# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 26 octobre 2000 [1]

Table des matières

I — Introduction ..... I-2104

II — Le Stromeinspeisungsgesetz allemand dans ses versions successives et l'attitude de la Commission à l'égard de cette loi ..... I-2105

1. La structure du secteur de l'approvisionnement en électricité en Allemagne et l'obligation d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables avant l'entrée en vigueur du Stromeinspeisungsgesetz 1990 ..... I-2105

2. Le Stromeinspeisungsgesetz 1990 ..... I-2106

3. Le Stromeinspeisungsgesetz 1998 ..... I-2109

4. L'évolution à la suite de la demande de décision préjudicielle ..... I-2112

III — La procédure au principal et les questions déférées à la Cour ..... I-2113

IV — Procédure devant la Cour ..... I-2117

V — Recevabilité ..... I-2119

1. Litige artificiel ..... I-2119

2. Les lacunes et erreurs dans l'exposé du cadre factuel et juridique de l'affaire ... I-2122

3. La pertinence des questions posées ..... I-2123

VI — Première question: Le Stromeinspeisungsgesetz 1998 constitue-t-il une aide d'État? I-2127

1. Le financement au moyen de ressources d'État est-il un élément constitutif de la notion d'aide d'État en vertu de la jurisprudence de la Cour? ..... I-2129

2. La Cour devrait-elle revoir sa jurisprudence? ..... I-2134

3. Les avantages conférés par le StrEG 1998 peuvent-ils être considérés comme financés au moyen de ressources d'État? ..... I-2139

a) Une perte potentielle de revenus fiscaux ..... I-2140

b) La conversion de ressources privées en ressources d'État ..... I-2140

c) Une diminution des profits des entreprises publiques comme ressources d'État I-2142

4. Le StrEG 1998 constitue-t-il une mesure équivalant à une aide d'État prohibée par l'article 5, paragraphe 2, du traité? ..... I-2145

1 — Langue originale: l'anglais.

VII — Deuxième question: L'étendue de l'obligation de suspension prévue à l'article 93, paragraphe 3, du traité ..... I-2146

VIII — Troisième question: Le Stromeinspeisungsgesetz 1998 constitue-t-il une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation? ..... I-2147

1. Considérations préliminaires ..... I-2147

2. Article 30 du traité ..... I-2148

3. Justification ..... I-2150

a) La sécurité d'approvisionnement ..... I-2151

b) La protection de l'environnement ..... I-2152

IX — Conclusion ..... I-2158

## I — Introduction

1. La présente affaire, déférée à la Cour par le Landgericht (tribunal régional) Kiel (Allemagne), concerne une loi allemande qui tend à promouvoir l'utilisation de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Cette loi impose, d'une part, aux entreprises régionales de distribution d'électricité d'acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables, à des prix minimaux fixés. Elle impose, d'autre part, aux entreprises d'approvisionnement en électricité produite à partir de sources conventionnelles d'énergie situées en amont de verser aux entreprises de distribution situées en aval une compensation partielle pour les surcoûts résultant de cette obligation d'achat.

2. La juridiction de renvoi pose essentiellement la question de savoir:

— si le système mis en place par cette loi constitue une aide d'État en faveur des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables au sens de l'article 92 du traité CE (devenu, après modification, article 87 CE) et, en guise de question subsidiaire,

— si ce système constitue une mesure équivalant à une restriction quantitative aux importations au sens de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE).

3. Ces questions se posent dans le cadre d'une procédure dans laquelle une entreprise d'approvisionnement en électricité d'origine conventionnelle située en amont conteste la compatibilité de la loi allemande avec le droit communautaire et postule sur cette base le remboursement des montants payés à une entreprise de distribution d'électricité située en aval, soumise à l'obligation d'achat. L'entreprise d'approvisionnement requérante est actionnaire majoritaire de l'entreprise de distribution défenderesse et toutes deux s'accordent sur l'incompatibilité de la loi en cause avec

le droit communautaire et le droit constitutionnel national.

4. Les difficultés principales consistent dans cette affaire à déterminer si la procédure nationale revêt un caractère artificiel au sens des arrêts Foglia [2], si seules les mesures financées par des ressources d'État constituent une aide d'État et si une mesure nationale qui accorde aux produits nationaux un traitement plus favorable que celui accordé aux produits importés peut être justifiée pour des raisons environnementales.

## II — Le Stromeinspeisungsgesetz allemand dans ses versions successives et l'attitude de la Commission à l'égard de cette loi

### 1. *La structure du secteur de l'approvisionnement en électricité en Allemagne et l'obligation d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables avant l'entrée en vigueur du Stromeinspeisungsgesetz 1990*

5. Il ressort des documents soumis à la Cour que le secteur de l'électricité allemand peut être divisé en trois niveaux.

6. Au premier niveau se situent quelques grandes entreprises qui produisent la plupart de l'électricité consommée en Allemagne et qui exploitent des réseaux à haute tension (320, 220 ou 110 kilovolts). La fonction principale de ces réseaux est le transport de l'électricité sur de grandes distances, l'échange d'électricité avec les réseaux voisins et l'approvisionnement d'entreprises régionales de distribution. Les importations et exportations d'électricité se font également à ce niveau mais, en règle générale, pas l'approvisionnement des clients finals.

7. Au deuxième niveau, plus ou moins 60 entreprises régionales de distribution d'électricité exploitent des réseaux de moyenne tension (20, 10 ou 6 kilovolts). Ces réseaux acheminent l'électricité provenant du premier niveau, la distribuent dans l'ensemble du territoire national et approvisionnent soit directement les industries soit, via des réseaux de basse tension, les consommateurs. Une certaine quantité d'électricité est également produite à ce niveau.

8. Au troisième niveau, l'électricité est livrée au consommateur final au moyen de réseaux locaux de basse tension. Ces réseaux sont exploités soit par les entreprises de distribution régionales elles-mêmes, soit par des entreprises de distribution locales qui sont souvent détenues par les communes. Il n'y a que peu de production d'électricité à ce troisième niveau.

2 — Arrêts du 11 mars 1980, Foglia I (104/79, Rec. p. 745), et du 16 décembre 1981, Foglia II (244/80, Rec. p. 3045).

9. À chacun de ces trois niveaux, l'infrastructure nécessaire (par exemple, le réseau matériel en tant que tel, les transformateurs) n'existe qu'en un seul exemplaire pour chaque région donnée.

10. En accord avec d'autres gouvernements, les autorités allemandes ont pendant de nombreuses années promu la production et la consommation d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, telles que le vent, l'eau et le soleil, afin d'augmenter la part de l'électricité produite à partir de ces sources dans l'ensemble de la production nationale d'électricité.

11. Il a été jugé opportun de soutenir la demande tout en adoptant des mesures en faveur de l'approvisionnement telles que des subsides pour la recherche et le développement. Avant 1990, les autorités allemandes comptaient à cet égard sur le droit national de la concurrence pour contraindre les entreprises de distribution d'électricité (en situation de monopole dans un territoire donné) d'acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables. Le prix d'achat de ce type d'électricité était déterminé conformément au principe des coûts évités (« vermiedene Kosten ») [3]. Selon que l'entreprise de distribution d'électricité concernée produisait elle-même de l'électricité, le prix d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables était fonction de ses coûts d'achat ou de production évités.

2. *Le Stromeinspeisungsgesetz 1990*

12. Le 7 décembre 1990, la République fédérale d'Allemagne a adopté le Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz [4] (loi relative à l'alimentation du réseau public en courant électrique provenant de sources d'énergie renouvelables, ci-après le « Stromeinspeisungsgesetz 1990 » ou le « StrEG 1990 »).

13. Cette loi obligeait les entreprises publiques d'approvisionnement en électricité:

— d'acheter toute l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables telles que le vent, l'eau et le soleil [5] (ci-après l'« obligation d'achat »);

— de payer pour cette électricité un prix d'achat minimal fixé, calculé en fonc-

3 — Cette politique avait été approuvée par le Conseil dans sa recommandation 88/611/CEE, du 8 novembre 1988, portant sur la promotion de la coopération entre les entreprises de service public et les auto-producteurs d'électricité (JO L 335, p. 29).

4 — *BGBl.* 1990, I, p. 633; le StrEG 1990 est entré en vigueur le 1er janvier 1991.

5 — Article 2 du StrEG 1990.

tion du prix moyen de vente de l'électricité au niveau national [6]; pour ce qui est de l'électricité générée par l'énergie éolienne, le prix d'achat a été fixé à 90 % du prix de vente moyen de l'électricité livrée aux consommateurs finals par les entreprises d'approvisionnement en électricité [7] (ci-après la «règle du prix minimal»).

14. Il est bien établi que, dans le cadre du Stromeinspeisungsgesetz, l'expression «entreprises publiques d'approvisionnement en électricité» désigne tant des entreprises privées que des entreprises publiques.

15. Le StrEG 1990 contenait également une sorte de clause de sauvegarde [8]. Lorsque le respect de l'obligation d'achat entraînait des «difficultés injustifiées» («unbillige Härte») pour l'entreprise d'approvisionnement en électricité concernée, l'entreprise d'approvisionnement en électricité située en amont (généralement une entreprise exploitant un réseau à haute tension) se voyait obligée de prendre en charge l'obligation d'achat et de se conformer à la règle du prix minimal. Cette clause de sauvegarde n'a pratiquement jamais été appliquée en raison sans doute de sa formulation plutôt vague.

16. Le gouvernement allemand avait notifié le projet de StrEG 1990 à la Commission, conformément à l'article 93, paragraphe 3, du traité CE (devenu article 88, paragraphe 3, CE) par lettre du 14 août 1990.

17. Par lettre du 19 décembre 1990, la Commission a informé la République fédérale d'Allemagne de sa décision de ne pas soulever d'objections à l'encontre de cette loi. En vertu d'un examen effectué conformément à l'article 92 du traité, elle a estimé que l'ampleur de l'aide variait de 28 à 48 % selon la source d'énergie renouvelable concernée et que la loi engendrerait des profits additionnels de 48 millions de DEM en faveur des 4 000 producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables du secteur privé. Le projet de loi était, toutefois, conforme aux objectifs de la politique énergétique de la Communauté européenne. En outre, l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ne constituait qu'une part réduite du secteur de l'énergie et les profits additionnels pour les producteurs ainsi que l'effet sur les prix de l'électricité étaient négligeables. La Commission a indiqué qu'elle réexaminerait cette loi deux ans après son entrée en vigueur et que toute modification ou prorogation de ladite loi devrait faire l'objet d'une notification préalable.

18. Le StrEG 1990 a été modifié pour la première fois par la loi du 19 juillet 1994 [9]. Parmi d'autres modifications d'importance mineure, le prix d'achat minimal de l'électricité produite à partir de l'énergie hydraulique et de diverses autres sources d'énergie est passé de 75 à 80 % du prix de vente

6 — Articles 2 et 3 du StrEG 1990.

7 — Article 3, paragraphe 2, du StrEG 1990.

8 — Article 4 du StrEG 1990.

9 — *BGBl.* 1994 I, p. 1618.

moyen par kilowatt heure. Le prix minimal de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne est resté à 90 % du prix de vente moyen.

19. Dans une lettre adressée au gouvernement allemand le 25 octobre 1996 à la suite de plaintes émanant d'entreprises d'approvisionnement en électricité, la Commission a fait part de ses doutes quant à la question de savoir si le Stromeinspeisungsgesetz était toujours compatible avec les dispositions du traité en matière d'aides. La plus grande source d'inquiétude provenait du calcul du prix d'achat minimal pour l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne.

20. La Commission a noté qu'en Allemagne le nombre d'installations de production d'énergie éolienne était passé de 500 en 1991 à presque 4 000 en 1995 et que leur production était passée de 20 mégawatts (MW) en 1990 à 1 100 mégawatts en 1995. Les progrès technologiques avaient en outre réduit de façon considérable les coûts de production de l'électricité à partir de l'énergie éolienne. Il résultait des informations communiquées par les entreprises allemandes d'approvisionnement en électricité que le prix d'achat obligatoire prévu dans le StrEG 1990 d'environ 0,17 DEM par kilowatt heure excédait les coûts non supportés de 0,085 DEM. Cette distorsion entraînerait en 2005 des coûts supplémentaires à charge des entreprises de distribution d'électricité d'un montant de 900 millions de DEM. Ainsi, si la règle du prix minimal restait inchangée, il existait un risque de surcompensation entraînant des conséquences négatives au niveau de la concurrence et du commerce de l'électricité entre les États membres. Une simple modification de la clause de sauvegarde, telle qu'envisagée par le parlement allemand [10], ne mettrait pas fin à la distorsion de la concurrence engendrée par la loi, dès lors qu'elle ne ferait que redistribuer les coûts additionnels.

21. La Commission a dès lors proposé un certain nombre de modifications alternatives qui rendraient la loi compatible avec les règles relatives aux aides d'État. Le législateur allemand pourrait réduire le prix d'achat minimal de l'électricité d'origine éolienne à 75 % du prix de vente moyen; il pourrait limiter le mécanisme de soutien dans le temps et/ou en fonction de la production d'électricité. Il pourrait encore adopter une règle de calcul du prix d'achat sur la base de coûts non supportés.

22. La Commission a conclu que, si le législateur allemand ne modifiait pas la loi, elle se verrait dans l'obligation de proposer à la République fédérale d'Allemagne «des mesures utiles» au sens de l'article 93, paragraphe 1, du traité, de sorte que la loi soit rendue compatible avec les règles communautaires sur les aides d'État.

10 — Voir, pour le mécanisme de compensation finalement adopté, le point 32 ci-dessous.

3. *Le Stromeinspeisungsgesetz 1998*

23. Le 24 avril 1998, la République fédérale d'Allemagne a adopté le Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts [11] (loi portant modification du droit de l'industrie énergétique, ci-après le «Stromeinspeisungsgesetz 1998» ou le «StrEG 1998») afin de transposer en droit allemand la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité [12] (ci-après la «directive électricité»).

24. Cette loi modificative contenait — parmi d'autres modifications législatives importantes — dans son article 3, paragraphe 2, les modifications du Stromeinspeisungsgesetz 1990 qui font l'objet de la présente procédure. Les dispositions pertinentes du Stromeinspeisungsgesetz dans sa version modifiée peuvent être résumées comme suit:

25. L'article 1er du StrEG 1998 prévoit sous le titre «Champ d'application» que le Stromeinspeisungsgesetz régit l'achat et le prix d'achat de l'électricité produite à partir de certaines sources renouvelables d'électricité déterminées (par exemple, l'eau, le vent, le soleil et les biomasses). Le premier élément nouveau par rapport au StrEG 1990 est que le StrEG 1998 s'applique à toutes sortes de biomasses et non pas seulement à celles qui résultent de l'agriculture et de la sylviculture. Une autre nouveauté est la disposition qui prévoit que la législation ne s'applique qu'à l'électricité produite en Allemagne.

26. L'article 2, intitulé «Obligation d'achat», prévoit trois dispositions différentes.

27. La première phrase de l'article 2 énonce la règle principale, à savoir l'obligation d'achat à un prix minimal fixé:

«Les entreprises d'approvisionnement en électricité qui exploitent un réseau d'approvisionnement général sont tenues d'acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables et de payer pour l'électricité livrée le prix déterminé conformément à l'article 3.»

28. La deuxième phrase de l'article 2 prévoit une nouvelle disposition relative aux installations de production qui ne sont pas situées dans la zone d'approvisionnement d'une entreprise d'approvisionnement (installations dites «off-shore» — «off-shore Anlagen»). L'électricité produite dans une installation qui n'est pas située dans la zone d'approvisionnement d'une entreprise d'approvisionnement doit être achetée par

11 — *BGBl.* 1998 I, p. 730.
12 — JO L 27, p. 20.

l'entreprise de distribution ou d'approvisionnement dont le réseau est le plus proche de l'installation de production concernée.

29. En vertu de la version, tout aussi nouvelle, de la troisième phrase de l'article 2, les surcoûts résultant de l'obligation d'achat prévue à l'article 2, et du nouveau système de compensation énoncé à l'article 4 (voir ci-dessous, point 32) peuvent être imputés aux postes relatifs à la distribution ou au transport de l'électricité dans la comptabilité des entreprises d'approvisionnement concernées et peuvent être pris en compte lors de la fixation du prix du transport du courant électrique par le réseau des entreprises concernées.

30. Le calcul du prix d'achat minimal de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables prévu à l'article 3 du StrEG 1998 est resté inchangé. Ainsi qu'énoncé précédemment, le prix minimal par kilowatt heure de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne est fixé à 90 % du prix de vente moyen par kilowatt heure de l'électricité livrée au consommateur final.

31. L'article 4 est toujours intitulé « Clause de sauvegarde ».

32. L'article 4, paragraphe 1, contient un nouveau système de compensation qui joue un rôle essentiel dans le cadre de la procédure au principal. Dans la mesure où l'électricité qui doit être achetée en vertu de l'article 3 du StrEG 1998 excède 5 % de la totalité de l'électricité fournie par l'entreprise concernée, l'exploitant de réseaux situé en amont est tenu de verser à l'entreprise concernée une somme permettant de compenser le surcoût entraîné par l'achat obligatoire de la quantité d'électricité excédant lesdits 5 % (« premier seuil de 5 % », « erster 5 % Deckel »). Ainsi, contrairement à ce que prévoyait le StrEG 1990, un producteur d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables peut, en cas de « difficultés injustifiées », continuer à fournir de l'électricité à l'entreprise de distribution située dans sa zone. Cette dernière est toutefois en droit d'exiger que l'entreprise d'approvisionnement en amont lui verse une somme permettant de compenser le surcoût résultant de l'achat des quantités d'électricité produites à partir de sources d'énergie renouvelables qui excèdent 5 % du total de ses livraisons d'électricité.

33. Il résulte des première et deuxième phrases de l'article 4, paragraphe 1, qu'une règle des 5 % similaire s'applique en faveur de l'exploitant de réseaux situé en amont (« le second seuil de 5 % », « zweiter 5 % Deckel »). Lorsque la quantité d'électricité achetée pour laquelle cet exploitant de réseaux s'est vu contraint de payer une compensation excède 5 % de sa propre production, il est lui-même en droit de réclamer une indemnité à un exploitant de réseaux situé en amont. À défaut d'un tel exploitant (ce qui sera normalement le cas), l'obligation d'achat prévue à l'article 2 ne s'appliquera pas à l'électricité produite dans des installations dont la construction n'a pas été achevée avant la fin de l'année

au cours de laquelle le second seuil de 5 % a été atteint.

34. Il ressort des documents communiqués à la Cour qu'avant l'adoption du StrEG 1998 la Commission avait demandé aux autorités allemandes de fournir des informations relatives au cadre juridique et politique de l'adoption des amendements du Stromeinspeisungsgesetz.

35. En outre, par lettre du 13 mars 1998, la demanderesse au principal, PreussenElektra Aktiengesellschaft (ci-après « PreussenElektra »), avait demandé à la Commission d'exiger que la République fédérale d'Allemagne notifie le projet de loi conformément à la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité.

36. Dans une lettre du 21 avril 1998 adressée à PreussenElektra, la Commission a toutefois indiqué qu'elle avait des doutes quant à l'obligation pour la République fédérale d'Allemagne de notifier le projet d'amendement du Stromeinspeisungsgesetz. La Commission s'est simplement référée, sans autre commentaire, aux arguments présentés par le gouvernement allemand selon lesquels les modifications du StrEG étaient soit couvertes par l'autorisation initiale de 1990 (les nouvelles règles relatives à la biomasse et aux installations « off-shore »), soit ne concernaient pas le régime des aides d'État (le nouveau système de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998). De l'avis de la Commission, il appartenait aux autorités allemandes de décider s'il convenait ou non de procéder à une notification. Les entreprises concernées par le StrEG 1998 pouvaient défendre leurs intérêts par « d'autres voies appropriées ».

37. En ce qui concerne le prix d'achat minimal de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne, la Commission a indiqué qu'elle poursuivait l'examen des règles restées inchangées conformément au régime procédural relatif aux « aides existantes » et qu'elle n'excluait toujours pas la possibilité de proposer au gouvernement allemand des mesures utiles à cet égard.

38. Par lettre adressée au gouvernement allemand le 29 juillet 1998, et donc après l'entrée en vigueur du StrEG 1998, le commissaire Van Miert a constaté que le législateur fédéral n'avait adopté aucune des propositions formulées par la Commission dans sa lettre du 25 octobre 1996 [13] et que le système de calcul du prix d'achat de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne n'avait pas été modifié. Même si le prix d'achat de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne devait effectivement chuter (en conséquence de la diminution des prix de vente de l'électricité à la suite de la libéralisation du marché de l'électricité), la loi n'introduisait pas un système de prix d'achat suffisamment dégressif. D'autre part, il fallait s'attendre, dans un avenir proche, à d'importantes modifications législatives au niveau communautaire liées à la mise en œuvre de la directive électricité

13 — Voir ci-dessus, aux points 19 à 22.

et des propositions d'harmonisation des règles sur l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Le commissaire n'a dès lors pas proposé de décision formelle à ses collègues avant que le gouvernement allemand n'ait établi un rapport à l'intention du Bundestag allemand sur l'application du Stromeinspeisungsgesetz. Le gouvernement allemand a été invité à coopérer de manière rapprochée avec la Commission pour la rédaction de ce rapport et il a été prié d'y développer abondamment les points relatifs au montant de l'aide accordée en faveur de l'électricité produite à partir de sources renouvelables.

4. *L'évolution à la suite de la demande de décision préjudicielle*

39. En réponse à une question écrite posée par la Cour, la Commission a fourni les informations suivantes sur l'évolution de l'affaire à la suite de la demande de décision préjudicielle déférée à la Cour par la juridiction de renvoi.

40. Le 1er avril 1999, la loi allemande engageant la réforme fiscale écologique est entrée en vigueur.

41. De l'avis de la Commission, l'introduction de cette taxe a, entre autres, eu pour effet d'augmenter le prix d'achat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en vertu du StrEG 1998, ce que les autorités allemandes ont omis de notifier en violation du traité. Étant donné que la Commission avait des doutes sur la compatibilité de l'augmentation avec le marché commun, elle a informé les autorités allemandes par lettre du 17 août 1999 de sa décision d'ouvrir la procédure prévue par le régime d'aides du traité [14].

42. Le 1er avril 2000, le nouveau Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien [15] (loi donnant priorité aux énergies renouvelables) a remplacé le Stromeinspeisungsgesetz 1998 dans son entièreté. Cette nouvelle loi prévoit toujours une obligation d'achat à un prix minimal fixé, mais contient également plusieurs caractéristiques nouvelles. Le prix d'achat n'est notamment plus lié aux prix de vente de l'électricité (apparemment en chute), mais est fixé par la loi pour chacune des différentes sources d'énergie. Le prix de l'électricité générée par énergie éolienne est par exemple fixé à 0,178 DEM par kilowatt heure.

43. Selon des articles de presse, la Commission a ouvert, à l'égard de cette nouvelle loi, la procédure prévue au traité. Elle considère apparemment que cette loi aurait dû être notifiée [16].

14 — Le texte de cette décision est publié au JO C 306, p. 19.

15 — *BGBl.* 2000 I, p. 305.

16 — *Handelsblatt*, 13 avril 2000; *Financial Times Deutschland*, 19 avril 2000.

44. Le 10 mai 2000, la Commission a présenté une proposition de directive relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité [17].

## III — La procédure au principal et les questions déférées à la Cour

45. La demanderesse au principal, PreussenElektra, est l'une des entreprises situées au premier niveau du secteur de l'énergie électrique en Allemagne. Elle exploite plus de 20 centrales électriques conventionnelles et nucléaires ainsi qu'un réseau à haute et très haute tension destiné au transport de l'électricité. Par ce réseau, PreussenElektra achemine le courant électrique vers les entreprises régionales de distribution d'électricité, les entreprises communales d'une certaine importance et de grandes entreprises industrielles.

46. La défenderesse, Schleswag Aktiengesellschaft (ci-après «Schleswag»), est une entreprise régionale de distribution d'électricité située au deuxième niveau. Elle achète l'électricité dont elle a besoin pour approvisionner ses clients établis dans le Land de Schleswig-Holstein presque exclusivement auprès de PreussenElektra.

47. PreussenElektra possède 65,3 % des actions de Schleswag. Les 34,7 % restants sont détenus par certaines autorités communales (Landkreise) du Land de Schleswig-Holstein.

48. Conformément à l'article 2 du StrEG 1998, Schleswag a l'obligation d'acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables au sein de ses zones d'approvisionnement. La zone dans laquelle Schleswag opère réunit les conditions idéales pour la production d'électricité à partir de l'énergie éolienne. La quote-part d'électricité produite à partir de l'énergie éolienne livrée à Schleswag a dès lors augmenté de manière continue en passant de 0,77 % du total de ses ventes en 1991 à environ 15 % en 1998.

49. Le surcoût supporté par Schleswag en raison de l'obligation d'achat et de la règle du prix minimal est passé de 5,8 millions de DEM en 1991 à environ 111,5 millions de DEM en 1998. Si l'on prend en considération le montant que PreussenElektra est tenue de verser à Schleswag en vertu du nouveau système de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998 (voir point suivant), le surcoût incombant à Schleswag pour l'année 1998 est de 38 millions de DEM.

50. À la fin du mois d'avril 1998, les achats par Schleswag d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ont atteint 5 % du volume total d'électricité

17 — COM(2000) 279 final.

qu'elle a vendu au cours de l'année précédente. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998, Schleswag a facturé à PreussenElektra le surcoût résultant de l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et lui a réclamé le paiement de mensualités de 10 millions de DEM.

51. PreussenElektra a payé la mensualité de mai 1998, tout en se réservant le droit d'en demander à tout moment la restitution.

52. Dans le cadre de la procédure au principal, PreussenElektra a demandé le remboursement d'une partie de la mensualité de mai, à savoir 500 000 DEM.

53. Selon la juridiction nationale, ni PreussenElektra ni Schleswag ne peuvent répercuter le surcoût résultant de l'application du Stromeinspeisungsgesetz sur les clients finals. Il nous a été affirmé qu'il était impossible en droit et en fait d'augmenter le prix de l'électricité facturé aux clients finals. Cela provient du refus du Land de Schleswig-Holstein d'approuver une demande d'augmentation des tarifs de l'électricité livrée au consommateur ainsi que de l'accroissement de la concurrence entraîné par la poursuite du processus de libéralisation du marché de l'électricité. Ces affirmations par la juridiction nationale, fondées sur les faits qui lui ont été présentés par PreussenElektra et Schleswag, sont abondamment contestées par les parties intervenantes [18].

54. Dans la procédure au principal, PreussenElektra fait valoir que la somme versée à Schleswag l'a été sans base juridique et qu'elle doit dès lors être remboursée. Selon elle, l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998 est contraire au traité CE parce qu'il fait partie des modifications qui y ont été apportées en 1998. Ces amendements ont modifié une aide existante, et auraient dès lors dû être notifiés en vertu de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité. Étant donné que les autorités allemandes n'ont pas notifié lesdits amendements et qu'elles n'ont pas attendu une autorisation de la Commission, elles ont enfreint la première et la troisième phrase de l'article 93, paragraphe 3. Conformément à la jurisprudence de la Cour, la troisième phrase de l'article 93, paragraphe 3, produit un effet direct. L'article 4, paragraphe 1, du StrEG ne devrait dès lors pas être appliqué.

55. Schleswag fait valoir que l'article 4, paragraphe 1, du StrEG constitue une base juridique valable pour le paiement et qu'il ne doit dès lors pas être remboursé. Elle s'accorde avec PreussenElektra sur le fait que le StrEG 1998 doit être appréhendé comme constituant une aide modifiée au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité. Toutefois, le système de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998 ne peut, en tant que tel, être qualifié de mesure d'aide

18 — Voir ci-dessous, points 85 et 86.

au sens de l'article 92. Il s'agit simplement d'un système permettant de partager la charge entraînée par l'obligation d'achat et par la règle du prix minimal prévues aux articles 2 et 3 du StrEG. D'une part, la juridiction de renvoi n'est pas compétente pour juger de la légalité des articles 2 et 3 du StrEG parce qu'ils ne s'appliquent ni à la relation juridique entre PreussenElektra et Schleswag, ni au litige qui les oppose. D'autre part, même si la juridiction de renvoi refusait d'appliquer l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998, les mesures d'aide illégales prévues aux articles 2 et 3 du StrEG 1998 resteraient inchangées et Schleswag aurait à supporter seule la charge du surcoût. L'effet direct de la dernière phrase de l'article 93, paragraphe 3, ne permet dès lors ni de solutionner ni de sanctionner la situation illégale. L'article 4, paragraphe 1, du StrEG doit donc continuer à s'appliquer.

56. La juridiction de renvoi expose dans l'ordonnance de renvoi que, si le législateur allemand, en adoptant la législation en cause, a enfreint ses obligations relatives à la modification d'un régime d'aide existant conformément à l'article 93, paragraphe 3, du traité ou a violé l'interdiction portant sur les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation en vertu de l'article 30, le StrEG 1998 ne peut être appliqué et PreussenElektra doit être remboursée.

57. Selon la juridiction de renvoi, en ce qui concerne tout d'abord l'article 93, paragraphe 3, les autorités allemandes ont notifié le StrEG 1990 comme constituant une aide d'État et la Commission l'a autorisé comme tel. Ces mêmes autorités n'ont toutefois pas notifié les amendements apportés au Stromeinspeisungsgesetz qui ont conduit à l'adoption du StrEG 1998 [19]. Si ces amendements ont modifié une aide existante au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité et si une aide résulte desdits amendements (le StrEG 1998), ils auraient dû être notifiés.

58. Le Landgericht exprime des doutes quant à la question de savoir si le Stromeinspeisungsgesetz 1998, vu l'obligation d'achat à un prix minimal fixé et le système de compensation qu'il contient, peut être qualifié d'aide d'État au sens de l'article 92 du traité. Il fait référence, d'une part, à des arrêts tels que l'arrêt Van Tiggele [20] et l'arrêt Sloman Neptun [21], qui suggèrent que le StrEG 1998 ne contient pas de mesures d'aide dès lors que les avantages économiques qui en résultent pour les producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont financés exclusivement par des entreprises de distribution d'électricité et par les exploitants de réseaux situés en amont, et non pas au moyen de ressources d'État. Il indique, d'autre part, qu'une interprétation aussi restrictive de la notion d'aide d'État permettrait aux États membres de contourner avec facilité les mécanismes de contrôle mis en place par l'article 93 du traité, ce qui

19 — Cette affirmation est à nouveau contestée avec force par les parties intervenantes; voir points 85 et 87 ci-dessous.

20 — Arrêt du 24 janvier 1978 (82/77, Rec. p. 25).

21 — Arrêt du 17 mars 1993 (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887).

pourrait potentiellement entraîner de graves conséquences pour la concurrence [22].

59. Si le Stromeinspeisungsgesetz contient des mesures d'aide d'État, le Landgericht est convaincu du fait que, étant donné l'autorisation octroyée par la Commission, le StrEG 1990 doit être considéré comme une aide existante au sens de l'article 93, paragraphe 1, et que les amendements qui y ont été apportés en 1998 constituent une modification d'une aide existante au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, qui n'a pas été notifiée.

60. Le Landgericht exprime également des doutes au sujet du système de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998. Même si l'obligation d'achat à un prix minimal élevé (articles 2 et 3 du StrEG 1998) constitue une aide d'État en faveur des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, il pourrait être argué que l'article 4, paragraphe 1, ne peut, en tant que tel, être qualifié d'aide. Dans cette hypothèse, le Landgericht souhaite savoir si les effets restrictifs de l'article 93, paragraphe 3, du traité s'appliquent non seulement à l'aide elle-même, mais également à des mesures d'application telles que l'article 4 du StrEG 1998.

61. En ce qui concerne l'article 30 du traité, le Landgericht estime que l'obligation d'acheter l'électricité produite en Allemagne à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix qui ne pourraient être obtenus sur un marché libre entraîne à tout le moins le risque d'une diminution de la demande d'électricité produite dans d'autres États membres.

62. À la lumière de ces considérations, le Landgericht a déféré à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel:

« 1) L'indemnité pour arrivée de courant (Stromeinspeisevergütung) et la règle relative à la compensation, selon les articles 2 ou 3 ou 4 ou 2 à 4 combinés [du Stromeinspeisungsgesetz] constituent-elles une aide d'État au sens de l'article 92 du traité CE?

L'article 92 du traité CE est-il à interpréter dans le sens que la notion d'aide à la base de cette disposition s'étend également à des réglementations nationales qui ont pour but de soutenir la personne qui reçoit le paiement, pour lesquelles les moyens de soutien nécessaires ne proviennent toutefois ni directement ni indirectement des budgets publics, mais sont imposés, en vertu d'obligations d'achat prescrites par la loi à des prix minimaux fixés, à certaines entreprises d'un secteur, qui ne peuvent pas répercuter ces charges sur le consommateur final pour des motifs de droit et de fait?

22 — Les arguments du Landgericht seront exposés avec plus de détails au point 109 ci-dessous.

L'article 92 du traité CE est-il à interpréter dans le sens que la notion d'aide à la base de cette disposition s'étend également à des réglementations nationales qui règlent uniquement la répartition, entre des entreprises se trouvant à des stades de production différents, de charges qui sont la conséquence d'obligations d'achat et d'indemnités minimales, lorsque la conception du législateur entraîne en fait une répartition durable de ces charges, sans que l'entreprise qui supporte la charge perçoive une contrepartie?

2) Dans la mesure où il est répondu par la négative à la question 2 en ce qui concerne l'article 4 du Stromeinspeisungsgesetz:

L'article 93, paragraphe 3, du traité CE est-il à interpréter dans le sens que l'effet d'obstacle de cette disposition ne s'étend pas seulement au soutien en tant que tel, mais aussi aux règles d'exécution telles que l'article 4 du Stromeinspeisungsgesetz?

3) Dans la mesure où il est répondu par la négative aux questions 1) et 2): l'article 30 du traité CE est-il à interpréter dans le sens qu'une restriction quantitative aux importations ou des mesures d'effet équivalent entre États membres existent au sens de l'article 30 du traité CE, lorsqu'une réglementation nationale impose à des entreprises d'acheter du courant provenant de sources d'énergies régénératives à des prix minimaux et met de plus à contribution les exploitants de réseaux pour assurer le financement, sans contrepartie?»

## IV — Procédure devant la Cour

63. Des observations écrites ont tout d'abord été présentées par PreussenElektra, Schleswag, les gouvernements allemand et finlandais et la Commission.

64. Après avoir déféré la demande de décision préjudicielle à la Cour, la juridiction de renvoi a informé cette dernière que, par ordonnance du 23 avril 1999, elle avait constaté les interventions au litige au principal du Land de Schleswig-Holstein ainsi que d'un producteur d'électricité à partir d'énergie éolienne, Windpark Reußenköge III GmbH (ci-après les «parties intervenantes»), par voie de conclusions déposées le 16 mars 1999.

65. Conformément à l'article 20 du statut CE de la Cour de justice (ci-après le «statut»), la Cour a notifié l'ordonnance de renvoi aux parties intervenantes et ces dernières ont également formulé des observations écrites.

66. PreussenElektra, Schleswag, le Land de Schleswig-Holstein, Windpark Reußenköge III, le gouvernement allemand et la Commission étaient représentés à l'audience.

67. PreussenElektra fait valoir que le Land de Schleswig-Holstein et Windpark Reußenköge III n'étaient pas en droit de présenter leurs observations étant donné qu'ils n'étaient que parties intervenantes («Nebenintervenienten») dans la procédure au principal et qu'ils n'avaient dès lors pas la qualité de «parties» au sens de l'article 20 du statut. PreussenElektra se fonde, tout d'abord, sur le fait qu'en vertu du droit allemand la notion de «partie» («partei») à une procédure ne vise pas les parties intervenantes. Elle s'appuie ensuite sur la jurisprudence [23].

68. Il convient de rappeler à titre préliminaire que la procédure organisée par l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) est une procédure non contentieuse et qu'elle constitue une étape dans le cadre d'une action pendante devant une juridiction nationale. Devant la Cour, les parties au litige au principal sont simplement invitées à exposer leurs arguments, mais elles ne sont pas en droit de prendre seules des initiatives de procédure. Elles ne sont à proprement parler pas «parties» à une procédure préjudicielle. L'expression «parties» figurant à l'article 20 du statut fait dès lors référence aux parties à l'action pendante devant la juridiction nationale [24].

69. En ce qui concerne la question de savoir ce que recouvre la notion de «parties» à la procédure au principal au sens de l'article 20 du statut, il convient tout d'abord de rappeler que les ordres juridiques des États membres identifient et classent les différents participants à une procédure devant les juridictions nationales de manière différente (la terminologie et la classification peuvent également varier au sein d'un même ordre juridique en fonction, par exemple, de la branche du pouvoir judiciaire concerné). La possibilité de présenter des observations devant la Cour ne devrait toutefois pas dépendre de ces différences de terminologie et de forme.

70. Deuxièmement, l'objectif de l'article 20 du statut est d'offrir, aux personnes potentiellement concernées par la décision préjudicielle de la Cour, la possibilité d'exprimer leur point de vue sur les questions posées par la juridiction de renvoi. Les ordres juridiques nationaux exigent normalement que les personnes qui souhaitent prendre part, de manière formelle, à une procédure nationale démontrent l'existence d'un intérêt quant à l'issue de la procédure. Il s'ensuit, selon nous, que toutes les personnes qui participent de manière formelle à une procédure nationale devraient être considérées comme étant des parties au sens de l'article 20 du statut.

23 — Ordonnance du président de la Cour du 26 février 1996, Biogen (C-181/95, Rec. p. I-717), et arrêt du 1er mars 1973, Bollmann (62/72, Rec. p. 269).

24 — Arrêt Bollmann, précité à la note 23 ci-dessus, point 4.

71. En ce qui concerne la situation propre à l'espèce, il résulte indirectement mais clairement de l'ordonnance rendue dans l'affaire Biogen [25] que les parties intervenantes dans la procédure au principal sont des « parties » au sens de l'article 20 du statut. Dans cette affaire, une entreprise a demandé à être admise à intervenir devant la Cour dans une affaire préjudicielle. La Cour a jugé que « une personne qui n'a pas demandé à intervenir devant la juridiction nationale et n'a pas été admise à intervenir devant elle, n'a pas le droit de présenter des observations devant la Cour au sens de cette disposition » [26].

72. Il s'ensuit a contrario que le Land de Schleswig-Holstein et Windpark Reussenköge III, qui ont tous deux été admis à intervenir devant la juridiction nationale, sont « parties » à la procédure au principal au sens de l'article 20 du statut et étaient dès lors en droit de présenter des observations devant la Cour.

## V — Recevabilité

73. Le gouvernement allemand et les parties intervenantes contestent la recevabilité de la demande de décision préjudicielle pour trois motifs. Premièrement, le litige est artificiel et dès lors, en vertu des arrêts Foglia I et II [27], la demande est irrecevable. Deuxièmement, ils font référence à un certain nombre de lacunes et d'erreurs dans l'ordonnance de renvoi relatives au cadre factuel et juridique de l'affaire. Troisièmement, la solution du litige au principal ne dépend pas de la réponse qui sera apportée aux questions préjudicielles.

### 1. *Litige artificiel*

74. Le gouvernement allemand et les parties intervenantes font valoir que PreussenElektra et Schleswag sont d'accord sur la réponse qu'elles souhaitent entendre donner par la Cour à la demande de décision préjudicielle, à savoir, en l'espèce, que le StrEG 1998 est contraire au droit communautaire. Cela ressort du fait que les deux parties ont déjà attaqué à différentes reprises le StrEG devant la Cour constitutionnelle allemande. En outre, Schleswag est une filiale de PreussenElektra. En conséquence, PreussenElektra aurait pu obtenir la restitution du montant versé par l'intermédiaire de mesures internes, sans avoir recours à des procédures judiciaires. Il s'ensuit également que les points de vue juridiques adoptés par la défenderesse au principal sont en définitive dictés par la demanderesse. Enfin, PreussenElektra a effectué le paiement compensatoire alors qu'elle était convaincue de l'illégalité de la loi en cause. L'ensemble de ces éléments tendent à démontrer que la demande de remboursement partiel du versement effectué par PreussenElektra ne constitue qu'un

25 — Ordonnance précitée à la note 23.

26 — Point 6 de l'ordonnance.

27 — Précités à la note 2.

prétexte pour obtenir une réponse bien précise de la Cour. Conformément aux arrêts rendus dans les affaires Foglia I et II et dans l'affaire Meilicke [28], la Cour devrait conclure à l'irrecevabilité de la demande.

75. La Cour a jugé qu'elle peut, dans certaines circonstances, conclure à l'irrecevabilité d'une demande de décision préjudicielle au motif que l'article 177 du traité est utilisé comme une «construction procédurale» [29] ou comme une «construction artificielle» [30] par les parties à un simulacre de litige. La Cour a estimé qu'il en était ainsi lorsque les parties au principal ont tenté d'obtenir une condamnation du régime fiscal français des vins de liqueur par le biais d'une procédure devant une juridiction italienne entre deux parties privées qui étaient d'accord sur le résultat à atteindre et qui ont inséré une clause dans leur contrat en vue d'amener la juridiction italienne à se prononcer sur ce point [31].

76. L'une des considérations qui sous-tendent cette jurisprudence est que la mission de la Cour n'est pas de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres, dans la mesure où les réponses apportées aux questions déférées à la Cour sont objectivement nécessaires à la solution d'un contentieux réel [32]. La seconde préoccupation est que les parties ne devraient pas être autorisées à créer volontairement une situation procédurale dans laquelle des tiers potentiellement intéressés par la décision à venir ne pourraient pourvoir à une défense adéquate de leurs intérêts [33].

77. Il convient de reconnaître qu'il existe quelques similitudes entre les affaires Foglia et la présente affaire. Tout d'abord, PreussenElektra et Schleswag estiment toutes deux que le StrEG 1998 viole le droit communautaire. En outre, dans la procédure au principal, les tiers intéressés, tels que les producteurs d'électricité à partir d'énergie éolienne, n'ont initialement pas pu développer leur argumentation juridique et présenter leur version du cadre factuel et économique de l'affaire.

78. Il résulte toutefois de l'arrêt Leclerc-Siplec [34], dans lequel les parties étaient d'accord sur le fait que la loi française interdisant le secteur de la distribution de publicité télévisée était contraire au droit communautaire et dans lequel le bénéficiaire principal de la loi attaquée (la presse régionale française) n'était pas partie au litige [35], que ces éléments ne suffisent pas en soi à rendre la demande irrecevable. Il convient également de rappeler que PreussenElektra et Schleswag sont en désaccord en ce qui concerne les conséquences

28 — Arrêt du 16 juillet 1992 (C-83/91, Rec. p. I-4871).
29 — Arrêt Foglia II, précité à la note 2 ci-dessus, point 18.
30 — Arrêt Foglia I, précité à la note 2 ci-dessus, point 10.
31 — Arrêt Foglia I, point 10.
32 — Arrêt Foglia II, précité, point 18.
33 — Arrêt Foglia II, précité, point 29.
34 — Arrêt du 9 février 1995 (C-412/93, Rec. p. I-179).
35 — Voir point 1 de nos conclusions dans cette affaire.

sur la procédure au principal d'une décision de la Cour concluant à l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'obligation d'achat à un prix minimal [36]. Les tiers intéressés, à savoir le Land de Schleswig-Holstein et Windpark Reussenköge III, ont entre-temps été admis à intervenir à la procédure au principal et ont eu l'occasion de présenter leurs observations devant la Cour [37].

79. Il existe, en outre, deux différences décisives entre la présente procédure et les affaires Foglia I et II. Premièrement, PreussenElektra et Schleswag contestent la validité d'une loi allemande devant une juridiction allemande. Les principales préoccupations dans les affaires Foglia I et II, qui étaient, d'une part, d'éviter des situations dans lesquelles les juridictions d'un État décident de la validité des lois d'un autre État et, d'autre part, d'offrir à l'État membre concerné un forum adéquat lui permettant de défendre ses lois, font dès lors défaut en l'espèce. Ensuite, et c'est peut-être encore plus important, le conflit d'intérêts existant entre PreussenElektra et Schleswag dans la procédure au principal ne résulte ni de la volonté des parties ni d'arrangements contractuels élaborés, mais est la conséquence objective et automatique de l'obligation légale prévue à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998.

80. Nous admettons que le danger d'un contentieux artificiel est encore plus présent lorsqu'une partie à la procédure est actionnaire majoritaire de l'autre partie. Toutefois, la Cour a déjà admis des demandes de décision préjudicielle dans des litiges entre une société mère et sa filiale [38]. L'étendue du contrôle que PreussenElektra exerce sur Schleswag est controversée. Toutefois, même si le contrôle exercé est aussi important que le laissent entendre les parties intervenantes, aucun des arguments développés devant la Cour dans la présente affaire ne permet de conclure que PreussenElektra a fait usage de son supposé pouvoir pour dicter à Schleswag la conduite à adopter dans la présente procédure. Au contraire, nous avons été informés du fait que PreussenElektra a introduit une action semblable à l'encontre d'une deuxième entreprise régionale de distribution d'électricité, sur laquelle elle n'exerce aucun contrôle, et que cette procédure parallèle a été suspendue en attendant l'arrêt à intervenir dans la présente procédure.

81. Enfin, la décision prise par PreussenElektra de verser à Schleswag la somme de 10 millions de DEM correspondant à la totalité de la mensualité de mai et de ne réclamer le remboursement que du montant comparativement beaucoup moins élevé de 500 000 DEM ne nous paraît pas poser problème. Une entreprise qui est convaincue de l'incompatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire est libre de décider de sa stratégie et d'introduire une action «pilote» si elle le souhaite [39]. Un tel choix est particulièrement compréhensible lorsque les frais liés à la procédure sont calculés en fonction de l'enjeu financier de celle-ci.

36 — Voir points 54 et 55 ci-dessus.

37 — Voir points 64 à 72 ci-dessus.

38 — Voir, par exemple, l'arrêt du 12 juillet 1979, Union laitière normande (244/78, Rec. p. 2663).

39 — Arrêts du 5 mai 1981, Dürbeck (112/80, Rec. p. 1095, p. 1127 des conclusions de l'avocat général Reischl), et du 3 mars 1994, Eurico Italia e.a. (C-332/92, C-333/92 et C-335/92, Rec. p. I-711, points 16 et 17).

82. Il résulte de ces considérations que la procédure au principal entre PreussenElektra et Schleswag n'est ni artificielle ni simulée au sens de la jurisprudence de la Cour.

2. *Les lacunes et erreurs dans l'exposé du cadre factuel et juridique de l'affaire*

83. Les parties intervenantes et le gouvernement allemand font valoir, tout d'abord, que la juridiction de renvoi n'a pas suffisamment exposé les motifs tirés du droit civil allemand en vertu desquels PreussenElektra peut prétendre au remboursement de la somme versée à Schleswag.

84. Il appartient toutefois à la juridiction nationale qui est saisie du litige au principal et qui doit assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, d'apprécier, au regard des dispositions de son ordre juridique et des particularités de chaque affaire, la nécessité de déférer à la Cour une demande de décision préjudicielle afin d'être en mesure de rendre son jugement. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi a exposé les motifs pour lesquels elle estimait que les réponses de la Cour l'aideraient à solutionner la demande de remboursement dont elle a été saisie et il n'apparaît aucunement que ces réponses n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal [40].

85. Les parties intervenantes contestent également la validité de deux affirmations factuelles faites par la juridiction nationale. Elles font valoir que, contrairement à ce qui est indiqué dans l'ordonnance de renvoi, les entreprises de production et de distribution d'électricité ont parfaitement la possibilité, que ce soit au niveau juridique ou économique, de répercuter le surcoût entraîné par StrEG 1998 sur les clients finaux. En outre, la Commission a été suffisamment «informée» au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, de toutes les modifications pertinentes envisagées avant l'adoption du StrEG 1998 et la République fédérale d'Allemagne a dès lors correctement notifié les amendements en cause.

86. Il ressort des réponses à certaines questions écrites posées par la Cour qu'il existe effectivement des doutes sérieux quant à l'impossibilité pour PreussenElektra et Schleswag de répercuter les surcoûts sur les clients finaux [41]. Le refus des autorités du Land de Schleswig-Holstein d'autoriser une augmentation des tarifs de l'électricité fournie au consommateur final, qui a été invoqué dans le but de démontrer qu'il existait des obstacles légaux à la répercussion des surcoûts, semble fondé sur d'autres raisons et ne signifie pas que lesdites autorités n'ont pas reconnu la légitimité de ces surcoûts. En outre, il

40 — Arrêt du 22 juin 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Rec. p. I-4785, points 27 et 28).

41 — Voir, également, le jugement du Bundesgerichtshof du 22 octobre 1996, publié au NJW 1997, p. 574, à la p. 578.

ressort des réponses à une autre question écrite posée par la Cour que le StrEG 1998 [42], en permettant que les surcoûts soient pris en considération pour le calcul des tarifs, autorise les exploitants de réseaux concernés par l'obligation d'achat à répercuter les surcoûts sur des concurrents qui souhaitent se servir du réseau en question pour livrer de l'électricité. Cela permet ensuite aux exploitants de réseaux de répercuter les surcoûts sur le consommateur final sans avoir à redouter la concurrence d'entreprises d'approvisionnement qui ne sont pas soumises aux obligations prévues par le StrEG 1998.

87. En ce qui concerne la question de savoir si les autorités allemandes ont «informé» la Commission au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité avant d'adopter les modifications du Stromeinspeisungsgesetz en 1998, la Commission a correctement fait valoir à l'audience que la notification en vertu de la directive 83/189/CEE du Conseil, du 28 mars 1983, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques [43], qui a été effectuée par les autorités allemandes avant l'adoption des amendements en 1998, ne peut remplacer la notification prévue à la première phrase de l'article 93, paragraphe 3, du traité. En outre, il nous semble également douteux qu'une simple concertation préalable entre le gouvernement et la Commission puisse constituer une notification valable de la modification d'une aide au sens de l'article 93.

88. Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler que l'article 177 du traité est fondé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour. Il n'appartient pas à la Cour mais à la juridiction nationale d'établir les faits qui ont donné lieu au litige et d'en tirer les conséquences pour la décision qu'elle est appelée à rendre [44].

89. Il s'ensuit que les prétendues lacunes et erreurs contenues dans l'ordonnance de renvoi ne portent pas atteinte à la recevabilité de la demande de décision préjudicielle.

3. *La pertinence des questions posées*

90. En ce qui concerne les questions d'interprétation des articles 92 et 93 du traité, les parties intervenantes font valoir que, indépendamment de la question de savoir si le StrEG 1998 contient des mesures d'aide, l'obligation de suspension («standstill») prévue à la troisième phrase de l'article 93, paragraphe 3, ne s'applique pas et PreussenElektra ne peut dès lors demander le

42 — StrEG 1998, troisième phrase de l'article 2, voir ci-dessus au point 29.

43 — JO L 109, p. 8. Après de nombreuses modifications, cette directive a entre-temps été remplacée par la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204, p. 37).

44 — Voir, par exemple, l'arrêt du 16 septembre 1999, WWF e.a. (C-435/97, Rec. p. I-5613, points 31 et 32).

remboursement des montants payés en vertu du StrEG 1998.

91. La raison en est que, tout d'abord, le StrEG 1998 ne peut être considéré comme une modification d'une aide existante au sens de la première phrase de l'article 93, paragraphe 3. Les modifications adoptées en 1998 n'étaient pas assez importantes que pour entraîner l'obligation de notifier la loi amendée et de suspendre sa mise en œuvre en vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité.

92. Deuxièmement, même s'il convient de considérer que le StrEG 1998 constitue une modification d'une aide existante, l'échange de correspondance entre les autorités allemandes et la Commission, avant et après l'adoption du StrEG 1998, doit être considéré comme valant notification correcte des modifications au sens de la première phrase de l'article 3, paragraphe 3, et autorisation implicite desdites modifications par la Commission.

93. En ce qui concerne le premier argument des parties intervenantes, nous estimons — en supposant que le système en cause doive être qualifié d'aide de l'État — qu'il n'a pas encore pu être établi si les modifications apportées en 1998 étaient assez importantes que pour entraîner les obligations de notification et de suspension de la mise en œuvre de la loi modifiée en vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité.

94. Toutefois, le Landgericht fait valoir, à bon escient à notre sens, que sa question de savoir si le StrEG 1998 contient une aide d'État est pertinente dès lors que l'obligation de suspension prévue à la troisième phrase de l'article 93, paragraphe 3, ne s'applique que si la mesure en cause, dans sa version modifiée, constitue elle-même une aide d'État. Le fait que le Landgericht n'ait pas posé de questions relatives à d'autres conditions d'application de la troisième phrase de l'article 93, paragraphe 3 (par exemple, la question de savoir si les modifications apportées en 1998 étaient assez importantes que pour justifier une notification ainsi que l'obligation de suspension), ne peut porter préjudice à la pertinence de la question qu'elle a effectivement déférée à la Cour.

95. Le deuxième argument des parties intervenantes n'est rien de plus qu'une critique de l'exposé des faits présenté par la juridiction de renvoi, point que nous avons déjà abordé ci-dessus [45].

96. Le gouvernement allemand fait valoir que la qualification de l'obligation d'achat d'aide d'État n'a aucune influence sur la procédure au principal, dès lors que le litige entre PreussenElektra et Schleswag ne concerne pas le mécanisme d'aide en tant

45 — Voir points 87 et 88.

que tel, mais la répartition des coûts qui en résultent.

97. Cet argument paraît peu judicieux, dès lors qu'il nous semble ressortir de la loi en cause que l'obligation qui incombe aux entreprises d'approvisionnement en électricité situées en amont, de verser une compensation en vertu de l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998, n'intervient que lorsque l'entreprise de distribution située en aval est effectivement obligée d'acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables conformément à l'article 2 du StrEG 1998. Il nous semble dès lors que, si cette dernière obligation est condamnée par le droit communautaire, alors la première ne peut davantage être appliquée.

98. En ce qui concerne l'article 30 du traité, les parties intervenantes font valoir que l'affaire portée devant la juridiction nationale concerne une situation qui ne contient aucun élément transfrontalier et que les parties n'ont à aucun moment fait valoir que la réglementation litigieuse faisait obstacle à ce qu'elles importent l'électricité d'autres États membres. À leur sens, la question du Landgericht relative à l'article 30 n'est dès lors qu'hypothétique.

99. À l'audience, Schleswag a toutefois fait valoir qu'elle s'était vu offrir la possibilité d'acheter de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Suède à un prix de plus ou moins 0,08 DEM par kilowatt heure (environ deux fois moins élevé que le prix de l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne conformément au StrEG 1998) et qu'elle n'a pu accepter cette offre puisqu'elle est obligée d'acheter toute l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne dans sa zone d'approvisionnement.

100. Il nous semble que, indépendamment de la question de savoir si de telles possibilités concrètes d'importer l'électricité existent vraiment, la Cour devrait, dans la présente affaire, répondre à la question de la juridiction nationale relative à l'interprétation de l'article 30 du traité. L'article 1er du StrEG 1998 établit en effet une différence de traitement très nette entre l'électricité produite en Allemagne et celle qui est importée, du fait que seule l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Allemagne peut bénéficier de l'obligation d'achat à un prix minimal élevé tel que prévu dans le StrEG.

101. Nous avons soutenu dans nos conclusions dans l'affaire Pistre e.a. [46] que la Cour devrait refuser de statuer sur l'application de l'article 30 aux importations lorsqu'il ressort des faits qui lui sont soumis que la situation est totalement circonscrite au territoire national.

102. Nous continuons à penser que cet avis vaut lorsque la mesure nationale en cause

46 — Arrêt du 7 mai 1997 (C-321/94 à C-324/94, Rec. p. I-2343).

s'applique sans distinction à des produits nationaux et à des produits importés et lorsque l'affaire soumise à la juridiction nationale concerne non pas des produits importés, mais des produits nationaux. En ce qui concerne une telle mesure, l'article 30 n'a d'effet qu'en ce qu'il s'applique à des importations, et ne porte dès lors pas atteinte à la réglementation dans la mesure où elle s'applique à des produits nationaux [47]. En conséquence, une interprétation par la Cour de l'article 30 dans une affaire ne concernant que des produits nationaux n'a pas d'intérêt pour l'issue de la procédure au principal ou n'a d'intérêt qu'en vertu d'une règle nationale interdisant la discrimination à rebours. Dans les deux cas, la Cour répondrait à une question hypothétique relative à des produits importés, en dehors de son contexte factuel.

103. Toutefois, lorsqu'une mesure nationale telle que le StrEG 1998 favorise, en droit et en fait, la commercialisation de produits d'origine nationale au détriment de produits importés, l'application de la mesure à des producteurs nationaux désavantage les produits importés et fait dès lors obstacle, du moins potentiellement, au commerce intracommunautaire. Des mesures qui favorisent des produits domestiques sont, par hypothèse, souvent appliquées dans des situations purement domestiques. Pour être efficace, l'article 30 doit, dès lors, s'appliquer à tous les cas concernant une mesure visant à favoriser les produits domestiques, indépendamment du fait de savoir si des importations alternatives sont effectivement envisagées. Étant donné que la solution du litige au principal dépend, dans de tels cas, de l'interprétation de l'article 30, la Cour devrait répondre aux questions qui lui ont été déférées par la juridiction nationale.

104. En tout état de cause, même en ce qui concerne des mesures applicables sans distinction [48] ainsi que dans d'autres situations où la pertinence des questions pour l'issue du litige au principal pouvait être mise en doute [49], la Cour a répondu aux questions qui lui ont été déférées. En ce faisant, elle a principalement fait valoir qu'il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige d'apprécier tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour [50].

105. Nous estimons dès lors que la Cour devrait répondre aux questions qui lui ont été déférées.

47 — Arrêt du 14 décembre 1982, Waterkeyn e.a. (314/81 à 316/81 et 83/82, Rec. p. 4337).

48 — Arrêt du 14 juillet 1988, Smanor (298/87, Rec. p. 4489, points 8 et 9).

49 — Arrêts du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161), et Giloy (C-130/95, Rec. p. I-4291).

50 — Voir, également, récemment l'arrêt du 6 juin 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139, points 18 et 19).

## VI — Première question: Le Stromeinspeisungsgesetz 1998 constitue-t-il une aide d'État?

106. Par sa première question, la juridiction nationale souhaite essentiellement savoir si le système mis en place par le StrEG 1998 constitue une aide d'État en faveur des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. En divisant sa première question en trois points différents, le Landgericht a sans doute souhaité attirer l'attention de la Cour sur les caractéristiques particulières de la mesure nationale en cause.

107. En vertu de l'article 92, paragraphe 1, «... sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

108. Selon le gouvernement allemand et les parties intervenantes, le StrEG 1998 ne constitue pas une aide d'État. Il ressort, selon eux, du libellé de l'article 92, paragraphe 1, de la logique du traité et de la jurisprudence de la Cour [51] que les avantages qui ne sont pas octroyés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État ne peuvent être qualifiés d'aides d'État. Une définition différente, et dès lors plus large, de la notion d'aides d'État aurait pour conséquence de faire tomber dans le champ d'application des règles d'aides d'État l'ensemble des législations nationales réglementant les relations entre les entreprises, ce qui perturberait la séparation des compétences entre les États membres et la Communauté prévue par le traité. Le StrEG 1998 ne contient qu'un système de fixation des prix et les avantages qui en découlent pour les producteurs d'électricité à partir de sources renouvelables d'énergie sont dès lors financés exclusivement au moyen de fonds privés. Étant donné que le StrEG 1998 n'a aucun impact sur le budget de l'État, il ne peut être considéré comme une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1.

109. La juridiction de renvoi, Preussen-Elektra et Schleswag, de même que le gouvernement finlandais et la Commission, estiment que le système institué par le StrEG constitue une aide d'État. À leur avis, le mécanisme prévu par le StrEG 1998 se distingue de ceux dont il était question dans les affaires Van Tiggele [52] ou Sloman Neptun [53] dans lesquelles la Cour a refusé d'appliquer les règles relatives aux aides d'État. Le mécanisme en cause dans la présente affaire peut être davantage comparé aux mesures qui ont été examinées

51 — Arrêts Van Tiggele, précité à la note 20 ci-dessus; Sloman Neptun, précité à la note 21 ci-dessus; du 7 mai 1998, Viscido e.a. (C-52/97 à C-54/97, Rec. p. I-2629), et du 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185).

52 — Arrêt précité à la note 20 ci-dessus.

53 — Arrêt précité à la note 21 ci-dessus.

dans les affaires Van der Kooy e.a./Commission [54], et Ecotrade [55], d'une part, et Commission/France [56] et Steinike & Weinlig [57], d'autre part, dans lesquelles la Cour a conclu à l'existence d'une aide d'État. Il résulte en outre de la fonction des règles relatives aux aides d'État, du libellé de l'article 92, paragraphe 1, et de certaines affirmations faites par la Cour, que le financement au moyen de ressources d'État ne constitue pas un élément essentiel de la notion d'aide. Si la jurisprudence devait indiquer le contraire, la Cour devrait revoir sa position de sorte à exclure la possibilité pour des États membres de contourner le régime des aides d'État. En tout état de cause, le StrEG 1998 devrait tomber dans le champ d'application de l'article 5, paragraphe 2, du traité CE (devenu article 10, paragraphe 2, CE), lu en combinaison avec l'article 92, en tant que mesure visant à contourner le régime des aides d'État.

110. En guise de première remarque préliminaire, il convient de noter que la question dans la présente affaire n'est pas de savoir si le StrEG est compatible avec le régime des aides d'État. L'examen de la compatibilité de mesures d'aide avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par les juridictions communautaires. En supposant que le StrEG 1998 constitue une aide d'État, il pourrait toutefois être autorisé en vertu de l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement [58]. Il convient de ne pas d'oublier que la promotion de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables est l'un des objectifs de protection de l'environnement les plus importants de l'Union européenne [59].

111. La présente affaire concerne dès lors uniquement l'étendue du champ d'application du régime de contrôle des aides d'État. En d'autres termes, un État membre qui souhaite adopter une loi telle que le StrEG 1998 est-il dans l'obligation de se conformer aux obligations procédurales énoncées à l'article 93 du traité (la notification et la suspension), ou ce type de législation échappe-t-il entièrement à ce régime de contrôle?

112. Deuxièmement, seul un élément de la notion d'aide d'État fait l'objet d'une contestation. Ainsi qu'il ressort des arguments résumés ci-dessus, les observations orales et écrites se sont presque exclusivement limitées à la question de savoir si les avantages conférés par le StrEG 1998 aux producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont «octroyés par un État membre ou au moyen de ressources d'État» au sens de l'article 92, paragraphe 1. Aucune des parties qui ont présenté

54 — Arrêt du 2 février 1988 (67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219).

55 — Arrêt du 1er décembre 1998 (C-200/97, Rec. p. I-7907).

56 — Arrêt du 30 janvier 1985 (290/83, Rec. p. 439).

57 — Arrêt du 22 mars 1977 (78/76, Rec. p. 595).

58 — JO 1994, C 72, p. 3.

59 — Voir, par exemple, la recommandation 88/611/CEE, précitée à la note 3 ci-dessus; la résolution du Conseil du 27 juin 1997 sur les sources d'énergie renouvelables (JO C 210, p. 1); la communication de la Commission — Énergie pour l'avenir: les sources d'énergie renouvelables — Livre blanc établissant les stratégies et un plan d'action communautaire [COM(97) 599 final]; la résolution du Conseil du 8 juin 1998 sur les sources d'énergie renouvelables (JO C 198, p. 1), et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, précitée à la note 17 ci-dessus.

des observations n'ont fait valoir qu'un autre élément constitutif de la notion d'aide d'État faisait défaut. Il existe en effet peu de doute quant au fait que le prix minimal élevé pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, combiné à l'obligation d'achat, confère un avantage économique considérable et spécifique aux producteurs de ce type d'électricité, fausse en conséquence la concurrence entre les différentes catégories de producteurs et affecte en définitive le commerce de l'électricité entre les États membres.

113. À la lumière de ces considérations préliminaires et compte tenu des arguments des parties, nous examinerons les questions suivantes:

— Le financement au moyen de ressources d'État est-il un élément constitutif de la notion d'aide d'État en vertu de la jurisprudence existante de la Cour?

— La Cour devrait-elle revoir cette jurisprudence?

— Les avantages conférés par le StrEG 1998 peuvent-ils être considérés comme financés au moyen de ressources d'État?

— Le StrEG 1998 constitue-t-il une mesure équivalente à une aide d'État prohibée par l'article 5, paragraphe 2, du traité?

1. *Le financement au moyen de ressources d'État est-il un élément constitutif de la notion d'aide d'État en vertu de la jurisprudence de la Cour?*

114. La phrase «accordées par les États ou au moyen de ressources d'État» énoncée à l'article 92, paragraphe 1, peut être lue de deux manières différentes.

115. D'une part, il pourrait être argué que la seconde option, à savoir l'aide accordée «au moyen de ressources d'État», couvre les mesures financées au moyen de fonds publics, alors que la première option, à savoir l'aide accordée «par un État membre», couvre toutes les mesures restantes qui ne sont pas financées au moyen de ressources étatiques. Selon cette interprétation extensive de l'article 92, paragraphe 1, toute mesure qui confère des avantages économiques à des entreprises déterminées et qui résulte d'un comportement imputable à l'État constitue une aide d'État indépendamment du fait de savoir si elle entraîne une charge financière pour l'État.

116. D'autre part, l'article 92, paragraphe 1, peut être interprété dans le sens qu'il indique que l'aide doit nécessairement

être financée au moyen de ressources d'État et que la distinction faite entre l'aide accordée par un État et celle accordée au moyen de ressources d'État a pour but d'étendre la définition de l'aide non seulement à l'aide accordée directement par l'État, mais également à l'aide accordée par des entités publiques ou privées désignées ou instituées par l'État. En vertu de cette deuxième interprétation plus restrictive, la mesure en cause doit nécessairement coûter de l'argent à l'État et le financement au moyen de ressources d'État est un élément constitutif de la définition de l'aide d'État.

117. Il est maintenant de jurisprudence constante que la deuxième interprétation prévaut et que seuls *les avantages qui sont accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État* doivent être considérés comme une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1.

118. Cette formule a été utilisée pour la première fois dans l'arrêt Van Tiggele [60], qui concernait une mesure fixant un prix minimal au détail pour le genièvre. La Cour a suivi les conclusions de l'avocat général Capotorti et a jugé:

« Quelle que soit la définition qu'il convient de donner à la notion d'aide, il ressort des termes mêmes de [l'article 92, paragraphe 1,] qu'une mesure qui se caractérise par la fixation de prix minimaux au détail, dans le but de favoriser les distributeurs d'un produit à la charge exclusive des consommateurs, ne saurait constituer une aide au sens de l'article 92.

...

Les avantages qu'une telle intervention dans la formation des prix comporte pour les distributeurs du produit ne sont pas accordés en effet, ni directement ni indirectement, au moyen de ressources d'État... » [61].

119. Il peut être soutenu que ce principe a été confirmé dans l'arrêt Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbertwill e.a. [62], qui concernait l'octroi d'un contingent tarifaire spécial pour l'importation de viande bovine congelée provenant d'États tiers. La législation allemande déterminait l'octroi de la quote-part du contingent national entre les opérateurs économiques nationaux. Trois opérateurs économiques ont contesté cette législation, entre autres au motif qu'elle constituait une aide d'État en faveur de certains autres opérateurs économiques.

60 — Arrêt précité à la note 20 ci-dessus.

61 — Points 24 et 25.

62 — Arrêt du 13 octobre 1982 (213/81 à 215/81, Rec. p. 3583).

120. Selon l'avocat général VerLoren van Themaat, il était parfaitement possible de soutenir, en raison de la distinction établie à l'article 92, paragraphe 1, entre l'aide d'État accordée «par les États membres» et celle accordée «au moyen de ressources d'État», que l'octroi autonome d'avantages pécuniers, qui ne sont pas accordés au moyen de ressources d'État, tombent sous le coup de l'article 92. Il a cité l'exemple de baisses de tarif qu'un État membre peut prescrire à des sociétés d'électricité privées au profit de certaines entreprises [63].

121. La Cour a toutefois considéré que l'avantage financier que les opérateurs économiques tirent de leur participation à la répartition d'un contingent tarifaire communautaire n'était pas octroyé au moyen de ressources d'État, mais au moyen de ressources communautaires, le prélèvement non perçu faisant partie de ces dernières. Dès lors que la mesure en cause n'a fait qu'allouer un contingent tarifaire communautaire, elle ne constituait pas «une aide accordée par les États au moyen de ressources d'État» au sens des articles 92 et 93 du traité ainsi que de l'article 94 du traité CE (devenu article 89 CE) [64].

122. L'arrêt qui a suivi dans l'affaire Commission/France [65] a fait naître quelques doutes. Dans cette affaire, une aide spéciale destinée aux agriculteurs les plus défavorisés était financée par les excédents de gestion de la Caisse nationale de crédit agricole accumulés sur plusieurs années.

123. La Commission a supposé que l'État était l'initiateur de la décision d'octroyer l'aide, mais que l'excédent qui a servi à financer ladite aide provenait de la gestion de fonds privés et non pas de ressources d'État. Elle a dès lors considéré que l'aide en question ne constituait pas une aide d'État au sens strict, mais une mesure d'effet équivalant à une aide d'État tombant sous le coup de l'article 5 du traité [66].

124. L'avocat général Mancini a conclu, sur la base d'une interprétation différente des faits, que l'aide ne résultait pas uniquement d'une initiative étatique, mais qu'elle était également financée par des ressources d'État. Il a dès lors conclu à l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité [67].

125. La Cour n'a pas examiné la question de savoir si l'allocation avait en fait été financée par des ressources d'État. Elle a toutefois considéré que l'allocation constituait une aide d'État et a jugé que:

«La généralité des termes employés par [l'article 92, paragraphe 1,] permet d'ap-

63 — Point 5 des conclusions.
64 — Points 22 et 24 de l'arrêt.
65 — Arrêt précité à la note 56 ci-dessus.
66 — Points 6 à 9 de l'arrêt.
67 — Point 3 des conclusions.

préciser, sur la base de l'article 92... toute mesure étatique, pour autant que celle-ci a pour effet d'accorder une aide sous quelque forme que ce soit.

Ainsi qu'il ressort du libellé même de l'article 92, paragraphe 1, une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'État pour être qualifiée d'aide étatique» [68].

126. Dans les affaires Van der Kooy e.a./Commission [69] et Grèce/Commission [70], dans lesquelles la Cour a rendu ses arrêts peu de temps après l'arrêt Commission/France, la Cour n'a une fois de plus, pas exigé l'existence d'un financement au moyen de ressources d'État.

127. Le droit, tel qu'applicable aujourd'hui, a ensuite été formulé dans l'affaire Sloman Neptun [71]. La mesure en cause permettait à certaines entreprises de navigation maritime battant pavillon allemand de soumettre les contrats de travail conclus avec des marins ressortissants de pays tiers à des conditions de travail et de rémunération moins favorables que celles appliquées à des ressortissants allemands.

128. L'avocat général Darmon a suggéré, après un examen approfondi de la question, que l'origine du financement d'une mesure d'aide n'avait aucune importance. Selon lui, l'article 92, paragraphe 1, exigeait simplement que la mesure d'aide résulte d'un comportement imputable à un État membre [72].

129. La Cour a toutefois cité l'affaire Van Tiggele et a jugé que seuls les avantages octroyés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État devaient être considérés comme constituant une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1. Cela en raison du fait qu'il résultait des termes mêmes de cette disposition et des règles de procédure instaurées par l'article 93 du traité que les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État ne tombaient pas dans le champ d'application des dispositions relatives aux aides d'État. La distinction entre les aides accordées par les États et les aides accordées au moyen de ressources d'État était destinée à inclure dans la notion d'aide non seulement les aides accordées directement par l'État, mais également celles accordées par les organismes publics ou privés, désignés ou institués par l'État [73].

130. En ce qui concerne la question de savoir si les avantages résultant de la mesure en cause devaient ou non être considérés comme accordés au moyen de ressources d'État, la Cour a jugé que la mesure en cause ne tendait pas à créer un avantage qui constituerait une charge sup-

68 — Points 13 et 14 de l'arrêt.

69 — Affaire précitée, points 28 et 32 à 38.

70 — Arrêt du 7 juin 1988, Grèce/Commission (57/86, Rec. p. 2855, point 12), et conclusions de l'avocat général Slynn, p. 2867.

71 — Arrêt précité à la note 21 ci-dessus.

72 — Voir, en particulier, les points 40 à 43 de ses conclusions.

73 — Point 19 de l'arrêt.

plémentaire pour l'État, mais seulement à modifier, en faveur des entreprises de navigation maritime, le cadre dans lequel s'établissent les relations contractuelles entre ces entreprises et leurs salariés. Les conséquences qui en résultaient, tenant tant à la différence de base de calcul des cotisations sociales qu'à l'éventuelle perte de ressources fiscales imputables au faible niveau des rémunérations, étaient inhérentes à ce régime et ne constituaient pas un moyen d'accorder aux entreprises concernées un avantage déterminé. Cette mesure ne constituait dès lors pas une aide d'État [74].

131. Le principe selon lequel l'aide d'État doit être financée directement ou indirectement au moyen de ressources d'État a été confirmé dans tous les arrêts pertinents depuis l'affaire Sloman Neptun: Kirsammer-Hack [75], Viscido e.a. [76], Ecotrade [77] et Piaggio [78].

132. Récemment, dans l'affaire France/Ladbroke Racing et Commission [79], les juridictions communautaires ont examiné la législation définissant les utilisations possibles par le Pari mutuel urbain français (ci-après le «PMU») des gains non réclamés provenant de paris sur les courses de chevaux. En vertu de la loi dans sa version initiale, l'utilisation de gains non réclamés était limitée à certains types de dépenses sociales. Les gains qui n'étaient pas utilisés à des fins autorisées devaient être payés à l'État. Le législateur français a ensuite étendu les possibilités d'utilisation de ces gains à d'autres activités, de sorte à aider le PMU à financer certaines indemnités de licenciement à d'anciens employés. La Cour s'est ralliée au point de vue du Tribunal selon lequel les autorités françaises, en ce faisant, renonçaient à des revenus qui, en principe, auraient dû être versés au Trésor public, de sorte que des fonds publics ont été transférés aux bénéficiaires au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. En ce qui concerne l'argument selon lequel les montants en question n'ont jamais été directement en possession de l'État, la Cour a fait valoir que ces sommes étaient continuellement soumises au contrôle de l'État et étaient dès lors à la disposition des autorités nationales compétentes, ce qui était suffisant pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, [80].

133. Il s'ensuit que, en vertu du droit dans son état actuel, le financement au moyen de ressources d'État est un élément constitutif de la notion d'aides d'État.

74 — Points 20 à 22 de l'arrêt.

75 — Précité à la note 51 ci-dessus.

76 — Précité à la note 51 ci-dessus.

77 — Précité à la note 55 ci-dessus.

78 — Arrêt du 17 juin 1999 (C-295/97, Rec. p. I-3735).

79 — Arrêt du 16 mai 2000 (C-83/98 P, Rec. p. I-3271) confirmant l'arrêt du Tribunal de première instance du 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission (T-67/94, Rec. p. II-1).

80 — Voir points 45 à 51 de l'arrêt.

2. *La Cour devrait-elle revoir sa jurisprudence?*

134. La juridiction nationale, la Commission, PreussenElektra, Schleswag et le gouvernement finlandais considèrent que le financement au moyen de ressources d'État ne devrait pas être un élément constitutif de la notion d'aide. Selon eux, l'article 92, paragraphe 1, exige simplement que la mesure résulte d'une action d'un État membre.

135. Ils se réfèrent aux arrêts de la Cour et aux conclusions de ses avocats généraux dans lesquels le financement au moyen de ressources d'État n'a pas été considéré comme un élément nécessaire de la notion d'aide [81]. Ils font également remarquer que le gouvernement allemand et la Commission ont toujours qualifié le système contenu dans les versions successives du Stromeinspeisungsgesetz d'aide d'État.

136. Ils développent les arguments suivants en faveur d'une interprétation extensive de l'article 92, paragraphe 1.

137. En premier lieu, l'article 92, paragraphe 1, s'applique à l'aide accordée «sous quelque forme que ce soit». Cette phrase suggère une interprétation extensive de la notion d'aide.

138. Deuxièmement, il ressort de l'article 3, sous g), du traité CE [devenu, après modification, article 3, sous g) CE] que les règles sur les aides d'État constituent l'une des pierres angulaires du système visant à assurer «que la concurrence ne [soit] pas faussée dans le marché intérieur». L'objectif des articles 92 et suivants est donc de maintenir des conditions de concurrence égales entre les opérateurs économiques. Une interprétation large de la notion d'aide est nécessaire pour que l'article 92 puisse apporter une contribution significative à la réalisation de cet objectif [82]. C'est probablement la raison pour laquelle la Cour a jugé que, lorsqu'il est fait application de l'article 92, il convient tout d'abord d'être attentif aux effets de l'aide sur l'entreprise ou les producteurs bénéficiaires [83].

139. De ce point de vue téléologique, une mesure étatique octroyant des avantages spécifiques à certaines entreprises n'en devient pas moins anticoncurrentielle lorsqu'elle est financée au moyen de ressources privées plutôt que de ressources publiques. Au contraire, la distorsion de la concurrence peut être plus grande lorsque le coût de la mesure est supporté par les concurrents de l'entreprise favorisée et non par le grand public.

81 — Voir points 120, 122 à 126 et 128 ci-dessus et notes 63, 68, 69, 70 et 72.

82 — Arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission (234/84, Rec. p. 2263, conclusions de l'avocat général Lenz, p. 2269).

83 — Arrêt Steinike & Weinlig, précité à la note 57.

140. La présente affaire constitue une parfaite illustration d'une telle situation potentiellement préjudiciable. Le StrEG 1998 affecte les producteurs d'électricité à partir de sources conventionnelles d'énergie de deux manières.

141. En tant que concurrents, ils doivent accepter le fait que le StrEG 1998 garantit aux producteurs d'électricité à partir de sources renouvelables d'énergie une aide au fonctionnement considérable (la forme d'aide la plus dommageable). En outre, le montant de cette aide au fonctionnement est déterminé en fonction de la quantité d'électricité produite et des prix de vente moyens de l'année précédente (et non pas en fonction des coûts de production). Les producteurs d'électricité à partir de sources renouvelables d'énergie peuvent donc augmenter de manière unilatérale l'aide à laquelle ils ont droit, en augmentant la production et en réduisant leurs coûts de production. En raison de l'obligation d'achat, les producteurs d'électricité à partir de sources renouvelables d'énergie ne courent pas les risques habituels de surcapacité ou de fluctuation des prix.

142. En outre, ce n'est pas le contribuable mais les producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie conventionnelles qui doivent supporter la charge de la mesure d'aide en question. En conséquence, ils perdent également des ressources appréciables qu'ils auraient pu utiliser d'une autre manière afin de rester concurrentiels. Le mécanisme mis en place par le StrEG affecte dès lors la concurrence entre les différentes catégories de producteurs d'électricité de manière plus importante que le feraient de simples subsides de l'État financés au moyen du budget général.

143. Troisièmement, il convient également de se rappeler que toutes les recettes de l'État sont en fin de compte alimentées par des personnes privées au moyen d'impôts. Quels que soient la nature et le nombre d'entités intermédiaires, le financement d'un avantage économique accordé par l'État à des entreprises en particulier pèse dès lors de toute façon sur les particuliers et les opérateurs économiques [84].

144. Il est dès lors formaliste d'appliquer les règles sur les aides d'État dans des situations où certaines entreprises sont tenues de verser des sommes à un fonds étatique et où lesdites sommes sont redistribuées à des concurrents [85], et de ne pas appliquer ces règles dans des cas tels que celui de l'espèce où les entreprises affectées par la mesure doivent effectuer des paiements directs à leurs concurrents.

145. Enfin, il est allégué qu'il existe un danger de contournement des règles relatives aux aides d'État. Si le financement au moyen de ressources d'État constituait un élément nécessaire de la définition de l'aide, les États membres pourraient être tentés de

84 — Arrêt Sloman Neptun, précité à la note 21, et conclusions de l'avocat général Darmon, point 40.

85 — Voir, par exemple, les arrêts Steinike & Weinlig, précité à la note 57, et Commission/France, précité à la note 56.

mettre au point des systèmes qui octroient des avantages économiques importants à certaines entreprises nationales, entraînent de graves conséquences pour la concurrence et le commerce transfrontalier en Europe, ne coûtent pas d'argent à l'État membre concerné et, en plus de tout cela, échappent au contrôle exercé par la Commission en vertu de l'article 93 du traité.

146. La Commission invite expressément la Cour à revoir sa jurisprudence existante compte tenu des développements récents de l'ordre juridique communautaire et du système mis en place par le StrEG 1998. Après la réalisation du marché intérieur et au début de l'union monétaire, les mesures d'aide appliquées de manière sélective constituent le dernier instrument dont les États membres peuvent faire usage afin d'octroyer des avantages en termes de concurrence à leurs entreprises nationales. Après un examen par la Commission, ces mesures d'aide pourraient très bien être jugées compatibles avec le marché commun. Il est toutefois crucial de soumettre ces mesures aux mécanismes de contrôle prévus à l'article 93 du traité qui garantissent la discipline et la transparence nécessaires. En définissant la notion d'aide d'État, la Cour devrait donc donner plus d'importance à l'objectif des règles sur les aides d'État et à leur efficacité globale.

147. PreussenElektra et la Commission font également valoir que le StrEG 1998 ne peut être comparé aux mesures qui ont fait l'objet d'un examen dans les affaires dans lesquelles la Cour a jugé que l'aide d'État devait être financée au moyen de ressources d'État. La règle établie dans ces affaires ne devrait dès lors pas être d'application générale et ne devrait en particulier pas être appliquée dans le cas d'espèce.

148. Dans l'affaire Van Tiggele, la mesure en cause, fixant un prix au détail minimal pour le genièvre, avait des effets différents, parce que les consommateurs étaient libres d'acheter ou non le genièvre et pouvaient également choisir entre différentes marques. La charge financière incombait aux consommateurs finals. L'intention était de protéger les producteurs nationaux des importations à prix réduits. Pour cette raison, la mesure était contraire à l'article 30 du traité. À l'inverse, en vertu du régime mis en place par le StrEG 1998, l'avantage accordé aux producteurs d'électricité à partir de sources renouvelables d'énergie est financé par les concurrents et non pas par le grand public [86]. Les entreprises affectées par la mesure sont obligées d'acheter toute l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables au sein de leur zone d'approvisionnement et ne peuvent décider librement des achats. Les entreprises d'approvisionnement situées en amont sont également automatiquement obligées de verser une compensation. Elles versent cette compensation sans même recevoir de contrepartie. La finalité du StrEG 1998 est principalement non pas d'entraver les importations, mais d'améliorer la position concurrentielle des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.

149. En outre, contrairement aux mesures en cause dans les affaires Sloman Neptun,

86 — Voir, en cas de doutes à cet égard, le point 86.

Kirsammer-Hack et Viscido e.a., le StrEG oblige les concurrents à verser l'argent directement aux entreprises aidées. Les avantages économiques qui en résultent pour les producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables ainsi que les coûts supportés par les entreprises affectées sont évidents et aisément quantifiables.

150. Nous reconnaissons que les arguments ci-dessus en faveur d'une interprétation extensive de la notion d'aide d'État ont une certaine force. Nous sommes néanmoins d'avis que le financement au moyen de ressources d'État constitue un élément nécessaire de la notion d'aide d'État et que la Cour devrait confirmer sa jurisprudence actuelle.

151. Cela, tout d'abord, parce que, même si la phrase «accordée par les États ou au moyen de ressources d'État» peut être interprétée de manières différentes, l'interprétation suggérée par la Cour dans les affaires Sloman Neptun, Kirsammer-Hack et Viscido e.a. est plus naturelle et occasionne moins de problèmes.

152. Selon la Cour, la première option, à savoir «les aides accordées par les États», couvre des mesures d'aide normales financées au moyen de fonds publics et octroyées directement par l'État. La seconde option (les aides accordées au moyen de ressources d'État) couvre la catégorie plus rare et résiduelle des aides financées au moyen de ressources d'État qui sont octroyées non pas directement par l'État, mais par des entités publiques ou privées, désignées ou instituées par l'État. Si l'on adhère à cette interprétation, le fait que l'article 92, paragraphe 1, prévoit une seconde option peut aisément être expliqué par le fait que les auteurs du traité souhaitaient éviter toute possibilité de contourner les règles relatives aux aides d'État au moyen d'un octroi décentralisé et/ou privatisé de l'aide.

153. Selon l'interprétation alternative suggérée par les défenseurs d'une interprétation extensive de l'article 92, paragraphe 1, la seconde possibilité (les aides accordées au moyen de ressources d'État) couvre les mesures financées au moyen de fonds publics alors que la première possibilité (les aides accordées par les États membres) couvre toutes les autres mesures qui ne sont pas financées au moyen de ressources d'État. Une telle interprétation de l'article 92, paragraphe 1, présuppose que les auteurs du traité ont placé une notion couvrant une catégorie résiduelle d'affaires (des aides non financées au moyen de ressources d'État) avant la notion recouvrant les catégories habituelles d'affaires. Cela n'est ni la façon naturelle ni la façon normale de rédiger une loi.

154. En outre, dans le cadre d'une interprétation systématique du traité, le titre de la section «Aides accordées par les États», doit être censé couvrir l'alternative prévue à l'article 92, paragraphe 1, à savoir «les aides accordées par les États» et les aides accordées «au moyen de ressources

d'État». Étant donné que le libellé de la première possibilité est presque identique [87] au libellé du titre de la section, il semble difficile de soutenir (tel que doivent le faire les défenseurs d'une interprétation extensive) que la première possibilité «aides accordées par les États» ne couvre que la catégorie résiduelle de mesures étatiques qui sont financées au moyen de ressources privées.

155. Deuxièmement, l'argument téléologique développé par les défenseurs d'une interprétation extensive de l'article 92, paragraphe 1, pose un problème fondamental. Lorsqu'ils définissent les objectifs des règles relatives aux aides d'État, ils prennent le risque de présumer ce qui doit être prouvé, à savoir que les règles sont destinées à s'appliquer à toutes les mesures étatiques. Compte tenu du titre de la section concernée et du libellé de l'article 92, paragraphe 1, il pourrait également être argué que les règles relatives aux aides d'État ne visent à protéger la concurrence que de mesures étatiques financées au moyen de fonds publics et non pas de tous les types de mesures étatiques. Si tel est l'objectif des articles 92 et suivants, la phrase «aides accordées par des États membres au moyen de ressources d'État» ne peut être interprétée de manière aussi extensive que cela a été suggéré.

156. Troisièmement, il existe un argument systématique en faveur de l'interprétation de la Cour lié aux règles procédurales prévues à l'article 93. Cette disposition protège les intérêts des concurrents des entreprises assistées ainsi que les États membres dans lesquels ces concurrents sont établis [88], les intérêts de l'État membre qui octroie l'aide et ceux des entreprises assistées qui tous deux souhaitent que l'aide soit mise en œuvre le plus rapidement possible [89], et les intérêts des États membres dans leur ensemble [90]. À l'inverse, aucune règle dans le système mis en place par l'article 93 n'aborde les problèmes spécifiques des entreprises qui doivent financer l'aide accordée à d'autres entreprises. Si toutefois l'article 92, paragraphe 1, couvrait de manière systématique les mesures d'aide financées à partir de ressources privées, on pourrait s'attendre à ce que l'article 93 prévoie des règles relatives à leurs droits et obligations procéduraux. En outre, il est difficile d'imaginer de quelle manière une décision de la Commission, ordonnant le recouvrement d'une aide illégale, pourrait être mise en œuvre, lorsque cette aide a été payée par un groupe d'entreprises à un autre groupe d'entreprises.

157. Un quatrième argument en faveur de la solution de la Cour est qu'elle prévoit une plus grande sécurité juridique. Contrairement aux parties intervenantes et au gouvernement allemand, nous ne pensons pas qu'une interprétation plus extensive de l'article 92, paragraphe 1, ferait entrer pratiquement l'ensemble des législations nationales réglementant les relations entre les entreprises, dans le champ d'application des règles relatives aux aides d'État. La

87 — Dans la version allemande du traité, le libellé est en fait identique, à savoir dans les deux cas «staatliche Beihilfen».

88 — Article 93, paragraphe 2.

89 — Voir, par exemple, l'expression «sans délai» prévue à l'article 93, paragraphe 3.

90 — Article 93, paragraphe 2, troisième alinéa.

plupart des législations nationales de ce type ne constitueraient, en tout état de cause, pas une aide d'État parce qu'elles ne satisfont pas à l'exigence de sélectivité, c'est-à-dire qu'elles ne favorisent pas *certaines* entreprises ou la production de *certains* produits au sens de l'article 92, paragraphe 1. Il s'ensuit toutefois que l'interprétation plus extensive obligerait les États membres, les entreprises concernées, la Commission, les juridictions nationales et enfin les juridictions communautaires, à décider pour l'ensemble des lois réglementant les relations entre les entreprises, si elles confèrent des avantages sélectifs à certaines entreprises au sens de l'article 92, paragraphe 1. Étant donné qu'une telle évaluation constitue un exercice difficile et dont l'issue est incertaine, il semble préférable que la législation réglementant la relation entre des opérateurs privés soit par principe exclue du champ d'application des règles relatives aux aides d'État.

158. Enfin, le risque que les États membres adoptent, à grande échelle, des mesures d'aide en faveur de certaines entreprises nationales financées au moyen de ressources privées, qui entraînent les mêmes effets anticoncurrentiels qu'une aide d'État normale et qui échappent au contrôle de la Commission, ne devrait pas être exagéré. Les entreprises obligées à financer de telles mesures utiliseront tous les moyens juridiques et politiques à leur disposition pour lutter contre les mesures en question. Dans le cas d'espèce, PreussenElektra et Schleswag ont contesté le StrEG 1998 au moyen de diverses actions introduites devant la Cour constitutionnelle allemande. En outre, il est très probable qu'une mesure qui a les mêmes effets négatifs sur la concurrence et sur le commerce interétatique qu'une aide financée au moyen de ressources d'État enfreigne d'autres règles de l'ordre juridique communautaire[91]. La Commission peut alors agir en vertu de l'article 169 du traité CE (devenu article 226 CE).

159. Nous concluons dès lors que le financement au moyen de ressources d'État est un élément constitutif de la notion d'aide d'État en vertu de l'article 92, paragraphe 1, du traité et que la Cour ne devrait pas s'écarter de sa jurisprudence.

3. *Les avantages conférés par le StrEG 1998 peuvent-ils être considérés comme financés au moyen de ressources d'État?*

160. La juridiction de renvoi, PreussenElektra et la Commission font valoir que les avantages conférés par le StrEG 1998 aux producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables devraient être considérés comme financés au moyen de ressources d'État. Ils aboutissent à cette conclusion sur la base de trois argumentations différentes.

91 — Par exemple, l'article 30 du traité; voir l'arrêt Van Tiggele, précité à la note 20 ci-dessus.

a) Une perte potentielle de revenus fiscaux

161. La juridiction nationale fait valoir que le StrEG 1998 affecte de manière négative les recettes des entreprises sujettes à l'obligation d'achat et à l'obligation de versement d'une compensation. Une diminution de leurs recettes entraîne à son tour une diminution correspondante des recettes fiscales.

162. Il ressort toutefois de la jurisprudence qu'une éventuelle perte de ressources fiscales qui résulterait pour l'État de l'application d'un système tel que celui organisé par le StrEG 1998 ne peut en soi justifier la qualification dudit système d'aide d'État [92]. Il est vrai que l'aide d'État peut, dans certains cas, être financée au moyen d'une renonciation à des ressources étatiques [93]. Dans le cas présent toutefois, les ressources au moyen desquelles sont financés les avantages octroyés aux producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables ne proviennent pas de la prétendue perte de ressources fiscales, mais des entreprises soumises au StrEG et, en définitive, probablement des consommateurs. La perte en cause constitue donc simplement un effet secondaire inhérent au StrEG 1998.

b) La conversion de ressources privées en ressources d'État

163. Selon la Commission et PreussenElektra, le mécanisme mis en place par le StrEG 1998 transforme des ressources privées en ressources publiques. À leur sens, ses effets sont semblables à ceux produits par l'imposition en ce qu'il retire des ressources du secteur privé pour les affecter à un objectif d'intérêt public. Cela ressort particulièrement de l'obligation de payer une compensation prévue à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998. En vertu de cette disposition, les entreprises d'approvisionnement en électricité situées en amont doivent verser des sommes à des entreprises de distribution situées en aval sans obtenir la moindre compensation en retour. Il n'existe dès lors aucune différence pertinente entre le cas d'espèce et les affaires dans lesquelles les mesures d'aide sont financées au moyen de taxes parafiscales.

164. Il est vrai que l'aide d'État est souvent financée au moyen de ressources provenant de taxes parafiscales [94]. En outre, les ressources d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, n'appartiennent pas nécessairement aux autorités publiques et peuvent en fait avoir toujours été en possession des entreprises aidées. Il s'agit là de la situation normale où l'État octroie des aides en renonçant à une source de revenus. Un bon exemple à cet égard est l'extension des utilisations possibles pour le PMU des gains non réclamés résultant de paris sur les courses de chevaux dans l'affaire France/Ladbroke Racing et Commission [95]. Il est également établi que les ressources d'État ne proviennent pas nécessairement de fonds à la disposition permanente du secteur

92 — Voir arrêts Sloman Neptun, précité, point 21, et Ecotrade, précité, point 36.

93 — Arrêt France/Ladbroke Racing et Commission, précité.

94 — Voir, par exemple, l'arrêt du 27 octobre 1993, Scharbatke (C-72/92, Rec. p. I-5509, point 18).

95 — Arrêt précité à la note 79 ci-dessus, points 45 à 51.

public. Dans l'affaire Air France/Commission, le solde résultant des entrées et des sorties de fonds opérées auprès de la Caisse des dépôts et consignations française, que celle-ci pouvait utiliser comme si les fonds correspondant à ce solde restaient définitivement à sa disposition, constituait dès lors des ressources d'État [96].

165. Le dénominateur commun de toutes ces affaires est toutefois que, d'une manière ou d'une autre, l'État a exercé un contrôle sur les revenus en question. Dans le cas de taxes parafiscales, l'argent devient propriété de l'État avant d'être redistribué aux entreprises aidées. Dans le cas d'une renonciation à des revenus, l'État renonce à des sommes qu'il était en principe autorisé à réclamer. Des ressources d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité ne sont dès lors que des ressources qui sont *à la disposition* des autorités publiques [97].

166. Dans la présente affaire, les montants qui doivent être transférés en vertu du StrEG 1998 ne sont pas et ne seront jamais à la disposition des autorités allemandes. Aucune autorité publique ne dispose à quelque moment que ce soit d'un droit à l'égard de ces montants. Ils ne quittent en fait jamais le secteur privé. Si une des entreprises refuse de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du StrEG 1998, l'autre doit recourir aux tribunaux. Si l'argument de la Commission et de PreussenElektra devait être accepté, alors toutes les sommes qu'une personne doit à une autre, en vertu de la loi, devraient être considérées comme constituant une ressource d'État. Il s'agit là d'une interprétation exagérément large de cette notion. Il s'ensuit que les ressources privées qui doivent être transférées en vertu du StrEG 1998 ne constituent à aucun moment des ressources d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

167. En fait, la Commission et PreussenElektra invitent la Cour à traiter le StrEG 1998 par analogie avec des mesures d'aide financées au moyen de taxes parafiscales. Toute analogie légitime présuppose toutefois l'existence d'une lacune ou, en d'autres termes, d'une situation qui n'est pas régie par une réglementation existante. Il résulte de la discussion ci-dessus qu'une règle nettement définie existe déjà, à savoir que les mesures financées exclusivement au moyen de ressources privées sortent du champ d'application du régime des aides d'État. L'analogie proposée par la Commission et par PreussenElektra supprimerait dès lors effectivement la distinction existante entre les mesures d'aide financées par des fonds publics et celles financées par des fonds privés.

96 — Arrêt du 12 décembre 1996 (T-358/94, Rec. p. II-2109, points 66 et 67).

97 — Voir la formule utilisée dans l'affaire France/Ladbroke Racing et Commission, au point 50, et dans l'affaire Air France/Commission, au point 68.

c) Une diminution des profits des entreprises publiques comme ressources d'État

168. Selon la Commission, il résulte des arrêts Ecotrade [98] et Van der Kooy e.a./Commission [99] qu'une mesure d'aide financée par des entreprises qui se trouvent entièrement ou partiellement entre les mains des pouvoirs publics doit être considérée comme ayant été financée au moyen de ressources d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1. La Commission se fonde sur des informations publiées en 1996 [100] et fait valoir que la majorité du capital de six des neuf grandes entreprises situées au premier niveau du marché de l'électricité en Allemagne est détenue par l'État et que 60 % des actions de toutes les entreprises régionales d'approvisionnement en électricité sont également détenus par les autorités publiques (dans la plupart des cas, par les villes et les communes). Il s'ensuit, de l'avis de la Commission, que l'obligation d'achat et le système de compensation mis en place par le StrEG 1998 constituent une aide d'État, à tout le moins en ce qu'ils affectent les entreprises détenues par l'État. Étant donné que le StrEG 1998 n'opère aucune distinction entre les entreprises privées et les entreprises publiques, la loi aurait dû être notifiée dans son entièreté.

169. Dans l'arrêt Van der Kooy e.a./Commission, la Cour a dû décider si un tarif préférentiel s'appliquant au gaz naturel vendu par la Nederlandse Gasunie à des horticulteurs néerlandais constituait une aide d'État. La Nederlandse Gasunie était une société de droit privé dont l'État détenait, de manière directe ou indirecte, 50 % du capital.

170. L'avocat général Slynn n'a pas seulement examiné la question de savoir si le tarif avait été imposé par l'État, mais également si l'affaire impliquait des ressources d'État. Dans la décision attaquée, la Commission avait fait valoir que l'aide avait été financée au moyen de ressources d'État et les requérantes avaient contesté cette conclusion [101]. De l'avis de l'avocat général, l'aide en question avait été financée au moyen de fonds publics, dès lors que l'État avait renoncé à sa part des profits que la Nederlandse Gasunie aurait réalisés si les prix avaient été plus élevés [102].

171. La Cour n'a toutefois pas examiné la question de savoir si l'affaire impliquait des ressources d'État. Elle s'est uniquement posé la question de savoir si l'État avait fixé le tarif en question. Cela s'explique sans doute en raison de l'incertitude quant à l'état du droit applicable créée à l'époque par l'arrêt Commission/France [103]. Quelles qu'en soient les raisons, puisque la Cour n'a apparemment pas estimé que le financement au moyen de ressources d'État constituait un élément constitutif de la notion

98 — Arrêt précité à la note 55 ci-dessus.

99 — Arrêt précité à la note 54 ci-dessus.

100 — La Commission se réfère à Cross, E. D., *Electric Utility Regulation in the European Union — A Country Guide*, 1996, p. 133 à 136.

101 — Voir rapport d'audience, point III A 3, p. 236.

102 — Voir conclusions, p. 250.

103 — Voir point 122 ci-dessus.

d'aide, l'arrêt Van der Kooy e.a./Commission ne peut être invoqué au soutien de l'argument selon lequel une réduction des profits d'une entreprise publique constitue un financement au moyen de ressources d'État.

172. Les arrêts Ecotrade [104] et Piaggio [105] concernaient tous deux une loi italienne qui permettait à certaines entreprises industrielles insolvables d'être placées sous administration extraordinaire et de recevoir une protection spécifique contre toute voie d'exécution par les créanciers, au moyen d'une dérogation des règles applicables en matière d'insolvabilité. La Cour a jugé que l'expression «aide» impliquait nécessairement des avantages octroyés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État ou constituant une charge additionnelle pour l'État ou pour des entités désignées ou instituées par l'État dans ce but. De l'avis de la Cour, la loi italienne en question devait s'appliquer de manière sélective en faveur de certaines entreprises qui avaient des dettes particulièrement importantes à l'égard de certains types de créanciers, pour la plupart à caractère public. Il était plus que probable que l'État ou des organismes publics soient parmi les principaux créanciers des entreprises en question. En outre, différentes autres caractéristiques du système mis en place par la loi pouvaient entraîner une charge supplémentaire pour l'État, en comparaison avec la situation qui serait survenue si les règles habituelles sur l'insolvabilité avaient été appliquées. Sur la base de ces indications, la Cour a laissé à la juridiction nationale le soin d'établir s'il existait une aide d'État.

173. Il nous faut reconnaître que nous ne sommes pas totalement certain de la manière dont il convient d'interpréter les arrêts rendus dans ces deux affaires [106]. Il ne nous semble, par exemple, pas clair si c'est la loi attaquée en tant que telle, ou uniquement son application dans un cas particulier, qui pourrait constituer une aide d'État. En outre, contrairement à ce que semble penser la Commission, la Cour n'a pas expressément déclaré que le financement d'une mesure d'aide au moyen de la réduction des profits d'entreprises publiques pourrait être qualifié de financement au moyen de ressources d'État, au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Afin d'expliquer la raison pour laquelle il pourrait être question de ressources d'État, la Cour n'a désigné comme catégories de créanciers potentiellement affectés que les «catégories de créanciers à caractère public» [107], «l'État ou les organismes publics» [108] et «les pouvoirs publics» [109]. Nous sommes dès lors d'avis que les arrêts dans ces affaires ne font pas autorité.

174. Si les arrêts Ecotrade et Piaggio doivent malgré tout être interprétés dans le sens qu'ils suggèrent que le financement

104 — Précité à la note 55 ci-dessus.

105 — Précité à la note 78 ci-dessus.

106 — Voir, également, les commentaires de l'avocat général Ruiz-Jarabo, conclusions dans l'arrêt Piaggio, point 30.

107 — Arrêt Ecotrade, précité, point 38.

108 — Points 38 et 41 de l'arrêt.

109 — Points 41 et 43 de l'arrêt.

d'une mesure au moyen d'une réduction des profits d'entreprises publiques constitue un financement au moyen de ressources d'État, il convient d'émettre deux réserves.

175. Premièrement, nous estimons qu'une mesure générale qui confère des avantages à une catégorie d'entreprises au détriment d'une autre catégorie d'entreprises ne peut être qualifiée d'aide simplement parce qu'une entreprise du groupe défavorisé ou un petit nombre d'entre elles sont partiellement ou totalement détenues par l'État. Une telle interprétation du concept de financement «au moyen de ressources d'État» ferait entrer bon nombre de législations réglementant les relations entre des entreprises dans le champ d'application des règles d'État. Cela aboutirait, en outre, à des résultats absurdes dans la mesure où un État membre devrait probablement exempter les entreprises publiques d'obligations affectant les autres entreprises, de sorte à respecter les règles relatives aux aides d'État. Cela aboutirait inévitablement à une distorsion de la concurrence entre les différents types d'entreprises soumises à l'obligation de financement. Ces considérations peuvent expliquer pourquoi la Cour a, dans les affaires Ecotrade et Piaggio, souligné que les entités publiques ou étatiques devaient être les «créanciers principaux» de l'entreprise en difficulté.

176. Dans la présente affaire, le gouvernement allemand a indiqué, dans sa réponse à une question écrite posée par la Cour, qu'actuellement seules deux des huit entreprises situées au premier niveau du marché allemand de l'électricité étaient contrôlées par l'État et que, en ce qui concerne le deuxième niveau de la distribution régionale, aucune information détaillée ne pouvait être fournie à la Cour, mais que les structures de l'actionnariat étaient soumises à de rapides changements avec une tendance claire vers l'actionnariat privé. Il est également important de noter que, contrairement aux affaires Ecotrade et Piaggio, aucune autre entité publique, telle que des institutions de sécurité sociale ou des banques publiques, n'est impliquée dans le financement de l'aide.

177. En conséquence, les avantages dont bénéficient les producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont financés de manière exclusive par des entreprises de droit privé dont apparemment une majorité est détenue par des personnes privées. Dans de telles circonstances, le système mis en place par le StrEG 1998 ne peut être considéré comme étant financé «au moyen de ressources d'État».

178. Deuxièmement, l'actionnariat de PreussenElektra est privé et cette dernière détient, ainsi qu'il a déjà été exposé, 65,3 % des actions de Schleswag. L'application du StrEG 1998 n'a dès lors entraîné dans ce cas concret aucune charge financière additionnelle pour l'État ni n'a réduit le profit d'entreprises publiques.

179. Ainsi, l'argument de la Commission se fondant sur le financement de l'aide au

moyen d'une réduction des profits des entreprises publiques doit être rejeté.

articles 92 et 93, par une extension téléologique de la notion d'aide d'État prévue à l'article 92, paragraphe 1.

4. *Le StrEG 1998 constitue-t-il une mesure équivalant à une aide d'État prohibée par l'article 5, paragraphe 2, du traité?*

180. La Commission soutient que, si le StrEG 1998 ne peut être considéré comme une aide d'État au sens strict, il constitue une mesure destinée à contourner les règles relatives aux aides d'État. La Cour a jugé que, lu en combinaison avec les articles 3, sous g), du traité et 85 du traité CE (devenu article 81 CE), l'article 5 impose aux États membres de s'abstenir de prendre ou de maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises [110]. Le StrEG 1998, qui, malgré le fait que les mesures qu'il prévoit sont financées par des ressources privées, entraîne tous les effets dommageables d'une aide d'État, constitue une menace similaire à l'effet utile des articles 92 et 93. Une mesure telle que le StrEG 1998 enfreint dès lors l'article 5, paragraphe 2, du traité lu en combinaison avec les articles 92 et 93. Étant donné que l'article 93 organise déjà des procédures appropriées applicables aux infractions aux règles sur les aides d'État, il ne serait pas adéquat de sanctionner une violation de l'article 5 au moyen de la procédure prévue à l'article 169 du traité. Il est dès lors préférable de répondre à une infraction à l'article 5, lu en combinaison avec les

181. La Commission a déjà utilisé une argumentation semblable dans l'affaire Commission/France [111]. Cette affaire concernait une aide spéciale allouée aux agriculteurs les plus défavorisés financée par les excédents de gestion accumulés par la Caisse nationale de crédit agricole sur plusieurs années. Étant donné que cet excédent résultait de la gestion de fonds privés, la Commission a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une aide d'État au sens strict du terme. Elle a dès lors fait valoir qu'il s'agissait d'une mesure d'effet équivalant à une aide d'État tombant sous le coup de l'article 5 du traité et, sur la base de cette conclusion, elle a saisi la Cour de justice en vertu de l'article 169 du traité [112].

182. La Cour a jugé que la procédure prévue à l'article 169 du traité n'accordait pas à toutes les parties intéressées des garanties identiques à celles offertes par la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 3. La Commission aurait dès lors dû utiliser ladite procédure de l'article 93, paragraphe 3, si elle souhaitait établir que le système contesté constituait une aide incompatible avec le marché commun. Les articles 92 et 93 ne laissaient pas de place à une notion parallèle de «mesures équivalant à des aides» soumises à un régime distinct de celui des aides proprement dites.

110 — Voir, par exemple, l'arrêt du 17 novembre 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751, point 14).

111 — Précité à la note 56 ci-dessus.

112 — Points 6 à 9 de l'arrêt.

183. Il ressort clairement de cet arrêt que la notion de «mesures équivalant à des aides» qui enfreignent l'article 5, paragraphe 2, et qui peuvent dès lors être sanctionnées en vertu de l'article 169 du traité ne trouve aucun fondement dans le traité.

184. Dans la présente affaire, la Commission suggère, si nous saisissons bien ses arguments, une solution légèrement différente, à savoir que le StrEG 1998, en tant que «mesures équivalant à une aide», enfreint l'article 5, paragraphe 2, du traité et devrait être sanctionné en vertu de l'article 93, en vertu d'une interprétation extensive de la notion d'aides prévue à l'article 92, paragraphe 1.

185. Cet argument est selon nous erroné. Il existe différents moyens de sanctionner une infraction à une interdiction telle que l'article 5, paragraphe 2. Nous ne voyons cependant pas de quelle manière une infraction à cette interdiction générale peut entraîner une extension du champ d'application d'un autre ensemble de règles spéciales interdisant une catégorie particulière de mesures étatiques. Il convient également de garder à l'esprit que l'hypothèse qui sous-tend l'argument de la Commission est que les mesures financées au moyen de ressources privées ne constituent pas une aide d'État. Si l'argument de la Commission devait être accepté, l'article 5 du traité pourrait être utilisé pour étendre le champ d'application du traité. En réalité, la Commission suggère une interprétation téléologique extensive de l'article 92, paragraphe 1, qui inclut des mesures financées au moyen de ressources privées. Pour les raisons évoquées ci-dessus, nous ne sommes pas favorable à une interprétation aussi extensive.

186. Nous concluons dès lors que le mécanisme mis en place par le StrEG 1998 ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

## VII — Deuxième question: L'étendue de l'obligation de suspension prévue à l'article 93, paragraphe 3, du traité

187. La juridiction de renvoi souhaite, par sa deuxième question, vérifier si les effets restrictifs de l'article 93, paragraphe 3, du traité s'appliquent non pas seulement à la mesure d'aide en tant que telle, mais également aux mesures d'application, telles que le mécanisme de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, du StrEG 1998.

188. Elle ne pose toutefois cette question que dans la mesure où l'obligation d'achat à un prix minimal prévue aux articles 2 et 3 du StrEG 1998 constituerait une aide d'État, alors que le mécanisme de compensation prévu à l'article 4, paragraphe 1, n'en serait pas une.

189. Compte tenu de la réponse apportée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

## VIII — Troisième question: Le Stromeinspeisungsgesetz 1998 constitue-t-il une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation?

### 1. *Considérations préliminaires*

190. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si le mécanisme établi par le StrEG 1998 constitue une restriction quantitative à l'importation ou une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité.

191. De l'avis de la juridiction de renvoi, l'obligation qui incombe aux exploitants de réseaux allemands d'acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans leur zone d'approvisionnement peut entraîner une réduction de la demande d'électricité produite dans d'autres États membres et doit dès lors être qualifiée de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation.

192. PreussenElektra et Schleswag considèrent toutes deux que le StrEG 1998 est incompatible avec l'article 30 du traité. À leur sens, l'obligation d'acheter une certaine quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Allemagne porte atteinte à la possibilité qui leur est offerte d'importer de l'électricité d'autres États membres. Cette restriction à l'importation, constituant une mesure directement discriminatoire au sens de la jurisprudence de la Cour [113], ne peut être justifiée pour des raisons de protection de l'environnement. Elle ne peut pas davantage être justifiée en vertu de l'article 36 du traité CE (devenu, après modification, article 30 CE) dès lors que la protection de l'environnement ne fait pas partie des intérêts protégés par cet article. En tout état de cause, le StrEG 1998 enfreint le principe de la proportionnalité.

193. Les parties intervenantes, le gouvernement allemand et la Commission font essentiellement valoir que la mesure en cause soit ne limite pas le commerce intracommunautaire de manière sensible, soit est justifiée pour des raisons de protection de l'environnement, ou de la sécurité de l'approvisionnement en électricité.

194. Compte tenu de la réponse suggérée aux deux premières questions, la réponse que donnera la Cour à la troisième question posée par la juridiction nationale peut être décisive pour la solution du litige au principal. En outre, les questions juridiques

113 — Arrêt du 17 juin 1981, Commission/Irlande (113/80, Rec. p. 1625, point 11).

soulevées par cette question sont à la fois complexes et d'une importance générale.

195. Malheureusement, toutefois, les questions n'ont pas été pleinement examinées par les parties et la Cour ne dispose pas de l'ensemble des informations relatives aux faits. Jusqu'ici, les litiges relatifs à la validité du Stromeinspeisungsgesetz se sont concentrés sur les effets de cette loi sur les entreprises qui doivent financer le système [114] ou sur les entreprises concurrentes des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables [115]. La troisième question de la juridiction de renvoi traite au contraire d'un troisième effet du StrEG 1998, jusqu'ici négligé, à savoir l'impact de cette loi sur le commerce transfrontalier de l'électricité. En outre, il n'est pas totalement clair de quelle manière et dans quelle mesure les importations d'électricité provenant d'autres États membres sont en pratique affectées par le StrEG 1998, et en particulier, par exemple, si les importations d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sont techniquement possibles et si cette électricité peut être distinguée de l'électricité produite à partir de sources conventionnelles d'énergie.

196. Étant donné l'absence d'arguments et d'informations générales à cet égard, la Cour pourrait juger nécessaire de rouvrir la procédure orale en ce qui concerne cette troisième question. Subsidiairement, elle pourrait se limiter à indiquer de manière générale l'interprétation des règles relatives à la libre circulation des marchandises et laisser l'appréciation finale à la juridiction de renvoi. Pour ces mêmes raisons, nous n'examinerons ces questions que très brièvement, malgré leur importance. En l'absence d'arguments, seul un point de vue provisoire semble possible.

2. *Article 30 du traité*

197. Il convient tout d'abord de rappeler que les règles relatives à la libre circulation des marchandises sont applicables. L'électricité constitue une marchandise au sens du titre I de la troisième partie du traité CE et dès lors également au sens de l'article 30 énoncé sous ce titre [116]. En outre, le système organisé par le StrEG 1998 ne constitue pas, à notre sens, une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Ainsi, la question difficile de savoir si une mesure qui entre dans le champ d'application des aides d'État peut toutefois également tomber sous le coup de l'article 30 du traité [117] ne se pose pas.

114 — Ainsi qu'il a déjà été exposé, PreussenElektra et Schleswag ont contesté la constitutionnalité du Stromeinspeisungsgesetz devant la Cour constitutionnelle allemande.

115 — Telle est la logique derrière les première et deuxième questions de la juridiction de renvoi.

116 — Arrêts du 27 avril 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477, point 28), et du 23 octobre 1997, Commission/Italie (C-158/94, Rec. p. I-5789, points 14 à 20).

117 — Voir, d'une part, les arrêts du 22 mars 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Rec. p. 557, points 10 à 17), et du 15 juin 1993, Matra/Commission (C-225/91, Rec. p. I-3203, point 41); voir, d'autre part, les arrêts du 24 novembre 1982, Commission/Irlande (249/81, Rec. p. 4005, point 18); du 7 mai 1985, Commission/France (18/84, Rec. p. 1339, point 13); du 5 juin 1986, Commission/Italie (103/84, Rec. p. 1759, point 19), et du 20 mars 1990, DuPont de Nemours Italiana (C-21/88, Rec. p. I-889, point 20).

198. Étant donné que le StrEG 1998 n'interdit ni totalement ni partiellement l'importation d'électricité provenant d'autres États membres, il ne peut être considéré comme constituant une restriction quantitative à l'importation au sens de l'article 30 du traité.

199. Nous sommes toutefois d'avis que l'obligation d'achat à un prix minimal prévue dans le StrEG 1998 doit être considérée comme une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation.

200. PreussenElektra et Schleswag font valoir à ce sujet que le système organisé par le StrEG 1998 limite les importations d'électricité de deux manières. Premièrement, l'obligation d'achat contraint les exploitants de réseaux en Allemagne à acheter une certaine quantité de l'électricité qu'ils livrent à des producteurs nationaux d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, ce qui limite en proportion la possibilité d'importer l'électricité provenant, par exemple, de Scandinavie. À ce sujet, Schleswag fait valoir, ainsi qu'il a déjà été exposé [118], qu'elle s'est vu offrir la possibilité d'acheter de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Suède à un prix relativement bas et qu'elle n'a en fait pu accepter cette offre compte tenu de l'obligation qui lui incombe d'acheter toute l'électricité générée par l'énergie éolienne produite dans sa zone d'approvisionnement. PreussenElektra fait valoir, en deuxième lieu, que l'application du StrEG 1998, en Allemagne du Nord, affecte les capacités de transport relatives à l'importation et à l'exportation de l'électricité, dès lors que l'alimentation des réseaux de moyenne tension des régions allemandes situées près de la frontière danoise, en électricité générée par l'énergie éolienne, entraîne, au niveau de la haute tension, des goulets d'étranglement lors du transport de l'électricité entre le Danemark et l'Allemagne.

201. Selon la jurisprudence de la Cour, l'article 30 s'applique à toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire [119]. Toute obligation de s'approvisionner en un produit déterminé, à concurrence d'un certain pourcentage, auprès d'un fournisseur national limite d'autant les possibilités d'importation de ce même produit [120]. Même un simple encouragement par le législateur d'acheter des produits nationaux doit être considéré comme constituant une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation [121].

202. Dans la présente affaire, l'article 1er du StrEG 1998 limite expressément l'obli-

118 — Voir point 99 ci-dessus.

119 — Arrêt du 11 juillet 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837, point 5).

120 — Arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Rec. p. 2727, point 16); voir également l'arrêt DuPont de Nemours Italiana, précité à la note 117 ci-dessus, point 11.

121 — Arrêts du 24 novembre 1982, Commission/Irlande, précité à la note 117, points 27 à 29, et Commission/Italie, précité à la note 117, point 24.

gation d'achat à l'électricité produite en Allemagne [122]. Il ressort des réponses données à une question écrite de la Cour que la nouvelle règle du «off-shore» prévue à l'article 2, deuxième phrase, du StrEG 1998 [123] ne vise pas à étendre l'obligation d'achat à l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables en dehors de l'Allemagne, mais s'applique simplement aux installations côtières produisant de l'électricité sur le territoire allemand. Le StrEG 1998 favorise dès lors la commercialisation d'électricité d'origine allemande au détriment de l'électricité importée et empêche les entreprises concernées d'acheter un certain pourcentage des quantités qui leur sont nécessaires à des entreprises situées dans d'autres États membres. Étant donné que le StrEG 1998 entrave, du moins potentiellement, le commerce intracommunautaire, il doit être considéré comme tombant sous le coup de l'article 30 du traité.

203. Les parties intervenantes et le gouvernement allemand font valoir que l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qui tombe sous le coup du StrEG 1998 ne correspond qu'à 1 % de la consommation d'électricité en Allemagne. Étant donné que l'obligation d'achat n'affecte qu'une partie insignifiante du marché de l'électricité, le commerce intracommunautaire n'est, à leur sens, pas vraiment affecté.

204. Il ne ressort pas clairement de la jurisprudence récente de la Cour, s'il existe ou non une règle de minimis relative à l'article 30 du traité, qui permette d'exclure du champ d'application dudit article 30 toutes les mesures qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement les échanges commerciaux [124]. Même s'il existait une telle règle, elle ne s'appliquerait pas au cas d'espèce. Que ce soit en termes relatifs ou absolus (par exemple, en termes d'importations potentielles du Danemark ou de la Suède), des échanges commerciaux transfrontaliers d'électricité correspondant à 1 % de la consommation totale d'électricité en Allemagne ne constituent manifestement pas une quantité négligeable. Il en est a fortiori ainsi lorsqu'on se limite à examiner les effets sur le commerce de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

205. Ainsi, un système tel que celui organisé par le StrEG 1998 doit être qualifié de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation et il est dès lors, en principe, interdit par l'article 30 du traité.

3. *Justification*

206. La juridiction de renvoi ne fait que demander si le système institué par le StrEG

122 — Voir point 25 ci-dessus.

123 — Voir point 28 ci-dessus.

124 — Voir, d'une part, par exemple, les arrêts du 13 mars 1984, Prantl (16/83, Rec. p. 1299, point 20); du 5 avril 1984, Van de Haar et Kaveka de Meern (177/82 et 178/82, Rec. p. 1797, point 13); du 14 mars 1985, Commission/France (269/83, Rec. p. 837, point 10), et Commission/Italie, précité à la note 117, point 18; voir, d'autre part, par exemple, les arrêts du 18 juin 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949, point 31); du 21 septembre 1999, BASF (C-44/98, Rec. p. I-6269), et implicitement l'arrêt du 13 janvier 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-151, point 30).

1998 doit être considéré comme tombant sous le coup de l'article 30 du traité. Afin de répondre de manière utile à cette question, nous examinerons également les justifications possibles des entraves aux échanges commerciaux entraînées par la mesure en cause.

a) La sécurité d'approvisionnement

207. En ce qui concerne, tout d'abord, l'article 36 du traité, les parties intervenantes, le gouvernement allemand et la Commission se fondent sur la possibilité offerte par cette règle de limiter les importations pour des motifs de sécurité publique, qui incluent, à leur sens, la sécurité d'approvisionnement en électricité. À cet égard, ils font également référence à l'article 8, paragraphe 4, de la directive électricité [125] qui prévoit:

«Un État membre peut, pour des raisons de sécurité d'approvisionnement, ordonner que les installations de production utilisant des sources combustibles indigènes d'énergie primaire soient appelées en priorité, dans une proportion n'excédant pas, au cours d'une année civile, 15 % de la quantité totale d'énergie primaire nécessaire pour produire l'électricité consommée dans l'État membre concerné.»

125 — Précitée à la note 12 ci-dessus.

208. Selon nous, l'article 8, paragraphe 4, de la directive électricité ne peut être invoqué dans la présente affaire. Cette règle doit être interprétée de manière restrictive dès lors qu'elle constitue une exception au principe général énoncé à l'article 8, paragraphe 2, de la directive, à savoir que les gestionnaires du réseau de transport doivent procéder à l'appel des installations de production et à l'utilisation des interconnexions dans leur zone sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires en tenant compte du bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité. Conformément à son libellé clair, l'article 8, paragraphe 4, ne s'applique qu'à des «installations de production utilisant des *sources combustibles indigènes* d'énergie primaire», dans la version anglaise «*indigenous* primary energy *fuel* sources» et dans la version allemande «*einheimische* Primärenergieträger als *Brennstoffe*». Le vent ne constitue ni «*une source combustible*» au sens de l'article 8, paragraphe 4, précité, ni un produit «*indigène*». En conséquence, l'article 8, paragraphe 4, ne trouve pas à s'appliquer. En tout état de cause, l'article 8, paragraphe 4, ne permet un traitement différent que sur la base de l'origine de la source combustible d'énergie primaire et non pas sur la base du lieu où se trouve l'installation de production.

209. À notre avis, on ne peut davantage se fonder sur l'article 36 en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement. Il est admis que, dans l'affaire Campus Oil e.a., la Cour a jugé qu'il y a lieu de considérer que le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers peut

constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique [126]. Il n'est toutefois pas certain que le recours à l'article 36 soit toujours possible étant donné que la directive électricité prévoit des mesures nécessaires pour garantir la sécurité de l'approvisionnement [127]. En outre, l'énergie éolienne n'est pas encore une source d'énergie aussi importante pour l'économie moderne que les produits pétroliers. Le rôle économique spécifique des produits pétroliers constituait un facteur décisif dans l'arrêt plutôt exceptionnel que la Cour a rendu dans l'affaire Campus Oil e.a. [128]. Le StrEG 1998 poursuit enfin des objectifs essentiellement environnementaux et les conséquences positives reconnues qu'il entraîne sur la sécurité de l'approvisionnement en énergie ne constituent que des effets secondaires de ladite loi.

210. En tout état de cause, la mesure telle qu'elle existe pourrait être jugée incompatible avec la deuxième phrase de l'article 36 du traité ainsi qu'avec le principe de proportionnalité. Il n'est pas démontré que l'exclusion du champ d'application du StrEG 1998 de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans d'autres États membres contribue à la réalisation de l'objectif d'assurer la sécurité d'approvisionnement. Cela pourrait dès lors constituer une discrimination arbitraire à l'encontre de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans d'autres États membres.

126 — Arrêt précité à la note 120, point 35.
127 — Point 27 de l'arrêt.
128 — Point 34 de l'arrêt.

b) La protection de l'environnement

211. Le deuxième motif sur lequel se fondent les parties intervenantes, la Commission et la République fédérale d'Allemagne est la protection de l'environnement. À cet égard, elles font tout d'abord référence aux articles 3, paragraphe 2, 8, paragraphe 3, et 11, paragraphe 3, de la directive électricité et, deuxièmement, à la protection de l'environnement en vertu du traité.

212. Nous ne sommes pas convaincu du fait que le système mis en place par le StrEG 1998 soit couvert par l'une de ces dispositions de la directive électricité.

213. En vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive, les États membres peuvent imposer, aux entreprises du secteur de l'électricité, des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent entre autres porter sur la protection de l'environnement. Il est cependant expressément prévu que ces obligations doivent être non discriminatoires. Dans le cas d'espèce, l'obligation d'achat imposée aux exploitants de réseaux ne s'applique qu'aux producteurs d'électricité en Allemagne.

214. Les articles 8, paragraphe 3, et 11, paragraphe 3, autorisent les États membres à imposer aux gestionnaires de réseaux de transmission et de distribution, lorsqu'ils

appellent les installations de production, de donner priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables. Ces dispositions doivent être interprétées de manière restrictive étant donné qu'elles constituent des exceptions aux règles générales de non-discrimination prévues aux articles 8, paragraphe 2, et 11, paragraphe 2. Contrairement à l'article 8, paragraphe 4, qui permet, dans une certaine limite, les discriminations fondées sur l'origine géographique des «sources combustibles d'énergie primaire» concernées, les articles 8, paragraphe 3, et 11, paragraphe 3, ne permettent des distinctions qu'entre les différents modes de production de l'électricité. Il s'ensuit qu'une mesure telle que le StrEG 1998, qui favorise l'électricité nationale par rapport à l'électricité importée du même type, ne peut être justifiée sur la base de ces dispositions.

215. La limitation des importations entraînée par le StrEG 1998 peut-elle toutefois être justifiée en vertu du traité dans l'intérêt de la protection de l'environnement?

216. La protection de l'environnement ne figure pas à l'article 36 du traité. La Cour a toutefois jugé que certains obstacles à la libre circulation doivent être acceptés dans la mesure où ils sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives reconnues par la loi [129]. Il est de jurisprudence constante que la protection de l'environnement constitue l'une des exigences impératives qui peut limiter l'application de l'article 30 du traité [130].

217. Le StrEG 1998 poursuit sans aucune doute des objectifs environnementaux d'une importance considérable. La production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables peut contribuer de manière significative à la réduction de l'émission de gaz à effet de serre et peut également contribuer à la préservation de sources d'énergie conventionnelles limitées. Ainsi qu'il ressort des chiffres impressionnants fournis par la Commission [131], le StrEG 1998 semble constituer un système particulièrement efficace pour augmenter l'utilisation des sources d'énergie renouvelables.

218. Il n'est pourtant pas certain qu'il est possible, en l'espèce, de se fonder sur des raisons de protection de l'environnement.

219. Le premier problème est que, dès lors que la directive électricité prévoit les règles harmonisées évoquées ci-dessus, relatives aux mesures nationales admises pour la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, la possibilité de se fonder sur des exigences impératives en vertu du traité pourrait être exclue. Toutefois, des mesures communautaires spécifiques sur la promotion de

129 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral (120/78, Rec. p. 649, point 8).

130 — Arrêt du 20 septembre 1988, Commission/Danemark (302/86, Rec. p. 4607, point 9).

131 — Voir point 20 ci-dessus.

l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans le marché intérieur font actuellement l'objet de discussions, mais n'ont pas encore été adoptées [132], ce qui signifie que les États membres disposent toujours d'une certaine liberté dans ce domaine.

220. Le deuxième problème est que, ainsi que PreussenElektra le fait correctement valoir, il était, jusqu'il y a peu, de jurisprudence constante que des exigences impératives ne pouvaient servir de fondement pour justifier des réglementations nationales qui ne s'appliquaient pas indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés [133].

221. En ce qui concerne le StrEG 1998, l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Allemagne bénéficie de l'obligation d'achat à un prix minimal et le même type d'électricité produit dans un État membre voisin n'en bénéficie pas. Le StrEG 1998 traite dès lors l'électricité d'origine nationale de manière différente, tant en droit qu'en fait, de l'électricité importée. Sur la base de la jurisprudence mentionnée au point précédent, la protection de l'environnement ne pouvait dès lors pas être invoquée comme justification.

222. La Commission tente de se fonder sur l'arrêt dit « des déchets wallons » [134]. Elle laisse entendre qu'une approche similaire devrait être suivie dans la présente affaire, afin de se fonder sur la protection de l'environnement.

223. Cette affaire concernait une mesure qui interdisait d'entreposer, de déposer ou de déverser en Wallonie des déchets provenant d'un autre État membre ou d'une région de Belgique autre que la Wallonie. Sur la question de savoir si la mesure pouvait être justifiée par des exigences impératives de protection de l'environnement, la Cour a essentiellement raisonné de la manière suivante.

224. Selon la Cour, il était vrai que les exigences impératives n'entraient en ligne de compte que s'il s'agissait de mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Toutefois, pour apprécier le caractère discriminatoire ou non de l'entrave en cause, il convenait de tenir compte de la particularité des déchets, du principe prévu à l'article 130 R, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 174, paragraphe 2, CE), selon lequel les dégâts causés à l'environnement devraient être solutionnés à la source, ainsi que des principes d'autosuffisance et de proximité énoncés dans la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers des déchets dangereux et de leur élimination. Compte tenu des différences entre les déchets produits d'un lieu à un autre et de leur lien

132 — Voir point 44 ci-dessus.

133 — Voir, par exemple, arrêts du 17 juin 1981, Commission/Irlande, précité à la note 113, point 11; du 25 avril 1985, Commission/Royaume-Uni (207/83, Rec. p. 1201, point 22), et du 25 juillet 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivía (C-1/90 et C-176/90, Rec. p. I-4151, point 13).

134 — Arrêt du 9 juillet 1992, Commission/Belgique (C-2/90, Rec. p. I-4431).

avec le lieu de production, les mesures contestées n'ont pu être considérées comme discriminatoires [135].

225. Selon nous, le raisonnement adopté dans l'arrêt des déchets wallons est erroné et ne devrait pas être suivi en l'espèce. La question de savoir si une mesure s'applique ou non indistinctement à des produits nationaux et à des produits importés constitue, d'un point de vue logique, une question préliminaire et neutre. Son unique fonction en vertu de la jurisprudence de la Cour est de déterminer les justifications disponibles. Nous considérons dès lors que, en examinant la question de savoir si une mesure est directement discriminatoire, on ne peut examiner si la mesure est appropriée.

226. L'arrêt dans l'affaire des déchets wallons démontre toutefois également qu'il est souhaitable que même des mesures directement discriminatoires soient parfois justifiées pour des raisons de protection de l'environnement.

227. En outre, il existe des indications qui tendent à montrer que la Cour revoit actuellement sa jurisprudence antérieure. La Cour s'est fondée sur des exigences impératives dans des affaires dans lesquelles il existait, à tout le moins, un doute sur la question de savoir si la mesure pouvait être considérée comme indistinctement applicable [136]. Dans l'affaire Dusseldorp e.a., la Cour a expressément laissé ouverte la question de savoir si une restriction discriminatoire des exportations pouvait en principe être justifiée pour des raisons tenant à la protection de l'environnement [137]. L'affaire la plus marquante est probablement l'affaire Aher-Waggon [138]. Cette affaire concernait une réglementation allemande qui subordonnait l'immatriculation d'avions sur le territoire allemand au respect de normes relatives à la limitation des émissions sonores. Cette mesure, nous semble-t-il, discriminait directement les avions nationaux et les avions importés en ce que les avions préalablement immatriculés dans un autre État membre ne pouvaient être immatriculés en Allemagne, alors que les appareils du même type qui avaient déjà obtenu auparavant leur immatriculation en Allemagne conservaient leur immatriculation. La Cour a toutefois jugé, sans examiner la question de savoir si la mesure était directement discriminatoire, qu'une pareille entrave était susceptible d'être justifiée par des considérations de santé publique et de protection de l'environnement [139].

228. Ainsi, d'une part, « on ne peut exclure que la pertinence de la distinction entre les

135 — Points 34 à 36 de l'arrêt.

136 — Voir, par exemple, les arrêts du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, Rec. p. I-3843, points 44 et 45), et du 28 avril 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831, points 36 et 39); et, en ce qui concerne les services, l'arrêt du 28 avril 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931, points 35 et 41).

137 — Arrêt du 25 juin 1998 (C-203/96, Rec. p. I-4075, points 44 et 49).

138 — Arrêt du 14 juillet 1998 (C-389/96, Rec. p. I-4473).

139 — Point 19 de l'arrêt.

intérêts protégés par l'article 30 (anciennement article 36) et les exceptions fondées sur la 'Rule of reason' (règle de raison) est en voie de déclin» [140]. D'autre part, la Cour n'a pas abandonné de manière formelle la règle selon laquelle les exigences impératives ne peuvent être invoquées en relation avec des mesures directement discriminatoires.

229. Compte tenu de l'importance fondamentale pour l'analyse de l'article 30 du traité, de la question de savoir si des mesures directement discriminatoires peuvent être justifiées par des exigences impératives, la Cour devrait, selon nous, clarifier sa position, de sorte à fournir la sécurité juridique nécessaire.

230. Deux raisons spécifiques pourraient être invoquées en faveur d'une approche plus flexible en ce qui concerne l'exigence impérative d'une protection de l'environnement. Premièrement, les amendements apportés au traité, adoptés à Amsterdam, démontrent l'existence d'une préoccupation accrue pour l'environnement, même si l'article 36 n'a pas été modifié [141].

231. L'article 6 CE est d'une importance particulière. Il prévoit à présent que:

«Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3», en ce inclus le marché intérieur, et il ajoute: «en particulier afin de promouvoir le développement durable». Ainsi que son libellé l'indique, l'article 6 CE ne se limite pas à établir un programme, il impose des obligations légales.

232. Il convient dès lors d'accorder une attention particulière aux considérations d'ordre environnemental lors de l'interprétation des dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises. En outre, le dommage causé à l'environnement, même lorsqu'il ne menace pas de manière immédiate — tel que c'est souvent le cas — la santé et la vie d'êtres humains, d'animaux et de plantes protégées par l'article 36 du traité, peut constituer une menace plus substantielle, bien que à plus long terme, à l'écosystème dans son ensemble. Il serait difficile de justifier, dans ces circonstances, le fait d'accorder une protection moindre à l'environnement qu'aux intérêts reconnus dans des accords commerciaux conclus il y a plusieurs dizaines d'années et intégrés dans le texte de l'article 36 du traité, qui n'a lui-même pas été modifié depuis son adoption en 1957.

233. Deuxièmement, le fait de juger que les mesures environnementales ne peuvent être

140 — Jans, J. H., *European Environmental Law*, 2e édition, 2000, p. 251; voir aussi Oliver, P., «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex-articles 30-36 CE)», *Common Market Law Review* 1999, p. 783, p. 804 à 806.

141 — Voir, par exemple, le préambule du traité sur l'Union européenne, l'article 2 UE, l'article 2 CE, l'article 6 CE, l'article 95 CE, l'article 174 CE, et l'article 175 CE.

justifiées que lorsqu'elles s'appliquent indistinctement risque de mettre en échec la finalité même des mesures. Les mesures nationales pour la protection de l'environnement sont de manière inhérente susceptibles d'opérer une différenciation sur la base de la nature et de l'origine de la cause du dommage, et sont dès lors susceptibles d'être considérées comme discriminatoires, précisément parce qu'elles sont basées sur des principes reconnus, tels que « la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement » (article 130 R, paragraphe 2, du traité). Lorsque de telles mesures ont nécessairement un impact discriminatoire de ce type, la possibilité qu'elles puissent être justifiées ne devrait pas être exclue.

234. En supposant que les exigences en matière d'environnement puissent être invoquées correctement (sur quelque fondement que ce soit) dans la présente affaire, il convient ensuite d'établir si le StrEG 1998 respecte le principe de proportionnalité. Une fois encore, seuls des commentaires très brefs sont possibles à ce stade.

235. La Commission fait valoir que le mécanisme institué par le StrEG 1998 est proportionné dès lors qu'il corrige à la source les atteintes à l'environnement causées par les émissions de gaz résultant de la production d'électricité à partir de sources conventionnelles d'énergie, conformément à l'article 130 R, paragraphe 2, du traité. En outre, en alimentant les réseaux locaux au moyen d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, la perte d'électricité due au transport sur de longues distances est réduite.

236. Par rapport au premier argument de la Commission, nous ne voyons pas pourquoi l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans un autre État membre ne contribuerait pas à la diminution des émissions de gaz en Allemagne dans la même mesure que l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables en Allemagne. Dans les deux cas, la production nationale d'électricité à partir de sources conventionnelles et la pollution qui en résulte seront réduites dans la même proportion. À cet égard, la limitation de l'obligation d'achat à l'électricité produite en Allemagne ne semble pas proportionnée.

237. En ce qui concerne le deuxième argument de la Commission, nous estimons que la juridiction nationale doit procéder aux appréciations nécessaires pour établir s'il est vraiment nécessaire que des producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables dans d'autres États membres soient exclus du champ d'application du StrEG 1998.

238. Nous concluons dès lors qu'un système tel que celui mis en place par le Stromeinspeisungsgesetz 1998 doit être considéré comme constituant une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation au sens de l'article 30 du traité et est dès lors interdit, sauf s'il peut être justifié en vertu des faits de la cause pour des raisons de protection de l'environnement.

## IX — Conclusion

239. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour devrait, selon nous, répondre de la manière suivante aux questions qui lui ont été déférées:

« 1) Une mesure telle que le Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts du 24 avril 1998, qui oblige les entreprises d'électricité du secteur privé à acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables à un prix minimal, ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE).

2) Lorsque l'obligation d'achat ne porte que sur l'électricité produite dans l'État membre concerné, une telle mesure est interdite en vertu de l'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE) sauf si elle est justifiée pour des raisons de protection de l'environnement. »