

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteur publique

Vous vous rappelez que le dispositif des certificats d'économie d'énergie (CEE), mis en place par la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique¹ (dite « POPE »), et qui constitue l'un des instruments majeurs de la maîtrise de la demande énergétique émanant des ménages et du secteur tertiaire, impose aux fournisseurs de certaines énergies – carburants, fioul domestique, électricité, gaz, chaleur et froid - de réaliser, ou de faire réaliser des actions d'économies d'énergie.

Plusieurs voies s'offrent aux fournisseurs pour s'acquitter de leurs obligations, dont le montant est fixé, sur des périodes pluriannuelles successives, en fonction de leurs volumes de ventes : ils peuvent inciter leurs clients à réaliser des travaux d'efficacité énergétique, déléguer leurs obligations à un tiers ou encore faire appel au marché afin d'y acheter des CEE auprès d'autres obligés ou de personnes éligibles à la délivrance de certificats à raison des actions d'économies d'énergies qu'elles réalisent.

L'ampleur du dispositif est, aujourd'hui, sans commune mesure avec celle qu'il avait à sa création. Alors que la première période avait débuté en 2006 avec un niveau d'obligation d'économies d'énergie de 54 TWh cumac² sur trois ans, la cinquième période, qui a débuté le 1^{er} janvier 2022, a fixé le niveau d'économies à atteindre à 2500 TWh cumac sur quatre ans. Le coût du dispositif a connu une courbe ascendante encore plus marquée, ce qui traduit l'appel à un gisement d'économies d'énergie moins accessible au fil du temps : le coût moyen d'obtention d'un CEE au cours de la quatrième période, achevée en décembre 2021, était de l'ordre de 7€, soit 70 fois celui de la première période³.

Le décret du 3 juin 2021⁴ a déterminé les obligations applicables à la cinquième période, qui s'étend du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2025. Et il a, dans le même temps, modifié l'article R. 221-3 du code de l'énergie, pris pour l'application de son article L. 221-1, qui fixe,

¹ Loi n° 2005-781.

² Les économies d'énergie sont mesurées en kwh d'énergie finale économisée sur la durée de vie conventionnelle des actions, cumulée et actualisée, dits kwh cumac.

³ Source : rapport conjoint du CGEDD, de l'IGF et du CGEIET de novembre 2020, « La cinquième période du dispositif des certificats d'économies d'énergie ».

⁴ Décret n° 2021-712.

par type d'énergie, les seuils des volumes de ventes annuelles à partir desquels les fournisseurs sont soumis aux obligations d'économies d'énergie. Pour l'électricité et le gaz naturel, le seuil est progressivement abaissé, par paliers annuels, pour passer de 400 millions de kwh d'énergie finale pour l'année 2021 à 100 millions pour l'année 2024 et les années suivantes.

C'est cet abaissement que conteste la société Plüm Energie, fournisseur d'électricité et de gaz naturel, en vous demandant d'annuler le refus implicite opposé par le Premier ministre au recours gracieux qu'elle a exercé contre le décret du 3 juin 2021, en tant que celui-ci a modifié les 5° et 7° de l'article R. 221-3 du code de l'énergie.

Le ministre oppose la tardiveté des conclusions à fin d'annulation, le recours gracieux ne tendant qu'à l'abrogation des dispositions contestées. Il est vrai que celui-ci était maladroitement formulé mais il nous paraît sévère d'en retenir une lecture aussi restrictive, alors que, présenté le 24 juin 2021, il était dirigé contre des dispositions dont la mise en œuvre ne devait intervenir que six mois plus tard. Le recours nous semble donc pouvoir être regardé comme une demande classique d'annulation du décret.

Vous n'aurez toutefois pas besoin de vous prononcer expressément sur cette fin de non-recevoir si, comme nous vous le proposons, vous rejetez la requête au fond.

Passons rapidement sur le premier moyen, tiré de ce qu'il ne serait pas démontré que le décret adopté ne diffère pas du projet soumis au Conseil d'Etat ou du texte adopté par la section de l'administration et qui manque en fait.

Ce n'est pas la première fois que vous avez à connaître de la légalité des seuils fixés par l'article R. 221-3 du code de l'énergie.

Dans une décision du 3 décembre 2018 (n° 410360, aux tables), vous vous êtes prononcés sur la légalité du seuil applicable aux fournisseurs de GPL combustible (à usage domestique), qui était, au cours de la quatrième période, de 100 millions de kwh de pouvoir calorifique supérieur d'énergie finale.

La société Vitogaz se plaignait, à titre principal, d'une méconnaissance du principe d'égalité et d'une atteinte à la concurrence du fait de la différence avec le seuil applicable aux fournisseurs d'électricité, de gaz naturel, de chaleur et de froid, qui était alors fixé à 400 millions de kwh d'énergie finale. Vous avez écarté cette contestation en vous fondant sur l'économie générale de la loi « POPE » du 13 juillet 2005, éclairée par les travaux parlementaires, dont vous avez déduit que les seuils de vente prévus par l'article L. 221-1 du code de l'énergie emportant assujettissement à l'obligation d'économies d'énergie doivent être fixés type d'énergie 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. Le pouvoir réglementaire peut, ainsi, tenir compte de la taille du marché concerné, c'est-à-dire, de la part qu'il représente dans le volume total des ventes d'énergie, toutes énergies confondues, et de sa structure, c'est-à-dire de la plus ou moins grande concentration des entreprises intervenant sur le marché. Parce que le GPL combustible ne représentait

qu'une faible partie du volume des ventes annuelles d'énergie en France, vous avez jugé que le seuil d'exonération propre à cette énergie pouvait être fixé à un niveau plus faible que pour les autres types d'énergies à usage domestique. Alors, par ailleurs, que la société Vitogaz faisait valoir que les obligations résultant de ce seuil faisaient peser des coûts excessifs sur les opérateurs de petite taille, vous avez écarté toute erreur manifeste d'appréciation du pouvoir réglementaire sur ce point.

Un an plus tard, vous vous êtes penchés sur la légalité du seuil applicable aux carburants automobiles autres que le GPL, qu'un décret du 29 mai 2018 avait abaissé de 7000 mètres cubes en 2018 à 1000 mètres cubes pour les années suivantes (7 juin 2019, Fioul 83 et Boudret SAS, n° 426516, inédit).

Vous vous êtes alors fondés sur les travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement⁵, qui a étendu le dispositif des CEE aux personnes mettant à la consommation des carburants, pour affirmer que l'intention du législateur était d'exempter des obligations d'économies d'énergie les opérateurs du secteur ne disposant pas d'une masse critique suffisante. Vous en avez déduit que l'abaissement du seuil applicable aux carburants automobiles était entaché d'erreur manifeste d'appréciation, dès lors qu'il avait pour effet d'assujettir des opérateurs représentant une part minimale du volume total mis à la consommation.

La société Plüm Energie soutient que cette dernière solution est transposable à l'espèce, l'abaissement des seuils propres à l'électricité et au gaz naturel ne touchant qu'un petit nombre d'opérateurs représentant une très faible part du marché.

Nous n'en sommes pas convaincue.

Il faut, d'abord, souligner que votre décision *Vitogaz* se borne à poser le principe d'une fixation des seuils type d'énergie par type d'énergie, afin que les principaux acteurs de chaque secteur soient soumis au dispositif des CEE. Cette exigence découle de la loi elle-même, qui invite à ne pas traiter uniformément toutes les sources d'énergie⁶. Ce mode de détermination était, également, celui préconisé par les travaux parlementaires de la loi POPE, qui invitaient les services ministériels à veiller à une répartition équitable des obligations d'économies d'énergie entre les acteurs, en prenant en compte leurs spécificités et leur part de marché⁷.

Cet objectif, guidé par la préoccupation d'éviter les distorsions de concurrence sur les différents marchés en cause, impose de ne pas fixer un seuil trop haut pour ne pas exclure d'acteur significatif au sein de chaque secteur concerné. S'agissant du GPL combustible par exemple, il était justifié que la société Vitogaz, quatrième acteur plus important du marché avec 6% de parts, soit soumise aux obligations d'économies d'énergie, au même titre que ses trois principaux concurrents, UGI, Butagaz et Primagaz.

⁵ Loi n° 2010-788.

⁶ Elle réservait, par exemple, jusqu'en 2019 un sort particulier au fioul domestique, en précisant que le seuil d'assujettissement au dispositif des CEE ne pouvait conduire à exclure plus 5% des ventes annuelles.

⁷ Rapport n° 15197 du 12 mai 2004 fait par M. Poignant au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale.

L'impératif d'adaptation aux caractéristiques du marché n'implique pas, en revanche, la fixation d'un seuil minimum, apprécié à proportion des ventes totales du secteur, et qui conduirait nécessairement à exclure les petits opérateurs représentant, ensemble, moins d'une certaine part de marché, exprimée en valeur relative. Votre décision Vitogaz l'illustre parfaitement : le seuil de 100 millions de kwh de pouvoir calorifique supérieur d'énergie finale conduit à assujettir au dispositif des CEE les acteurs du marché représentant, ensemble, plus de 99% des ventes annuelles de GPL combustible⁸.

Votre décision *Fioul 83 et Boudret SAS* pose, pour sa part, le principe d'une exemption des opérateurs ne disposant pas d'une « masse critique » suffisante. Une telle masse critique traduit la capacité de l'opérateur, en termes de moyens et de surface financière, à faire face aux obligations correspondant aux CEE et, symétriquement, l'utilité de l'assujettir, en termes d'économies réalisées, compte tenu de la charge pesant sur les services de l'Etat chargés de mettre en œuvre le dispositif. Elle doit donc s'apprécier en termes absolus, au regard du volume, exprimé en mètres cubes, en tonnes ou en kilowattheures d'énergie finale, et / ou de la valeur des ventes réalisés par l'opérateur. Elle ne saurait, en revanche, s'apprécier au regard de parts de marché exprimées en pourcentage, au risque, à défaut, de conduire à l'exemption d'un acteur mettant à la consommation un volume significatif d'énergie mais qui ne disposerait que d'une part modeste sur un « gros » marché, alors qu'un acteur réalisant un volume de ventes comparable sur un « petit » marché y serait, pour sa part, soumis.

C'est ce que traduit la référence, dans votre décision, aux travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 2010, qui a étendu le dispositif des certificats d'économies d'énergie aux personnes mettant à la consommation des carburants automobiles, et qui exclut de cette obligation les vendeurs de fioul domestique en dessous d'un certain niveau de ventes, alors que la loi POPE n'avait initialement pas prévu, pour ces derniers, de seuil d'assujettissement. Le législateur a, pour les carburants, fait peser l'obligation non pas sur les détaillants, trop nombreux, mais au niveau plus concentré de la mise à la consommation, les entreprises s'acquittant de la taxe intérieure sur les produits pétroliers étant présumées disposer d'une masse critique suffisante⁹. Pour le fioul domestique, il a cherché à limiter la charge administrative pesant sur les services de l'Etat, directement liée au nombre de demandeurs de CEE, étant précisé que, faute de seuil en première période, plus de 2000 opérateurs de ce secteur s'étaient retrouvés assujettis, qui ne contribuaient, ensemble, que très marginalement à l'objectif national d'économies d'énergie.

Plus radicalement, il y a aussi lieu, à notre sens, de replacer les travaux préparatoires des lois de 2005 et 2010 dans leur contexte. A cette époque, pourtant pas si lointaine, les économies d'énergie ne représentaient pas encore une priorité de politique publique aussi pressante qu'elles ne le sont aujourd'hui. Avec un objectif modeste d'économies de 54 TWh en première période, il était naturel que les obligations soient initialement concentrées sur les plus gros opérateurs énergétiques, au premier rang desquels EDF et GDF-Suez. Compte tenu de l'ampleur prise aujourd'hui par le dispositif, avec la bénédiction du législateur¹⁰, il est

⁸ Rapport précité du CGEDD, de l'IGF et du CGEIET de novembre 2020.

⁹ Etude d'impact (article 27 du projet de loi).

légitime que l'obligation soit plus largement répartie sur l'ensemble des acteurs du secteur de l'énergie. Un rapport conjoint du CGEDD, de l'IGF et du CGEIET publié en novembre 2020 relevait, à cet égard, qu'avec un coût de production des CEE désormais compris entre 3 et 4% des coûts de fourniture, les seuils étaient susceptibles de générer une distorsion de concurrence entre les distributeurs, les opérateurs exemptés disposant d'un avantage susceptible d'être répercuté dans leurs prix ou dans leur marge. En d'autres termes, l'enjeu dépasse, aujourd'hui, la simple compensation d'une charge administrative qui pèserait plus lourdement sur les « petits » que sur les « grands ».

Par ailleurs, la charge administrative pesant sur les services de l'Etat, et, par ricochet, sur les opérateurs, s'est notablement allégée en 2015 dès lors que pour accélérer la procédure dans un contexte de massification des demandes, le régime de contrôle *ex ante* a été remplacé par un régime essentiellement déclaratif accompagné d'un contrôle *ex post* sur un échantillon des opérations réalisées¹¹. Quant à la charge opérationnelle liée à la mise en œuvre concrète des actions d'économies d'énergie par les fournisseurs, elle ne peut qu'être relativisée, compte tenu de la faculté de faire appel à un délégataire, ou au marché, pour acquérir des CEE.

La censure du décret de 2019 abaissant le seuil applicable aux carburants automobiles de 7 000 à 1 000 mètres cubes doit ainsi être replacée dans son contexte. Cet ajustement avait pour effet d'assujettir 20 acteurs du marché supplémentaires représentant, ensemble, 0,13 % d'un marché de 54,7 millions de mètres cubes, c'est-à-dire des acteurs qui mettaient à la consommation des volumes de l'ordre de 3500 mètres cubes chacun. Vous avez estimé qu'il s'agissait d'opérateurs non significatifs représentant une part minime du volume total mis à la consommation, qu'il n'était pas justifié de soumettre au dispositif des économies d'énergie, au regard de la charge administrative induite par cet assujettissement.

Ces chiffres ne sont pas comparables à ceux qui sont en cause, aujourd'hui, s'agissant des secteurs de l'électricité et du gaz naturel. Selon les indications du ministre de l'énergie, l'abaissement du seuil dans le secteur de l'électricité conduit à faire entrer 16 nouveaux opérateurs dans le champ du dispositif, correspondant à 1,7% du marché, soit, selon nos calculs, environ 4,16 TWh de volumes de ventes. Pour le secteur du gaz naturel, l'abaissement du seuil conduit à l'assujettissement de 13 opérateurs supplémentaires représentant, ensemble, 1,1% du marché, soit environ 3,2 TWh. Ce qui est loin d'être négligeable, y compris lorsque l'on rapporte ces chiffres aux ventes de chacun des fournisseurs concernés.

¹⁰ L'objectif de réduction de 50% de la consommation énergétique finale en 2050 par rapport à 2012, est inscrit, depuis la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, au 2° de l'article L. 100-4 du code de l'énergie. Les priorités d'action pour atteindre cet objectif sont ensuite déclinées, par le pouvoir réglementaire, dans le cadre de la programmation pluriannuelle de l'énergie. La loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat prévoit que les objectifs de réduction de la consommation énergétique finale et notamment les objectifs de réduction de la consommation énergétique primaire fossile seront désormais directement déterminés, par périodes successives de cinq ans, par des lois de programmation sur l'énergie et le climat, dans la première doit être adoptée avant le 1^{er} juillet 2023.

¹¹ Par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015. Dans l'objectif de lutter contre la fraude, la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, a renforcé ce dispositif de contrôle.

En outre, l'abaissement du seuil applicable aux secteurs de l'électricité et du gaz naturel de 400 millions à 100 millions de kwh d'énergie finale conduit à aligner celui-ci avec le seuil propre au secteur du GPL combustible. Or vous avez jugé, dans votre décision *Vitogaz*, que la fixation d'un tel seuil ne traduisait aucune erreur manifeste d'appréciation, au regard, notamment, du coût d'acquisition des CEE pour les opérateurs concernés, dont la société faisait valoir qu'il pesait plus lourdement sur les « petits » fournisseurs. Si le seuil de 100 millions de kwh d'énergie finale vendue annuellement traduit l'existence d'une masse critique suffisante des opérateurs du secteur du GPL combustible, il en est, à notre sens, de même dans les secteurs de l'électricité et du gaz naturel, qui ne présentent pas, sur ce point, de spécificité.

Nous ajouterons que l'alignement du seuil entre ces trois types d'énergie paraît opportun, s'agissant d'énergies de chauffage qui sont partiellement substituables, même si chacune d'entre elle représente un marché distinct, au sens du droit de la concurrence. Si le législateur a admis, en 2005, un traitement différencié de chaque secteur, susceptible, le cas échéant, de générer certaines distorsions, il n'en demeure pas moins que leur élimination peut entrer en ligne de compte pour justifier une modification des seuils.

La société Plüm Energie reproche, par ailleurs, au ministre d'avoir illégalement fixé les seuils de manière qu'ils permettent de couvrir 50% des acteurs et 90% des mises à la consommation ou ventes des secteurs concernés, alors que de tels critères ne sont pas prévus par la loi. Ces objectifs, qui ont été avancés dans le document de concertation publié par le ministère préalablement à l'édiction du texte, ne sont, toutefois, pas gravés dans le marbre par le décret lui-même. Au demeurant, ils sont conformes aux principes consacrés par votre jurisprudence puisqu'ils traduisent la préoccupation d'inclure dans le champ du dispositif les principaux acteurs de chaque secteur couvrant un volume de ventes significatif.

La société requérante reproche, enfin, au ministre d'avoir justifié l'abaissement des seuils par le but de prévenir les stratégies de contournement de certains opérateurs, qui créeraient des filiales restant en-deçà du seuil pour échapper aux obligations d'économies d'énergie, alors qu'aucune manœuvre de ce type ne serait avérée parmi les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel. Si l'existence d'un tel risque a surtout été mentionnée, par les rapports des services d'inspection, à propos du secteur des carburants automobiles¹², il n'en demeure pas moins qu'il pourrait se matérialiser dans d'autres secteurs énergétiques. Le ministre indique qu'au cours des années 2018 à 2021, 16 autorisations administratives pour l'exercice d'une activité d'achat d'électricité en vue de la revente à des consommateurs finaux ont été accordées à des filiales alors que leur société mère bénéficiait déjà d'une autorisation, et que, parmi les 9 filiales pour lesquelles des données sont disponibles, 8 présentent des volumes de vente inférieurs à l'ancien seuil de 400 millions de kwh. C'est, notamment, le cas de la requérante, dont la filiale active sur le segment des consommateurs résidentiels réalise des ventes inférieures à 400 millions de kwh, alors que la filiale active sur le segment des entreprises et des collectivités le dépasse. Quant au secteur du gaz naturel, le ministre indique que 6 autorisations ont été accordées, sur la même période, à des filiales dont la société mère bénéficiait déjà d'une autorisation, et les 4 filiales pour lesquelles les données sont disponibles réalisent des ventes inférieures à l'ancien seuil de 400 millions de kwh. Quand

¹² Rapport précité du CGEDD, de l'IGF et du CGEJET de novembre 2020.

bien même les filiales n'auraient pas été créées dans ce but, le gouvernement pouvait légitimement regarder comme non souhaitable l'effet collatéral d'échappement aux obligations d'économies d'énergie au sein de groupes de sociétés.

Il pourrait, certes, être objecté que cet effet peut être éliminé par la fixation d'un seuil-franchise au niveau du groupe. Mais il n'est pas certain qu'une telle règle soit aisée à formuler, s'agissant, notamment, de la caractérisation des liens entre les différentes entités concernées. Et vous n'êtes pas juges du choix des moyens mis en œuvre par le pouvoir réglementaire pour atteindre les objectifs qu'il se fixe, l'abaissement du seuil-franchise étant une mesure adaptée, simple à mettre en œuvre et à vérifier.

Alors que le législateur, qui n'a entouré les modalités de fixation des seuils-franchises d'aucune condition expresse, a laissé une large marge de manœuvre au pouvoir réglementaire et que vous n'exercez, vous-mêmes, qu'un contrôle restreint sur ce point, les éléments du dossier nous conduisent à exclure toute erreur manifeste d'appréciation en l'espèce.

PCMNC au rejet de la requête.