

statuant
au contentieux

N^{os} 401755, 401756

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ASSOCIATION VENT DE COLERE !
FEDERATION NATIONALE et autre

Mme Céline Guibé
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies)

Mme Emilie Bokdam-Tognetti
Rapporteur public

Sur le rapport de la 9^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 23 mars 2018
Lecture du 13 avril 2018

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le numéro 401755, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 25 juillet et 25 octobre 2016 et le 22 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association Vent de Colère ! Fédération nationale et l'association Fédération environnement durable demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération prévus aux articles L. 314-1 et L. 314-18 du code de l'énergie et complétant les dispositions du même code relatives aux appels d'offres et à la compensation des charges de service public de l'électricité ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

2° Sous le numéro 401756, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 25 juillet et 25 octobre 2016 et le 22 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association Vent de Colère !

Fédération nationale et l'association Fédération environnement durable demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant la liste et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L. 314-21 du code de l'énergie ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- le règlement 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 ;
- le règlement n° 784/2004 de la Commission du 21 avril 2004 ;
- la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 ;
- la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ;
- le code de l'énergie ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Céline Guibé, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Marlange, de la Burgade, avocat de l'association Vent de Colère ! Fédération nationale et l'association Fédération environnement durable.

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes des associations Vent de Colère ! Fédération nationale et Fédération environnement durable présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Aux termes de l'article L. 314-1 du code de l'énergie, dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : « *Sous réserve de la nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, Electricité de France et (...) les entreprises locales de distribution chargées de la fourniture sont tenues de conclure, lorsque les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par les installations dont la liste et les caractéristiques sont précisées par décret (...)* ». Aux termes de l'article L. 314-18 du même code, créé par la loi du 17 août 2015 : « *Sous réserve de la nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, Electricité de France est tenue de conclure, lorsque les producteurs intéressés en font la demande, un contrat offrant un complément de rémunération pour les installations implantées sur le territoire métropolitain continental, dont la liste et les caractéristiques sont précisées par décret (...)* ». Les associations Vent de colère ! Fédération nationale et Fédération environnement durable demandent l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 27 mai 2016 qui fixe les conditions dans lesquelles les installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables peuvent bénéficier des dispositifs prévus par ces articles ainsi que du décret du 28 mai 2016 qui fixe la liste des installations éligibles à ces dispositifs.

Sur l'intervention de l'Association France Energie Eolienne et du Syndicat des énergies renouvelables :

3. L'Association France Energie Eolienne et le Syndicat des énergies renouvelables ont intérêt au maintien des décrets attaqués. Dès lors, leurs interventions sont recevables.

Sur la légalité du décret du 27 mai 2016 :

En ce qui concerne la légalité externe :

4. En premier lieu, les dispositions des articles 35 à 37 de la directive 2009/72 du 13 juillet 2009, relatives à la désignation et aux garanties d'indépendance des autorités de régulation nationales, à leurs objectifs généraux et à leurs missions et compétences, n'imposent pas que la mise en œuvre par un Etat membre de mesures d'aides en faveur des installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables soit précédée d'un avis conforme de l'autorité de régulation nationale. Le moyen tiré de ce que, en l'absence d'avis conforme de la Commission de régulation de l'énergie, le décret du 27 mai 2016 méconnaîtrait les objectifs de la directive sur ce point, ne peut, par suite, qu'être écarté.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « *1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. (...)* ». Selon le paragraphe 3 de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *La Commission est informée, en temps utile pour*

présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale. ». Aux termes de l'article 2 du règlement du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *Sauf indication contraire dans tout règlement pris en application de l'article 109 du TFUE ou de toute autre disposition pertinente de ce dernier, tout projet d'octroi d'une aide nouvelle est notifié en temps utile à la Commission par l'État membre concerné* ». Aux termes de l'article 1^{er} de ce règlement : « *Aux fins du présent règlement, on entend par: (...) «aide nouvelle» : toute aide, c'est-à-dire tout régime d'aides ou toute aide individuelle, qui n'est pas une aide existante, y compris toute modification d'une aide existante; d) «régime d'aides» : toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides 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* ». L'article 4 du règlement 784/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement du Conseil du 22 mars 1999, remplacé par le règlement du Conseil du 13 juillet 2015, précise à son paragraphe 1 que la modification d'une aide existante désigne « *tout changement 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.* »

6. L'article R. 314-12 du code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'article 3 du décret du 27 mai 2016, fixe, en application des dispositions des articles L. 314-4 et L. 314-20 du code de l'énergie, les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'énergie et de l'économie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions de l'obligation d'achat et les conditions du complément de rémunération pour l'électricité produite par les installations éligibles. Il prévoit que les arrêtés précisent, notamment, le tarif d'achat de l'électricité ou les caractéristiques du complément de rémunération, pour la filière considérée, ainsi que la durée des contrats conclus. Il résulte de ces dispositions que la possibilité pour les producteurs intéressés de demander le bénéfice de l'obligation d'achat ou du complément de rémunération est subordonnée à l'intervention, pour chacune des filières concernées, des arrêtés prévus à l'article R. 314-12 du code de l'énergie.

7. D'une part, le régime d'aides d'Etat à la production d'électricité à partir d'installations éoliennes terrestres qui repose sur l'obligation d'achat prévue à l'article L. 314-1 du code de l'énergie, dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 août 2015, a été notifié le 11 octobre 2013 à la Commission européenne qui, par une décision du 27 mars 2014, l'a déclaré compatible avec le marché intérieur. S'agissant de l'obligation d'achat, le décret attaqué se borne à encadrer les modalités de présentation et d'instruction des demandes présentées par les producteurs d'électricité pour obtenir la conclusion d'un contrat d'achat ainsi que les modalités de suspension et de résiliation de ces contrats, y compris de ceux qui sont conclus à l'issue d'un appel d'offres, et précise les obligations de transmission de données s'imposant aux gestionnaires de réseaux d'électricité. Ces modifications ne sont pas de nature à influencer l'évaluation de la compatibilité de ce régime d'aides avec le marché intérieur. Dès lors, le moyen tiré de ce que les modifications apportées au régime de l'obligation d'achat imposaient la notification du décret attaqué à la Commission européenne ne peut être accueilli.

8. D'autre part, la mise en œuvre du nouveau régime d'aides reposant sur le dispositif du complément de rémunération, prévu à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, était subordonnée à l'intervention de l'arrêté prévu à l'article R. 314-12 du code de l'énergie. Par suite, le décret du 27 mai 2016 n'institue pas un nouveau régime d'aides qui serait applicable sans mesures d'application supplémentaires, au sens des dispositions de l'article 108 TFUE, précisées par l'article 1^{er} du règlement du 13 juillet 2015. Les associations requérantes ne sont donc pas fondées à soutenir qu'il devait être précédé d'une notification à la Commission européenne.

En ce qui concerne la légalité interne :

9. En premier lieu, ni les dispositions de l'article 3 de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, relatives aux obligations de service public et à la protection des consommateurs, ni celles de ses articles 35 à 37, relatives à la désignation et aux garanties d'indépendance des autorités de régulation nationales, à leurs objectifs généraux et à leurs missions et compétences, n'imposent aux Etats-membres de confier aux autorités de régulation nationales le pouvoir de fixer ou d'approuver les conditions applicables aux aides accordées en faveur des installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables. Dès lors, les associations requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en attribuant aux ministres chargés de l'énergie et de l'économie le pouvoir de fixer les conditions d'achat et les conditions spécifiques du complément de rémunération pour l'électricité produite par les installations éligibles sur avis de la Commission régulation de l'énergie, l'article R. 314-12 du code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'article 3 du décret du 27 mai 2016, aurait méconnu les objectifs de la directive.

10. En deuxième lieu, les requérantes ne peuvent utilement invoquer à l'encontre du décret attaqué les lignes directrices du 27 juin 2014 concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie issues d'une communication de la Commission du 28 juin 2014 sans remettre en cause l'appréciation que la Commission est susceptible de porter sur la compatibilité des régimes d'aides institués par les arrêtés pris pour l'application de l'article R. 314-12 du code de l'énergie. Or il ressortit à la compétence exclusive de la Commission de décider, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles que mentionne l'article 107 TFUE est ou non, compte tenu des dérogations qui sont prévues compatible avec le marché intérieur. Les moyens tirés de ce que le décret du 27 mai 2016 méconnaîtrait, sur plusieurs points, ces lignes directrices ne peuvent donc qu'être écartés.

11. En troisième lieu, aux termes de l'article L. 314-7 du code de l'énergie : *« Les contrats conclus en application de la présente section (...) prévoient des conditions d'achat prenant en compte les coûts d'investissement et d'exploitation évités par ces acheteurs, auxquels peut s'ajouter une prime prenant en compte la contribution de la production livrée ou des filières à la réalisation des objectifs définis au deuxième alinéa de l'article L. 121-1. Le niveau de cette prime 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. / Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des coûts évités et des charges mentionnées aux articles L. 121-7 et L. 121-8 »*. Les associations requérantes soutiennent que le décret attaqué méconnaît ces dispositions en ce qu'il crée plusieurs effets d'aubaine au bénéfice des producteurs d'électricité d'origine éolienne. Elles critiquent la

coexistence des dispositifs d'obligation d'achat et de complément de rémunération et soutiennent que les effets de cette coexistence sont aggravés par les dispositions de l'article R. 314-29 du code de l'énergie, issues de l'article 3 du décret du 27 mai 2016, qui permettent aux producteurs d'installations ayant conclu un contrat d'achat d'en obtenir la résiliation par anticipation pour bénéficier du complément de rémunération tout en conservant la possibilité, dans un délai fixé par arrêté, de reprendre leur contrat initial sans être soumis à une indemnité de résiliation. Toutefois, le décret du 27 mai 2016 ne permet pas aux producteurs de cumuler les avantages résultant de ces deux régimes d'aides. Par ailleurs, si les requérantes critiquent la possibilité de bénéficier d'un nouveau contrat d'obligation d'achat à l'échéance d'un premier contrat, une telle possibilité résulte des termes mêmes de l'article L. 314-2 du code de l'énergie, dont les dispositions des articles R. 314-19 et R. 314-20 du code de l'énergie, modifiées par l'article 3 du décret du 27 mai 2016, se bornent à préciser les modalités d'application. Les dispositions de l'article L. 314-7 du code de l'énergie n'ont, dès lors, pas été méconnues.

12. En quatrième lieu, l'article L. 314-7 du code de l'énergie, qui prévoit la révision périodique des tarifs d'achat fixés par arrêté ministériel, n'impose pas au pouvoir réglementaire de définir par décret des mesures de suivi de la mise en œuvre des dispositifs de l'obligation d'achat et du complément de rémunération, ni des mesures de correction des compensations excessives éventuellement constatées. Par suite et en tout état de cause, les requérantes ne peuvent utilement faire valoir que le décret du 27 mai 2016 aurait dû prévoir de telles mesures.

13. En cinquième lieu, le décret du 27 mai 2016 ne fixe pas la liste des installations éligibles aux dispositifs de l'obligation d'achat et du complément de rémunération. Dès lors, les requérantes ne peuvent pas utilement soutenir qu'il méconnaîtrait le principe d'égalité devant la loi en ouvrant le bénéfice des deux mesures de soutien aux seules installations utilisant l'énergie mécanique du vent.

14. En dernier lieu, le moyen tiré de ce que la structure du complément de rémunération fixé par le décret du 27 mai 2016 ne permettrait pas d'assurer l'exposition au marché des producteurs concernés n'est pas assorti des précisions suffisantes pour permettre d'en apprécier le bien fondé.

15. Il résulte de tout ce qui précède que les associations requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation du décret du 27 mai 2016.

Sur la légalité du décret du 28 mai 2016 :

16. En premier lieu, les dispositions des articles 35 à 37 de la directive 2009/72 du 13 juillet 2009 n'imposent pas que la définition par un Etat membre des catégories d'installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables éligibles à des mesures d'aides soit précédée d'un avis conforme de l'autorité de régulation nationale. Le moyen tiré de ce que, en l'absence d'avis conforme de la Commission de régulation de l'énergie, le décret du 28 mai 2016 méconnaîtrait les objectifs de la directive sur ce point ne peut, par suite, qu'être écarté.

17. En deuxième lieu, le décret du 28 mai 2016, dont l'application est subordonnée à l'intervention des arrêtés prévus par l'article R. 314-12 du code de l'énergie,

n'institue pas un régime d'aide qui serait applicable sans mesures d'application supplémentaires, au sens des dispositions de l'article 108 TFUE citées au point 5 ci-dessus. Les associations requérantes ne sont donc pas fondées à soutenir qu'il devait faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne.

18. En troisième lieu, le décret du 28 mai 2016 n'a pas été pris pour l'application du décret du 27 mai 2016 mais pour celle des articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L. 314-21 du code de l'énergie. Dès lors, les associations requérantes ne peuvent utilement, en tout état de cause, exciper de l'illégalité du décret du 27 mai 2016 à l'appui de leurs conclusions tendant à l'annulation du décret du 28 mai 2016.

19. En quatrième lieu, les requérantes ne peuvent utilement invoquer les lignes directrices du 27 juin 2014 concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie issues d'une communication de la Commission du 28 juin 2014 à l'encontre du décret du 28 mai 2016.

20. En cinquième lieu, en prévoyant que les installations utilisant l'énergie mécanique du vent sont éligibles au dispositif de l'obligation d'achat et du complément de rémunération sans restriction relative à leurs caractéristiques, le décret du 28 mai 2016 n'a pas, compte tenu des spécificités des installations éoliennes par rapport aux installations utilisant des autres sources d'énergie renouvelable, méconnu le principe d'égalité devant la loi.

21. En dernier lieu, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 314-7 du code de l'énergie n'est pas assorti des précisions suffisantes pour permettre d'en apprécier le bien fondé.

22. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête, que les associations requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation du décret du 28 mai 2016.

23. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Ces dispositions font également obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par l'Association France Energie Eolienne, qui n'est pas partie à l'instance.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de l'association France Energie Eolienne et du Syndicat des énergies renouvelables sont admises.

Article 2 : Les requêtes présentées par l'association Vent de Colère ! Fédération nationale, et l'association Fédération environnement durable sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'association France Energie Eolienne au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'association Vent de Colère ! Fédération nationale, à l'association Fédération environnement durable, au Premier ministre, au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire, au ministre de l'économie et des finances, à la Commission de régulation de l'énergie, à l'Association France Energie Eolienne et au Syndicat des énergies renouvelables.