

Mécanismes de capacité et contrôle des aides d'État : quelle stratégie pour la Commission ?

À l'heure où la Commission a rendu publiques les premières conclusions de son enquête sectorielle sur les mécanismes de capacité lancée il y a un peu plus d'un an, et où elle a engagé une réflexion sur la définition d'une nouvelle organisation des marchés de l'électricité, il est nécessaire de s'interroger sur le rôle du contrôle des aides d'État comme instrument de politique énergétique européenne.

Entre surdimensionnement des investissements, inefficacité productive et choix politiques douteux, l'ancienne structure industrielle horizontalement et verticalement intégrée des marchés électriques, on l'oublie souvent, laissait à désirer. En permettant aux investisseurs en capacité de production, privés ou publics, d'être rémunérés sur le seul fondement de l'énergie effectivement produite, la main invisible du marché libéralisé devait fournir aux opérateurs les incitations nécessaires à l'établissement, pour le bien commun, d'un portefeuille de technologie diversifié, optimalement situé et calibré.

Plus de vingt ans après l'ouverture des marchés, force est pourtant de constater qu'une grande partie des États membres de l'Union doute des promesses du marché libéralisé. Force est également de constater que les raisons de l'échec du marché libéralisé, si échec il y a, ne font pas consensus⁽¹⁾. Une part de l'explication réside sûrement dans le simple fait que, au vu des différentes interférences politiques et administratives, telle que la subsistance de prix régulés de détail comme de gros, le modèle préconisé n'a en réalité jamais été mis en place. L'intégration massive des énergies renouvelables et leur effet dépréciatif sur les prix de gros, ruinant la rentabilité des centrales conventionnelles (essentiellement gaz et

charbon), n'arrange bien évidemment pas les choses.

Comment assurer un niveau adéquat de capacités de production électriques, sur le long terme, dans des marchés libéralisés où les décisions d'investir et de produire sont, en principe, décentralisées ? C'est bien la question posée par les mécanismes de capacité que la récente enquête sectorielle de la Commission européenne (ci-après la « Commission »), la première en son genre ouverte sur la base de ses pouvoirs en matière d'aide d'État, a mis en lumière. Bien nommés, ces mécanismes de capacités visent à rémunérer les producteurs d'électricité pour leur capacité à produire à un moment donné dans le futur. Un revenu stable et certain rémunérant la disponibilité, en plus de la production effective, doit venir atténuer le risque des producteurs, permettant à certaines centrales de rester en fonctionnement, voire d'engager de nouveaux investissements⁽²⁾.

Mais le remède ne va-t-il pas tuer le patient ? La question mérite d'être posée tant ces mécanismes, pour le moment pensés à la hâte et mis en place sans coordination réelle au niveau européen, peuvent avoir des implications réelles pour le marché intérieur de l'électricité. En particulier, ils risquent de compromettre le commerce



Par Adrien de
HAUTECLOUQUE^(*)
Référéndaire,
Tribunal de l'Union
européenne
Conseiller, Chaire
Loyola de Palacio,
Institut Universitaire
Européen RSCAS,
Florence

(*) Cet article n'engage que son auteur.

(1) Pour un tour d'horizon complet du débat, voir Hancher, Hauteclouque and Sadowska (eds.), *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market : Law, Policy and Economics*, Oxford University Press, oct. 2015.

(2) Les mécanismes de capacité ne concernent pas seulement les producteurs. Ils peuvent être définis de telle manière que d'autres opérateurs, tels que des industriels capable de réduire temporairement leur demande (on parle alors d'« effacement » de consommation), puissent également participer.

transfrontalier, ainsi que de distordre la concurrence sur les marchés de gros et d'ajustement⁽³⁾. Ils peuvent aussi engendrer des décisions d'investissement sous-optimales, au moins du point de vue géographique, en créant une course malvenue à la subvention. En bref, si la justification de la mise en place des marchés de capacité est sujette à caution, les marchés européens de l'électricité étant encore globalement, à ce jour, en surcapacité de production, leurs effets concrets sont encore plus difficiles à définir.

Cet article vise à introduire le lecteur non spécialiste à un sujet qui, pour être indiscutablement technique, n'en est pas moins représentatif des difficultés actuelles de l'intégration européenne dans son ensemble, tant au niveau de la gouvernance que de l'utilisation des outils. Une première partie présentera le cadre juridique pertinent, ainsi que les principales problématiques au regard des règles en matière d'aide d'État. Une deuxième partie se concentrera sur l'enquête sectorielle de la Commission et les résultats contrastés de son rapport préliminaire d'avril 2016⁽⁴⁾. La dernière partie se concentrera sur le cas français, c'est-à-dire, en particulier, sur la décision du Conseil d'État d'octobre 2015, la question préjudicielle malheureusement retirée et la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen de la Commission du 13 novembre 2015. Après quelques remarques conclusives, le lecteur aura à disposition, nous l'espérons, un panorama complet des développements récents sur la question.

1. Mécanismes de capacité et contrôle des aides d'État : quel cadre et quelles problématiques ?

Le contrôle des aides d'État a été reconnu dans différents documents comme étant d'une importance fondamentale pour éviter que les mécanismes de capacité n'affectent de manière disproportionnée le marché intérieur de l'électricité. Le 22 mai 2013, le Conseil a demandé à la Commission de fournir des indications aux États membres (point 2 e)⁽⁵⁾. La Commission s'est exécutée dans sa communication « Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique » du 5 novembre 2013, dans laquelle elle a défini un certain nombre d'orientations⁽⁶⁾. En février 2015, dans sa commu-

nication sur le projet d'Union de l'énergie (p. 7 et 12)⁽⁷⁾, la Commission a également pointé du doigt les effets pervers des mécanismes de capacité.

Les mécanismes de capacité et la notion d'aide

Dans la mesure où les mécanismes de capacité impliquent l'intervention de l'État d'une manière ou d'une autre, ils peuvent éventuellement constituer une aide aux opérateurs participant auxdits mécanismes, au sens de l'article 107 §1 TFUE. Deux questions principales se posent alors : celle de l'existence d'un avantage, au regard de la jurisprudence *Altmark*⁽⁸⁾, et celle de savoir si les mesures en cause sont financées au moyen de ressources d'État.

S'agissant de l'existence d'un avantage, la question posée est celle de savoir si la rémunération obtenue par le biais du mécanisme de capacité peut être considérée comme une simple compensation pour la performance d'une obligation de service public, à savoir une contribution à la sécurité globale du système électrique. Pour voir son mécanisme qualifié de non-aide, l'État membre devra démontrer que les quatre conditions cumulatives de la jurisprudence *Altmark* sont remplies.

Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Ainsi que nous le verrons⁽⁹⁾, tant l'existence d'un service d'intérêt économique général (ci-après « SIEG ») que le caractère obligatoire de la mission de service public peuvent poser problème dans le cas des mécanismes de capacité.

Deuxièmement, et c'est probablement la condition la moins compliquée à remplir, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.

Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Cette condition est particulièrement probléma-

(3) Les mécanismes ou marchés d'ajustement permettent l'équilibrage offre-demande en temps réel, l'électricité ne pouvant aisément être stockée.

(4) Voir Communiqué de presse du 13 avril 2016 et le Rapport intermédiaire de l'enquête sectorielle sur les mécanismes de capacité (SWD(2016) 119 final) : http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/capacity_mechanism_report_fr.pdf.

(5) Conclusions EUCO/75/1/13 REV.

(6) C(2013) 7243. Voir également le document de travail « Adéquation de la production sur le marché intérieur de l'électricité – orienta-

tions concernant les interventions publiques » (SWD(2013) 438 final) du 5 novembre 2013.

(7) Communication de la Commission sur un Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, 25 février 2015, COM(2015) 80 final : http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0003.03/DOC_1&format=PDF.

(8) CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, EU:C:2003:415.

(9) Voir, en particulier, section 3 ci-dessous.

tique, dans la mesure où les mécanismes de capacité ont, selon le modèle choisi, une tendance générale à présenter un risque de surcompensation des offreurs.

Quatrièmement, enfin, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Les mécanismes de capacité impliquent souvent un système d'enchères. Pour autant, ce n'est certainement pas une garantie, la Commission n'hésitant pas à analyser les procédures en détail, ainsi qu'elle l'a fait, par exemple, dans le cas du mécanisme notifié par le Royaume Uni⁽¹⁰⁾.

Autant dire immédiatement que ces conditions seront pour le moins difficiles à remplir. Cela n'apparaît pas impossible pour autant, car la Commission a déjà accepté que la sécurité d'approvisionnement puisse être considérée comme une obligation de service public dans le cadre d'une procédure aide⁽¹¹⁾. Mais un État membre voulant poursuivre dans cette voie doit s'attendre à de fortes réticences de la part de la Commission, la reconnaissance d'un SIEG impliquant automatiquement une large marge d'appréciation pour l'État membre.

S'agissant, ensuite, de la question de l'origine étatique des ressources, celle de l'imputabilité à l'État allant *a priori* de soi, la question fondamentale est celle du degré de contrôle des autorités publiques sur les flux financiers alimentant le mécanisme de capacité. En effet, ces mécanismes sont généralement financés comme les énergies renouvelables, à savoir à travers un fond alimenté par des contributions de distributeurs ou de consommateurs. Ces dernières années, la question de l'origine étatique des ressources est devenue un grand « classique » des affaires d'aides d'État dans le secteur énergétique. Pour autant, la jurisprudence n'est pas dénuée d'ambiguïté.

En effet, dans la bien connue affaire *Preussenelektra*⁽¹²⁾, la Cour a jugé, le 13 mars 2001, qu'une réglementation nationale qui, d'une part, oblige des distributeurs à acheter l'énergie renouvelable produite dans leur zone d'approvisionnement à des prix régulés, et, d'autre part, fait porter les surcoûts liés à l'obligation d'achat sur différentes entreprises, principalement des distributeurs situés en amont et utilisant de l'électricité produite à partir d'éner-

gies fossiles, ne constitue pas un avantage octroyé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État. Cette jurisprudence, toujours pertinente aujourd'hui, est souvent utilisée par les États membres pour considérer que leurs mécanismes de soutien au renouvelable n'a pas à être notifié.

La question s'est compliquée avec l'affaire *Essent*⁽¹³⁾, par laquelle la Cour a jugé, le 17 juillet 2008, qu'un financement par un supplément de prix imposé par l'État aux acheteurs d'électricité, constitutif d'une taxe, les fonds demeurant sous le contrôle de l'État, devait être regardé comme une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. La Cour n'a pas clarifié sa jurisprudence dans l'affaire *Association Vent de Colère e.a* (C-262/12, EU:C:2013:851) du 19 décembre 2013, concernant le financement du mécanisme français de soutien au renouvelable⁽¹⁴⁾.

Depuis lors, la question est généralement celle de savoir si un mécanisme de soutien se rapproche davantage du mécanisme en cause dans l'affaire *Preussenelektra* ou de celui de l'affaire *Essent*. La question de l'origine étatique des fonds était encore au centre de l'affaire *Allemagne/Commission* (T-47/15, EU:T:2016:281) du 10 mai 2016, concernant des réductions de contributions au régime d'aide en faveur de l'électricité d'origine renouvelable accordées aux consommateurs électro-intensifs allemands (loi EEG 2012)⁽¹⁵⁾.

La compatibilité des mécanismes de capacité avec le marché intérieur au titre des lignes directrices

Une fois l'existence d'une aide démontrée, la compatibilité du mécanisme devrait généralement être évaluée au regard de l'article 107 §3, sous c), TFUE et des lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (ci-après les « lignes directrices »)⁽¹⁶⁾, qui contiennent, en particulier, une section 3.9 sur les « Aides en faveur de l'adéquation des capacités de production ».

(10) Section 2 ci-dessous.

(11) Voir, par exemple, l'affaire du Terminal LNG en Lituanie (State Aid SA.36740 (2013/NN).

(12) CJUE, 13 mars 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, EU:C:2001:160.

(13) CJUE, 17 juill. 2008, C-206/06, *Essent Netwerk Noord et a.*, EU:C:2008:413.

(14) Pour un commentaire, voir Hauteclouque, *Le Mécanisme de Soutien Public à l'Énergie Éolienne en France Constitue-t-il une Aide d'État ?* : CJUE, 19 décembre 2013, *Vent de Colère e.a.*, aff. C-262/12, *Rev. aff. europ.* 2013, p. 845-850.

(15) Voir également Trib. UE, 11 déc. 2014, T-251/11, *Autriche c/ Commission*, EU:T:2014:1060 et la Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE du 19 mai 2016 : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_of_aid_en.pdf. Pour un commentaire approfondi du projet de Communication, voir Hancker, *Capacity Mechanisms and State Aid Control: A European Solution to the 'Missing Money' Problem ?*, in Hancker et al., précité, p. 157-181.

(16) Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie, JOUE 2014, n° C 200.

Il ressort du paragraphe 20(g) des lignes directrices que les mesures destinées à garantir l'adéquation des capacités de production, lorsque le montant de l'aide ne dépasse pas 15 millions d'euros par projet et par entreprise, sont exemptées de notification. Pour les autres, les lignes directrices posent six critères, qui se recoupent dans une (trop) large mesure.

Premièrement, les mesures concernées doivent poursuivre un *objectif d'intérêt commun*, à savoir l'adéquation des capacités de production, à court ou à plus long terme. Assurer l'adéquation des capacités à court terme implique souvent de conserver des capacités existantes de production flexibles à même de compenser le caractère fluctuant des technologies renouvelables de type solaire ou éolien. Les lignes directrices sont claires sur le fait que les mesures d'aides ne doivent rémunérer, en principe, que la capacité à produire à un moment T, et non la production elle-même. La fin des subventions publiques aux énergies fossiles étant un objectif de l'Union, les États membres sont censés envisager au préalable l'ensemble des alternatives possibles aux mécanismes de capacité, en particulier les effacements de consommation, l'efficacité énergétique et l'augmentation des capacités d'interconnexion transfrontalière. Les lignes directrices posent également le principe selon lequel le constat d'un problème de capacité « devrait » être conforme à l'analyse effectuée (et à la méthodologie utilisée) par le Réseau européen des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité (REGRT-E, plus connu sous son acronyme anglophone : ENTSO-E) lorsqu'il fait des prévisions sur l'adéquation des capacités de production au niveau de l'Union.

Deuxièmement, la *nécessité d'une intervention de l'État* doit être démontrée. Ce critère implique non seulement l'établissement du constat d'un problème d'adéquation, mais également une analyse des causes de ce problème, en particulier les défaillances du marché ou de la réglementation nationale (par exemple, un plafonnement administratif des prix de gros en cas de pointe de la consommation). De nouveau, l'existence d'alternatives crédibles sera au centre de l'analyse.

Troisièmement, le *caractère approprié de l'aide* correspond au fait que l'aide ne devrait rémunérer que la disponibilité, et non la vente d'électricité elle-même. En outre, le mécanisme considéré ne devrait pas discriminer entre les différentes technologies, ni entre producteurs futurs et existants. Le mécanisme de capacité doit donc en théorie s'adapter aux spécificités de technologies très différentes (stockage, effacement de demande, centrale à charbon, etc.), tout en créant une concurrence entre eux. L'évolution future des capacités d'interconnexion doit également être prise en compte.

Quatrièmement et cinquièmement, les mesures doivent avoir un *caractère incitatif* et être *proportionnelles*. Le caractère incitatif de la mesure d'aide doit être compris en ce sens que le mécanisme de capacité ne doit pas servir à

subventionner les coûts qu'une entreprise aurait de toute façon supportés, ni à compenser un risque commercial normal. L'autorité octroyant l'aide est censée construire un scénario contrefactuel. La proportionnalité s'entend comme une rémunération raisonnable, une procédure de mise en concurrence fondée sur des critères clairs, transparents et non discriminatoires étant généralement considérée comme engendrant des taux de rendement raisonnables dans des circonstances normales. Les lignes directrices précisent (pt. 231) que « [l]es mesures d'aides devraient être conçues de manière à garantir que le prix payé pour la disponibilité tend automatiquement vers zéro lorsque le niveau des capacités fournies est adéquat pour répondre au niveau des capacités demandées ».

Enfin, sixièmement, s'agissant de la *prévention des effets négatifs non désirés sur la concurrence et les échanges*, les mesures en cause ne doivent ni réduire les incitations à investir en interconnexions transfrontalières, ni compromettre le couplage des marchés, ni nuire aux décisions d'investissement déjà prises, ni renforcer les positions dominantes existantes. En revanche, les mécanismes envisagés devraient accorder la préférence aux technologies faiblement émettrices de carbone et permettre la participation la plus large possible des différents opérateurs.

Il doit également être souligné que les lignes directrices n'abordent malheureusement pas la question de l'application possible de l'article 106 §2 TFUE, en cas de service d'intérêt économique général. Au cas où un État membre considérerait que les entreprises participant au mécanisme de capacité sont investies d'une mission particulière d'intérêt général, à savoir la sécurité d'approvisionnement, les mesures notifiées seraient alors évaluées au regard du « paquet SIEG » de 2011/2012.

2. L'enquête sectorielle de la Commission : contexte et résultats du rapport préliminaire

Le 29 avril 2015, la Commission a lancé une enquête sectorielle⁽¹⁷⁾, pour la première fois sur le fondement de ses pouvoirs en matière d'aides d'État, en vue d'avoir une meilleure compréhension des différents mécanismes envisageables⁽¹⁸⁾. En effet, hypothèse prise de la nécessité d'un tel mécanisme, la question de sa définition concrète se pose avec acuité. Avant d'analyser le contenu du rapport

(17) En parallèle de l'enquête sectorielle, la Commission a organisé un certain nombre de workshops dans le cadre d'un groupe de travail dédié avec les États membres : http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/state_aid_to_secure_electricity_supply_en.html.

(18) Déc. Comm. UE, 29 avr. 2015, ouvrant une enquête sur des mécanismes de capacité dans le secteur de l'électricité en application de l'article 20 bis du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999.

préliminaire de l'enquête sectorielle, il est utile de souligner que l'ouverture de cette enquête est postérieure à la décision de la Commission du 23 juillet 2014, prise sans ouverture de la procédure formelle d'examen, concernant le mécanisme de capacité envisagé au Royaume-Uni⁽¹⁹⁾.

La décision du 23 juillet 2014 – United Kingdom Electricity Market Reform – Capacity market

Le système notifié par le Royaume-Uni repose sur un mécanisme d'enchères de contrats présentant différentes maturités (jusqu'à 15 ans en cas d'investissement en nouvelle capacité de production), orchestré par l'opérateur du réseau de transport électrique National Grid, où les opérateurs participant au mécanisme risquent des sanctions pécuniaires en cas de non-performance future. Le système est financé *via* un fond alimenté par les consommateurs. Le Royaume-Uni a, en particulier, fait valoir que diverses défaillances de marché empêcheraient le système existant d'assurer un niveau de capacité suffisant sur le long terme (à partir de 2017-2018) et que la sécurité du système devait être considérée comme un bien public. Il n'a en revanche pas contesté que son système soit financé au moyen de ressources d'État, un organe de règlement public gardant un contrôle complet sur les flux financiers, ou que les critères Altmark ne puissent s'appliquer en l'espèce. Il restait donc à la Commission à apprécier la compatibilité du mécanisme au regard de la section 3.9 des lignes directrices.

Outre le fait que la décision de la Commission a été adoptée sans ouverture de la procédure formelle d'examen⁽²⁰⁾, l'analyse de la Commission est intéressante à plusieurs égards⁽²¹⁾.

Premièrement, la Commission a été particulièrement sensible, dans son analyse conjointe de l'existence d'un objectif d'intérêt commun et de la nécessité de l'aide, aux efforts entrepris par le Royaume-Uni pour démontrer l'existence d'un besoin de capacité à partir de 2018/2019. Elle a apprécié le processus de décision, les parties impliquées, la modélisation utilisée, ainsi que la cohérence avec les projections de REGRT-E. Elle a surtout analysé en détail les projections concernant l'apport des interconnexions à la sécurité d'approvisionnement en période de pointe de consommation.

(19) State aid SA.35980 (2014/N-2) – United Kingdom Electricity Market Reform – Capacity market, JOUE 2014, n° C 348 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253240/253240_1579271_165_2.pdf).

(20) Cette décision fait l'objet de deux recours devant le Tribunal de l'Union européenne dans les affaires T-788/14, MPF Holdings Ltd c/ Commission, et T-793/14, Tempus Energy Ltd et Tempus Energy Technology Ltd c/ Commission.

(21) Pour une analyse complète de la décision, voir Hancher, *in* Hancher et al., précité.

Deuxièmement, la Commission a reconnu que le mécanisme visait à supporter des énergies fossiles, mais elle a souligné l'effort du Royaume-Uni pour développer les effacements de consommation, ainsi que leur accès au marché de capacité, les interconnexions, et un certain nombre de mesures *ad hoc* pour le développement continu des énergies renouvelables.

Troisièmement, la Commission a émis des doutes quant au fait que le système envisagé ne rémunère que la disponibilité, mais n'en a pas tiré, semble-t-il, toutes les conséquences.

Quatrièmement, la Commission a estimé que le système, bien que faisant bénéficier certains investisseurs de contrats à durée plus longue, n'entraînait aucune discrimination basée sur la technologie, les producteurs existants et les opérateurs d'effacement de consommations ne faisant pas face aux mêmes coûts.

Cinquièmement, la Commission a estimé qu'il était légitime d'exclure, à ce stade, la participation de producteurs étrangers. Ce dernier point est central dans le rapport préliminaire de l'enquête sectorielle. Elle a souligné que l'ouverture à la participation transfrontalière ne doit pas se faire au détriment de la bonne opération du couplage de marché.

Sixièmement, s'agissant de la proportionnalité, la Commission a été particulièrement sensible au système d'enchère permettant d'assurer la participation de l'ensemble des technologies, les critères d'éligibilité (pour les opérateurs de capacité de stockage, les industriels offrant des effacements de demande et les nouveaux producteurs), au vu de l'état du marché, n'étant pas discriminatoires. Elle a également bien souligné que les participants au marché de capacité ne devaient pas recevoir d'autres sources de subventions, sous peine d'entraîner l'octroi d'une surcompensation injustifiée.

Huitièmement, il est intéressant de noter que la Commission, malgré le fait que les interconnexions ne pouvaient pas participer au mécanisme en 2014, n'a pas considéré que les mesures notifiées violaient l'article 30 et l'article 110 TFUE. Elle a en effet estimé que, au vu des contraintes⁽²²⁾, seuls les opérateurs nationaux étaient en mesure de contribuer à la sécurité d'approvisionnement. Les situations différentes devant être traitées différemment, il n'existait donc pas de discrimination injustifiée des opérateurs étrangers. La Commission a donc conclu que les mesures notifiées étaient compatibles avec le marché intérieur sur le fondement des lignes directrices.

(22) En particulier l'absence de méthodologie harmonisée au niveau de l'Union s'agissant de l'adéquation des capacités, le fait qu'aucune procédure de pré-qualification n'avait été mis en place pour les fournisseurs étrangers, et enfin le fait que l'ouverture du mécanisme à ces opérateurs créeraient des risques d'abus de position dominante.

Le rapport préliminaire du 13 avril 2016

L'enquête sectorielle porte sur 11 États membres (Belgique, Croatie, Danemark, France, Allemagne, Irlande, Italie, Pologne, Portugal, Espagne et Suède), choisis pour leur projet de mettre en place un mécanisme de capacité (ou ayant déjà un ou plusieurs mécanismes en place), le caractère représentatif du modèle envisagé et l'importance des distorsions possibles dans le marché intérieur. Le rapport préliminaire du 13 avril 2016 n'apporte que peu d'information sur l'application des règles en matière d'aide d'État. Il s'agit davantage d'un exercice de compilation de données et d'analyse préliminaire, qui décevra d'ailleurs globalement les spécialistes de la question. Il appelle néanmoins plusieurs remarques.

Premièrement, plus de la moitié des États membres, selon la Commission, n'ont pas utilisé de méthodologie robuste susceptible de définir avec précision leur besoin futur en capacités de production, avant de considérer, voir de mettre en place, un mécanisme de soutien. L'existence d'un besoin réel jouera naturellement sur la compatibilité du mécanisme envisagé avec le marché intérieur, ainsi que nous l'avons vu. Mais plus fondamentalement, l'absence de méthodologie robuste et harmonisée au niveau régional est un obstacle important à une coopération transfrontalière efficace sur la question de la sécurité d'approvisionnement électrique. Ces constats ne sont pas sans rappeler les discussions actuelles autour du projet de réforme du règlement n° 994/2010 concernant la sécurité d'approvisionnement en gaz.

Deuxièmement, la Commission a paru, à juste titre, peu convaincue par la définition technique des mécanismes envisagés dans plusieurs États membres. D'abord, il convient de rappeler qu'il existe une importante variété de mécanismes possibles, qui posent cependant tous une même question fondamentale : la puissance publique doit-elle définir de manière centralisée les prix et/ou les quantités de capacités nécessaires, ou est-il souhaitable de se fonder, de nouveau, sur un mécanisme de marché de type enchères ? Les mécanismes rigides fondés sur un niveau élevé d'intervention publique assureront probablement la réalisation des objectifs qu'ils poursuivent, mais à quel prix ? La Commission, dans son rapport, est particulièrement dure avec les mécanismes impliquant une fixation centralisée, pour l'ensemble des offreurs, du prix des capacités. Les mécanismes introduisant un degré substantiel de concurrence semblent supérieurs, comme souvent, en théorie, mais créeront parallèlement de nouvelles opportunités de comportements anticoncurrentiels et manqueront peut-être leur cible. À cet égard, force est malheureusement de constater que la Commission ne s'est pas interrogée plus avant, au moins à ce stade, sur les enjeux antitrust, en particulier les risques d'abus de position dominante, que créeront nécessairement cer-

tains de ces mécanismes⁽²³⁾. Elle a pourtant relevé que le type de mécanisme le plus adapté à une situation particulière dépend non seulement de la nature du problème de sécurité d'approvisionnement (local ou global, court ou long terme, transitoire ou structurel) mais aussi de la structure du marché.

Troisièmement, la Commission a souligné à juste titre qu'il est essentiel que les États membres fassent le bon diagnostic pour être capable de déterminer si des alternatives aux mécanismes de capacité existent. En effet, les alternatives ne manquent pas quand il s'agit d'améliorer la sécurité d'approvisionnement sur les marchés électriques. Faciliter les effacements temporaires de demande, augmenter la capacité des interconnexions transfrontalières ou améliorer le fonctionnement des marchés d'ajustement sont autant de moyens d'améliorer la sécurité du système, chaque instrument ayant lui-même sa propre complexité. Il est donc nécessaire de soupeser avec attention l'efficacité d'une mesure nationale avec ses effets potentiellement délétères sur le marché intérieur, grand absent du débat actuel au niveau national.

Quatrièmement, la Commission a lourdement insisté sur la nécessité de permettre à l'ensemble des opérateurs concernés, en particulier aux centrales situées dans d'autres États membres, de participer aux mécanismes nationaux. Des conditions trop restrictives pour l'éligibilité tendent à réduire la pression concurrentielle au sein du mécanisme et à créer un risque de surcompensation. Dans ce contexte, la Commission souligne à juste titre que les discriminations peuvent être explicites comme implicites, certains prérequis pour la participation à un mécanisme particulier agissant comme autant de barrières à l'entrée. L'annexe II du document de travail accompagnant le rapport préliminaire avance néanmoins des pistes s'agissant de la participation transfrontalière, tout en reconnaissant des difficultés techniques. En outre, les mécanismes faisant l'objet de l'étude sectorielle sont souvent focalisés sur l'objectif de conserver des centrales en passe de quitter le marché, ou au contraire d'attirer de nouveaux investisseurs, mais rarement les deux. Le risque est alors grand que des mécanismes additionnels se surajoutent dans le futur, au sein d'un même État membre⁽²⁴⁾, au premier mécanisme mis en place.

Le rapport intermédiaire et le document de travail l'accompagnant sont ouverts à la consultation jusqu'au 6 juillet 2016. Les réactions pourraient être nombreuses.

(23) Voir, à cet égard, Hauteclouque and Sadowska, *Antitrust Law: a Missing Piece in a Regulatory Puzzle?*, in Hancker et al., précité, p. 182-200.

(24) Il existe, par exemple, quatre mécanismes de capacité concomitants en Espagne.

3. La saga française

La France a été l'un des premiers pays à envisager la mise en place d'un mécanisme de capacité de nouvelle génération. Dès décembre 2010, la loi NOME sur le marché français de l'électricité a posé les principes généraux du mécanisme. Les détails ont ensuite été précisés en 2012 et 2015⁽²⁵⁾.

Pour faire court sur le mécanisme lui-même : RTE, le gestionnaire du réseau de transport d'électricité (à haute et très haute tension), définit quatre ans à l'avance, d'une part, la capacité globale requise pour pouvoir faire face aux périodes de pointe, et, d'autre part, les paramètres déterminant l'obligation de capacité que chaque fournisseur d'électricité devra assumer. Les fournisseurs devront ensuite détenir un nombre suffisant de certificats attestant qu'ils sont capables de couvrir l'ensemble des besoins de leur portefeuille de clients. Ces certificats sont délivrés par RTE ou un distributeur aux offreurs de capacité participant au mécanisme. Les certificats sont ensuite échangés entre producteurs et fournisseurs sur le marché de capacité, RTE tenant un registre de l'ensemble des transactions. Le paiement s'opère directement entre fournisseurs et producteurs, sans intermédiaire. RTE détermine *ex post* si, pour chaque année, les fournisseurs détenaient suffisamment de certificats et si les producteurs détenaient réellement la capacité contractée. L'obligation pour les exploitants de capacité est une obligation de disponibilité pendant les heures de pointe et des paiements (plafonnés) de règlement des écarts, versés sur un fond géré par RTE, sont liés à cette disponibilité. Le règlement financier des écarts des fournisseurs transite par un fond similaire. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) peut également appliquer des sanctions. Les autorités françaises n'ont pas notifié ce mécanisme à la Commission.

Dès avril 2012, l'Autorité de la concurrence, saisie pour avis par le Gouvernement, avait émis des doutes concernant la nécessité de la mise en place d'un tel mécanisme et les risques potentiels d'abus de position dominante⁽²⁶⁾. Depuis lors, le Conseil d'État et la Commission se sont successivement saisis de la question.

La décision du Conseil d'État du 9 octobre 2015 et la question préjudicielle retirée

Le Conseil d'État a été saisi par l'Association nationale des opérateurs détaillants d'énergie (ANODE) en juin 2013.

(25) D. n° 2012-1405, 14 déc. 2012, relatif à la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité et portant création d'un mécanisme d'obligation de capacité dans le secteur de l'électricité et Arr. 22 janv. 2015, définissant les règles du mécanisme de capacité et pris en application de l'article 2 du décret n° 2012-1405 du 14 décembre 2012, NOR : DEVR1418335A.

(26) Aut. conc., avis n° 12-A-09, 12 avr. 2012, concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans les secteurs de l'électricité.

Par sa décision du 9 octobre 2015, le Conseil d'État, sans s'attarder sur les fonds liés aux paiements de règlement des écarts, a considéré, d'abord, que le système français n'impliquait pas l'utilisation de ressources d'État, dans la mesure où les autorités françaises n'auraient aucun contrôle sur les flux financiers. Selon le Conseil d'État, ni la quantité de produits offerts sur le marché de capacité, qui dépend des capacités de production ou d'effacement de consommation dont la disponibilité et le caractère effectif auront pu être certifiés, ni la valeur marchande des certificats, résultant de la rencontre entre cette offre et la demande des fournisseurs, ne sont contrôlées par l'État⁽²⁷⁾. L'État n'aurait une influence sur les prix que par le biais du mécanisme de sanction.

Le Conseil d'État s'est en revanche posé plus avant la question de l'existence de restrictions quantitatives à l'importation (art. 34 TFUE), en raison du fait que les opérateurs étrangers ne peuvent pas participer au mécanisme de capacité français en l'absence d'une procédure de certification dédiée. Le Conseil d'État a conclu à l'existence d'une entrave au commerce transfrontalier résultant du prix attaché à la vente de certificat sur le marché national, même si la prise en compte des interconnexions dans les anticipations de RTE tendrait à limiter le prix de ces derniers et donc le supplément de rémunération dont bénéficient les opérateurs nationaux. S'agissant de la proportionnalité, le Conseil d'État a souligné que, les opérateurs étrangers contribuant à la sécurité d'approvisionnement nationale dans la mesure permise par les interconnexions, leur exclusion du mécanisme ne peut être considérée comme proportionnée à l'objectif de sécurité d'approvisionnement que si aucune autre mesure techniquement réalisable et moins restrictive des échanges n'est propre à garantir l'atteinte de cet objectif. Le Conseil d'État admet qu'il n'est pas possible de certifier, à ce stade, les capacités étrangères. Toutefois, il note que d'autres mécanismes de capacité, tels que des réserves stratégiques ou des appels d'offres, ne conduiraient pas nécessairement à exclure les opérateurs étrangers dans une telle proportion. Dans ces conditions, le Conseil d'État a décidé de sursoir à statuer et d'introduire des questions préjudicielles auprès de la Cour de justice de l'Union européenne portant notamment sur les critères permettant de vérifier si, eu égard à la marge d'appréciation octroyée aux États membres quant aux mesures à mettre en œuvre afin d'assurer leur sécurité d'approvisionnement, un mécanisme de capacité tel que le mécanisme en cause remplit le critère de proportionnalité défini à l'article 36 TFUE.

Malheureusement, l'ANODE s'est depuis désistée et le Conseil d'État a logiquement décidé, le 16 mars 2016,

(27) Il est intéressant de souligner que le Conseil d'État a considéré (pt. 11) que les prévisions sur quatre ans faites par RTE étaient de nature à créer les conditions pour une anticipation satisfaisante des besoins d'investissement en nouvelle capacité.

de retirer sa demande de décision préjudicielle. La Cour de justice a donc radié l'affaire le 12 avril 2016⁽²⁸⁾. Doit-on parler d'occasion manquée ? Probablement pas, dans la mesure où la Cour de justice a, de toute façon, peu été portée récemment à endosser une application extensive des règles en matière de libre circulation dans l'énergie⁽²⁹⁾. Néanmoins, en mettant en avant la question des alternatives moins restrictives de concurrence, par ailleurs centrale, comme nous l'avons vu, dans l'application des lignes directrices en matière d'aide, le Conseil d'État avait soulevé une problématique nouvelle. En effet, les alternatives possibles ne sont pas nécessairement seulement l'augmentation des capacités d'interconnexions transfrontalières ou une plus grande efficacité énergétique. Elles peuvent impliquer un autre modèle de mécanisme de capacité, moins restrictif.

La Commission rentre en scène

Alors que les autorités françaises avaient décidé de ne pas notifier leur mécanisme à la Commission, cette dernière s'est saisie d'office et a adopté une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen le 13 novembre 2015⁽³⁰⁾. Elle a donc décidé d'agir sans attendre les résultats de son enquête sectorielle. La Commission y exprime des doutes s'agissant de l'implication de ressources étatiques et sur la compatibilité au titre des lignes directrices.

S'agissant de l'existence de ressources d'État, la Commission se considère en cohérence avec l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Association Vent De Colère!*, précité, lorsqu'elle estime que, malgré le fait que les flux financiers s'opèrent entre opérateurs privés, ces flux restent sous le contrôle de l'État. Elle insiste, en particulier, sur le fait que RTE est contrôlé par l'État et qu'il gère le système de règlement des écarts, sur le fait que le mécanisme de capacité est prévu par la loi et sur les pouvoirs de sanction de la CRE. Pour la Commission, ces raisons impliquent que l'État conserve un plein contrôle sur les flux financiers, au sens de la jurisprudence, bien que RTE ne possède à aucun moment le montant versé sur les fonds de règlement des écarts. Elle estime également que l'État, en organisant un marché de certificat et en attribuant ces certificats gratuitement renonce à des ressources publiques.

S'agissant de l'existence d'un avantage, la Commission rejette les arguments avancés par les autorités françaises concernant l'application de la jurisprudence *Altmark*, pour la raison qu'il serait impossible de rapporter le mécanisme à une véritable obligation de service public (1^{er} critère *Altmark*). La Commission justifie ce constat par le fait que

la participation au mécanisme est optionnelle dans une certaine mesure, car, d'une part, l'obligation de certification ne pèse pas sur les capacités d'effacement, et, d'autre part, les opérateurs de centrales existantes ont le choix quant au volume de capacité qu'ils certifient.

S'agissant de la légalité de l'aide, la Commission a constaté que la première certification des fournisseurs de capacités a eu lieu le 1^{er} avril 2015. La France aurait donc agité en violation de l'article 108 §3 TFUE.

S'agissant de la compatibilité, la Commission a notamment buté sur le caractère nécessaire du mécanisme, au sens des lignes directrices, eu égard, en particulier, au caractère sur-capacitaire du marché français (confirmé par RTE), au manque de cohérence de l'analyse des autorités françaises avec celle de REGRT-E (qui ne prévoit pas de problème avant 2025) et à l'existence d'alternatives type renforcement des interconnexions. Elle a rappelé l'avis de l'Autorité de la concurrence de 2012 qui était pour le moins sceptique sur l'opportunité de mettre en place un mécanisme d'une telle complexité, au vu d'un besoin peu avéré. La Commission semble également considérer que les solutions possibles au problème de la thermo-sensibilité, c'est-à-dire au fait que la France est particulièrement sensible aux baisses de température – le chauffage étant essentiellement électrique dans le pays –, sont sous-exploitées. Dans ces conditions, si elle reconnaît que la sécurité d'approvisionnement est bien un objectif d'intérêt commun, elle n'est pas convaincue que la France fasse face à un problème d'adéquation des capacités.

Ici encore, la Commission a critiqué l'absence de participation des opérateurs étrangers. Il est intéressant de souligner que la Commission a considéré que les mesures avaient un effet incitatif en raison du système de sanction prévu. Contrairement au Conseil d'État, la Commission doute de la capacité du mécanisme à envoyer les signaux adéquats pour les nouveaux investissements, en particulier au regard des incertitudes sur le prix des certificats et des difficultés pour les fournisseurs d'anticiper leur besoins de certificats. S'agissant de la proportionnalité des mesures concernées, la Commission s'est inquiétée d'un risque de surcompensation en raison, notamment, du peu de concurrence sur le marché des certificats dû aux différentes barrières à l'entrée et du risque d'abus de position dominante d'EDF. S'agissant, enfin, des effets sur la concurrence et les échanges, la Commission a notamment estimé que le mécanisme de capacité pouvait avoir un effet dépréciatif sur les prix de gros, en période de pointe, ce qui pourrait avoir un effet négatif sur les nouveaux projets d'investissement en interconnexion.

Au vu de ce qui précède, la Commission a décidé d'ouvrir la procédure formelle d'examen, au sens de l'article 108 §2 TFUE.

Il nous faut également mentionner l'autre décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen du

(28) CJUE, ord., 12 avr. 2016, aff. C-543/15, ANODE, EU:C:2016:265.

(29) Voir, not., CJUE, 1^{er} juillet 2014, aff. C-573/12, Ålands Vindkraft, EU:C:2014:2037.

(30) Aide d'État SA.39621 (2015/C) (ex 2015/NN), Mécanisme de capacité en France, JOUE 2016, n° C 46.

13 novembre 2015 concernant un appel d'offre pour la construction d'une centrale à cycle combiné en Bretagne⁽³¹⁾. Ce type d'enchères est appelé à coexister avec le mécanisme de capacité général, ce qui a d'ailleurs poussé la Commission à douter du caractère approprié de ce dernier. Cette fois, la France a notifié (en tant que non-aide), suite à son choix de sélectionner le projet porté par Direct Energie et Siemens. Les autorités françaises ayant avancé que la mesure en cause remplissait les conditions de la jurisprudence *Altmark*, la Commission s'est (longuement) interrogée sur la question de l'existence d'une obligation de service public en l'espèce. Elle a d'abord relevé qu'aucun élément probant susceptible de démontrer l'existence d'un problème de sécurité d'approvisionnement en Bretagne n'avait été avancé. Elle a ensuite souligné que l'existence d'une zone tarifaire unique pour l'ensemble du territoire français ne permettait pas l'envoi de signaux de localisation performants aux potentiels investisseurs, et que cet état de fait était imputable à l'État français. La Commission a également souligné que la mesure en cause était discriminatoire vis-à-vis des autres technologies. Les critères d'attribution de l'appel d'offre pourraient d'ailleurs entraîner, par leur caractère restrictif, un risque de surcompensation. La Commission a donc conclu que l'article 106 §2 TFUE ne pouvait *a priori* pas servir de base de compatibilité. Au regard des lignes directrices, la Commission est arrivée à la même conclusion pour des raisons similaires. Elle a notamment souligné que le rôle des effacements de demandes avait été sous-estimé et que le fait que les centrales existantes ne pouvaient participer à l'appel d'offre présentait des effets pervers. Dans le cadre de son analyse des potentiels effets négatifs sur la concurrence et les échanges, la Commission a noté que, si le consortium formé par Direct Energie et Siemens était susceptible d'apporter un surplus de concurrence, le fait que Direct Energie soit contractuellement en droit de vendre l'électricité à EDF à un taux d'escompte de 5 %, plutôt que de la commercialiser elle-même, pouvait renforcer la position dominante d'EDF sur le marché de détail.

Remarques conclusives

L'organisation de mesures de soutien public en vue d'assurer la sécurité d'approvisionnement en électricité n'est pas nouvelle⁽³²⁾, mais cette problématique est redevenue centrale depuis 2-3 ans. À ce stade, les inquiétudes afférentes à la sécurité d'approvisionnement électrique et les

projets concernant l'introduction de marchés de capacités posent plus de questions qu'il n'existe de réponses. Les 11 pays concernés par l'enquête sectorielle présentent à eux-seuls quelques 28 mécanismes existants ou prévus. Dans ces conditions, la variété des mécanismes de capacité envisagés pose la question de la faisabilité d'une harmonisation au niveau de l'Union. Toutefois, un certain degré d'harmonisation, probablement au niveau régional, permettrait de limiter les risques de trop grandes distorsions du marché intérieur. À cet égard, une harmonisation concernant la méthodologie permettant de diagnostiquer un problème d'adéquation des capacités serait déjà une avancée majeure. L'application des règles en matière de contrôle des aides d'État ne saurait en effet être considérée ni comme une alternative ni comme un substitut à l'harmonisation des règles en matière de sécurité d'approvisionnement.

Bien qu'il soit possible de faire ressortir quelques incohérences entre les résultats de l'enquête sectorielle et l'application des règles en matière d'aide d'État dans les trois cas concrets dont nous disposons à ce jour, force est de constater que la Commission est pour le moment globalement cohérente. Bien que beaucoup d'incertitude subsiste quant à l'application des critères édictés par les lignes directrices, les principales problématiques ressortent aisément. Les différences d'appréciation entre le Conseil d'État et la Commission montrent que la question de l'origine étatique des ressources reste ouverte, de même que celle de l'application des critères de la jurisprudence *Altmark* et de l'article 106 §2 TFUE. Les États membres ont donc encore une grande marge de manœuvre, en particulier s'ils arrivent à contourner la condition afférente à l'origine étatique des ressources. Si la Commission ne saurait empêcher les États membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité d'approvisionnement électrique sur leur territoire, le traité lui confère néanmoins des pouvoirs lui permettant de contrôler, autant que faire se peut, ces développements nationaux. Les règles en matière de contrôle des aides étatiques bien sûr, mais aussi en matière de marché public (un peu), de concurrence et de libre circulation (beaucoup), auront toutes un rôle important à jouer. Beaucoup de débats portent actuellement sur la participation transfrontalière, mais l'ensemble des parties prenantes sont bien conscientes des difficultés techniques et politiques soulevées. Il est dommage, à cet égard, que la question préjudicielle française portant sur l'application des règles en matière de libre circulation des marchandises n'ait pas connu une autre destinée.

De l'avis général, l'enquête sectorielle antitrust de 2007 avait été un succès, en particulier en ce qu'elle avait permis d'établir un plan d'action structuré et priorisé pour l'application des règles de concurrence (art. 101 et 102 TFUE). Maintenant, s'agissant des mécanismes de capacité, l'exercice de « *fact finding* » est fait. Des applications au cas par cas des règles en matière d'aide d'État sont à prévoir et l'enquête sectorielle est susceptible de

(31) Aide d'État SA.40454 (2015/C) (ex 2015/N), Appel d'offre pour capacité supplémentaire en Bretagne, JOUE 2016, n° C 46.

(32) Voir, en particulier, Trib. UE, 3 déc. 2014, aff. T-57/11, *Castelnou Energia c/ Commission*, EU:T:2014:1021, Communication de la Commission relative à la méthodologie d'analyse des aides d'État liées à des coûts échoués (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf) et Gonzalez-Diaz, EU Policy on Capacity Mechanisms, in Hancher et al., précité, p. 4-31.

réintroduire une dose d'horizontalité dans l'analyse. Toutefois, une question fondamentale n'a toujours pas été abordée : celle de la congruence d'un mécanisme de capacité spécifique avec les autres composantes du *market design*. L'on ne saurait en effet trop garder à l'esprit que les mécanismes de capacité ajoutent une nouvelle strate de règles administratives sur un enchevêtrement de règles existantes déjà particulièrement complexes et qui interagissent entre elles. Or, la Commission est en pleine

réflexion concernant la définition d'un *market design 2.0* susceptible de faire face aux enjeux de la décarbonisation, de la décentralisation et, espérons-le, de la digitalisation du secteur. Elle a ainsi mené fin 2015 deux consultations publiques, la première sur le *New Energy Market Design* et la seconde sur la sécurité d'approvisionnement électrique⁽³³⁾. Les informations glanées lors de l'enquête sectorielle lui permettront sûrement d'enrichir le paquet législatif prévu pour la fin de l'année sur la question. ■

(33) Consultation on a new Energy Market Design: <https://ec.europa.eu/energy/en/consultations/public-consultation-new-energy-market-design>; Consultation on risk preparedness in the area of security of electricity supply: <https://ec.europa.eu/energy/en/consultations/public-consultation-risk-preparedness-area-security-electricity-supply>.