

N° 375467

Association nationale des  
opérateurs détaillants en  
énergie

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 12 février 2016

Lecture du 9 mars 2016

## CONCLUSIONS

**Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public**

A l'instar des permis de polluer, le mécanisme des certificats d'économie d'énergie (parfois dits « certificats blancs ») procède de la mise en application de la théorie des externalités, par l'utilisation de mécanismes de marché aux fins de valoriser économiquement les effets de certaines actions d'agents qui, sans cela, ne seraient pas prises en compte par ces acteurs dans la détermination de leur comportement.

Si, dans le cas du système de quotas d'émission de gaz à effet de serre créé par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004, les externalités que la réglementation entend corriger sont négatives, à travers les certificats aujourd'hui en cause, ce sont à l'inverse des actions aux effets positifs pour la collectivité dont l'incitation est recherchée.

En s'inspirant d'expériences italienne et britannique, le législateur a créé de toutes pièces à la fois, d'une part, des obligations pour certains opérateurs économiques de réaliser des économies d'énergie, d'autre part, un système permettant de constater et de valoriser par des certificats négociables les économies d'énergie résultant de certaines actions, et enfin, un marché sur lequel la demande née des premières rencontre l'offre consistant dans les seconds.

Ainsi, en vertu de l'article L. 221-1 du code de l'énergie, issu de la codification par une ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, les fournisseurs d'énergie dont les ventes annuelles dépassent un seuil fixé par décret sont soumis à des « obligations d'économies d'énergie », qu'ils doivent réaliser pour un montant donné au cours d'une période définie par décret et dont ils peuvent se libérer soit en réalisant eux-mêmes, directement ou indirectement, des économies d'énergie leur permettant d'obtenir des certificats d'économies d'énergie, soit en acquérant de tels certificats auprès d'autres obligés ou d'éligibles non obligés (collectivités publiques notamment) ayant réalisé de telles actions. Les économies d'énergie ainsi réalisées doivent permettre d'atteindre l'objectif national d'économie d'énergie défini de manière pluriannuelle par les pouvoirs publics. Les fournisseurs qui ne respectent par leurs obligations à l'issue de la période sont, après mise en demeure demeurée infructueuse, tenus de se libérer par un versement au Trésor public, calculé sur la base d'une pénalité maximale de 0,02 euro par kilowattheure.

Les certificats d'économie d'énergie sont, en application des articles L. 221-7 et L. 221-8 du même code, délivrés par l'État ou, en son nom, par un organisme habilité à cet effet, aux personnes dont l'action permet la réalisation de telles économies d'énergie. Ils ont le caractère de biens meubles négociables, dont l'unité de compte est le kilowattheure d'énergie finale économisé, et sont exclusivement matérialisés, en vertu de l'article L. 221-10, par leur inscription au registre national des certificats d'économies d'énergie, qui tient la comptabilité des certificats obtenus, acquis ou restitués à l'Etat.

Un premier décret n° 2010-1663 du 29 décembre 2010 a défini les seuils emportant soumission des fournisseurs d'énergie à l'obligation de réaliser des économies d'énergies, a organisé les modalités de répartition entre ces fournisseurs de l'objectif national d'économies d'énergie pour la seconde période triennale d'obligations d'économies d'énergie (1er janvier 2011 - 31 décembre 2013), en fixant notamment pour chaque type d'énergie un coefficient de proportionnalité permettant à chaque fournisseur d'énergie de déterminer son obligation annuelle à partir de ses ventes, et a déterminé le niveau de la pénalité financière pour les fournisseurs ne remplissant pas leurs obligations dans le délai imparti, tandis qu'un second décret n° 2010-1664 du même jour relatif aux certificats d'économies d'énergie a précisé les modalités d'obtention de ces certificats et les actions, notamment standardisées, susceptibles de donner lieu à leur délivrance, à titre gratuit, par le ministre chargé de l'énergie.

L'association nationale des opérateurs détaillants en énergie, dont l'intérêt à agir est incontestable, vous demande aujourd'hui l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2013-1199 du 20 décembre 2013, qui a modifié ces deux décrets, principalement en prolongeant la deuxième période d'obligations d'économies d'énergie pour une durée d'un an.

Vous écarterez sans difficulté le premier moyen, tiré du défaut de contreseing par le ministre chargé de l'économie, qui avait contresigné les décrets initiaux du 29 décembre 2010.

De même, le deuxième moyen de la requête, tiré de ce que le mécanisme que le décret attaqué maintient et prolonge pour une année supplémentaire serait contraire au principe d'égalité, en ce qu'il aurait pour objet et pour effet de désavantager les fournisseurs alternatifs par rapport aux fournisseurs historiques, nous paraît devoir être écarté. En effet, les griefs adressés au regard du principe d'égalité au décret trouvent en réalité leur origine directement dans la loi : or la requérante ne conteste pas la conformité à la Constitution des articles L. 221-5 et L. 221-6 du code de l'énergie et ne présente pas de QPC à leur sujet.

Venons-en au dernier moyen de la requête, plus intéressant et délicat et qui a justifié l'inscription de cette affaire devant vos sous-sections réunies. Il est tiré de ce que le mécanisme des certificats d'économie d'énergie, maintenu en 2014 par le décret attaqué, méconnaît les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatifs aux aides d'Etat, dès lors que ce dispositif constituerait une mesure d'aide, illégale faute d'avoir été notifiée à la Commission européenne.

Pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 107 du TFUE, elle doit remplir quatre conditions cumulatives : premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ; deuxièmement, cette intervention doit être

susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire en favorisant certaines entreprises ou certaines productions – c'est la sélectivité de l'aide ; et quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence (voir, par ex. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec, EU:C:2003:415, points 74 et 75).

Si la mesure en cause est bien imputable à l'Etat, le point de savoir si elle doit être regardée comme impliquant l'octroi d'un avantage financé au moyen de ressources d'Etat se révèle, contrairement à ce qu'une approche intuitive conduit naturellement à penser, plus délicat.

Peut en effet constituer une aide d'État une mesure accordant à certaines entreprises un avantage impliquant une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics sous la forme d'un renoncement effectif aux créances publiques, d'une exonération de l'obligation de paiement d'amendes ou d'autres sanctions pécuniaires (par ex. CJCE, 17 juin 1999, *Piaggio*, aff. C-295/97, Rec. p. I-3735, points 42 et 43).

Par une décision *ANODE* du 9 octobre 2015 (n° 369417, inédite), vous avez jugé, s'agissant du mécanisme d'obligation de disposer de garanties de capacités d'effacement de consommation et de production d'électricité institués par les articles L. 335-1 à L. 335-7 du code de l'énergie, que la négociabilité des garanties de capacité, à supposer qu'elle constitue un avantage conféré aux exploitants de capacités de production et d'effacement de consommation, ne pouvait être regardée comme une renonciation par l'Etat à une ressource existante ou potentielle.

Pour parvenir à cette conclusion, vous avez notamment relevé que ni la quantité de produits offerts sur le marché de capacité, qui dépend des capacités de production ou d'effacement de consommation dont la disponibilité et le caractère effectif auront pu être certifiés, ni la valeur marchande des garanties de capacité, déterminée par la rencontre entre cette offre et la demande des fournisseurs, elle-même fonction des caractéristiques de consommation de leurs clients, ne sont contrôlées par l'Etat ; que celui-ci fixe uniquement le plafond du prix de cession à travers la détermination de la sanction pécuniaire infligée aux fournisseurs qui ne justifient pas détenir la garantie de capacité nécessaire ; que l'Etat n'intervient pas dans la perception des sommes versées en échange des garanties de capacité ; et que ces dernières, si elles constituent bien pour leurs détenteurs un actif incorporel ayant une valeur monétaire, résultent de la certification de la disponibilité et du caractère effectif des capacités des exploitants, et n'auraient donc pas pu être directement vendues ou mises en adjudication par l'Etat.

Or le système aujourd'hui en cause présente de nombreux points communs avec celui examiné dans cette décision. D'une part, la quantité de kwh d'énergie finale économisés disponibles sur le marché des certificats d'économies d'énergie n'est pas déterminée *ab initio* par l'Etat, qui se contente de fixer un objectif national d'économies d'énergie et de le répartir : cette quantité dépend de la réalisation par les opérateurs d'actions d'économie d'énergie dépassant leurs propres obligations et leur permettant de dégager des « surplus » cessibles. D'autre part, le prix de ces certificats, s'il est plafonné de fait par la détermination de la pénalité libératoire, n'est pas déterminé par l'Etat, mais résulte de la rencontre de l'offre et de la demande. L'Etat n'intervient pas dans la perception des sommes versées en échange

des certificats. Enfin, la délivrance de ces certificats par l'Etat résulte de la justification, par le demandeur, de la réalisation d'actions d'économie d'énergie : dans cette mesure, les certificats ne sont pas préexistants.

N'eût été que ce précédent jurisprudentiel, nous eussions sans hésitation aucune conclu à l'absence de financement au moyen de ressources d'Etat. Néanmoins, outre qu'il nous faut tout de même mentionner que le mécanisme de capacité mentionné à l'instant fait l'objet d'une enquête approfondie par la Commission, le paysage peut paraître un instant troublé par la position exprimée par la CJUE dans un arrêt du 8 septembre 2011, *Commission c/ Pays-Bas* (aff. C-279/08 P).

Etait en cause dans cette affaire le système néerlandais d'échange des droits d'émission pour les oxydes d'azote (NO<sub>x</sub>). Dans le cadre du plafond national néerlandais d'émission de NO<sub>x</sub> les autorités néerlandaises avaient fixé un objectif spécifique global d'émissions pour leurs grandes installations industrielles, décliné, pour chacune de ces installations, et en fonction de leur consommation d'énergie, en une norme d'émission de NO<sub>x</sub> à respecter. L'entreprise pouvait respecter la norme d'émission prescrite soit en prenant des mesures de réduction des émissions de NO<sub>x</sub> dans sa propre installation, soit en achetant des droits d'émission à d'autres entreprises, soit en combinant les deux options. Les réductions d'émission, sous la forme de crédits de NO<sub>x</sub>, étaient proposées sur le marché d'échange des droits d'émission par les installations dont les émissions étaient inférieures à leur norme d'émission. Chaque année, des crédits de NO<sub>x</sub> pouvaient être achetés, épargnés ou prêtés pour des périodes futures. Si une installation dépassait la norme d'émission prescrite, elle devait compenser l'année suivante cet excédent, majoré de 25 %. Si une installation ne parvenait pas à respecter sa norme d'émission, les autorités néerlandaises lui infligeaient une amende. Enfin, dans le cadre de la mesure en cause, les entreprises ne devaient pas acquérir de droits d'émission pour pouvoir produire et émettre des NO<sub>x</sub> : elles devaient seulement respecter leur norme d'émission, en corrigeant leurs propres émissions effectives des crédits de NO<sub>x</sub> éventuellement acquis par ailleurs.

Pour conclure à l'existence, dans le système néerlandais, d'une intervention étatique accordant à des entreprises un avantage qu'elles n'auraient pas obtenu dans des conditions normales de marché, la Cour a relevé, d'une part, que la possibilité de monétiser la valeur économique des réductions d'émissions de NO<sub>x</sub> qu'elles réalisent, en les convertissant en droits d'émission négociables ne saurait être considérée comme constituant une contrepartie, au prix du marché, des efforts entrepris par les entreprises pour restreindre leurs émissions, dès lors que l'obligation de réduire les émissions résulte de la loi et que les coûts de réduction de ces émissions relèvent ainsi des charges qui grèvent normalement le budget de l'entreprise. La Cour a relevé, d'autre part, que la faculté, pour ces entreprises, de choisir entre les coûts de l'acquisition de droits d'émission et les coûts liés aux mesures visant à réduire les émissions d'oxydes d'azote constituait un avantage pour celles-ci, de même que la faculté d'échapper à une amende en achetant des droits d'émission.

Puis, pour conclure à l'existence d'un financement au moyen de ressources d'Etat, la Cour a estimé que les Pays-Bas avaient renoncé à des ressources publiques, en relevant deux éléments. Le premier tient à ce qu'en donnant aux entreprises qui en relèvent la possibilité d'acheter des droits d'émission pour éviter le paiement d'amendes auxquels le non respect, par leurs seuls propres efforts, de la norme d'émission prescrite les exposait, l'avantage

consenti par le législateur national, consistant dans la négociabilité des droits d'émission de NO<sub>x</sub>, « *pourrait impliquer une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics, sous la forme notamment d'une exonération de l'obligation de paiement d'amendes ou d'autres sanctions pécuniaires* ». Le second tient au constat que « ce système a pour conséquence la création, sans contrepartie concrète fournie à l'État, de droits d'émission qui, du fait de leur caractère négociable, ont une valeur économique », que « l'État membre aurait pu vendre de tels droits, le cas échéant aux enchères, s'il avait structuré ce régime autrement », qu'en mettant gratuitement les droits en cause à la disposition des entreprises concernées au lieu de les vendre ou de les mettre aux enchères, l'Etat a donc renoncé à des ressources publiques, et que cette renonciation n'est pas inhérente à tout instrument visant à réguler les émissions de polluants atmosphériques par un système d'échange de droits d'émission.

Il nous paraît résulter de cet arrêt qu'en ce qu'elle permet, grâce à l'institution d'un système de certificats d'énergie négociables, la monétisation de la valeur économique des actions d'énergie que certaines entreprises réalisent, la mesure pourrait être regardée comme un avantage, et que le constat que ces certificats sont accordés en échange des efforts d'économie d'énergie des entreprises ne permet pas d'échapper à cette qualification, dès lors que la loi impose à ces entreprises de réaliser des économies d'énergie et que le coût de telles actions nous paraît donc devoir être regardé comme relevant des charges qui grèvent normalement le budget de celles-ci.

Cet arrêt doit-il toutefois conduire à regarder cet avantage comme financé au moyen de ressources d'Etat ?

Il y a bien, du fait de la négociabilité de ces certificats, une perte potentielle de recettes résultant de la faculté offerte aux entreprises qui ne respecteraient pas, par leurs seuls efforts directs ou indirects, l'obligation d'économies d'énergies qui leur a été imposée, d'échapper à la pénalité libératoire de 2 centimes par kilowattheure par l'acquisition de certificats d'économie d'énergie auprès d'autres personnes ayant réalisé de telles économies. Mais ce seul point ne nous paraît pas suffisant pour conclure à l'existence d'un avantage octroyé au moyen de ressources d'Etat. En effet, dans son arrêt du 8 septembre 2011, la Cour n'a pas mobilisé ce seul élément pour parvenir à une telle conclusion, mais également le fait que l'Etat aurait pu délivrer à titre onéreux les crédits de NO<sub>x</sub>. Par ailleurs, pousser une telle logique à son terme conduirait à identifier une renonciation à des recettes caractérisant un financement d'Etat à chaque fois que l'Etat crée une obligation à la charge des entreprises sans assortir sa méconnaissance d'une sanction pécuniaire, ou à chaque fois qu'il institue une pénalité d'un montant modéré.

Reste donc à savoir si l'on peut considérer qu'en délivrant les certificats en cause gratuitement au lieu de les vendre ou de les mettre aux enchères, l'Etat a renoncé à des ressources publiques et si la circonstance qu'on soit en présence d'externalités positives, et non négatives comme dans l'affaire néerlandaise, permet d'aboutir à une solution inverse de celle qu'avait adoptée la Cour à son égard.

La pratique décisionnelle de la Commission (v. par ex. 3 mai 2005, affaire N 608/2004, *Belgique, certificats de production combinée d'énergie électrique et thermique*, C(2005)1318, ou encore 5 juillet 2001, affaire N 550/2000, *Belgique, Certificats d'électricité*

verte, JO C 330 du 24.11.2001, p. 3) distingue couramment entre deux types de systèmes négociables :

- d'une part, les systèmes de quotas et de permis d'émission négociables, considérés comme des actifs immatériels représentant une valeur marchande pour le bénéficiaire par rapport à l'État, par exemple un droit direct ou indirect d'émettre ou de polluer, que les autorités auraient pu vendre ou adjuger aux enchères, et dont l'attribution gratuite entraîne donc une perte de recettes,
- et d'autre part, les systèmes de certificats dans lesquels un permis d'émission ou de pollution négociable n'a pas de valeur pour le bénéficiaire par rapport à l'État, même s'il peut en avoir par rapport aux tiers, et est considéré comme la preuve officielle d'une certaine production ou émission, que les autorités n'ont pas de raison de vendre ou de vendre aux enchères au producteur considéré, et dans lesquels il n'y a donc pas de perte de recettes pour l'État.

En l'espèce, il nous semble que le système des certificats d'économie d'énergie relève clairement de la seconde branche de l'alternative. En effet, s'ils sont cessibles et négociables par leur bénéficiaire, ils ne sont toutefois délivrés à celui-ci que sur justification de la réalisation d'actions d'économie d'énergie et relèvent donc de la logique de preuve officielle par certificats, non de la logique de droits d'émission : ils ne sauraient être vendus et ne figurent pas *ab initio* dans le patrimoine de l'État. Ce dernier n'intervient que pour certifier qu'un procédé de production mis en œuvre par une entreprise répond à certain nombre de critères. Leur logique est similaire à celle des certificats verts belges, que la Commission avait exclus du champ des aides d'État.

Certes, l'État aurait pu choisir de bâtir le dispositif tout à fait différemment en choisissant, plutôt que de définir un objectif national d'économie d'énergie, d'assigner aux entreprises des obligations individuelles d'économie d'énergie, et de leur permettre d'échanger entre elles les certificats d'économies d'énergie obtenus sur justification de la réalisation de telles économies afin qu'elles puissent compenser les excédents et insuffisances d'économies d'énergie réalisées, de définir un objectif national de consommation d'énergie, le décliner en plafond de consommation entre les obligés et répartir entre ceux-ci des permis de consommer de l'énergie qui, eux, auraient sans doute constitué des actifs immatériels que l'État aurait pu vendre ou adjuger par voie d'enchères.

Or dans son arrêt *Commission c/ Pays-Bas*, la Cour paraît avoir tenu compte de la faculté qu'aurait eue le Royaume des Pays-Bas de vendre les droits d'émission aux enchères, s'il avait structuré le système autrement. Mais il ne s'agissait pas d'une structuration à ce point différente que la nature du bien négociable aurait été différente et d'un complet changement de paradigme : était toujours en cause l'attribution gratuite de droits d'émission négociables. Le juge européen a seulement constaté que, s'il est vrai que les Pays-Bas n'octroyaient pas, de façon directe, des droits d'émission aux entreprises concernées, ils ne se contentaient pas non plus de leur fixer une norme d'émission à respecter mais avaient institué un système dans lequel chaque détenteur d'une autorisation d'émission avait un compte dans le registre d'émission des NO<sub>x</sub> et pouvait vendre tous les droits afférents aux années pour lesquelles une norme avait été fixée, y compris les années futures, de sorte que tous les droits étaient négociables et pas seulement les crédits dégagés en fin d'année par les entreprises qui

avaient émis moins de NO<sub>x</sub> que la norme fixée, de sorte que les droits d'émission ainsi accordés aux entreprises auraient pu être vendus par l'Etat, et non pas attribués gratuitement.

Dès lors, si à la lecture de l'argumentation des Pays-Bas, le système en cause pouvait sembler présenter de nombreuses similitudes avec celui en cause aujourd'hui – les Pays-Bas faisaient valoir que le fondement de la mesure était l'imposition d'une norme environnementale d'origine légale représentant une charge pour les entreprises et non un avantage, que la caractéristique du système était de permettre aux entreprises de choisir la manière dont elles satisfont la norme, en réduisant leurs propres émissions ou en achetant des crédits dégagés par d'autres, que ces crédits n'étaient pas créés par les autorités néerlandaises et que celles-ci n'octroyant aucun droit d'émission, elles ne pouvaient donc pas adjuger ou vendre de tels droits, il en était en réalité, en fait et en droit, éloigné.

Dans ces conditions, après nous être interrogée sur le point de savoir si la réponse à la question de savoir si le mécanisme en cause fonctionne au moyen de ressources d'Etat soulèverait une difficulté suffisamment sérieuse pour adresser à la Cour de justice une question préjudicielle, nous pensons que le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *Commission c/ Pays-Bas* n'est pas transposable au système en cause, qui relève davantage de la logique de votre décision Anode du 9 octobre 2015, et que vous pouvez de vous-mêmes considérer qu'il n'est pas financé au moyen de ressources d'Etat.

Si vous aviez une hésitation sur ce point, ou pour conforter votre solution, vous pourrez également écarter la qualification d'aide d'Etat en relevant qu'un autre critère de définition de celle-ci n'est en tout état de cause à nos yeux pas rempli : celui de la sélectivité de l'avantage.

En effet, pour qu'une mesure susceptible d'être qualifiée d'aide d'Etat s'applique de manière sélective à certaines entreprises ou à certaines productions, elle doit introduire des différenciations entre des entreprises se trouvant, au regard de l'objectif de la mesure en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable. Tel était le cas du système d'échange de droits d'émission d'oxydes d'azote néerlandais, dès lors que toutes les entreprises étaient soumises à l'obligation de réduire leurs émissions mais que seules les plus grandes installations industrielles bénéficiaient de ce système,.

Rien de tel en l'espèce, dès lors que tous les fournisseurs d'énergie soumis à l'obligation de réaliser des économies d'énergie entrent dans le régime des certificats d'économie d'énergie et peuvent bénéficier de leurs avantages. La différenciation entre ces entreprises et les entreprises non obligées, hors du système des certificats, se justifie par la nature et par l'économie générale de la mesure concernée.

Quant à une éventuelle différenciation entre obligés qui conférerait un avantage sélectif à certains d'entre eux seulement, elle n'est pas établie, dès lors que, si l'ANODE soutient que le dispositif des CEE conférerait, dans les faits, un avantage sélectif au profit des opérateurs historiques par rapport à leurs concurrents en ce que leur puissance de marché leur permettrait d'obtenir ou d'acquérir un volume important de CEE et en ce que la loi prévoit la prise en compte des coûts correspondants dans les tarifs réglementés, force est de constater, d'une part, que l'obligation de réaliser des économies d'énergie est proportionnelle au volume de ventes d'énergie, qu'une obligation plus importante pèse donc sur ceux des « obligés » qui,

tels les opérateurs historiques, ont un volume de vente plus élevé et qu'il est donc logique que les certificats soient créés en majorité par les grands obligés, et d'autre part, qu'il est loisible aux opérateurs vendant de l'énergie à des tarifs libres de répercuter dans leurs prix les coûts exposés pour réaliser les économies d'énergie, sans que la loi ait à intervenir, alors qu'une telle intervention était nécessaire pour permettre la prise en considération de ces coûts dans les tarifs réglementés.

Dès lors que la mesure en cause n'est pas constitutive d'une aide d'Etat, le moyen tiré de ce que le décret attaqué prolongerait un système illégal, car constitutif d'une aide d'Etat non notifiée à la Commission européenne, ne peut qu'être écarté.

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