N° 426516
Société Fioul 83 et Société Boudret SAS

9ème et 10ème chambres réunies
Séance du 20 mai 2019
Lecture du 7 juin 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Le décret n° 2018-401 du 29 mai 2018 relatif aux certificats d'économies d'énergie et aux obligations d'économies d'énergie auxquelles sont soumises les personnes mettant à la consommation du fioul domestique ne s'est, contrairement à ce que peut laisser croire son intitulé, pas contenté de tirer les conséquences dans le secteur du fioul domestique du transfert au 1er janvier 2019, par la loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017, des distributeurs aux metteurs à la consommation de l'obligation de réaliser des économies d'énergies, mais a également modifié les conditions d'assujettissement à des telles obligations des opérateurs actifs dans le secteur des carburants (hors GPL).

Ainsi, tandis que le 2° de l'article R. 221-3 du code de l'énergie fixait, dans sa rédaction antérieure, le seuil à compter duquel les personnes qui mettent à la consommation des carburants autres que le GPL sont soumises à des obligations d'économies d'énergie à 7 000 mètres cubes, l'article 28 du décret du 29 mai 2018 a modifié ces dispositions. Celles-ci comportent désormais un a), prévoyant un seuil inchangé à 7 000 mètres cubes pour les années civiles 2015 à 2018, et un b), instaurant pour les années suivantes un seuil abaissé à 1 000 mètres cubes.

Les sociétés Fioul 83 et Boudret SAS, qui exercent une activité d'entrepositaire agréé mettant à la consommation des carburants et que cet abaissement du seuil a fait entrer dans le champ des obligés, ont demandé au Premier ministre l'abrogation du 2° de l'article R. 221-3 du code de l'énergie dans sa rédaction issue de l'article 28 du décret, en tant qu'il abaisse à 1000 mètres cubes le seuil-franchise à compter de l'année 2019. Elles vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir du refus implicite opposé à leur demande. Le référé-suspension qu'elles ont présenté en parallèle à cette demande a été rejeté pour défaut d'urgence par une ordonnance du 11 janvier 2019, relevant notamment que les risques invoqués par les requérantes apparaissaient limités dès lors que le Conseil d'Etat serait normalement être en mesure de se prononcer sans trop tarder sur la requête en annulation. Ce sera chose faite par le présent rôle.

L'intérêt pour agir des requérantes est certain et leur requête n'est pas tardive.

A son appui, elles soulèvent notamment un moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire a, compte tenu de la taille et de la structure du secteur de la mise à la consommation de carburants

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

hors GPL, commis une erreur manifeste d'appréciation et méconnu la loi en fixant à 1 000 mètres cubes par an le seuil à compter duquel les personnes qui mettent à la consommation ces carburants sont soumises à des obligations d'économies d'énergies.

L'article L. 221-1 du code de l'énergie soumet, dès lors que leurs ventes annuelles dépassent un seuil défini en Conseil d'Etat, à des obligations d'économies d'énergie les personnes morales qui mettent à la consommation des carburants automobiles ou du fioul domestique (1°) et celles qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finals (2°).

Par une décision du 3 décembre 2018 *Société Vitogaz France* (n° 410360 412012, aux Tables sur ce point), vous avez jugé qu'il résulte de l'économie générale de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 qui a institué le dispositif des certificats d'économie d'énergie, éclairée par les travaux préparatoires de cette loi, que les seuils de vente à partir desquels les fournisseurs sont soumis aux obligations d'économies d'énergie doivent être fixés par type d'énergie de façon que les principaux opérateurs de chacun des secteurs concernés contribuent à la réalisation de l'objectif national d'économies d'énergie. Dans cette affaire, qui portait sur le secteur du GPL « vrac », vous avez jugé que le pouvoir réglementaire avait, en retenant un seuil aboutissant à inclure dans le champ des obligés au titre de ce secteur les fournisseurs desservant 5% ou plus des parts du marché et à en dispenser les autres, tenu compte de la petite taille du marché du GPL de façon à soumettre les principaux acteurs de celui-ci aux obligations d'économie d'énergie.

L'inclusion des personnes qui mettent des carburants à la consommation dans le champ du dispositif des obligations d'économies d'énergie ne date pas de la loi du 13 juillet 2005, mais de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Si le législateur a alors fait le choix de ne pas faire peser ces obligations sur les détaillants de carburants automobiles, mais de les remonter au niveau, plus concentré, de la mise à la consommation afin d'agir de manière plus efficace, il n'en résulte pas que toutes les personnes mettant à la consommation des carburants devraient être soumises à ces obligations sans considération de leur taille au sein de ce secteur et de leur capacité, eu égard à leur clientèle comme à leur surface financière, à s'acquitter de l'obligation de réaliser d'économies d'énergie et ceci, pour un coût qui ne soit manifestement déraisonnable ni pour eux ni, compte tenu des charges administratives qui en résultent, pour les services de l'Etat. En effet, le législateur a repris, pour le secteur des carburants, le principe de ne soumettre les opérateurs à des obligations d'économies d'énergie qu'à compter du dépassement d'un seuil de ventes annuelles. Les travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 2010 soulignent notamment que le dispositif a pour objet de placer l'obligation sur des entreprises disposant d'une masse critique suffisante pour mettre en place une politique efficace de promotion des économies d'énergie, et d'alléger la gestion du système pour l'Etat.

Dans l'état du droit antérieur aux modifications apportées à compter de 2019 par le décret du 29 mai 2018, le seuil de ventes annuelles dont le dépassement emportait soumission aux obligations d'économies d'énergie était fixé, pour la mise à la consommation de carburants autres que le GPL, à 7 000 mètres cubes.

Il résulte des éléments issus d'une mesure d'instruction mise en œuvre par votre 9e chambre qu'en 2018, sur quatre-vingt-six opérateurs mettant à la consommation ces carburants, trente-huit

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

ont écoulé un volume supérieur à 7 000 mètres cubes. Ces entreprises représentaient 99,86 % du volume total de carburants mis à la consommation, correspondant à 54,7 millions de mètres cubes. Au titre de la même année, vingt entreprises ont mis à la consommation un volume compris entre 1 000 et 7 000 mètres cubes et vingt-huit entreprises, un volume inférieur à 1 000 mètres cubes. Si le nombre de ces entreprises qui restaient hors champ du dispositif des certificats était donc quantitativement important, leur part de marché relative était en revanche dérisoire. En effet, les vingt entreprises comprises entre 1 000 et 7 000 mètres cubes n'ont représenté, mises tout ensemble, que 0,13 % des carburants mis à la consommation et les vingt-huit dont les ventes n'atteignent pas 1000 mètres cubes, seulement 0,01 % du volume total.

L'abaissement du seuil d'assujettissement à 1 000 mètres cubes, qui provient d'une modification proposée au projet de texte du Gouvernement par le Conseil supérieur de l'énergie sur la base d'un amendement issu de l'Union française des industries pétrolières, a donc eu pour effet, à objectif global d'économies d'énergie inchangé pour le secteur des carburants, d'ajouter dans le champ du dispositif les vingt entreprises situées entre 1000 et 7000 mètres cubes qui atteignent ensemble à peine 0,1% du volume de carburant (soit en moyenne moins de 0,0065 % par entreprise concernée) pour n'exclure que les vingt-huit entreprises restantes représentant moins de 0,01% des ventes.

Certes, l'idée de seuil n'exclut pas, lorsque le marché est de petite taille, très dispersé, et structuré en un nombre élevé de tout petits acteurs, la fixation à un niveau faible voire très faible du seuil de quantités annuelles vendues, pas plus qu'il n'exclut d'établir ce seuil à un niveau incluant la quasi-totalité d'une profession. Mais encore faut-il que le seuil ainsi retenu puisse être regardé, compte tenu de la taille et de la structure du marché concerné, comme n'incluant dans le champ des obligés que les opérateurs significatifs du secteur et comme conforme à l'objectif de limiter les obligations d'économies aux opérateurs disposant d'une masse critique suffisante, dans une perspective d'efficacité du dispositif et de simplification administrative.

Or tel n'est, à l'évidence, pas le résultat de l'abaissement du seuil de 7 000 à 1 000 mètres cubes dans le secteur des carburants hors GPL, qui a eu pour effet, compte tenu de la structure du secteur, d'assujettir, non seulement les principaux opérateurs du secteur concerné, mais aussi des opérateurs non significatifs représentant une part infime du volume total mis à la consommation.

La justification avancée par le ministre chargé de l'énergie pour justifier de cet abaissement du seuil, repris de l'argumentaire de l'UFIP au soutien de l'amendement proposé au Conseil supérieur de l'énergie, n'est pas convaincante. Il est allégué que l'abaissement du seuil permettrait de prévenir les stratégies de contournement et d'évitement à travers la multiplication de structures juste en dessous du seuil, et la concurrence déloyale qui en résulterait. Mais outre que ce type de risque est inhérent à tout seuil, il n'est ici en rien documenté et il n'est fait état d'aucun exemple d'entité commerciale qui se serait scindée en plusieurs filiales aux fins de contourner l'assujettissement aux obligations d'économies d'énergie qui résulterait normalement de son volume de ventes global. Pareil risque nous paraît, au demeurant, largement conjuré par le niveau déjà très bas du seuil de 7 000 mètres cubes. Quant à la circonstance qu'il existe des tout petits opérateurs indépendants restant sous le seuil-franchise, il ne s'agit aucunement d'un abus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Même en vous limitant à un contrôle restreint et en tenant compte de la large marge d'appréciation du pouvoir réglementaire dans la fixation des seuils d'assujettissement par type d'énergie, nous ne voyons donc pas comment conclure aujourd'hui autrement qu'à l'erreur manifeste d'appréciation – tangentant la méconnaissance de la loi. Le seuil a ici été fixé à un niveau à ce point bas qu'il aboutit à vider de toute portée la fixation d'un seuil dans le secteur concerné et inclut dans le champ des obligations d'économies d'énergie des opérateurs qui ne peuvent être regardés comme importants ou significatifs.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé d'abroger le 2° de l'article R. 221-3 du code de l'énergie en tant qu'il fixe, pour l'année 2019 et les années suivantes, à 1 000 mètres cubes le seuil emportant soumission aux obligations d'économies d'énergie des personnes qui mettent à la consommation des carburants autres que le GPL ;
- et à ce que l'Etat verse à la à la société Fioul 83 et à la société Boudret SAS la somme de 2 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.