

ÉNERGIE

Questions sectorielles

ÉLECTRICITÉ

37 Éclairage sur la notion de ressources d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE et sur la notion de contrôle public du GRT d'électricité

Se prononçant sur le régime d'exemption pour les industriels électro-intensifs dans le cadre du mécanisme de soutien allemand à la production d'électricité d'origine renouvelable, la Cour de justice de l'Union européenne vient apporter un éclairage utile à la fois sur la portée de la notion de ressources d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE, et sur la notion de contrôle public du GRT d'électricité à travers le rôle conféré au régulateur sectoriel dans la gestion du système d'aide.

CJUE, 28 mars 2019, aff. C-405/16 P, République fédérale d'Allemagne c/ Comm. UE : JurisData n° 2019-005954

NOTE : Par une loi du 28 juillet 2011, applicable du 1^{er} janvier 2012 au 31 juillet 2014, le législateur allemand avait établi un nouveau cadre juridique visant à la promotion de l'électricité produite à partir d'énergie renouvelable. Ce texte avait créé un dispositif imposant aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de raccorder les installations de production à partir de sources d'énergie renouvelable et de gaz de mine, accompagné d'une obligation de priorité d'injection de cette énergie sur les réseaux et du versement aux exploitants d'une rémunération complémentaire calculée en fonction de tarifs fixés par cette loi.

Pour soutenir ces modes de production, et à défaut de commercialisation directe de l'énergie produite, le gestionnaire de réseau de distribution était alors tenu de transmettre l'électricité produite au gestionnaire de réseau de transport (GRT) interrégional auquel il était raccordé. Ce GRT procédait alors au versement au producteur de l'équivalent des rémunérations et primes de marché acquittées en application de la loi du 28 juillet 2011 par le distributeur.

Un mécanisme de compensation entre GRT était créé au niveau fédéral, sous une forme financière déterminée par référence à l'écart constaté entre la quantité d'électricité injectée et payée par le gestionnaire concerné sur sa zone et les quantités d'énergie effectivement livrées par l'ensemble des fournisseurs présents sur la zone de desserte.

Enfin, chaque GRT était tenu à la commercialisation de cette énergie injectée sur son réseau, sur le marché au comptant de la bourse de l'électricité. Si le prix obtenu ne permettait pas de couvrir l'obligation de rémunération de cette électricité aux tarifs fixés par la loi, ce gestionnaire facturait alors les fournisseurs des clients finals, de la différence observée, en proportion des quantités vendues, modulée selon le pourcentage d'électricité verte fournie. Ce mécanisme était dénommé « le prélèvement EEG ».

Le fournisseur avait alors la faculté, ce qui était le cas en pratique, de répercuter le montant résultant sur le consommateur final. Cependant, afin de ne pas pénaliser le secteur industriel, cette faculté de refacturation du prélèvement au client final était plafonnée pour deux catégories particulières de clients finals, les « entreprises électro-intensives du secteur productif », d'une part, et les « entreprises du rail », d'autre part.

Pour les consommateurs électro-intensifs, définis comme ceux dont les coûts de consommation d'électricité représentent au

moins 14 % de leur valeur ajoutée brute et dont la consommation est d'au moins 1 GWh, le plafonnement était fixé à 10 % du prélèvement EEG pour la part de consommation comprise entre 1 GWh et 10 GWh, 1 % pour la part de consommation comprise entre 10 GWh et 100 GWh, et plafonné à 0,05 centime d'euro par KWh au-delà.

C'est cette dernière disposition qui a fait l'objet de critiques de la part des services de la Commission au titre de la qualification d'aides d'État telle que prohibée par l'article 107, § 1 du TFUE. La Commission européenne y voyait en effet la création de deux avantages économiques sélectifs, portant sur un soutien à la production d'électricité à partir de sources renouvelables et de gaz de mine garantissant aux producteurs un prix plus élevé que le prix de marché, et un soutien aux gros consommateurs d'électricité implantés en Allemagne.

Après adoption d'une décision de la Commission le 25 novembre 2014 soulevant l'incompatibilité de la mesure portant sur le prélèvement EEG aménagé au bénéfice des consommateurs concernés, le Tribunal de l'Union européenne se prononçait par arrêt en date du 10 mai 2016 (*Trib. UE, 10 mai 2016, aff. T-47/15*).

L'arrêt faisait pour l'essentiel droit à l'argumentation de la Commission. Celle-ci estimait en particulier que la mesure en cause était imputable à la République fédérale d'Allemagne (RFA) et impliquait des ressources d'État assimilables à une taxation, instaurait un avantage lié au régime de soutien au bénéfice des entreprises électro-intensives en les libérant d'une charge qu'elles devaient normalement supporter, et créait une charge supplémentaire pour les GRT aboutissant au subventionnement du secteur industriel par les autres consommateurs finals d'électricité.

Plus généralement, le Tribunal en inférait que les quatre critères cumulatifs de l'article 107, § 1 précité étaient réunis, à savoir : la mesure procède d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, confère un avantage économique sélectif à son bénéficiaire, fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre les États membres.

C'est sur pourvoi de la RFA que la CJUE apporte par la présente décision commentée, d'utiles précisions sur le régime juridique des aides d'État.

En particulier, l'arrêt rendu le 28 mars dernier, apporte un éclairage à la fois sur la portée de la notion d'avantage au moyen de ressources d'État ou, à tout le moins, imputable à l'État (1), et sur la notion de contrôle public du GRT d'électricité, en particulier, à travers le rôle conféré au régulateur sectoriel dans sa mission de gestion du système d'aide à la production électrique d'origine renouvelable (2).

1. Un éclairage utile sur le critère des ressources d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE

Avec celui de l'avantage sélectif, le critère relatif aux ressources d'État est un de ceux qui agitent fréquemment la plume de la doctrine et des praticiens du droit des aides d'État pour tenter d'en cerner les contours.

Évident à première vue, ce critère n'en demeure pas moins obscur sous plusieurs angles et ce, alors même qu'il occupe une importance toute particulière dans la pratique décisionnelle et jurisprudentielle. En effet, comme précisé par la Cour de justice de l'Union européenne (*V. CJCE, 16 mai 2002, aff. C-482/99, France c/ Comm. (affaire Stardust Marine), pt 24*) et la Commission européenne (*Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : JOUE n° C 262/1, 19 juill. 2016, pts 38 à 65*), pour qu'une aide ait une origine

étatique au regard de l'article 107, § 1 du TFUE, celle-ci doit (i) être imputable à l'État et (ii) mobiliser des ressources d'État. À cet égard, les deux conditions sont assez proches dans leur formulation, à la différence près que la première de ces conditions paraît revêtir une dimension formelle plus marquée que la seconde.

D'une part, l'imputabilité à l'État renvoie juridiquement à la possibilité de mettre la mesure à la charge de l'État. Pour la Commission européenne, « lorsqu'une autorité publique octroie un avantage à un bénéficiaire, la mesure est par définition imputable à l'État, même si l'autorité en question jouit d'une autonomie juridique à l'égard d'autres autorités publiques. Il en va de même lorsqu'une autorité publique désigne un organisme privé ou public pour administrer une mesure conférant un avantage » (*Ibid*, pt 39). En la matière, il est constant que l'imputabilité d'une mesure à l'État peut être caractérisée par le fait qu'elle a été instituée par une loi et/ou les actes administratifs pris en application, afin d'en déterminer le régime et les modalités de mise en œuvre (parmi de nombreux exemples, V. CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-262/12, *Assoc. Vent de Colère ! Fédération nationale*, pt 17. – CJUE, 13 sept. 2017, aff. C-74/16, *ENEA SA*, pt 22. – V. récemment, *Comm. UE, déc. SA.36511 (2014/C)*, 31 juill. 2018, *Plafonnement de la CSPE*, pt 158). Cette imputabilité est caractérisée même lorsque la mesure est définie par une autorité qui, quoiqu'indépendante, n'a pas de personnalité juridique propre et distincte de celle de l'État (parmi d'autres exemples, *Comm. UE, déc. SA. 34045 (2013/c)*, 28 mai 2018, *Exemption from network charges for large electricity consumers* (§ 19 *StromNEV*), à propos de l'agence fédérale des réseaux allemande (BNetzA)).

D'autre part, seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État peuvent constituer des aides au sens de l'article 107, § 1 du TFUE. En synthèse, les ressources d'État englobent l'ensemble des ressources du secteur public, y compris celles gérées par des personnes privées (V. CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-206/06, *Essent Netwerk Noord*, pts 58 à 74 : *JurisData n° 2008-010450*). Au fond, l'élément central réside dans le fait que les ressources en cause demeurent constamment sous « contrôle public » : « l'origine des ressources n'entre pas en ligne de compte pour autant que celles-ci soient soumises à un contrôle public et soient donc à la disposition des autorités nationales avant d'être transférées directement ou indirectement aux bénéficiaires » (*Communication de la Commission*, 19 juill. 2016, *préc.*, pt 57). À titre d'exemple, on peut citer le (très commenté) arrêt *Vent de colère !* où la Cour de justice a estimé que les sommes supportées par les consommateurs finals d'électricité visant à compenser les surcoûts résultant du mécanisme français d'obligation d'achat d'électricité d'origine éolienne à la charge de l'opérateur historique et des entreprises locales de distribution étaient des ressources d'État, dans la mesure où les fonds étaient gérés par la Caisse des dépôts et consignations – établissement public spécial institué par la loi sur les finances de 1816 – pour le compte de la Commission de régulation d'énergie (CRE), et demeuraient ainsi sous contrôle public (CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-262/12, *Assoc. Vent de Colère ! Fédération nationale*, *préc.*, spéc. pt 33).

Les efforts successifs de définition de la Commission et des juridictions de l'Union n'ont pas contribué pour autant à rendre plus lisible la compréhension globale du critère des ressources d'État. Si les deux conditions attachées à ce critère sont distinctes et cumulatives (CJCE, 16 mai 2002, aff. C-482/99, *France c/ Comm.*, *préc.*, pt 52. – TPICE, 5 avr. 2006, aff. T-351/02, *Deutsche Bahn c/ Comm.*, pt 103), la Commission européenne admet elle-même dans sa communication du 19 juillet 2016 que « ces conditions sont souvent examinées conjointement lors de l'appréciation d'une mesure au regard de l'article 107, paragraphe 1, du traité, car elles sont toutes deux liées à l'origine de la mesure en question » (*Communication de la Commission*, 19 juill. 2016, *préc.*, pt 38). Ce qui peut être de nature à brouiller les pistes dans l'identification de ce critère.

Par son arrêt du 28 mars 2019, la Cour de justice saisit une fois de plus l'opportunité de distinguer les deux conditions du critère de l'origine étatique des ressources et, à cette occasion, marquer un léger coup d'arrêt à une extension tous azimuts de la notion de ressources d'État au sens de l'article 107 du TFUE.

Dans un premier temps, la Cour de Luxembourg dévoile les limites d'un examen conjoint de l'imputabilité et du caractère étatique des ressources, à savoir l'absence d'automatisme entre imputabilité à l'État et origine étatique de la mesure. Elle débute son raisonnement par le constat que « l'affirmation du Tribunal selon laquelle, en substance, les mécanismes résultant de l'EEG de 2012 procédaient de la mise en œuvre d'une politique publique de soutien aux producteurs d'électricité EEG fixée par l'État se borne à réitérer la conclusion [...] selon laquelle ces mécanismes doivent être considérés comme imputables à l'État » mais que cet élément « n'est pas à lui seul suffisant pour qu[e] [la qualification d'« aide » au sens de l'article 107 §1 du TFUE] puisse être retenue ». Sur ce point, la Cour se situe dans le prolongement de l'arrêt *ENEA SA* où elle avait jugé, à propos du mécanisme d'obligation d'achat polonais applicable indifféremment aux entreprises privées et publiques, que « l'imputabilité de la mesure à l'État membre concerné [du fait de son instauration par la loi] ne permet pas d'inférer l'existence d'une influence dominante de cet État au sein d'une entreprise dont il est actionnaire majoritaire » (CJUE, 13 sept. 2017, aff. C-74/16, *ENEA SA*, *préc.*, pt 35).

C'est dans un second temps, sur le caractère étatique des ressources, où la solution de la Cour démontre que « le Tribunal n'a établi ni que l'État détenait un pouvoir de disposition sur les fonds générés par le prélèvement EEG ni même qu'il exerçait un contrôle public sur les GRT chargés de gérer ces fonds ».

À cet effet, la Cour explique d'abord que le Tribunal n'a pas établi que l'État allemand détenait le pouvoir de disposer des fonds générés par le prélèvement EEG, en se bornant au constat selon lequel les fonds issus du prélèvement EEG étaient, d'une part, gérés à des fins d'intérêt public par les GRT selon les modalités définies par la loi et, d'autre part, affectés au financement des régimes de soutien et de compensation. Bien que les éléments en présence témoignent « d'une emprise certaine de l'État » et que « ces éléments ne sont toutefois pas suffisants pour qu'il soit conclu que l'État détenait [...] un pouvoir de disposer des fonds gérés et administrés par les GRT ». Si un doute était encore permis à ce stade de la décision, le juge de l'Union prend soin de le dissiper, en considérant par la suite que « la circonstance que les fonds issus du prélèvement EEG sont exclusivement affectés au financement des régimes de soutien et de compensation, en vertu des dispositions de l'EEG de 2012 [...] tend plutôt à démontrer, en l'absence de tout autre élément en sens contraire, que l'État n'était précisément pas en mesure de disposer de ces fonds, c'est-à-dire de décider d'une affectation différente de celle prévue par l'EEG de 2012 ».

Enfin, la dernière étape du raisonnement consiste à démontrer l'absence de contrôle public permanent sur les GRT. À cette occasion, la Cour relève, comme le Tribunal avant elle, que l'utilisation des fonds issus du prélèvement EEG était encadrée par le législateur, qu'ils étaient tenus de gérer ces fonds sur un compte commun spécifique, que les autorités publiques exerçaient un contrôle sur le respect de cette obligation et qu'en parallèle le régulateur multi-sectoriel (la BNetzA) veillait de façon générale au respect des prescriptions législatives et réglementaires par les actes des GRT. Néanmoins, selon la Cour, « si les éléments ainsi retenus permettent effectivement de conclure que les autorités publiques exercent un contrôle de la bonne exécution de l'EEG de 2012, ils ne sauraient, en revanche, permettre de conclure à l'existence d'un contrôle public sur les fonds générés par le prélèvement EEG eux-mêmes » et ce, à la différence de l'affaire *Vent de Colère !* précitée où la Caisse des dépôts et consignations avait été mandatée par l'État français pour gérer les sommes en cause pour le compte de la CRE.

La solution retenue dans l'arrêt du 28 mars 2019 permet ainsi de distinguer plus nettement le contrôle public *stricto sensu*, à savoir le contrôle de l'exécution d'une mesure instituée par la loi, du « contrôle public » au sens de l'article 107, § 1 du TFUE, à savoir un contrôle de nature patrimoniale qui implique que les fonds soient à la disposition des autorités nationales qui peuvent décider de leur utilisation. Plus récemment, la Cour a approfondi cette distinction par un arrêt du 15 mai 2019, rendu à propos du financement des services d'intérêt public dans le secteur de l'électricité en Lituanie, où la Cour a considéré que les sommes collectées par les gestionnaires de réseaux de distribution et de transport demeurent sous contrôle public dans la mesure où ces fonds sont versés à une entité directe-

ment ou indirectement contrôlée par l'État – en vertu d'un décret gouvernemental – qui a la charge de les répartir entre les prestataires obligés sans aucun pouvoir d'appréciation quant à leur détermination et à leur destination (CJUE, 15 mai 2019, aff. C-706/17, AB « Achema » et a. c/ Valstybinė kainų ir energetikos kontrolės komisija (VKEKK), pts 63 à 67).

De cette manière, la Cour de justice estime qu'en définitive la Commission n'a pas établi que les avantages prévus par l'EEG impliquent des ressources d'État, de sorte que la mesure ne peut pas constituer une aide d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE.

Si l'arrêt du 28 mars dernier devrait inciter à un surcroît de prudence et de réflexion dans la mise en cause des dispositifs impliquant des gestionnaires de réseaux, il fait également peu de doute qu'il devrait susciter l'intérêt des GRT dans les secteurs électriques et gaziers au vu des précisions qu'il apporte sur la notion de contrôle.

2. D'utiles précisions sur la notion de contrôle du gestionnaire de réseau de transport

L'autre intérêt de la décision est de préciser, au regard du critère de mobilisation de ressources d'État, la notion de contrôle public du GRT d'électricité.

Le GRT, est, on le sait, contrôlé à divers niveaux au regard des textes en vigueur, et cette notion est variable elle-même selon la norme applicable. Dans ce contexte, l'État peut être présent sous diverses formes et de manière directe ou indirecte. Ainsi, pour prendre l'exemple du régime juridique des GRT français d'électricité et de gaz, à savoir RTE, GRTgaz et Teréga, ce contrôle s'apprécie à plusieurs niveaux.

D'abord, ce contrôle peut être apprécié par référence aux textes de droit commercial applicables en considération de la forme juridique de l'entreprise en charge de l'exploitation du réseau de transport. L'article L. 111-8-1 du Code de l'énergie français dispose ainsi que, pour ces trois GRT, qui sont tous trois des sociétés anonymes, « la notion de contrôle direct ou indirect s'entend au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce et du III de l'article L. 430-1 de ce même code ». L'article L. 111-43 du Code de l'énergie précise en particulier que RTE, seul transporteur d'électricité en France métropolitaine, est par principe une société « régie par les lois applicables aux sociétés anonymes », sous réserve cependant de l'application des dispositions spécifiques de ce code. L'équivalent est inscrit pour le principal GRT de gaz dans le second alinéa de l'article L. 111-48 du Code de l'énergie.

C'est donc en principe, les critères de la détention du capital conférant la majorité des droits de vote, la détention de ces mêmes droits en vertu d'un pacte d'actionnaires, la maîtrise des décisions en assemblée générale ou le pouvoir de nomination des organes de gouvernance de la société, qui caractérisent essentiellement, comme pour toute société anonyme, le contrôle du GRT.

Lorsqu'une part du capital est détenue directement ou indirectement par l'État ou l'un de ses établissements publics, le contrôle est apprécié au regard des règles de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (ce qui est en France le cas du transporteur d'électricité RTE, détenu par EDF [50,1 %] et la Caisse des dépôts et CNP Assurances [49,9 %]), qui aménage la composition des organes dirigeants en y intégrant notamment une représentation salariale.

Ensuite, dès lors que les gestionnaires de réseau de transport d'électricité et de gaz sont au titre des deux directives 2009/72/CE et 2009/73/CE relatives aux règles communes pour le marché de l'électricité et du gaz, des entités régulées en tant que gestionnaire d'infrastructures essentielles, s'appliquent des règles spécifiques complémentaires variables selon le contrôle exercé au titre du droit des sociétés. Le régulateur national est chargé d'en définir les modalités et d'en contrôler la bonne application à travers ses décisions de certification.

La finalité est alors de s'assurer que cette gestion des infrastructures s'effectue en contribuant à l'efficacité des activités concurrentielles, et que le GRT dispose d'une autonomie suffisante pour assurer ses missions en toute indépendance.

Ainsi, si le GRT concerné est contrôlé par une entité, qui opère dans le domaine de l'énergie transportée une activité ouverte au domaine concurrentiel de la production ou de la fourniture, un régime spécifique (dit d'« *independent transmission operator* » ou ITO) est mis en place. Dans ce cas, un contrôle strict du régulateur s'exerce sur l'ensemble des relations qui peuvent exister entre ses activités et celles des entités opérant dans le domaine concurrentiel qui appartiennent au même groupe que lui (V. C. Le Bihan-Graf et L. Rosenblieh, *La séparation des activités dans le secteur de l'énergie : des modèles sous contraintes ?* et R. Coin, *Gestionnaire de réseau et entreprise verticalement intégrée. L'exemple français de transport de gaz*, in *Dossier Droit de l'énergie : RFDA 2017, spéc. p. 231 et 240*).

Ce gestionnaire doit être alors propriétaire de ses infrastructures, et disposer de ses propres ressources techniques, financières et matérielles pour pouvoir exploiter le réseau en toute autonomie. En l'absence de séparation patrimoniale, son actionnaire contrôlant ne peut intervenir dans la gestion opérationnelle, ni dans la définition ou l'exécution de ses plans de développement qui sont contrôlés par le régulateur. Ses dirigeants et personnels ne peuvent non plus exercer de responsabilité dans une des entités intervenant dans la production ou la fourniture d'énergie.

Le contrôle qui aurait pu exister par application du droit commun des sociétés, connaît donc de fortes limitations qui conduisent l'entité contrôlante à renoncer à toute logique industrielle pour se cantonner à une logique uniquement financière à travers la perception de dividendes dont l'essentiel résulte là encore de l'intervention du régulateur à travers la décision tarifaire qui prend en considération la rémunération « normale » du GRT (V. C. *énergie*, art. L. 341-2 et L. 452-1).

Ce même contrôle existe lorsque le gestionnaire de réseau n'appartient pas à un groupe verticalement intégré dont certaines entités interviennent dans le domaine concurrentiel.

Le régime alors applicable est celui dit de l'« *ownership unbundling* » de l'article 9, § 1 des directives précitées, sur lequel le régulateur intervient également, à travers la notion de « quelconque pouvoir », codifiée en France dans les articles L. 111-8, L. 111-8-1, L. 111-8-2, et L. 111-8-1-2 du Code de l'énergie.

La notion de « quelconque pouvoir » est notamment illustrée par différents exemples qui sont l'exercice de droits de vote, la détention de parts majoritaires dans le capital dans l'entreprise, la désignation des membres des organes de gouvernance. Ce régime, outre la séparation patrimoniale, implique que le GRT respecte une séparation totale entre les activités de production et de fourniture, et notamment, qu'une même personne physique ou morale ne puisse exercer un contrôle direct ou indirect sur une entreprise de production ou de fourniture et un quelconque pouvoir sur un GRT. Par ailleurs, l'*ownership unbundling* implique que cette même personne ne puisse à la fois désigner les membres des organes représentant légalement le GRT et exercer un contrôle direct ou indirect ou un quelconque pouvoir sur une entreprise de production ou de fourniture – selon les cas, de gaz ou d'électricité – et *in fine* que cette même personne ne puisse être membre à la fois des organes représentant légalement une entreprise de production ou de fourniture et des organes représentant légalement un GRT.

Comme le rappelle la CRE dans son récent rapport d'activité juridique (CRE, *Activité juridique de la CRE en 2018, Partie 2, p. 30 et s.*, publié en juin 2019 et disponible sur le site www.cre.fr), la notion de quelconque pouvoir – appréciée par le régulateur français à propos de la certification de la société Teréga (V. en dernier lieu la CRE, *délib.*, 27 sept. 2018, n° 2018-203 portant décision sur le maintien de la décision de certification Teréga à la suite d'une prise de participation du groupe GIC dans une entreprise de production d'énergie) – est d'interprétation large au regard des *guidelines* publiées par la Commission européenne dont il est fait application lors de l'examen de la certification des GRT (en l'occurrence : *Commission staff working paper, Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime*, 22 janv. 2010).

Enfin, la notion de contrôle du GRT s'apprécie en considération des principes du droit de la concurrence.

À cet égard, l'intérêt de la décision commentée est d'enrichir l'analyse de la notion de contrôle du GRT par l'État au regard du droit européen des aides d'État, déjà riche de nombreuses décisions dans le domaine de l'énergie (V. C. Vannini et C. Barthélémy, *Énergie et aides d'État : de l'exception à la norme : RFDA 2017*, p. 472).

En l'espèce, quatre GRT d'électricité étaient concernés par le mécanisme mis en place. Trois étaient des entreprises privées (Amprion GmbH, Tenet TSO GmbH et 50 Hertz Transmission GmbH), une était une entreprise publique (Transnet BW GmbH).

En première instance, le Tribunal de l'Union avait jugé, faisant droit à l'argumentation soutenue par les services de la Commission, que les fonds générés par le prélèvement EEG « et administrés collectivement par les gestionnaires de réseau de transport demeurent sous l'influence dominante des pouvoirs publics, deuxièmement, que les montants en cause, générés par le prélèvement EEG, sont des fonds impliquant une ressource d'État, assimilable à une taxe et, troisièmement, les compétences et missions attribuées aux gestionnaires de réseau permettent de conclure que ces derniers n'agissent pas pour leur propre compte et librement, mais bien en tant que gestionnaires, assimilés à une entité exécutant une concession étatique, d'une aide accordée au moyen de fonds étatiques » (pt 127 du jugement attaqué).

En réponse, la RFA soutenait, en particulier, que le Tribunal avait commis une erreur d'appréciation quant au rôle joué par les GRT dans le système de prélèvement EEG ; ces derniers ne percevant pas ce prélèvement pour le compte de l'État. Les ressources perçues auprès des fournisseurs par les GRT pour couvrir les coûts de commercialisation de l'électricité produite à partir d'énergie renouvelable et de gaz de mine étaient en effet la contrepartie de la qualité de l'énergie produite et compensée dans le cadre des mécanismes de l'économie privée et du mécanisme de compensation des coûts des GRT opéré par comparaison des recettes et des coûts de chacun des gestionnaires concernés. Ainsi, la République fédérale d'Allemagne n'aurait pas chargé les GRT d'une mission de nature publique et le Tribunal aurait commis une erreur de droit en considérant qu'ils étaient quasi titulaires de « concessions étatiques ».

La RFA contestait donc que les GRT, dans l'exercice de leur mission de gestion du prélèvement EEG soient sous contrôle public, quand bien même ces derniers seraient contrôlés, notamment par le régulateur national – en l'occurrence la BNetzA – dans l'exécution de la gestion du système d'aide à la production d'électricité d'origine renouvelable. Reprenant ainsi les principes posés par une jurisprudence déjà ancienne de la CJUE (V. CJUE, 30 mai 2013, aff. C-677/11, *Doux Élevage SNC : JurisData n° 2013-016793*), le contrôle de l'État sur les ressources n'était pas caractérisé selon la RFA, et tant les ressources mobilisées que les éventuelles conséquences attachées à la mise en œuvre de ces ressources, n'apparaissaient en aucun cas au budget de l'État et n'étaient donc pas contrôlées par celui-ci (contrairement, par exemple au cas à l'origine de la décision *Essent Network Noord e.a.*, préc.).

La Cour de Luxembourg avait l'opportunité d'examiner sous différents angles juridiques la pertinence de l'argumentation présentée de ce chef à l'appui du pourvoi.

En l'occurrence, s'agissant des GRT ayant la forme d'une entreprise publique, le contrôle aurait pu être caractérisé par le fait que les ressources d'entreprise publique constituent des ressources d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE ; l'État étant en mesure d'en orienter l'utilisation (*Communication*, 19 juill. 2016, préc., § 48 et 49). Précisément, l'entreprise publique est

définie par référence à la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. L'article 2b de cette dernière directive dispose que l'entreprise publique vise « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». En la matière, la notion de pouvoir public vise « tous les pouvoirs publics, y compris l'État, ainsi que les autorités régionales et locales et toutes les autres collectivités territoriales (Dir. 2006/111/CE, 16 nov. 2006, art. 2, a) : JOUE n° L 318, 17 nov. 2006, p. 17).

Mais en définitive le pouvoir de l'État de disposer des sommes issues du mécanisme de soutien constitue le critère déterminant au regard du droit des aides d'État.

Pour apprécier le pouvoir de l'État de disposer des fonds, l'influence que celui-ci peut exercer sur le GRT à travers l'exercice de son pouvoir normatif constitue un des éléments du faisceau d'indices ; sans être suffisant (pt 73 de la décision). La Cour de justice observe, à l'inverse, que le mode de gestion et d'exploitation du réseau, pourtant évoqué par le Tribunal de l'Union qui parlait d'une gestion des fonds assurée par les GRT permettant d'assimiler ceux-ci à une entité exécutant une « concession étatique », n'intervient pas comme critère décisif dans le faisceau d'indices. À cet égard, c'est de manière particulièrement claire que la Cour de justice, dans le point 75 de sa décision, décide que la qualification de contrôle public ne nécessite pas de se prononcer sur la qualification de « concession étatique » retenue par le Tribunal, pour apprécier la faculté de l'État de disposer des fonds.

Ensuite, prenant acte du fait que le Tribunal avait constaté que les fonds issus du prélèvement EEG ne pouvaient être utilisés à d'autres fins que celles prévues par le législateur, que les GRT étaient tenus de gérer lesdits fonds sur un compte commun spécifique sous le contrôle par des instances publiques – dont la nature et la portée n'avait pas été analysée – puis qu'intervenait le contrôle du régulateur national, instance étatique, la Cour considérait que ces éléments de contrôle de bonne exécution ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un contrôle public sur les fonds gérés par les GRT.

En somme, la solution dégagée par la Cour de justice a vocation à s'appliquer de manière large. En particulier, il apparaît indifférent, dans le cas de figure étudié par la Cour, que le GRT concerné soit une entreprise privée ou une entreprise publique. Seul le régime des ressources et la faculté pour l'État d'en disposer ou d'en assurer la gestion apparaissent comme le critère décisif dans le raisonnement.

Au surplus, ainsi que l'avait relevé le Tribunal, la Cour de justice relève que le contrôle exercé sur les GRT en l'occurrence par le régulateur, « à supposer que ce contrôle n'ait pas d'effet direct sur la gestion des fonds en question au jour le jour, il s'agissait d'un élément additionnel, visant à s'assurer que l'action des GRT demeurerait bien circonscrite au cadre prévu par l'EEG de 2012 » (pt 81 de la décision).

De cette façon, en annulant l'arrêt du Tribunal et la décision de la Commission, la Cour de justice a acté le caractère licite au regard du droit des aides d'État, de l'exemption partielle accordée par les pouvoirs publics allemands aux consommateurs industriels électro-intensifs.

Léo GENTY et Rémy COIN

Mots-Clés : Énergie - Questions sectorielles - Électricité - Aides d'État

Énergie - Infrastructures - Réseau de transport d'électricité - Aides d'État