'arrêté du 6 mai 2017 réserve le bénéfice du complément de rémunération aux installations de 6 aérogénérateurs maximum, ne pouvant chacun dépasser 3MW de puissance nominale. Dès lors qu'un aérogénérateur correspond à une unité de production, que les lignes directrices offrent des maxima alternatifs, que le régime d'aides litigieux vise des installations ne dépassant pas six unités de production, et que la faculté qu'il ouvre aux installations ayant déposé des demandes en 2016 de conclure un contrat dans les conditions que l'arrêté du 6 mai 2017 fixe ne s'applique qu'à celles de ces installations qui respectent le seuil de six unités fixés à son article 1er, la Commission n'a pas méconnu le point 127 de ses lignes directrices.

D'autre part, la Commission n'aurait pas examiné le respect des obligations de transparence imposées aux Etats membres par les points 104 à 106 de ses lignes directrices. Toutefois, la Commission n'omet pas de procéder à un tel examen et rien dans la requête ne permet de conclure à une erreur manifeste d'appréciation.

Aucun des moyens des requêtes ne prospérera. L'association France Energie Eolienne n'étant qu'intervenante, et non partie, il ne saurait lui être accordé la somme qu'elle demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons, sous l'ensemble des numéros appelés :

- à l'admission des interventions de l'association France Energie Eolienne et, s'agissant des seules requêtes n° 401755 et 401756, du syndicat des énergies renouvelables ;

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

- au rejet des quatre requêtes des associations Vent de colère ! Fédération nationale et Fédération environnement durable ;
- et au rejet des conclusions présentées par l'association France Energie Eolienne au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*