

# Contrat d'achat d'énergie électrique : absence de perte de chance de bénéficier d'un tarif basé sur une aide d'Etat illégale

## Lire les conclusions de :

**Philippe Chacot**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Valentin Lamy**

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

## DÉCISION DE JUSTICE

---

TA Clermont-Ferrand – N° 1901372 – SARL Esconergie – 12 mai 2021 – C+ [↗](#)

Jugement confirmé en appel CAA Lyon, 6ème chambre, N° 21LY02432, 13 juillet 2022, C

## INDEX

---

### Mots-clés

Electricité, Photovoltaïque, Aides d'Etat, Intervention de l'Etat, Responsabilité, Préjudice, Obligation d'achat, Perte de chance

### Rubriques

Aides publiques et économie

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

## Résumé

<sup>1</sup> La société Esconergie, constituée pour produire de l'énergie photovoltaïque à partir d'installations situées sur la toiture de bâtiments agricoles, a été empêchée, par la carence volontaire d'Enedis à lui transmettre une proposition technique et financière, de conclure un contrat d'achat d'électricité sur la base de l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010 alors que son dossier était complet.

<sup>2</sup> Elle a saisi le juge judiciaire. In fine, la cour d'appel de Riom a condamné la société Enedis à indemniser la société Esconergie du préjudice résultant de l'installation en pure perte de l'installation photovoltaïque (investissement) mais pas de son manque à gagner lié à l'exploitation de l'installation : pour la cour d'appel, un tel préjudice n'était pas indemnisable, dès lors qu'il se fondait sur un régime d'aide d'Etat illégal, faute pour le gouvernement français d'avoir notifié à la Commission européenne l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010.

<sup>3</sup> La société Esconergie a alors demandé au tribunal administratif de Clermont-Ferrand de condamner l'Etat à l'indemniser de ce manque à gagner, en raison de sa faute commise dans son refus de notification préalable à la Commission européenne des arrêtés tarifaires en matière d'achat d'électricité produite à partir de centrales photovoltaïques.

Le tribunal administratif, après avoir constaté que ces arrêtés constituaient une aide d'Etat, a néanmoins relevé qu'en vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04), il incombe aux juridictions nationales de tirer toutes les conséquences de l'illégalité découlant du défaut de notification préalable à la Commission d'une mesure nationale constituant une aide d'Etat. En particulier, elles ne doivent pas adopter une mesure qui aurait pour seul effet d'étendre le cercle des bénéficiaires de cette aide illégale.

<sup>4</sup> Le tribunal administratif en conclut que la société requérante n'est pas fondée à invoquer un préjudice constitué de la perte de chance de bénéficier d'un tarif procédant d'une aide d'Etat illégale, un tel préjudice n'étant pas indemnisable [1][2]

<sup>5</sup> *29-036, Electricité, Électricité d'origine solaire, Photovoltaïque, Aides d'Etat, Articles 107 et 108 TFUE, Aide d'Etat, Aide d'Etat contraire au droit de l'Union, Notion d'intervention de l'État, Préjudice, Loi n° 2000-108 du 10 février 2000, Décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, Décret n° 2001-410 du 10 mai 2001, Arrêté du 12 janvier 2010*

*fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil, Décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, Obligation d'achat, Perte de chance*

## NOTES

---

[1] rappr. Cass. com. 18 sept. 2019, n° 18-12.601 ; CE, 7 juin 2017, société Le Muselet Valentin, n° 0386627, T.) . [Retour au texte](#)

[2] Voir Ordonnance de la CJUE du 15 mars 2017, société Enedis (aff. C 515/16).  
[Retour au texte](#)

# Conclusions du rapporteur public

**Philippe Chacot**

Rapporteur public au tribunal administratif de Clermont-Ferrand

DOI : [10.35562/alyoda.6696](https://doi.org/10.35562/alyoda.6696)

<sup>1</sup> Cette affaire présentée par la Sarl Esconergie concerne la production d'électricité par une installation de panneaux photovoltaïques.

<sup>2</sup> Ce dossier s'inscrit dans le cadre juridique de l'obligation d'achat prévu par la loi du 10 février 2000 qui vise à favoriser le développement des énergies renouvelables, le législateur ayant à l'époque institué une obligation d'achat d'électricité à la charge d'EDF.

<sup>3</sup> Ce principe de l'obligation d'achat d'électricité, codifié aux articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie, fait obligation à EDF et aux autres distributeurs, d'acheter l'électricité produite par les producteurs d'électricité à un prix fixé par arrêté, dont les producteurs d'électricité d'origine photovoltaïque.

<sup>4</sup> Prix de rachat qui, dans les années 2000, avait été fixé à un niveau très supérieur au prix du marché, ce qui a conduit à un emballement des projets d'installations de centrales photovoltaïques, conduisant par la suite le gouvernement à modifier à plusieurs reprises à la baisse ce tarif d'achat, puis finalement à l'abandonner au profit d'un mécanisme de prime versée aux producteurs d'électricité (la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.)

<sup>5</sup> La SARL Esconergie a été constituée en 2009 en vue de produire et de vendre l'électricité produite par une installation de panneaux photovoltaïques installés sur la toiture des bâtiments agricoles de l'exploitation de M. X, sur le territoire de la commune de Saint-Ferréol-d'Auroure (Haute-Loire).

<sup>6</sup> Le 30 décembre 2009, la société Tenesol, mandataire de la SARL Esconergie, transmettait à la société ERDF le dossier de demande de raccordement de l'installation.

Le 18 mai 2010, la société ERDF a accusé réception de ce dossier et l'a accepté comme étant complet avec une date de prise en compte au 17 mai 2010.

<sup>7</sup> En principe, après réception de ce dossier complet, la société ERDF aurait dû adresser à la société une proposition technique et financière, dans un délai, de trois mois.

<sup>8</sup> Mais aucune proposition technique et financière en vue de la conclusion du contrat d'achat d'électricité n'a été adressée à la SARL Esconergie par la société ERDF dans ce délai.

Nous sommes à cette époque en pleine explosion des demandes (le gouvernement parle alors de bulle spéculative) ce qui explique sans doute le retard d'ERDF dans leur traitement.

<sup>9</sup> Le 4 février 2011, la société ERDF informait la SARL Esconergie qu'elle considérait que la demande de raccordement de son installation était caduque, en application du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

<sup>10</sup> La société requérante a donc dû présenter une nouvelle demande à ERDF, mais sur la base d'un tarif d'achat nettement moins avantageux que le tarif S6 dont elle espérait bénéficier.

<sup>11</sup> C'est la raison pour laquelle la société a saisi la juridiction judiciaire afin d'être indemnisée de son préjudice.

<sup>12</sup> Par jugement du 6 janvier 2017, le tribunal de commerce du Puy-en-Velay a considéré que la société ERDF avait engagé sa responsabilité du fait de son manquement à son obligation de bonne foi dans la conduite de sa relation contractuelle avec la SARL Esconergie. Il a, en conséquence, condamné la société ERDF, devenue la société Enedis, à verser à la SARL Esconergie une somme de 698 010 euros en réparation de son préjudice résultant du coût de la réalisation en pure perte de son installation ainsi que de son manque à gagner.

<sup>13</sup> En appel, la cour d'appel de Riom par son arrêt du 5 décembre 2018 a confirmé que la responsabilité de la société ERDF était engagée vis-à-vis de la SARL Esconergie mais a ramené à 108 745 euros l'indemnité mise à la charge de la société Enedis.

La cour d'appel a considéré que le manque à gagner allégué par la SARL Esconergie n'était pas un préjudice indemnisable dès lors qu'il se fondait sur un régime d'aide d'État illégal, faute pour l'État français d'avoir notifié à la Commission européenne, préalablement à leur mise en œuvre, les arrêtés tarifaires du 10 juillet 2006 et du 12 janvier 2010.

<sup>14</sup> C'est sans doute ce considérant de la cour d'appel qui est à l'origine de ce litige, la société recherchant désormais à compléter son indemnisation en recherchant la responsabilité de l'Etat. Elle a donc adressé au préfet de Haute Loire une demande indemnitaire préalable le 6 mai 2019, demande qui est restée sans réponse.

<sup>15</sup> Par cette requête, la SARL Esconergie demande au tribunal de condamner l'État à lui verser la somme de 588 265 euros en réparation de son préjudice lié à la faute de l'État dans son obligation de notification préalable à la Commission européenne des arrêtés tarifaires en matière d'achat d'électricité produite à partir de centrales photovoltaïques.

16

Elle soutient que :

- l'État a commis une faute en s'abstenant de notifier à la Commission européenne les arrêtés tarifaires en matière d'achat d'électricité produite à partir de centrales photovoltaïques, constitutif d'une aide d'État ;
- cette faute est à l'origine de l'illégalité de cette aide, laquelle a été opposée par le juge judiciaire pour rejeter sa demande de condamnation de la société Enedis à l'indemniser de son manque à gagner en raison de son refus fautif de conclure un contrat d'achat d'électricité.

17

Plusieurs questions préalables sont invoquées par les parties en matière de compétence et de recevabilité.

18

Nous en disons un mot rapide, sans insister, car nous allons vous proposer d'aller au rejet au fond de la requête.

19

### 1) Compétence de la juridiction

20

Le préfet en défense soulève une double exception d'incompétence à la fois de la juridiction administrative et territoriale.

21

Il fait valoir, d'une part, que la requête est portée devant un ordre de juridiction incompétente pour en connaître, car elle se rattache à un litige de droit privé entre la requérante et la société Enedis et, d'autre part, qu'elle est portée devant une juridiction territorialement incompétente dès lors que le manquement allégué par la requérante relève d'une compétence du ministre chargé de l'énergie et non du préfet.

22

Mais dès lors que la requête tend à l'indemnisation de la société, en conséquence d'une faute commise par l'Etat, liée à son non respect des obligations de respecter le droit de l'UE (et plus précisément un non respect de l'obligation de notification à la commission européenne des tarifs d'achat d'électricité) un tel litige ressortit bien à la compétence de la juridiction administrative.

Le litige opposant la société à Enedis, sur la non conclusion du contrat de raccordement de l'installation, a déjà été tranché par le juge judiciaire par le jugement et l'arrêt précités, puisqu'il concernait deux personnes de droit privé.

23

Par ailleurs, le lieu du fait générateur du dommage étant l'exploitation agricole située en Haute-Loire, nous pensons que vous êtes bien territorialement compétents.

24

L'exception d'incompétence aurait donc été écartée.

25

### 2) Recevabilité

26

S'agissant maintenant de la recevabilité, le préfet soulève plusieurs fins de non-recevoir qui n'auraient pas prospéré.

27 Le préfet soutient que la requête est irrecevable faute de liaison préalable du contentieux portant sur la même cause juridique que celle invoquée dans la requête. Or, le fondement juridique dans les deux cas est bien celui de la faute commise par l'Etat en raison de l'absence de notification à la commission européenne des arrêtés tarifaires en matière d'achat d'électricité.

28 Cette fin de non-recevoir aurait été écartée.

29 La fin de non-recevoir tirée de l'absence de précision du fondement juridique de la requête aurait également été écartée, la requête se plaçant explicitement sur le terrain juridique de la responsabilité pour faute.

30 Le préfet invoquait également, l'exception d'autorité de la chose jugée, liée au jugement du tribunal du Puy en Velay et à l'arrêt de la cour d'appel de Riom, mais elle aussi aurait été écartée. En effet comme l'indique justement la requérante les trois conditions de l'identité d'objet de parties et de cause n'étaient pas réunies pour retenir l'autorité de la chose jugée. Nous renverrons donc le préfet de Haute-Loire à la lecture des bonnes feuilles du Chapus (ou d'un autre manuel) pour réviser la notion d'autorité de la chose jugée.

31 Enfin, le préfet invoquait l'exception de prescription quadriennale.

32 La question du fait générateur aurait été difficile à trancher mais toutefois, en tout état de cause, la saisine des juridictions judiciaires, et les décisions rendues, ont de notre point de vue prorogé la prescription quadriennale (jugement du tribunal de commerce du Puy en Velay du 6 janvier 2017 et arrêt de la cour d'appel de Riom du 5 décembre 2018).

33 De sorte qu'à la date de l'introduction de la requête aucune prescription ne pouvait être opposée.

34 3) Fond : Responsabilité et Indemnisation

35 Nous en venons maintenant à l'examen du fond du litige qui est basé sur le terrain de la responsabilité pour faute.

36 La Société requérante soutient que l'État a commis une faute en s'abstenant de notifier à la Commission européenne l'arrêté tarifaire S6 (du 10 juillet 2006) ou du 12 janvier 2010, ce qui a rendu l'exécution de cette aide illégale tant que la Commission ne s'est pas prononcée sur sa compatibilité avec les règles du TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

37 Le mécanisme d'achat d'électricité constitue en effet une aide d'État ainsi que cela a été jugé pour l'éolien :

38 Voir notamment CE, 28 mai 2014, Association Vent de colère !, n° 324852, A.



39 Par ailleurs, l'ordonnance de la CJUE du 15 mars 2017, *Enedis*, C-515/16 rappelle que la qualification d'« aides d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, suppose la réunion de quatre conditions, à savoir qu'il existe une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, que cette intervention soit susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, qu'elle accorde un avantage sélectif à son bénéficiaire et qu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence dans le marché intérieur.

40 Dès lors, en application du TFUE, (et des articles 107 et 108), les arrêtés tarifaires (dont celui de 2006) auraient dû être notifiés à la commission européenne.

41 Il n'est pas contesté que les arrêtés de 2006 et 2010 n'ont pas été notifiés à la Commission, en violation du droit de l'UE (art. 107 et 108 TFUE).

42 La faute de l'Etat nous semble donc avérée.

43 La société en déduit que cette faute formelle lui a causé un préjudice, dès lors qu'elle a été privée de la possibilité d'obtenir la réparation de son manque à gagner, en conséquence de la faute de l'État dans la notification de l'aide d'État.

44 C'est en raison de ce défaut de notification de l'aide d'État à la Commission que le juge judiciaire d'appel a en effet considéré l'aide d'État illégale, et donc l'absence de préjudice indemnisable pour la requérante.

45 La société ayant été déboutée au civil de sa demande d'indemnisation d'une grande partie de son préjudice, à savoir les gains futurs espérés liés à la conclusion du contrat de rachat d'électricité sur 20 ans, elle tente d'obtenir réparation de ce chef de préjudice devant vous en se fondant sur la faute de l'Etat révélée en quelque sorte par l'arrêt de décembre 2018 de la cour d'appel de Riom.

46 La tentative nous semble périlleuse, car pour obtenir réparation et dès lors que la condition de la faute apparait remplie encore faut-il démontrer que l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute et le préjudice subi.

47 Le préfet en défense soutient que l'existence du lien de causalité n'est pas rapportée.

48 Cette démonstration nous semble difficile à rapporter, en application de la théorie de la causalité adéquate, qui est appliquée par le juge administratif.

49 En effet, ce n'est pas véritablement la faute alléguée de l'Etat c'est à dire l'omission par l'État de notifier les arrêtés tarifaires à la Commission européenne, qui est à l'origine du manque à gagner subi par la SARL Esconergie.

50 Le préjudice est plutôt lié au refus d'ERDF de conclure le contrat de raccordement comme il en avait l'obligation. Le lien de causalité direct est donc davantage à ce niveau, ce qui avait conduit la société à rechercher la réparation de son entier préjudice devant les juridictions judiciaires, réparation qu'elle a en partie obtenue.

51 Vous pourriez donc considérer que si l'existence d'une faute est indéniable, faute résultant de l'omission de notification des arêtes tarifaires à la commission européenne, en revanche, cette faute n'est pas en lien direct avec le préjudice subi par la société requérante.

52 Ce qui conduira à écarter la responsabilité de l'Etat pour faute.

53 Mais nous pensons que vous pourrez écarter la responsabilité de l'Etat pour faute en retenant le moyen invoqué en défense par le préfet qui rappelle que le paiement d'une aide illégalement accordée ne peut constituer un préjudice indemnisable dès lors que l'Etat est tenu à la récupération de l'aide.

54 Il fait référence à la solution dégagée par le CE dans son arrêt du 7 juin 2017 Société le Muselet Valentin n° 386627 B.

55 Dans cet arrêt la Haute juridiction juge que « *la cour a pu, sans erreur de droit ni erreur de qualification juridique, en déduire que la somme devant être acquittée par la société requérante correspondant au montant de l'aide accordée, qui résultait uniquement de la décision de la Commission 2004/343/CE en date du 16 décembre 2003 par laquelle cet avantage fiscal a été déclaré incompatible avec le régime des aides d'Etat, ne peut constituer un préjudice indemnisable dès lors que l'Etat est tenu de procéder à la récupération de l'aide en mettant à la charge du bénéficiaire une somme correspondant au montant de l'exonération d'impôt illégalement accordée* ».

56 La cour de cassation a également jugé que le préjudice invoqué (manque à gagner des sociétés qui n'ont pu bénéficier de l'aide d'État faute d'avoir pu signer le contrat en raison des manquements d'Enedis) n'était pas réparable. (Cass. Com. 18 sept. 2019, n° 18-12.601 ; Com. 18 sept. 2019, n° 18-12.657).

57 Nous proposons de suivre ce raisonnement et de considérer que le préjudice allégué n'est pas indemnisable.

58 Comme nous l'avons indiqué, le 18 mai 2010, la société ERDF a accusé réception du dossier de demande de raccordement présenté pour la SARL Esconergie et l'a accepté comme étant complet avec une date de prise en compte au 17 mai 2010.

59 Il s'ensuit que la société requérante était susceptible de bénéficier des tarifs de l'arrêté du 12 janvier 2010.

60 L'arrêté du 12 janvier 2010 a été pris en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne résultant de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. L'aide d'État résultant de cet arrêté est donc illégale.

61 En vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, il incombe aux juridictions nationales de tirer toutes les conséquences de l'illégalité découlant du défaut de notification préalable à la Commission d'une mesure nationale constituant une aide d'État.

62 S'il incombe aux juridictions nationales de sauvegarder les droits des justiciables face à une éventuelle méconnaissance, de la part des autorités nationales, de l'interdiction de mise à exécution des aides avant l'adoption, par la Commission, d'une décision les autorisant, ces juridictions doivent prendre pleinement en considération l'intérêt de l'Union européenne et ne doivent pas adopter une mesure qui aurait pour seul effet d'étendre le cercle des bénéficiaires de l'aide.

63 Cette règle résulte de l'arrêt CJCE 5 oct. 2006, aff. C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*.

64 C'est cette jurisprudence de la CJUE qui a conduit la Cour de cassation, s'agissant des arrêtés tarifaires en cause, à juger que le préjudice invoqué (manque à gagner des sociétés qui n'ont pu bénéficier de l'aide d'État faute d'avoir pu signer le contrat en raison des manquements d'Enedis) n'était pas réparable (Cass. Com. 18 sept. 2019, n° 18-12.601 ; Com. 18 sept. 2019, n° 18-12.657).

65 Dans ces conditions, le préjudice invoqué par la société requérante de la perte de chance de bénéficier d'un tarif procédant d'une aide d'État illégale, n'est pas indemnisable, par principe, ce qui conduira à rejeter les conclusions à fin d'indemnisation.

66 Nous précisons au surplus que s'agissant de l'évaluation du quantum du préjudice, les éléments produits par la société étaient tout à fait insuffisants comme l'a relevé d'ailleurs la cour d'appel de Riom estimant qu'ils se révélaient insuffisants pour justifier sa réclamation.

67 La Sarl Esconergie se fonde en effet sur deux rapports d'experts comptables, non contradictoires, réalisés à la demande de la société et qui ne prennent pas en considération les aléas de l'exploitation de la centrale et les effets du vieillissement de ses composants.

68 En l'état de l'instruction, le préjudice n'était pas justifié ce qui n'aurait pu que conduire au rejet.

69 Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

# Note universitaire

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

**Valentin Lamy**

Docteur en droit, chercheur postdoctoral à la Chaire de droit des contrats publics - Equipe de droit public 4EDP ; EA 666) - Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6697](https://doi.org/10.35562/alyoda.6697)

<sup>1</sup> *Le « feuilleton contentieux » consécutif au moratoire sur les tarifs d'achat obligatoire d'énergie photovoltaïque se poursuit. Après de nombreuses décisions rendues par les juridictions commerciales, une société a porté l'affaire devant les juridictions administratives. N'ayant pas pu bénéficier des tarifs antérieurs au moratoire du fait d'une inertie d'ERDF, la société avait certes obtenu réparation devant les juridictions judiciaires, mais pas sur le chef de préjudice du manque à gagner. Elle s'est donc tournée vers le juge administratif pour demander réparation de ce préjudice en arguant qu'il était lié au défaut de notification du mécanisme à la Commission comme aide d'État. Après avoir effectivement qualifié l'obligation d'achat d'aide d'État, le tribunal a jugé que le préjudice de la société était non-réparable du fait de l'illégalité du mécanisme tirée de l'absence de notification.*

<sup>2</sup> Coupable... mais pas responsable ! C'est sans doute peu ou prou la réflexion qu'ont dû avoir les propriétaires de la société requérante à l'endroit de l'État et à la lecture du jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand ici commenté. Une pointe d'amertume que doivent partager de nombreux producteurs d'énergie photovoltaïque, plus encore après que le Conseil constitutionnel a validé les dispositions de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 qui ont réduit le tarif d'achat pour les contrats conclus avant 2010 (*CC, 28 déc. 2020, Loi de finances pour 2021, n° 2020-813 DC* ; v. sur ce point Ph. Terneyre, « La stabilité des relations contractuelles menacée par l'applicabilité immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours : illustration à partir de l'obligation d'achat dans la filière photovoltaïque », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2021, dossier 20) et, surtout, à la suite de plusieurs années de contentieux variés.

<sup>3</sup> Pour rappel, afin de dynamiser la production d'énergie photovoltaïque et, ce faisant, promouvoir les énergies renouvelables, l'État a choisi, comme il l'a fait pour l'éolien, de mettre en place une obligation

d'achat, à la charge d'ERDF, de l'électricité produite par la filière photovoltaïque. L'obligation est prévue à l'article 10 de la loi du 10 février 2000, aujourd'hui codifié à l'article L. 314-1 du Code de l'énergie. Deux décrets d'application des 6 décembre 2000 et 10 mai 2001 ont précisé les modalités permettant aux installations de bénéficier de l'obligation d'achat et un arrêté du 10 juillet 2006 a fixé les tarifs. À l'époque, la technologie photovoltaïque présentait un coût particulièrement élevé, ce qui explique que le Gouvernement ait institué des tarifs élevés, ceci « *afin de garantir une rentabilité minimale aux investisseurs* » (Y. Simmonet, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque rattrapé par la réglementation des aides d'État », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2016, n° 4, comm. 28). Mais, le coût de telles installations allant décroissant, le Gouvernement a entendu baisser les tarifs de l'obligation d'achat, devenus très nettement supérieurs aux prix du marché. Ce fut chose faite avec deux arrêtés du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010, pour des tarifs toujours avantageux néanmoins. On a alors assisté à un effet d'aubaine, à une forte hausse des demandes de raccordement au réseau d'ERDF, de la part de producteurs souhaitant bénéficier de ces tarifs (et pressentant que la bonne affaire risquait de moins le devenir dans un avenir proche). Mais la hausse de ces demandes fut si importante - d'aucuns ont parlé de « *bulle spéculative* » (A. Fourmon, « Les suites contentieuses du feuilleton du moratoire photovoltaïque et l'impossible réparation du préjudice lié à la perte de chance de bénéficier des tarifs photovoltaïques entre 2006 et 2010 », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2019, n° 012, comm. 56) -, qu'ERDF ne put toutes les honorer dans les temps prévus par le règlement et que l'État posa finalement un moratoire par décret du 9 décembre 2010, suspendant ces tarifs pendant trois mois avant qu'un nouvel arrêté du 4 mars 2011 ne fixe des tarifs bien moins attractifs.

4

C'est précisément dans ce cadre que s'inscrivent les faits de l'affaire ayant donné lieu au jugement commenté. La SARL Esconergie, disposant d'installations de production d'énergie solaire sur le toit des bâtiments d'une exploitation agricole de la commune de Saint-Ferréol-d'Auroure en Haute-Loire, avait transmis à ERDF fin 2009 un dossier demandant son raccordement au réseau, afin de bénéficier de l'obligation d'achat. ERDF accusait réception du dossier le 18 mai 2010. À compter de cette date, s'ouvrait un délai de trois mois dans lequel ERDF était tenue de transmettre une proposition financière à la SARL Esconergie ; proposition qui, comme dans bien d'autres cas à cette période, ne vint jamais. La société fut ensuite informée, en février 2011 que sa demande était caduque du fait du moratoire. Elle dut donc attendre que le nouvel arrêté du 4 mars 2011 ne fût édicté pour réitérer sa demande, selon des tarifs inférieurs. Classiquement, la société porta dans un premier temps le contentieux devant les juridictions judiciaires, assignant ERDF (devenue Enedis) devant le

tribunal de commerce du Puy-en-Velay pour réclamer des dommages et intérêts du fait de l'absence fautive de transmission d'une proposition financière ne lui ayant pas permis de bénéficier des tarifs d'achat obligatoire. Reconnaisant, sans difficulté, une telle faute, le tribunal de commerce engagea la responsabilité d'Enedis dans un jugement du 6 janvier 2017 et la condamna à verser à la SARL Esconergie la somme de 698 010 euros pour les chefs de préjudice du coût de réalisation en pure perte de l'installation photovoltaïque et de son manque à gagner. Saisie en appel, la cour d'appel de Riom ramena l'indemnité due à 108 745 par un arrêt du 5 décembre 2018, en considérant que le manque à gagner ne saurait être un préjudice indemnisable car se fondant sur un mécanisme constitutif d'une aide d'État illégale puisque non notifiée à la Commission européenne conformément aux stipulations de l'article 108 § 3 du TFUE.

<sup>5</sup> Jusqu'ici, l'affaire dont s'agit ne présente pas de trait particulier par rapport à d'autres, nombreuses, portant sur des faits en tous points analogues. La spécificité de notre cas est que la SARL Esconergie ne s'en est pas tenue à cette action en responsabilité devant le juge judiciaire puisqu'après une demande préalable devant la préfecture de la Haute-Loire, elle a intenté un recours contentieux en responsabilité devant le TA de Clermont-Ferrand. Dans ses écritures, la société demandait l'engagement de la responsabilité pour faute de l'État du fait du défaut de notification de l'aide à la Commission européenne ; une faute qui, selon elle, avait fait naître un préjudice indemnisable de 588 265 euros, correspondant au manque à gagner, donc à l'indemnité retranchée par la cour de Riom pour les motifs précédemment évoqués.

<sup>6</sup> La question posée était donc inédite en ce qui concerne l'obligation d'achat d'électricité produite par l'énergie radiative du soleil : le préjudice né du défaut de notification à la Commission européenne d'une aide d'État est-il indemnisable ? Après avoir qualifié, logiquement au regard de la jurisprudence européenne, les tarifs issus des arrêtés de 2010 d'aides d'État (I), le tribunal estime, de la même manière que les juridictions judiciaires, que l'illégalité de l'aide d'État rend un tel préjudice non-indemnisable, ce qui n'est pas sans susciter un certain nombre de questions (II).

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

<sup>7</sup> Initiée par des directives de 1996 et 1998, la libéralisation du secteur de l'énergie est aujourd'hui en voie d'achèvement. Naturellement, comme dans tout secteur libéralisé, cette ouverture à la concurrence s'accompagne de la soumission aux règles concurrentielles des traités, ce qui entraîne diverses conséquences d'importance : dans le secteur de l'électricité, la transformation d'EDF en société anonyme

par la loi du 9 août 2004 - le statut d'établissement public ayant été considéré par la Commission comme générant, au profit d'EDF, « *une garantie, qui est illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant* » et qui, ce faisant, « *constitue une aide d'État* » (Com. européenne, 16 déc. 2003, Décision relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, JOUE du 22 fév. 2005, L49/9) - ou encore la fin programmée des tarifs réglementés, déjà enclenchée par la loi énergie et climat du 8 novembre 2019. En somme, comme le soulignait déjà M. Karpenschif en 2003, « *l'application au secteur de l'énergie des règles de concurrence est donc désormais une donnée objective dont nul opérateur ne saurait se départir* » (« La notion d'aide d'État, application au secteur de l'énergie », *RJEP*, 2003, n° 595, chron. 100016).

<sup>8</sup> Dès lors, les mesures publiques de soutien économique au secteur de l'énergie se sont trouvées soumises au régime des aides d'État. Pour rappel, les traités européens ne proscrivent pas par principe les aides publiques à l'économie, mais prévoient « *une large incompatibilité assortie de dérogations* » (S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 7<sup>ème</sup> éd., LGDJ, coll. « Précis Domat droit public », Paris, 2019, p. 451). Ces aides sont donc placées sous étroite surveillance en tant qu'elles portent en elles un risque de distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur. Définies à l'article 107 § 1 du TFUE, elles se caractérisent par la conjonction de quatre conditions cumulatives : il s'agit de mesures « *accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit* », qui « *affectent les échanges entre États membres* », « *faussent ou menacent de fausser la concurrence* » et enfin génèrent un avantage compétitif au profit de leur ou leurs bénéficiaires, lesquels doivent être qualifiés d'entreprises au sens du droit de l'Union européenne. Toute mesure répondant à cette définition doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne sauf à se voir annulée par le juge interne en cas de recours contentieux (CE, 2 juin 1993, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires, Lebon p.165) .

<sup>9</sup> En matière énergétique, il n'est donc pas étonnant que de nombreux mécanismes de soutien ou d'incitation aient dû, après la libéralisation, être analysés à travers le prisme du régime des aides d'État. Dans un premier temps, la Cour de justice a semblé faire montre d'une certaine mansuétude à l'égard de telles mesures, en témoigne l'affaire *PreussenElektra jugée le 13 mars 2001 (C-379/98)* jugée le 13 mars 2001 (C-379/98). Pour rappel, était en cause le mécanisme allemand contraignant les entreprises d'approvisionnement en électricité d'acheter à des prix supérieurs à ceux du marché la production d'énergie verte d'entreprises se situant dans leur zone d'approvisionnement. Alors que les éléments pouvant entraîner la qualification d'aide d'État étaient « *nombreux* » (M.

*Karpenschif, loc. cit.*), la cour a opté pour une interprétation littérale du traité en estimant qu'étant entendu que la charge financière résultant de cette obligation était supportée par ces entreprises privées d'approvisionnement et les entreprises privées d'exploitation des réseaux électriques, il n'y avait « *aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État* » (CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra AG*, préc.), ce qui empêchait toute qualification d'aide d'État. Mais d'autres régimes, quelque peu différents, tombèrent bien sous cette qualification, l'on peut notamment mentionner les mécanismes espagnol (Trib. UE, 3 déc. 2014, *Castelnuovo Energia*, aff. T-57/11) et autrichien (Trib. UE, 11 déc. 2014, *Commission c/ Autriche*, aff. T-251/11). Concernant la France, la question de la nature du mécanisme d'achat obligatoire de l'énergie photovoltaïque a été précédée par celle d'un mécanisme analogue concernant l'énergie produite par les infrastructures éoliennes terrestres. Par une décision du 28 mai 2014 consécutive à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 19 déc. 2013, *Assoc. Vent de colère !*, aff. C-262/12) saisie d'une question préjudicielle l'année précédente (CE, 15 mai 2012, *Assoc. Vent de colère !*, n° 0324852, *Lebon T. p. 1060*), le Conseil d'État a annulé les arrêtés fixant les tarifs d'achat obligatoire de l'énergie produite par l'éolien terrestre au motif que le mécanisme n'avait pas été notifié à la Commission alors qu'il revêtait la qualification d'aide d'État (CE, 28 mai 2014, *Assoc. Vent de colère !*, n° 324852, *Lebon p. 150*). Le point sur lequel le Conseil d'État avait interrogé les juges du plateau de Kirchberg était le suivant : il s'agissait de savoir si le financement des surcoûts imposés à ERDF et les autres distributeurs soumis à l'obligation d'achat pour des prix supérieurs au marché par une compensation intégrale au moyen de contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installés en France pouvait être qualifié d'intervention au moyen de ressources d'État, ce à quoi la Cour avait répondu par la positive.

10

En ce qui concerne le mécanisme dédié à l'énergie photovoltaïque, et plus particulièrement des arrêtés de 2010 ici en cause, c'est sur le terrain de la responsabilité devant les juridictions judiciaires qu'ils ont pu être vus comme des mécanismes constitutifs d'aides d'État. En effet, à l'occasion d'une demande d'indemnisation semblable au premier acte de notre affaire, la cour d'appel de Versailles, dans une attitude « *excessivement prudente* » (Y. Simmonet, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque est une intervention au moyen de ressources étatiques au sens du droit des aides d'État », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017, n° 06, comm. 33) au vu du précédent éolien avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice en ce sens (CA Versailles, 8 déc. 2015, *ERDF c/ SAS Ombrière le Bosc*, n° 14/02549). Estimant la question analogue à celle, déjà tranchée, de l'éolien, la Cour statua par ordonnance en rappelant qu'un tel mécanisme de compensation



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

<sup>11</sup> Mais notre affaire concernait avant tout une question de responsabilité de l'État que la qualification d'aide d'État n'a pas permis d'engager.

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

<sup>12</sup> Afin de rejeter les conclusions indemnitaires de la société requérante, le rapporteur public (que nous remercions pour l'aimable communication de ses conclusions) envisageait deux hypothèses. La première empruntait la voie de l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice de la victime. En effet, le préjudice, ici constitué par le manque à gagner de la SARL Esconergie n'était, à tout bien y réfléchir et en application de la théorie de la causalité adéquate, guère imputable à la faute de l'État de ne pas avoir notifié les tarifs à la Commission, mais plutôt à ERDF pour son inertie. Mais ce n'est pas sur ce terrain que le tribunal administratif de Clermont s'est placé.

<sup>13</sup> La seconde hypothèse évoquée par le rapporteur public consistait à dire qu'étant entendu que selon la jurisprudence récente du Conseil d'État, le paiement d'une aide illégalement accordée « *ne peut constituer un préjudice indemnisable dès lors que l'État est tenu à la récupération de l'aide* » (CE, 7 juin 2017, Sté Le Muselet Valentin, n° 386627, Lebon T. p. 496 à propos d'un avantage fiscal constitutif d'une aide d'État), il en allait de même pour le préjudice du manque à gagner fondé sur le non-bénéfice d'un mécanisme d'aide illégal car non notifié à la Commission. C'est dans cette direction que s'est tournée la formation de jugement, dans un remarquable alignement avec la jurisprudence judiciaire. En effet, s'il a pu arriver à la Cour de cassation de confirmer un arrêt de cour d'appel qui avait condamné

ERDF à indemniser une société de production d'énergie photovoltaïque pour son manque à gagner - dans une configuration analogue à notre affaire - c'était simplement parce que l'illégalité des arrêtés tarifaires au regard du droit des aides d'État n'avait pas été excipée devant les juridictions du fond et que le moyen, présenté pour la première fois en cassation n'avait pas été jugé recevable (Com., 9 juin 2015, ERDF et Sté Axa c/ Sté Green Yellow Hyères Sup. n° 14-15.074, 14-15.123 et 14-15.592, au Bull.) . Lorsque le moyen tiré de l'illégalité du mécanisme du fait de l'absence de notification à la Commission a été avancé, le juge judiciaire a considéré que le préjudice du manque à gagner ou de la perte de chance d'en bénéficier n'était, en tout état de cause, « *pas réparable* » (Com., 18 sept. 2019, Sté Corsica Sole 2 c/ ERDF, n° 18-12.601, au Bull.) . Dans son attendu, la Chambre commerciale justifie sa position en invoquant, outre la fameuse jurisprudence *Saumon* (CJCE, 21 nov. 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ France, aff. C-354/90), un arrêt de la Cour de justice de 2006 aux termes duquel « *une décision de la Commission déclarant une aide non notifiée compatible avec le marché commun n'a pas pour conséquence de régulariser, a posteriori, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par cette disposition* » (CJCE, 5 oct. 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich, aff. C\_368/04 ; V. également CJUE, 23 janv. 2019, Presidenze del Consiglio dei Ministri c/ Fallimento Traghetti del Mediterraneo, aff. C-387/17) . Elle en déduit qu'en l'absence de toute régularisation possible d'un défaut de notification à la Commission, le préjudice de perte de chance d'obtenir l'aide ou du manque à gagner du fait de ne pas l'avoir obtenue ne saurait être indemnisable. C'est exactement le même raisonnement que tient le rapporteur public dans ses conclusions, en estimant ce préjudice non réparable « *par principe* » et que l'on retrouve au considérant 14 du jugement commenté.

14

Une telle position, particulièrement rigide, traduit à l'évidence une attitude de prudence de la part des juges nationaux. Elle laisse en effet supposer que le seul défaut de notification d'une aide d'État à la Commission aboutit en toute circonstance à la nullité de la mesure nationale et, partant, à la disparition de l'ensemble de ces effets, ce qui devrait donc se traduire en pratique et en cas de versement d'une telle aide déclarée illégale par la récupération de l'aide. Ce n'est pourtant pas aussi simple que cela puisque depuis un arrêt *CELF I* de 2008, la Cour de justice a estimé que les juridictions nationales n'étaient pas tenues « *d'ordonner la récupération d'une aide mise à exécution en méconnaissance de l'obligation de notification de l'article 88 § 3 - aujourd'hui 108 63, lorsque la Commission (...) a adopté une disposition finale constatant la compatibilité de ladite aide avec le marché commun* » (CJCE, 12 fév. 2008, Centre d'exportation

du livre français, aff. C-199/06) . En pareil cas, le juge national n'est tenu que d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le versement d'intérêts couvrant la période d'illégalité, c'est-à-dire la période entre l'entrée en vigueur de l'aide et sa validation *in fine* par la Commission, ce qui est d'ailleurs finalement arrivé concernant le mécanisme d'obligation d'achat d'électricité éolienne (CE, 15 avril 2016, Assoc. Vent de colère !, n° 393721, Lebon p. 138) . Ce n'est donc que si la Commission ne valide pas l'aide que celle-ci doit être récupérée par l'État (nous épargnons au lecteur l'hypothèse dans laquelle où les juridictions européennes annulent la décision de la Commission : v. CJCE, 11 mars 2010, Centre d'exportation du livre français, aff. C-1/09) .

15

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

16

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