

Les aides à l'électricité d'origine renouvelable : vers un nouveau paradigme ?

Les objectifs européens en matière de développement des énergies renouvelables et de décarbonation ont entraîné la mise en place de nombreux mécanismes nationaux de soutien à la production d'électricité d'origine renouvelable. Selon leur ampleur et leur design, ces mécanismes de soutien peuvent constituer des aides d'État au sens du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Des lignes directrices relatives aux aides à l'environnement ont donc été élaborées afin de simplifier et de faciliter leur contrôle et d'examiner leur compatibilité au regard des objectifs européens en matière de concurrence ou d'environnement. À l'heure où la Commission européenne a lancé une consultation sur le projet de révision des lignes directrices, quels sont les risques et perspectives pour les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables ? Regards croisés.



Anouk DARCET-FELGEN

Avocat à la Cour
BMH Avocats



Et Sébastien DOUGUET

Économiste
Microeconomix

→ RLC 2551

Revue Lamy de la concurrence : Comment s'articulent analyse économique et droit de la concurrence en matière d'aides d'État ?

Sébastien Douguet : Selon les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2010, deux tests doivent être mis en œuvre pour apprécier la licéité des aides d'État : un test de qualification permettant de vérifier si une mesure d'aide constitue une aide d'État, et un test de compatibilité permettant de vérifier si les aides d'État ne contreviennent pas aux règles de fonctionnement du marché intérieur.

L'analyse économique joue un rôle central à la fois dans l'étude de la qualification et dans le contrôle de la compatibilité de l'aide. Elle permet de tester si la mesure d'aide examinée confère effectivement un avantage économique sélectif et si elle est susceptible de distordre la concurrence et les échanges aux frontières, conditions nécessaires pour la qualifier d'aide d'État. Elle permet également d'évaluer dans quelle mesure les aides qualifiées pourraient cependant être considérées compatibles avec le marché intérieur, notamment en étudiant si elles répondent à une problématique d'intérêt général, et si les bénéfices sont supérieurs aux distorsions qu'elle emporte. C'est ce que la Commission appelle le *balancing test*.

La Commission européenne a également élaboré les lignes directrices sur la base des enseignements de l'analyse économique afin de simplifier les tests d'évaluation de certains types

d'aides spécifiques. Depuis 2008, les lignes directrices pour les aides à l'environnement permettent une approche simplifiée pour évaluer des mécanismes de soutien au renouvelable. Il est en effet possible d'examiner dans quelle mesure des mécanismes de soutien sont compatibles selon leur design et leurs caractéristiques. Ceci constitue une avancée par rapport aux termes du traité selon lesquels un examen approfondi serait nécessaire afin d'analyser si chaque mécanisme permet de réduire des externalités générées par la production d'électricité renouvelable (par ex., recherche et développement, effets d'apprentissage) et d'identifier les éventuelles distorsions associées (par ex., les effets de la priorité d'injection de l'électricité d'origine renouvelable sur la flexibilité du système électrique et les prix du marché).

Anouk Darcet-Felgen : S'agissant de la qualification d'une aide en « aide d'État », le débat devant les autorités de la concurrence porte très souvent sur le caractère « sélectif » de l'aide. La Commission européenne présume en effet que tout avantage sélectif fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte le commerce entre États membres, dès lors qu'il existe des échanges dans les domaines d'activités des entreprises qui en bénéficient. Dans ce cadre, l'analyse économique permet de mesurer si une aide a pour effet de faire naître des échanges dans le domaine d'activités en cause. Si ce critère n'est pas rempli, la qualification d'aide d'État au sens du TFUE peut être écartée.



Par ailleurs, le rôle de l'analyse économique a été accru depuis le « Plan d'Action dans le domaine des aides d'État » publié par la Commission européenne en 2005 et qui a notamment insisté sur la nécessité de tenir compte, pour apprécier la compatibilité d'une aide d'État, des « défaillances du marché », telles que les externalités ou l'insuffisance d'informations entre les acteurs, critères qui relèvent nécessairement d'une analyse économique.

L'analyse économique est également extrêmement prégnante et sous-jacente à l'application de critères juridiques dans les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, JOUE 1^{er} avr. 2008, n° C 82), qui utilisent notamment à l'article 1.3.5., la notion de « coûts admissibles » prise en compte pour apprécier la proportionnalité de l'aide. Ces coûts sont définis comme « les coûts supplémentaires (nets) nécessaires pour atteindre les objectifs fixés en matière d'environnement ». Leur calcul suppose de réaliser une analyse économique de la structure de coûts d'une entreprise.

On peut donc dire qu'en matière d'aides d'État, comme dans le droit antitrust, l'analyse économique est fondamentale, aussi bien pour apprécier l'existence ou non d'une aide d'État que pour vérifier la compatibilité de cette aide avec la réglementation communautaire.

RLC : Ce début d'année se révèle très mouvementé en ce qui concerne les aides d'État dans le domaine de l'énergie. En particulier, les mécanismes de soutien au renouvelable pourraient être remis en cause. Quelles sont les évolutions auxquelles nous assistons, et devons-nous envisager des changements importants dans la manière dont les mécanismes de soutien sont conçus ?

A. D.-F. : La multiplication des aides à l'environnement et, plus particulièrement, des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables depuis le début des années 2000, s'est accompagnée d'une évolution juridique et jurisprudentielle très marquée sur un des critères de contrôle des aides d'État, à savoir celui selon lequel une aide d'État doit conférer un avantage au moyen de « ressources d'État » ou d'une « charge supplémentaire pour l'État ».

La pratique de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne se sont affinées au fur et à mesure que les États membres mettaient en œuvre des mécanismes de soutien de plus en plus élaborés.

Les soubresauts récents auxquels nous avons assisté dans le domaine des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables font suite, d'une part, à une question préjudicielle posée par une juridiction nationale sur saisine d'opposants aux énergies renouvelables et, d'autre part, à une plainte déposée auprès de la Commission européenne par une association de consommateurs d'énergie visant deux États, la France et l'Allemagne, qui ont omis de notifier les changements – parfois assez anciens – de leurs mécanismes respectifs et se trouvent de ce fait exposés à un risque juridique fort. Il ne faut cependant pas, à notre sens, y voir un changement profond du contrôle des régimes d'aides.

Par ailleurs, il convient de rappeler que, par le passé, un très grand nombre d'aides à la protection de l'environnement ont été déclarées compatibles avec les règles communautaires. Entre 2004 et 2012, la DG concurrence et la DG agriculture ont rendu 408 décisions au titre de la protection de l'environnement. Sur ces 408 déci-

sions, auxquelles il convient de retirer 19 décisions dans lesquelles la mesure n'a pas été qualifiée d'aide d'État, la Commission européenne a émis 352 décisions ne relevant pas d'infractions aux règles de concurrence au stade de l'examen préliminaire. Seules 14 affaires ont fait l'objet d'une phase formelle d'examen, dont aucune ne concerne la France. 12 ont fait l'objet d'une décision de compatibilité, seules deux aides notifiées ont été déclarées incompatibles.



En matière d'aides d'État, comme dans le droit antitrust, l'analyse économique est fondamentale, aussi bien pour apprécier l'existence ou non d'une aide d'État que pour vérifier la compatibilité de cette aide avec la réglementation communautaire.

En revanche, les futures lignes directrices pour la protection de l'environnement actuellement en discussion, portent en elles des mutations plus profondes quant à la nature des aides aux énergies renouvelables qu'il est possible d'accorder.

S. D. : La nature des mutations à venir dépend de l'horizon temporel considéré.

À court terme, la conception et l'usage des mécanismes de soutien risquent d'être impactés par l'incertitude juridique actuelle liée aux évolutions de jurisprudence. Cette incertitude peut notamment entraîner des effets économiques potentiellement négatifs pour les technologies aidées, dont le coût du capital pourrait par exemple augmenter. Les mécanismes de soutien devraient alors évoluer en conséquence pour répondre et minimiser ce risque juridique, afin de ne pas compromettre la réalisation des objectifs en matière de développement des technologies aidées.

À plus long terme, certains mécanismes qui n'étaient pour le moment pas qualifiables d'aides d'État, ou dont la qualification était incertaine au vu de la jurisprudence, pourraient le devenir. Dans ce cas, leur conception devrait évoluer pour assurer leur conformité au cadre légal européen, soit en adaptant le mécanisme pour éviter la qualification d'aide d'État, soit en s'assurant de la compatibilité du mécanisme avec le traité et les lignes directrices.

Si l'on regarde le mécanisme de soutien français à l'énergie éolienne aujourd'hui remis en cause, les modifications qui pourraient être apportées sont de deux ordres. Il pourrait s'agir d'une modification de la structure financière du mécanisme et du rôle de la Caisse des dépôts. Le mécanisme futur pourrait alors échapper à une qualification en aide d'État. Il pourrait aussi s'agir de vérifier si le mécanisme existant, s'il avait été notifié, aurait répondu aux critères de compatibilité, et de l'adapter en conséquence.

RLC : Au-delà de la problématique de définition des aides, c'est également l'ensemble du régime de compatibilité qui risque d'évoluer. De nouvelles consultations sont en cours pour élaborer les lignes directrices qui s'appliqueront au renouvelable à partir de 2015. Quels sont les enjeux principaux de cette réforme ?

S. D. : Les nouvelles lignes directrices ont un double objectif. Il s'agit d'élargir leur portée à l'énergie dans son ensemble et notamment d'intégrer les problématiques d'infrastructure, d'effi-

capacité énergétique et d'adéquation de la production. Il s'agit également de revoir les critères de compatibilité pour les aides environnementales, en particulier pour les énergies renouvelables.

Les enjeux liés à ce second objectif sont cruciaux, car le contexte a considérablement évolué depuis les précédentes lignes directrices. On est passé d'un développement mesuré à un développement massif des énergies renouvelables. Si les objectifs en termes de décarbonation et de production renouvelable suffisaient auparavant à justifier les aides, ce n'est plus le cas aujourd'hui pour deux raisons principales. D'une part, certaines technologies renouvelables sont proches du seuil de rentabilité et les aides qui leur sont conférées n'ont plus de sens au niveau économique. D'autre part, les objectifs en matière de concurrence supplantent aujourd'hui les objectifs environnementaux et énergétiques, qui avaient largement bénéficié de la dynamique déclenchée à Kyoto. Ceci est notamment dû au fait que les distorsions de concurrence et des échanges caractéristiques des mécanismes de soutien actuels (par ex., conséquences sur les mix énergétiques et fermetures de centrales dans d'autres pays) sont devenues de plus en plus prégnantes au fur et à mesure que l'électricité d'origine renouvelable s'est développée.

Si le contenu final des nouvelles lignes directrices reste encore incertain, il est possible que des ajustements majeurs y figurent pour prendre en compte ces évolutions. Dans leur version finale, les lignes directrices pourraient ainsi favoriser les mécanismes de marché et la restauration des principes de concurrence. On pourrait assister à un retour à une application plus stricte des critères de l'article 107 du traité et du *balancing test* au détriment des simplifications apportées par les précédentes lignes directrices pour apprécier les aides à la production d'électricité d'origine renouvelable. Pour bénéficier de mécanismes de soutien, les technologies les plus matures seraient alors sélectionnées à l'issue de procédures d'appel d'offres. Ces procédures devraient s'accompagner d'un contrôle plus strict des aides au regard des critères de compatibilité, notamment en termes de proportionnalité et d'incitation.

A. D.-F. : Selon le projet mis à disposition par la Commission européenne, les prochaines lignes directrices sur la protection de l'environnement sont marquées par une évolution assez nette des

critères de compatibilité et, *in fine*, de la conception générale des aides en faveur de l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables. La Commission européenne distingue les aides accordées aux technologies « déployées » de celles visant les technologies « non déployées », sans définir ces deux notions. Pour les premières, le changement majeur devrait consister à rapprocher les producteurs d'énergie renouvelable des « prix du marché », l'aide d'État étant compatible si elle prend la forme d'une « prime de rachat » ou d'un « tarif de rachat », versé en sus du « prix du marché » aux producteurs. Ces derniers devront se soumettre à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution de cette prime comme l'a indiqué Sébastien.

Pour les technologies « moins déployées », l'aide, qui prend la forme d'une « prime de rachat ou de mesures équivalentes », serait considérée comme compatible si elle n'excède pas la différence entre les coûts totaux de l'énergie produite et le prix de marché du type d'énergie concerné.

L'alternative à la « prime » ou au « tarif de rachat » serait la mise en place de « certificats verts », c'est-à-dire d'un autre mécanisme de marché. La mise en place de ce mécanisme est toutefois encadrée par la nécessité pour les États membres de justifier, notamment, son caractère essentiel pour viabiliser les sources d'énergie renouvelables concernées. Les États devraient également démontrer qu'il n'entraînerait pas de surcompensation avec le temps.

Les grands principes permettant d'apprécier la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur restent, pour l'essentiel, inchangés, en particulier le *balancing test*.

La réforme des lignes directrices en cours semble donc ériger en principe le respect des règles de concurrence au stade de l'attribution des aides en faisant de la soumission de l'octroi de l'aide à une procédure de mise en concurrence un critère de compatibilité de l'aide. Il s'agit là d'une évolution majeure pour de nombreux systèmes d'aides à la production d'énergie de sources renouvelables en vigueur dans de nombreux États européens, dont le système français d'obligation et de tarif d'achat. ■

Propos recueillis par **Chloé MATHONNIERE**
Rédactrice en chef