

## CONCLUSIONS

### Mme Claire LEGRAS, rapporteur public

1- La société Roquette Frères est une entreprise familiale créée en 1925 et devenue l'un des principaux acteurs mondiaux de la production et de la transformation d'amidon. Elle est également très armée en matière contentieuse, puisqu'elle a déjà suscité le renvoi par les juridictions françaises de plusieurs questions préjudicielles à la CJUE...

Il vous revient aujourd'hui d'examiner, à sa demande, une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie, issu de l'article 43 de la loi du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, qui prévoit une subvention au profit de certaines installations de production d'électricité en cogénération. Cette QPC se greffe sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté interministériel du 19 décembre 2013 relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat.

Ce recours est recevable – il nous semble en particulier que la société, qui possède une installation de cogénération exclue du champ d'application de cet arrêté, justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour agir en tant que concurrent direct d'un bénéficiaire de la prime. C'est, vous l'avez compris, sous l'angle de la méconnaissance du principe d'égalité qui résulterait de la limitation du bénéfice de la subvention à certaines installations seulement que la société critique l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie.

2- Quelques précisions sur le contexte technique, économique et juridique du litige méritent d'être apportées.

Le terme de cogénération désigne la production conjointe d'énergie électrique et thermique. Très développée en Europe du Nord et en Allemagne, où l'électricité provient massivement de centrales thermiques et où la chaleur produite est récupérée à des fins de chauffage, elle est moins présente en France ; toutefois, certaines industries utilisatrices de chaleur – papeteries, sucreries, industrie chimique ou encore raffineries – se sont équipées en matériels de cogénération pour réaliser et valoriser une production auxiliaire d'électricité. Dans ce second modèle, la cogénération est donc toujours un choix fait *ex ante*, impliquant des investissements.

La cogénération présente deux avantages au service d'une politique de développement durable : elle permet de réduire les rejets de CO2 et autres gaz à effet de serre et de réaliser des économies d'énergie. Elle peut aussi, répondant à une préoccupation très actuelle, contribuer à l'objectif de sécurité de l'approvisionnement énergétique. Vous savez en effet que le secteur de l'électricité est en train de vivre une mutation d'ampleur, bien résumée dans un rapport de janvier 2014 du Commissariat général à la stratégie et à la prospective. En substance, depuis 2008, les prix de gros chutent, alors que les prix de vente augmentent sensiblement, du fait notamment du poids que représente la contribution au service public de l'électricité, et la préservation des capacités qui garantissent l'approvisionnement du réseau est menacée ; ces évolutions résultent de la crise, qui a abaissé la demande, toujours en-deçà de son niveau de 2008, et du développement des énergies renouvelables, dont la production est solvabilisée par la CSPE. En conséquence, les installations thermiques à flamme voient leur rentabilité menacée, alors qu'elles sont indispensables pour répondre aux pointes de la demande, les énergies renouvelables étant intermittentes.

La cogénération a donc été encouragée par le législateur européen, qui a notamment adopté la directive n° 2004/8/CE du 11 février 2004 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie.

Les dispositifs d'incitation à la cogénération sont toutefois plus anciens. Ainsi, l'obligation, pour EDF et les entreprises locales de distribution, d'acheter l'électricité ainsi produite trouve sa première mouture dans un décret du 20 mai 1955, au bénéfice des producteurs exclus de la nationalisation par la loi du 8 avril 1946. Ce mécanisme visait deux objectifs : un objectif d'équité à l'égard des producteurs qui avaient consacré leur activité au service public de l'électricité avant la nationalisation ; et un objectif de développement d'un secteur privé autonome de production d'électricité.

Jusqu'à la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au fonctionnement du service public de l'électricité, tous les producteurs pouvaient ainsi bénéficier de ce mécanisme d'obligation d'achat des capacités non consommées. L'article L. 314-1 du code de l'énergie, issu de l'article 10 de cette loi, a restreint le champ de ses bénéficiaires. Son 2°, applicable aux installations de production d'électricité qui utilisent des énergies renouvelables, qui a donné lieu à un abondant contentieux – voyez par exemple l'affaire *Vent de Colère* inscrite au rôle de votre séance d'aujourd'hui, vise aussi « *les installations qui mettent en œuvre des techniques performantes en termes d'efficacité énergétique telles que la cogénération* ». Il n'ouvre l'obligation d'achat qu'aux installations dont la puissance installée est inférieure à 12MW par site de production – contre 40MW pour la génération précédente.

Les contrats d'obligation d'achat conclus par les installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 MW avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000 sont arrivés à échéance à partir de 2008. Compte tenu du changement de contexte juridique, lié à l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité, et à l'indépendance corrélative des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution, les entreprises exploitant ces installations ont désormais la possibilité d'écouler leur production en-dehors de toute obligation d'achat, pourvu que les tarifs de marché leur garantisse une rentabilité suffisante, permettant notamment le financement des investissements nécessaires à la poursuite de leur activité.

D'après les travaux préparatoires de l'article L. 314-1-1, aujourd'hui en cause, on comptait en 2011 45 installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12MW, réparties sur 35 sites industriels ; deux ans plus tard, seules une trentaine d'unités réparties sur 20 sites étaient encore en activité. Toutes les installations de cogénération n'ont donc pas été jugées suffisamment rentables pour supporter l'extinction de l'obligation d'achat et la soumission à un tarif de marché. A l'inverse, on peut supposer que les exploitants qui ont pris la décision d'investir dans ce nouvel environnement économique l'ont fait sur la base d'un calcul de rentabilité qu'ils estimaient satisfaisant. On ne sait d'ailleurs pas quelle était la part, parmi les installations de cogénération encore en activité en 2013, de celles qui avaient auparavant bénéficié de l'obligation d'achat : et le cas de la société requérante illustre que l'investissement dans une production d'électricité par cogénération pour des installations industrielles ou agricoles pouvait demeurer attractif en dehors de tout système d'obligation d'achat. On ne sait pas davantage si, parmi la quinzaine d'installations qui ont cessé d'être exploitées, certaines n'ont jamais bénéficié de l'obligation d'achat mais ont vu leur rentabilité obérée par l'augmentation récente des prix du gaz, qui constitue la source d'énergie primaire de la plupart des installations de cogénération.

Au total, le secteur de la cogénération est composé, pour les installations les plus importantes, d'un segment qui, ayant démarré son activité avant 2000, a bénéficié pendant une douzaine d'années d'un soutien public et d'un autre segment dont l'exploitation a débuté après l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, mais s'est avérée suffisamment rentable pour se passer de ce soutien. Et l'on sait, par ailleurs, qu'une partie des installations de cogénération risquent d'être démantelées.

C'est dans ce contexte que le gouvernement a fait voter un amendement au projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, destiné à offrir aux installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12MW qui avaient vu les conditions économiques de leur exploitation bouleversées par l'arrivée à échéance du contrat d'obligation d'achat une rémunération, à titre transitoire, de la disponibilité annuelle de leur capacité de production.

Ce mécanisme, inscrit à l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie, impose à EDF non d'acheter l'électricité produite, mais de rémunérer, en en répercutant le coût sur la CSPE donc sur les consommateurs finals, la disponibilité de la capacité de production des installations éligibles – soit les installations de plus de 12 MW, exploitées au 1<sup>er</sup> janvier 2013 et ayant par le passé bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat. L'idée est de leur permettre de poursuivre leur activité et de financer les investissements nécessaires à cette fin ; c'est la raison pour laquelle l'arrêté du 19 décembre 2013 désigne finalement ce mécanisme comme une « prime ».

Le niveau de la prime est censé, en vertu de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie, être fonction à la fois des investissements nécessaires, de la rentabilité de l'exploitation et de son impact bénéfique sur l'environnement ; en réalité, telle que prévue par l'arrêté attaqué du 19 décembre 2013, cette prime est moins sophistiquée. Elle comprend deux termes : l'un fonction de la puissance garantie, l'autre de l'annuité d'amortissement réalisée, pour autant que les investissements correspondant figurent sur une liste annexée à l'arrêté, le tout sous plafond global de 45 000 euros par MW. Appliquée à la société requérante, qui a 45 MW de puissance installée, la prime aurait atteint 2M€ par an.

Précisons que cette rémunération est offerte à titre transitoire. Elle doit prendre fin avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2016, du « mécanisme d'obligation de capacité » institué par la loi NOME du 7 décembre 2010, qui obéit à la même philosophie<sup>1</sup> : celle de la rémunération non de la production effective, mais de la capacité de production mise à disposition du système électrique en sus de l'énergie vendue sur les marchés.

3- Venons-en à l'examen de la QPC formulée par la société Roquette Frères. Celle-ci soutient que les dispositions l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie méconnaissent le principe d'égalité puisque les installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 MW ne sont pas traitées de même selon qu'elles ont ou non bénéficié, avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, d'un contrat d'obligation d'achat ; et elle invoque aussi la violation de la liberté d'entreprendre.

L'applicabilité au litige ne fait aucun doute. Et le Conseil constitutionnel n'a pas été appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution des dispositions contestées.

La question n'est évidemment pas nouvelle, qu'il s'agisse du principe d'égalité ou, même si le Conseil constitutionnel le manie plus rarement, du principe de liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 – voyez, en ce sens, la **décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982** ; et pour l'invocabilité de ce principe sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, voyez la **décision 2010-55 QPC du 18 octobre 2010**.

Elle nous semble en revanche sérieuse.

Vous savez que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des motifs d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi.

La disposition contestée institue une différence de traitement entre les installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 MW selon qu'elles ont ou non bénéficié d'un contrat d'achat d'électricité, c'est-à-dire selon qu'elles satisfaisaient ou non aux conditions d'éligibilité à ce dispositif avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000.

Le ministre tente de vous convaincre que cette différence de traitement est en rapport avec la différence de situation de ces deux catégories d'installations, ou qu'à défaut, elle est justifiée par des raisons d'intérêt général, et que dans les deux cas, elle est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

Le but du législateur, tel qu'il ressort clairement des travaux préparatoires de l'article 43 de la loi du 16 juillet 2013 et tel que le présente d'ailleurs le ministre, était un but de sécurité d'approvisionnement, le même que celui qui inspire la mise en place du futur mécanisme de capacité, pas un but de prorogation du soutien accordé par le biais de l'obligation d'achat ; et d'ailleurs, les déterminants de la rémunération ne sont pas les mêmes

---

<sup>1</sup> Il s'agira d'un dispositif obligeant les fournisseurs à disposer de capacités équivalent à la pointe de demande de leurs clients ; à défaut, ils devront se procurer les certificats correspondant sur un marché, qui permettra la rémunération des détenteurs de capacité excédentaires.

que ceux qui étaient retenus dans le cadre des contrats d'obligation d'achat : désormais, par exemple, la capacité de produire l'été est prise en compte, alors qu'elle n'était pas valorisée dans les contrats antérieurs.

Au regard de l'objet de la loi, le critère de discrimination retenu – avoir ou non bénéficié dans le passé d'un contrat d'obligation d'achat – n'est pas pertinent : dans la mesure où l'obligation d'achat était bien une obligation, la distinction retenue par les dispositions contestées repose en fait uniquement sur la date de début de l'exploitation de l'installation laquelle n'est pas en soi un marqueur du risque de démantèlement. Toutes les installations ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat ont certes vu, à l'expiration de celui-ci, leurs conditions économiques d'exploitation modifiées ; mais parmi elles, certaines ne faisaient face à aucun risque objectif de démantèlement, et tout comme celles qui ont été créées après l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, la poursuite de leur exploitation a alors été opérée au terme d'un choix fait, selon les termes du ministre, « *en toute connaissance de cause* ».

Le postulat du législateur selon lequel la fin du contrat d'obligation d'achat devait entraîner automatiquement, sans coup de pouce de la part de l'Etat, le démantèlement des installations, est sinon erroné, du moins très approximatif ; et la situation de sur-rentabilité que le législateur voulait, selon le ministre, éviter, est en réalité permise par les dispositions contestées. La CRE a bien vu le problème dans sa délibération du 10 décembre 2013 sur le projet d'arrêté : « *L'un des critères d'éligibilité à la prime prévu par l'arrêté est d'avoir bénéficié, par le passé, d'un contrat d'obligation d'achat. Selon les installations, les échéances de ces contrats sont réparties entre 2008 et 2013 : une fois ces contrats échus, les exploitants ont dû valoriser l'énergie produite par leurs installations sur les marchés de l'électricité. Certaines de ces installations nécessitant des investissements de rénovation plus ou moins lourds, la décision de les réaliser a dû être soumise à l'évaluation de leur rentabilité dans un contexte économique qui n'incluait pas la prime prévue par le projet d'arrêté. (...) Dès lors, la question d'une aide à l'investissement apportée à un exploitant qui avait déjà pris la décision d'investir dans l'environnement économique qui s'offrait à lui à l'époque, soit hors prime, se pose* ».

Certes, la CRE ne se prononce que sur l'opportunité de prendre en compte les investissements déjà réalisés dans le calcul de la prime allouée, mais je pense que la logique de son propos vaut plus largement pour la prime elle-même, qui consiste en réalité pour l'essentiel en une subvention d'exploitation, et pour partie seulement en une incitation aux investissements.

La distinction établie par la disposition législative contestée n'est donc pas la bonne : ni l'objectif d'efficacité énergétique ni celui de la sécurité d'approvisionnement en électricité, ne justifient selon nous une différence de traitement entre des installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12MW selon qu'elles ont ou non bénéficié d'un contrat d'achat d'électricité, si le seul objet reconnu à la mesure est d'éviter le démantèlement de capacités de production qui ne seraient, à défaut, pas rentables. En 2013, certains des contrats étaient déjà échus depuis cinq ans ; les installations concernées fonctionnaient donc depuis la même date sans aucun soutien public ; elles n'étaient plus, quand la loi a été votée, dans une situation différente de celles qui avaient été implantées dans un pur cadre de marché.

Quant à la circonstance que la mesure soit transitoire et que la prime soit allouée en contrepartie d'obligations de mise à disposition de capacités, invoquée en défense, elle est indifférente, puisque tous les producteurs seront soumis, à compter de 2016, à la même obligation de contribuer à la sécurité d'approvisionnement et de faire certifier leurs capacités de production.

Et si vous estimiez que l'objectif n'est pas seulement de faire face au risque de démantèlement en maintenant les capacités de production existantes, mais de soutenir financièrement le secteur, quelle que soit sa rentabilité, la différence de traitement entre installations de cogénération selon qu'elles ont débuté leur exploitation avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000 n'est pas non plus justifiée.

Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité nous paraît donc sérieux. L'article L. 314-1-1 du code de l'énergie en dit soit trop, en visant exclusivement les installations ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat, soit trop peu, en omettant de fixer des conditions, notamment relatives au seuil de rentabilité de l'exploitation, au bénéfice de la prime. La première hypothèse est plus conforme au partage loi / règlement et pourrait conduire le Conseil constitutionnel à formuler une réserve d'interprétation.

L'invocation de la liberté d'entreprendre ne porte en revanche pas : l'article L. 314-1-1 ne limite en rien l'exploitation de productions d'installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 MW n'ayant pas bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat. Il se comprend mieux sous l'angle de la libre concurrence entre producteurs d'un même secteur industriel, mais on en revient alors à la méconnaissance du principe d'égalité, qui suffit à justifier le renvoi.

Et, par ces motifs, nous concluons à ce que la QPC soulevée par la société Roquette Frères soit renvoyée au Conseil constitutionnel.