HAL
open science

Obligation d'achat d'énergie photovoltaïque : le préjudice né du défaut de notification d'une aide d'État à la Commission n'est pas indemnisable

Valentin Lamy

To cite this version:

Valentin Lamy. Obligation d'achat d'énergie photovoltaïque : le préjudice né du défaut de notification d'une aide d'État à la Commission n'est pas indemnisable. Revue ALYODA : Revue de juriprudence de la Cour administrative d'appel de Lyon et des tribunaux administratifs de son ressort, 2021, 3. hal-04156368

HAL Id: hal-04156368

https://hal.science/hal-04156368

Submitted on 8 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Rev.jurisp. ALYODA, 2021, n°3

Obligation d'achat d'énergie photovoltaïque : le préjudice né du défaut de notification d'une aide d'État à la Commission n'est pas indemnisable

note de Valentin Lamy,

Docteur en droit, Chercheur postdoctoral à la Chaire de droit des contrats publics -

Equipe de droit public 4EDP ; EA 666) - Université Jean Moulin Lyon 3

Le « feuilleton contentieux » consécutif au moratoire sur les tarifs d'achat obligatoire d'énergie photovoltaïque se poursuit. Après de nombreuses décisions rendues par les juridictions commerciales, une société a porté l'affaire devant les juridictions administratives. N'ayant pas pu bénéficier des tarifs antérieurs au moratoire du fait d'une inertie d'ERDF, la société avait certes obtenu réparation devant les juridictions judiciaires, mais pas sur le chef de préjudice du manque à gagner. Elle s'est donc tournée vers le juge administratif pour demander réparation de ce préjudice en arguant qu'il était lié au défaut de notification du mécanisme à la Commission comme aide d'État. Après avoir effectivement qualifié l'obligation d'achat d'aide d'État, le tribunal a jugé que le préjudice de la société était non-réparable du fait de l'illégalité du mécanisme tirée de l'absence de notification.

Coupable… mais pas responsable ! C'est sans doute peu ou prou la réflexion qu'ont dû avoir les propriétaires de la société requérante à l'endroit de l'État et à la lecture du jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand ici commenté. Une pointe d'amertume que doivent partager de nombreux producteurs d'énergie photovoltaïque, plus encore après que le Conseil constitutionnel a validé les dispositions de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 qui ont réduit le tarif d'achat pour les contrats conclus avant 2010 (*CC, 28 déc. 2020, Loi de finances pour 2021, n° 2020-813 DC ;* v. sur ce point Ph. Terneyre, « La stabilité des relations contractuelles menacée par l'applicabilité immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours : illustration à partir de l'obligation d'achat dans la filière photovoltaïque », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2021, dossier 20) et, surtout, à la suite de plusieurs années de contentieux variés.

Pour rappel, afin de dynamiser la production d'énergie photovoltaïque et, ce faisant, promouvoir les énergies renouvelables, l'État a choisi, comme il l'a fait pour l'éolien, de mettre en place une obligation d'achat, à la charge d'ERDF, de l'électricité produite par la filière photovoltaïque. L'obligation est prévue à l'article 10 de la loi du 10 février 2000, aujourd'hui codifié à l'article L. 314-1 du Code de l'énergie. Deux décrets d'application des 6 décembre 2000 et 10 mai 2001 ont précisé les modalités permettant aux installations de bénéficier de l'obligation d'achat et un arrêté du 10 juillet 2006 a fixé les tarifs. À l'époque, la technologie photovoltaïque présentait un coût particulièrement élevé, ce qui explique que le Gouvernement ait institué des tarifs élevés, ceci « *afin de garantir une rentabilité minimale aux investisseurs* » (Y. Simmonet, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque rattrapé par la réglementation des aides d'État », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2016, n°4, comm. 28). Mais, le coût de telles installations allant décroissant, le Gouvernement a entendu baisser les tarifs de l'obligation d'achat, devenus très nettement supérieurs aux prix du marché. Ce fut chose faite avec deux arrêtés du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010, pour des tarifs toujours avantageux néanmoins. On a alors assisté à un effet d'aubaine, à une forte hausse des demandes de raccordement au réseau d'ERDF, de la part de producteurs souhaitant bénéficier de ces tarifs (et pressentant que la bonne affaire risquait de moins le devenir dans un avenir proche). Mais la hausse de ces demandes fut si importante – d'aucuns ont parlé de « *bulle spéculative* » (A. Fourmon,

« Les suites contentieuses du feuilleton du moratoire photovoltaïque et l'impossible réparation du préjudice lié à la perte de chance de bénéficier des tarifs photovoltaïques entre 2006 et 2010 », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2019, n°12, comm. 56) –, qu'ERDF ne put toutes les honorer dans les temps prévus par le règlement et que l'État posa finalement un moratoire par décret du 9 décembre 2010, suspendant ces tarifs pendant trois mois avant qu'un nouvel arrêté du 4 mars 2011 ne fixe des tarifs bien moins attractifs.

C'est précisément dans ce cadre que s'inscrivent les faits de l'affaire ayant donné lieu au jugement commenté. La SARL Esconergie, disposant d'installations de production d'énergie solaire sur le toit des bâtiments d'une exploitation agricole de la commune de Saint-Ferréol-d'Auroure en Haute-Loire, avait transmis à ERDF fin 2009 un dossier demandant son raccordement au réseau, afin de bénéficier de l'obligation d'achat. ERDF accusait réception du dossier le 18 mai 2010. À compter de cette date, s'ouvrait un délai de trois mois dans lequel ERDF était tenue de transmettre une proposition financière à la SARL Esconergie ; proposition qui, comme dans bien d'autres cas à cette période, ne vint jamais. La société fut ensuite informée, en février 2011 que sa demande était caduque du fait du moratoire. Elle dut donc attendre que le nouvel arrêté du 4 mars 2011 ne fût édicté pour réitérer sa demande, selon des tarifs inférieurs. Classiquement, la société porta dans un premier temps le contentieux devant les juridictions judiciaires, assignant ERDF (devenue Enedis) devant le tribunal de commerce du Puy-en-Velay pour réclamer des dommages et intérêts du fait de l'absence fautive de transmission d'une proposition financière ne lui ayant pas permis de bénéficier des tarifs d'achat obligatoire. Reconnaissant, sans difficulté, une telle faute, le tribunal de commerce engagea la responsabilité d'Enedis dans un jugement du 6 janvier 2017 et la condamna à verser à la SARL Esconergie la somme de 698 010 euros pour les chefs de préjudice du coût de réalisation en pure perte de l'installation photovoltaïque et de son manque à gagner. Saisie en appel, la cour d'appel de Riom ramena l'indemnité due à 108 745 par un arrêt du 5 décembre 2018, en considérant que le manque à gagner ne saurait être un préjudice indemnisable car se fondant sur un mécanisme constitutif d'une aide d'État illégale puisque non notifiée à la Commission européenne conformément aux stipulations de l'article 108 § 3 du TFUE.

Jusqu'ici, l'affaire dont s'agit ne présente pas de trait particulier par rapport à d'autres, nombreuses, portant sur des faits en tous points analogues. La spécificité de notre cas est que la SARL Esconergie ne s'en est pas tenue à cette action en responsabilité devant le juge judiciaire puisqu'après une demande préalable devant la préfecture de la Haute-Loire, elle a intenté un recours contentieux en responsabilité devant le TA de Clermont-Ferrand. Dans ses écritures, la société demandait l'engagement de la responsabilité pour faute de l'État du fait du défaut de notification de l'aide à la Commission européenne ; une faute qui, selon elle, avait fait naître un préjudice indemnisable de 588 265 euros, correspondant au manque à gagner, donc à l'indemnité retranchée par la cour de Riom pour les motifs précédemment évoqués.

La question posée était donc inédite en ce qui concerne l'obligation d'achat d'électricité produite par l'énergie radiative du soleil : le préjudice né du défaut de notification à la Commission européenne d'une aide d'État est-il indemnisable ? Après avoir qualifié, logiquement au regard de la jurisprudence européenne, les tarifs issus des arrêtés de 2010 d'aides d'État (**I**), le tribunal estime, de la même manière que les juridictions judiciaires, que l'illégalité de l'aide d'État rend un tel préjudice non-indemnisable, ce qui n'est pas sans susciter un certain nombre de questions (**II**).

I – L'obligation d'achat d'énergie photovoltaïque : une aide d'État

Initiée par des directives de 1996 et 1998, la libéralisation du secteur de l'énergie est aujourd'hui en voie d'achèvement. Naturellement, comme dans tout secteur libéralisé, cette ouverture à la concurrence s'accompagne de la soumission aux règles concurrentielles des traités, ce qui entraîne diverses conséquences d'importance : dans le secteur de l'électricité, la transformation d'EDF en société anonyme par la loi du 9 août 2004 – le statut d'établissement public ayant été considéré par la Commission comme générant, au profit d'EDF, « *une garantie, qui est illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant* » et qui, ce faisant, « *constitue une aide d'État* » (Com. européenne, 16 déc. 2003, Décision relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, JOUE du 22 fév. 2005, L49/9) – ou encore la fin programmée des tarifs réglementés, déjà enclenchée par la loi énergie et climat du 8 novembre 2019. En somme, comme le soulignait déjà M. Karpenschif en 2003, « *l'application au secteur de l'énergie des règles de*

concurrence est donc désormais une donnée objective dont nul opérateur ne saurait se départir » (« La notion d'aide d'État, application au secteur de l'énergie », *RJEP*, 2003, n°595, chron. 100016).

Dès lors, les mesures publiques de soutien économique au secteur de l'énergie se sont trouvées soumises au régime des aides d'État. Pour rappel, les traités européens ne proscrivent pas par principe les aides publiques à l'économie, mais prévoient « *une large incompatibilité assortie de dérogations* » (S. Nicinski, *Droit public des affaires,* 7ème éd., LGDJ, coll. « Précis Domat droit public », Paris, 2019, p. 451). Ces aides sont donc placées sous étroite surveillance en tant qu'elles portent en elles un risque de distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur. Définies à l'article 107 § 1 du TFUE, elles se caractérisent par la conjonction de quatre conditions cumulatives : il s'agit de mesures « *accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit* », qui « *affectent les échanges entre États membres* », « *faussent ou menacent de fausser la concurrence* » et enfin génèrent un avantage compétitif au profit de leur ou leurs bénéficiaires, lesquels doivent être qualifiés d'entreprises au sens du droit de l'Union européenne. Toute mesure répondant à cette définition doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne sauf à se voir annulée par le juge interne en cas de recours contentieux (CE, 2 juin 1993, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires, Lebon p.165).

En matière énergétique, il n'est donc pas étonnant que de nombreux mécanismes de soutien ou d'incitation aient dû, après la libéralisation, être analysés à travers le prisme du régime des aides d'État. Dans un premier temps, la Cour de justice a semblé faire montre d'une certaine mansuétude à l'égard de telles mesures, en témoigne l'affaire *PreussenElektra jugée le 13 mars 2001 (C-379/98)* jugée le 13 mars 2001 (C-379/98). Pour rappel, était en cause le mécanisme allemand contraignant les entreprises d'approvisionnement en électricité d'acheter à des prix supérieurs à ceux du marché la production d'énergie verte d'entreprises se situant dans leur zone d'approvisionnement. Alors que les éléments pouvant entraîner la qualification d'aide d'État étaient « *nombreux* » (*M. Karpenschif, loc. cit*.), la cour a opté pour une interprétation littérale du traité en estimant qu'étant entendu que la charge financière résultant de cette obligation était supportée par ces entreprises privées d'approvisionnement et les entreprises privées d'exploitation des réseaux électriques, il n'y avait « *aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État* » (CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra AG,* préc.), ce qui empêchait toute qualification d'aide d'État. Mais d'autres régimes, quelque peu différents, tombèrent bien sous cette qualification, l'on peut notamment mentionner les mécanismes espagnol (Trib. UE, 3 déc. 2014, Castelnou Energia, aff. T-57/11) et autrichien (Trib. UE, 11 déc. 2014, Commission c/ Autriche, aff. T-251/11). Concernant la France, la question de la nature du mécanisme d'achat obligatoire de l'énergie photovoltaïque a été précédée par celle d'un mécanisme analogue concernant l'énergie produite par les infrastructures éoliennes terrestres. Par une décision du 28 mai 2014 consécutive à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 19 déc. 2013, Assoc. Vent de colère !, aff. C-262/12) saisie d'une question préjudicielle l'année précédente (CE, 15 mai 2012, Assoc. Vent de colère !, n° 324852, Lebon T. p. 1060), le Conseil d'État a annulé les arrêtés fixant les tarifs d'achat obligatoire de l'énergie produite par l'éolien terrestre au motif que le mécanisme n'avait pas été notifié à la Commission alors qu'il revêtait la qualification d'aide d'État (CE, 28 mai 2014, Assoc. Vent de colère !, n° 324852, Lebon p. 150). Le point sur lequel le Conseil d'État avait interrogé les juges du plateau de Kirchberg était le suivant : il s'agissait de savoir si le financement des surcoûts imposés à ERDF et les autres distributeurs soumis à l'obligation d'achat pour des prix supérieurs au marché par une compensation intégrale au moyen de contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installés en France pouvait être qualifié d'intervention au moyen de ressources d'État, ce à quoi la Cour avait répondu par la positive.

En ce qui concerne le mécanisme dédié à l'énergie photovoltaïque, et plus particulièrement des arrêtés de 2010 ici en cause, c'est sur le terrain de la responsabilité devant les juridictions judiciaires qu'ils ont pu être vus comme des mécanismes constitutifs d'aides d'État. En effet, à l'occasion d'une demande d'indemnisation semblable au premier acte de notre affaire, la cour d'appel de Versailles, dans une attitude « *excessivement prudente* » (Y. Simmonet, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque est une intervention au moyen de ressources étatiques au sens du droit des aides d'État », *Énergie-Environnement-Infrastructures,* 2017, n°6, comm. 33) au vu du précédent éolien avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice en ce sens (CA Versailles, 8 déc. 2015, ERDF c/ SAS Ombrière le Bosc, n° 14/02549). Estimant la question analogue à celle, déjà tranchée, de l'éolien, la Cour statua par ordonnance en rappelant qu'un tel mécanisme de compensation dont la charge finale repose sur les consommateurs constitue une intervention au moyen de ressources de

l'État (CJUE, ord., 15 mars 2017, Enedis c/ SA Axa Corporate solutions, et SAS Ombrière Le Bosc, aff. C-515/16). C'est donc par analogie que le TA de Clermont-Ferrand, dans des motifs lapidaires, qualifie le mécanisme d'obligation d'achat d'énergie photovoltaïque d'aide d'État, les trois autres conditions ne faisant pas débat. Est donc une nouvelle fois confirmée la portée large que le droit européen accorde à la condition d'intervention au moyen de ressources d'État depuis la jurisprudence *Van der Kooy* (CJCE, 2 fév. 1988, Van der Kooy c/ Commission, aff. 67, 68 et 70/85). C'est dire si l'incitation économique – y compris afin d'atteindre des objectifs environnementaux – demeure fortement sous l'œil inquisiteur de l'Union européenne.

Mais notre affaire concernait avant tout une question de responsabilité de l'État que la qualification d'aide d'État n'a pas permis d'engager.

II – Le préjudice né de la faute de l'État du fait de l'absence de notification de l'aide à la Commission : un caractère non-indemnisable

Afin de rejeter les conclusions indemnitaires de la société requérante, le rapporteur public (que nous remercions pour l'aimable communication de ses conclusions) envisageait deux hypothèses. La première empruntait la voie de l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice de la victime. En effet, le préjudice, ici constitué par le manque à gagner de la SARL Esconergie n'était, à tout bien y réfléchir et en application de la théorie de la causalité adéquate, guère imputable à la faute de l'État de ne pas avoir notifié les tarifs à la Commission, mais plutôt à ERDF pour son inertie. Mais ce n'est pas sur ce terrain que le tribunal administratif de Clermont s'est placé.

La seconde hypothèse évoquée par le rapporteur public consistait à dire qu'étant entendu que selon la jurisprudence récente du Conseil d'État, le paiement d'une aide illégalement accordée « *ne peut constituer un préjudice indemnisable dès lors que l'État est tenu à la récupération de l'aide* » (CE, 7 juin 2017, Sté Le Muselet Valentin, n° 386627, Lebon T. p. 496 à propos d'un avantage fiscal constitutif d'une aide d'État), il en allait de même pour le préjudice du manque à gagner fondé sur le non-bénéfice d'un mécanisme d'aide illégal car non notifié à la Commission. C'est dans cette direction que s'est tournée la formation de jugement, dans un remarquable alignement avec la jurisprudence judiciaire. En effet, s'il a pu arriver à la Cour de cassation de confirmer un arrêt de cour d'appel qui avait condamné ERDF à indemniser une société de production d'énergie photovoltaïque pour son manque à gagner – dans une configuration analogue à notre affaire – c'était simplement parce que l'illégalité des arrêtés tarifaires au regard du droit des aides d'État n'avait pas été excipée devant les juridictions du fond et que le moyen, présenté pour la première fois en cassation n'avait pas été jugé recevable (Com., 9 juin 2015, ERDF et Sté Axa c/ Sté Green Yellow Hyères Sup, n° 14-15.074, 14-15.123 et 14-15.592, au Bull.). Lorsque le moyen tiré de l'illégalité du mécanisme du fait de l'absence de notification à la Commission a été avancé, le juge judiciaire a considéré que le préjudice du manque à gagner ou de la perte de change d'en bénéficier n'était, en tout état de cause, « *pas réparable* » (Com., 18 sept. 2019, Sté Corsica Sole 2 c/ ERDF, n° 18-12.601, au Bull.). Dans son attendu, la Chambre commerciale justifie sa position en invoquant, outre la fameuse jurisprudence *Saumon* (CJCE, 21 nov. 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ France, aff. C-354/90), un arrêt de la Cour de justice de 2006 aux termes duquel « *une décision de la Commission déclarant une aide non notifiée compatible avec le marché commun n'a pas pour conséquence de régulariser,* a posteriori*, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par cette disposition* » (CJCE, 5 oct. 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich, aff. C 368/04 *; V. également* CJUE, 23 janv. 2019, Presidenze del Consiglio dei Ministri c/ Fallimento Traghettidel Mediterraneo, aff. C-387/17). Elle en déduit qu'en l'absence de toute régularisation possible d'un défaut de notification à la Commission, le préjudice de perte de chance d'obtenir l'aide ou du manque à gagner du fait de ne pas l'avoir obtenue ne saurait être indemnisable. C'est exactement le même raisonnement que tient le rapporteur public dans ses conclusions, en estimant ce préjudice non réparable « *par principe* » et que l'on retrouve au considérant 14 du jugement commenté.

Une telle position, particulièrement rigide, traduit à l'évidence une attitude de prudence de la part des juges nationaux. Elle laisse en effet supposer que le seul défaut de notification d'une aide d'État à la Commission aboutit en toute circonstance à la nullité de la mesure nationale et, partant, à la disparition de l'ensemble de ces effets, ce qui devrait donc se traduire en pratique et en cas de versement d'une telle aide déclarée illégale par la récupération de l'aide. Ce n'est pourtant pas aussi

simple que cela puisque depuis un arrêt *CELF I* de 2008, la Cour de justice a estimé que les juridictions nationales n'étaient pas tenues « *d'ordonner la récupération d'une aide mise à exécution en méconnaissance de l'obligation de notification de l'article 88 § 3 – aujourd'hui 108 63, lorsque la Commission (…) a adopté une disposition finale constatant la compatibilité de ladite aide avec le marché commun* » (CJCE, 12 fév. 2008, Centre d'exportation du livre français, aff. C-199/06). En pareil cas, le juge national n'est tenu que d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le versement d'intérêts couvrant la période d'illégalité, c'est-à-dire la période entre l'entrée en vigueur de l'aide et sa validation *in fine* par la Commission, ce qui est d'ailleurs finalement arrivé concernant le mécanisme d'obligation d'achat d'électricité éolienne (CE, 15 avril 2016, Assoc. Vent de colère !, n° 393721, Lebon p. 138). Ce n'est donc que si la Commission ne valide pas l'aide que celle-ci doit être récupérée par l'État (nous épargnons au lecteur l'hypothèse dans laquelle où les juridictions européennes annulent la décision de la Commission : v. CJCE, 11 mars 2010, Centre d'exportation du livre français, aff. C-1/09).

Apparaît dès lors une disjonction entre deux situations distinctes. D'une part, lorsque l'aide est octroyée, notifiée tardivement à la Commission qui finalement la valide, le juge n'est pas tenu d'ordonner la récupération, mais simplement le versement d'intérêts pour la période d'illégalité. Il y a donc une forme de semi-régularisation du défaut de notification. D'autre part, lorsque l'aide n'est pas octroyée à un bénéficiaire qui en aurait eu droit, ni notifiée à la Commission, comme cela est le cas dans notre affaire, le juge considère qu'en tout état de cause, le préjudice de la perte de chance n'est pas réparable. Une question se pose nécessairement : qu'en serait-il si une telle aide était finalement validée par la Commission ? Le raisonnement ici tenu par le tribunal administratif ne tiendrait plus compte tenu de la logique de la jurisprudence CELF I : rappelons que dans sa décision précitée Sté Le Muselet Valentin, le Conseil d'État avait lié dans ses motifs le caractère non-indemnisable d'un tel préjudice avec l'obligation faite à l'État de récupérer l'aide. Si cette obligation tombe du fait de la validation du mécanisme, quid du caractère non-réparable du préjudice ?

Il y a onze ans, un auteur constatait déjà que le contentieux de la responsabilité de l'État du fait du défaut de notification d'aides d'État à la Commission restait « hypothétique » (F. Mauget, « Lumière sur un contentieux obscur : peut-on s'opposer efficacement à la récupération d'aides d'État indûment perçues ? », Dr. fisc., 2010, n° 47, 566). Force est de constater que le sujet n'est toujours pas épuisé.