

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 20 décembre 2023

Lecture du 4 janvier 2024

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteure publique

Dans le cadre du dispositif – bien connu de votre formation de jugement - des certificats d'économies d'énergie (CEE)¹, les pouvoirs publics ont lancé, en 2017, l'opération « Coup de pouce chauffage », pour encourager les ménages, et plus particulièrement ceux qui sont en situation de précarité énergétique, à rénover les moyens de chauffage de leur logement.

Ce mécanisme incitatif, prévu, pour ce qui concerne l'actuelle 5^e période couvrant les années 2022 à 2025, par les articles 3-4 et 3-6 de l'arrêté du 29 décembre 2014 relatif aux modalités d'application du dispositif des CEE, repose sur la « bonification » des certificats d'économie d'énergie délivrés aux fournisseurs qui s'engagent à verser une prime financière aux ménages éligibles ou à leurs bailleurs pour le remplacement d'équipements de chauffage anciens au profit d'installations plus performantes et moins polluantes.

Pour accélérer encore le remplacement des chaudières les plus émettrices de gaz à effet de serre, le ministre de la transition énergétique a instauré, par arrêté du 22 octobre 2022 modifiant celui de 2014, un bonus temporaire, le « coup de boost fioul », qui crée des incitations spécifiques pour le remplacement d'une chaudière au fioul par une pompe à chaleur, un système solaire combiné, une chaudière biomasse ou le raccordement à un réseau de chaleur alimenté majoritairement par des énergies renouvelables ou de récupération, et qui s'applique aux opérations engagées jusqu'au 30 juin 2023 et achevées, au plus tard, le 31 décembre de la même année (nouveau III bis de l'article 3-6 de l'arrêté de 2014, issu du III de l'article 1^{er} de l'arrêté en litige). Le même arrêté supprime, par ailleurs, de manière pérenne, la condition antérieurement appliquée pour obtenir le bénéfice du « coup de pouce chauffage », tenant au fait que l'équipement de chauffage remplacé devait être une chaudière autre qu'à condensation (par modification de l'article 3-4 de l'arrêté de 2014, issu du I et des IV à VII de l'arrêté en litige). Enfin, il crée une nouvelle bonification pour l'acquisition ou l'amélioration d'un système de gestion technique du bâtiment (nouvel article 3-4-1 de l'arrêté de 2014 issu du II de l'arrêté en litige).

¹ Institué par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

La Fédération française des combustibles, carburants et chauffages (FF3C), qui représente les entreprises de distribution d'énergies hors réseaux, vous demande, comme elle y a intérêt, de prononcer l'annulation de cet arrêté.

1. Vous pourrez réserver un sort particulier aux conclusions dirigées contre les dispositions, divisibles, du II de l'article 1^{er}, relatives à la création de la bonification pour mise en place d'un système de gestion technique du bâtiment², mécanisme qui ne cible pas le secteur du fioul. Elles ne font l'objet d'aucune contestation de légalité interne et il n'est pas non plus soutenu, à l'inverse des autres dispositions de l'acte attaqué, qu'elles auraient dû être soumises à la consultation du public, en application de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement.

Seuls trois moyens de légalité externe invoqués, de manière générale, contre l'arrêté dans son ensemble, peuvent être regardés comme opérants à l'encontre de ces dispositions.

Vous pourrez, d'abord, constater que les ministres chargés de l'économie et du budget ont bien été saisis pour avis sur cette nouvelle mesure, comme l'exige l'article R. 221-18 du code de l'énergie pour les textes portant sur la pondération du volume de CEE délivrés.

Vous pourrez, ensuite, constater que la convocation des membres du Conseil supérieur de l'énergie, appelés à émettre un avis sur le projet de texte, a été envoyée six jours francs avant sa réunion, en méconnaissance de l'article D. 142-27 du code de l'énergie, qui prévoit, en principe, un délai de quatorze jours, sans que le ministre ne justifie, par la seule invocation de l'approche de l'hiver, l'existence d'une situation d'urgence de nature à justifier la réduction du délai. Vous avez déjà reconnu l'opérance du moyen tiré d'un tel défaut d'urgence (11 mai 2015, Société Free, n°375482, inédit), qui est expressément invoqué en l'espèce. Toutefois, ce vice, qui n'a pas eu d'incidence sur l'avis émis, ainsi qu'en atteste, notamment, la formulation d'un amendement sur le texte proposé, est neutralisable en application de votre jurisprudence *D...*, le respect du délai de convocation d'un organisme consultatif ne constituant pas une garantie pour les intéressés (30 décembre 2015, Centre indépendant d'éducation de chiens d'aveugles e.a., n°382756, aux tables). Quant aux documents transmis en amont de la séance, ils étaient, contrairement à ce qui soutenu, suffisants pour permettre l'examen du texte.

Et vous, pourrez, enfin, écarter l'exception tirée de l'illégalité de l'article R. 221-18 du code de l'énergie, base légale de l'acte attaqué. Celui-ci confie au ministre chargé de l'énergie le soin d'arrêter les conditions dans lesquelles le volume des certificats d'économies d'énergie peut être pondéré en fonction de la nature des bénéficiaires des économies d'énergie, de la nature des actions d'économies d'énergie, des émissions de gaz à effet de serre évitées et de la situation énergétique de la zone géographique où les économies sont réalisées. Il est vrai que ce premier alinéa de l'article R. 221-18 n'apporte pas plus de précisions que celles qui sont déjà données à l'article L. 221-18 du même code, ce qui laisse au ministre une large capacité d'appréciation. Nous excluons, toutefois, d'y voir une subdélégation illégale. Nous ne pensons pas que l'on puisse reprocher à l'article réglementaire de ne pas avoir ajouté à la loi,

² Action relevant de la fiche standardisée BAR-TH-116.

alors que l'article législatif énumérait, lui-même, les critères de pondération à retenir, dont la multiplicité répond à celle des objectifs poursuivis par la législation des CEE. En outre, le deuxième alinéa de l'article R. 221-18 encadre, depuis 2021³, le pouvoir de modulation du ministre, en limitant l'émission du volume des CEE majorés à 25% du volume total des CEE émis au cours de la 5^e période du dispositif. Et nous relèverons qu'avant même l'introduction de cet encadrement, vous aviez, à l'occasion d'une précédente décision *FF3C* du 28 décembre 2020 (n° 428753, inédit), implicitement exclu l'existence d'une subdélégation illégale en vous abstenant de soulever d'office un tel moyen⁴.

Il en résulte qu'aucun des moyens soulevés ne peut conduire à l'annulation des dispositions du II de l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué.

2. Les autres moyens invoqués sont dirigés, à la fois contre les dispositions du III de l'article 1^{er}, qui institue le « coup de boost fioul » et contre celles du I et des IV à VII du même article, qui supprime la condition de remplacement d'une chaudière autre qu'à condensation pour obtenir le bénéfice du « coup de pouce chauffage ».

Nous vous proposons de faire droit au moyen tiré de l'absence de consultation du public, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement.

Le ministre, qui admet que cette consultation n'a pas eu lieu, soutient que les dispositions attaquées ne devaient pas y être soumises, faute d'avoir une incidence directe et significative sur l'environnement.

Pour apprécier ce critère, vous tenez compte de la finalité et de la portée du texte en cause (25 février 2019, *Association One Voice* et *M. X...*, n°s 419186, 422607, aux tables). Par une décision du 22 octobre 2018, *Union nationale des industries de carrière et matériaux de construction* (n° 408943, aux tables), vous avez accepté d'y faire entrer des mesures incitatives, s'agissant, en l'occurrence, d'un décret fixant le montant d'une redevance sur l'exploitation de substances non énergétiques en mer, qui instituait des coefficients de modulation pour inciter les opérateurs à adopter des pratiques limitant l'impact de leur activité sur les milieux marins.

Le caractère direct et significatif de l'incidence sur l'environnement est, dans ce cas, apprécié au regard de l'intensité de l'incitation mise en place : comme le soulignait J. Burguburu dans ses conclusions sur cette décision, pour ce type de mesure, la question de l'efficacité pourra toujours être discutée, de sorte que c'est au regard de son objectif et des incidences recherchées qu'il convient d'apprécier l'utilité de soumettre le projet à la consultation du public.

³ Décret n° 2021-712 du 3 juin 2021 relatif à la cinquième période du dispositif des certificats d'économies d'énergie.

⁴ Sur le caractère d'ordre public du moyen tiré de l'illégalité de la subdélégation sur le fondement de laquelle une disposition réglementaire a été prise : 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n° 320827, aux tables.

C'est ce qui explique, par exemple, que vous ayez exclu du champ de la consultation la création d'un label visant à promouvoir l'utilisation de matériaux bio-sourcés dans certains types de constructions nouvelles (22 septembre 2014, Syndicat français de l'industrie cimentière, n° 360394, aux tables sur un autre point), qui avait pour objet de favoriser la production de bois, ce dont il pouvait seulement être indirectement attendu une amélioration de la lutte contre la pollution atmosphérique. A l'inverse, vous avez retenu, dans votre décision *Société Gaz'up et autres* du 25 janvier 2023 (n° 465058, aux tables) l'incidence directe et significative sur l'environnement d'un arrêté modifiant la classification des véhicules pour l'attribution des certificats de qualité de l'air dont Ph. Ranquet expliquait qu'il était conçu pour avoir un effet incitatif sur les comportements d'acquisition de véhicules, le fait d'en favoriser certains dans le classement se répercutant nécessairement sur le niveau général des émissions de polluants.

En l'occurrence, les mesures en litige ont bien, par leur finalité, à savoir la décarbonation, une incidence directe sur l'environnement.

Reste à savoir si celle-ci peut être regardée comme significative.

Pour ce qui concerne le « coup de boost fioul », l'ampleur de la bonification de CEE accordée aux fournisseurs, et donc de l'incitation à promouvoir le remplacement des chaudières au fioul auprès des ménages, est important. Ses modalités sont fixées par le III *bis* de l'article 3-6 de l'arrêté du 29 décembre 2014, issu de l'arrêté attaqué. Pour le remplacement en faveur d'une pompe à chaleur⁵, d'un système solaire combiné⁶ ou d'une chaudière biomasse⁷, la bonification accordée est portée, s'agissant des ménages modestes, de 615.400 à 769.200 kWh cumac dès lors que la prime versée au bénéficiaire s'élève au moins à 5000 euros, et, pour les autres ménages, de 384.600 à 615.400 kWh cumac en cas de versement d'une prime d'au moins 4000 euros. Pour le raccordement à un réseau de chaleur⁸, la bonification accordée est portée, s'agissant des ménages modestes, de 107.700 à 153.800 kWh cumac en cas de versement d'une prime d'au moins 1000 euros, et, pour les autres ménages, de 69.200 à 138.500 kWh cumac en cas de versement d'une prime d'au moins 900 euros.

Le parc de chaudières susceptible d'être touché par la mesure est conséquent puisqu'à la date de l'arrêté attaqué, on comptait environ 3 millions de foyers équipés d'une chaudière au fioul, responsables d'émissions de l'ordre de 20 millions de tonnes de gaz à effet de serre par an sur les 58 millions de tonnes émises par les résidences des ménages français. Si la mesure ne présente qu'un caractère temporaire, le ministre avance, en défense, que l'objectif était de porter à 150.000 le nombre des chaudières au fioul remplacées au premier semestre 2023, soit 5% du parc, par comparaison aux 100.000 remplacements effectués au premier semestre 2021 et 71.000 au premier semestre 2022. L'objectif était certainement ambitieux, mais, pour les raisons déjà dites, il n'est pas possible, pour apprécier l'existence d'une obligation de consultation du public, de se fonder sur son caractère très optimiste, quand bien même les

⁵ Actions relevant des fiches standardisées BAR-TH-104 et BAR-TH-159.

⁶ Action relevant de la fiche standardisée BAR-TH-143.

⁷ Action relevant de la fiche standardisée BAR-TH-113.

⁸ Action relevant de la fiche standardisée BAR-TH-137.

chiffres communiqués dans le dernier mémoire du ministre ne font état, dans les faits, que de 88.800 remplacements effectivement opérés au cours de la période d'application du « coup de boost fioul ». Et même si l'on ne tient compte, comme il se doit, que de l'augmentation des opérations espérée, d'une année à l'autre, celle-ci étant seule représentative de l'effet propre au « coup de boost », hors incitation du régime de croisière du « coup de pouce », ceci représente un effet, pérenne, correspondant, environ, à 400 à 500.000 tonnes de CO₂ évitées annuellement, ce qui nous paraît, effectivement, significatif.

Par ailleurs, même si, les parties concentrant leurs arguments sur le « coup de boost fioul », vous ne disposez pas d'indications chiffrées quant aux incidences de la suppression de la condition de remplacement d'une chaudière autre qu'à condensation pour obtenir le bénéfice du « coup de pouce chauffage », nous pensons que cette mesure aurait dû, elle aussi, être soumise à la consultation du public. Elle comporte des effets de long terme puisqu'elle instaure une incitation financière nouvelle, et permanente, pour remplacer des équipements de chauffage fonctionnant avec des combustibles liquides, même performants, par des équipements utilisant des énergies renouvelables ou de récupération. Elle permet, par ailleurs, de renforcer significativement l'efficacité du « coup de boost fioul » en élargissant le parc des chaudières susceptibles d'en bénéficier.

Il y a donc bien, en l'espèce, irrégularité, et celle-ci n'est, s'agissant d'une garantie pour les personnes intéressées, pas « D...sable » (12 juillet 2019, Fédération nationale des chasseurs, n°424600, aux tables).

Ce moyen de légalité externe justifie donc l'annulation du I et des III à VII de l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué, étant précisé qu'il importe peu, en l'occurrence, que son incidence sur l'environnement soit bénéfique. L'article 7 de la Charte de l'environnement, pour la mise en œuvre duquel a été adopté l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, prévoit la participation du public à l'élaboration des « *décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* », qu'elles soient ou non favorables, et c'est bien ainsi que l'a interprété votre jurisprudence (v. par ex. Union nationale des industries de carrière et matériaux de construction, préc.).

2. Reste à déterminer s'il convient de limiter les effets dans le temps de votre décision d'annulation.

Outre la nature du moyen d'annulation que nous vous proposons de retenir (sur cette prise en compte : Section 25 février 2005 France Télécom n° 247866, au rec.), à l'effet paradoxal compte tenu de l'objectif de préservation de l'environnement poursuivi, doit entrer en ligne de compte le fait qu'aucun des autres moyens invoqués n'est susceptible d'être accueilli.

Nous avons déjà évoqué les autres moyens de légalité externe, identiques à ceux dirigés contre les dispositions du II de l'article 1^{er} de l'arrêté. Pour ce qui concerne la légalité interne, il est soutenu que la mesure « coup de boost » méconnaît le principe d'égalité en ce qu'elle porte exclusivement sur le remplacement des chaudières au fioul, à l'exception de celles au gaz et au charbon. Il est vrai que vous avez, sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation, annulé un précédent arrêté qui réservait la mesure « coup de pouce chauffage » au

remplacement des chaudières au fioul, à l'exclusion des chaudières utilisant des autres énergies fossiles (11 janvier 2019, FF3C, n° 418745, aux tables). Mais la mesure en litige s'analyse comme un « super bonus » temporaire, et non comme une mesure sélective permanente et le ministre présente, cette fois-ci, des arguments convaincants en sa faveur puisqu'il explique que les émissions de gaz à effet de serre des chaudières au fioul, y compris à condensation, sont plus importantes que ceux des chaudières au gaz – ce qui ressort, en effet, des chiffres officiels publiés par l'ADEME – et que le volume de remplacement des chaudières au charbon est négligeable. Cet argument de cohérence avec l'objectif poursuivi de décarbonation permet également d'écarter l'erreur manifeste d'appréciation et de justifier l'existence, et le caractère proportionné, de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. Précisons, sur ce point, que l'argument tiré de ce que la mesure nuirait au développement du biofioul, qui fait l'objet de lourds investissements par le secteur, s'écarte, comme l'explique le ministre, par l'objectif, inscrit dans la stratégie nationale bas-carbone, d'éliminer l'utilisation des combustibles liquides dans le bâtiment, les biofiouls ayant vocation à trouver leurs débouchés dans les secteurs de la mobilité lourde, de l'aérien et de l'industrie.

Une annulation « sèche » de l'arrêté attaqué emporterait, par ailleurs, des conséquences importantes pour les acteurs économiques concernés.

Il est certes constant qu'elle n'aurait que peu d'incidence sur les ménages ayant bénéficié d'une prime dans le cadre du dispositif du « coup de boost fioul ». En effet, pour justifier de leur rôle actif et incitatif ouvrant droit à la délivrance des certificats d'économie d'énergie, les opérateurs devaient, conformément aux dispositions de l'article R. 221-2 du code de l'énergie, s'engager contractuellement auprès des ménagers à leur verser les primes en cause avant de débiter les opérations de remplacement des chaudières. Quant à l'annulation des dispositions, permanentes, qui font entrer les chaudières à condensation dans le champ d'application du dispositif « coup de pouce chauffage », elle aurait pour seule conséquence de contrarier les plans des ménages ayant envisagé une opération de remplacement sans s'être encore engagés contractuellement.

En revanche, une annulation « sèche » affecterait significativement les intérêts des demandeurs de certificats d'économie d'énergie. Nous l'avons dit, 88.800 opérations ont été engagées dans le cadre du dispositif « coup de boost », représentant, selon les indications du ministre, un volume de CEE de 61,76 TWhc et un montant estimé de primes de plus de 400 millions d'euros. Seules 22,5% de ces opérations ont déjà donné lieu à une demande de délivrance de CEE, étant précisé que les personnes éligibles disposent d'un délai de douze mois pour déposer leur dossier. L'annulation entraînerait la possibilité, pour le ministre, de retirer les CEE délivrés depuis moins de quatre mois, et l'obligation de rejeter les demandes de délivrance déposées postérieurement à votre décision. L'enjeu financier n'est pas négligeable, même s'il ne porte que sur l'écart entre le volume de CEE auquel les opérateurs avaient droit en application du dispositif de droit commun du « coup de pouce chauffage » et le volume bonifié en application du « coup de boost ». S'y ajoutent des effets similaires pour ce qui concerne les opérations de remplacement des chaudières à condensation, pour lesquelles le ministre n'a communiqué aucun chiffre s'agissant des chaudières au gaz et des chaudières au fioul remplacées après la fin du « coup de boost ».

Les opérateurs concernés devront également faire face au risque de ne pas parvenir à atteindre leurs obligations d'économies d'énergie au cours de la 5^e période, qui s'achève en 2025, ce qui les exposerait au versement d'une pénalité financière à raison des certificats manquants en application de l'article L. 221-4 du code de l'énergie.

Certes, ces conséquences négatives sont susceptibles d'être réparées dans le cadre de litiges indemnitaires. Mais, outre le fait que ces actions représenteraient, pour les acteurs concernés, une charge non négligeable, l'annulation porterait une atteinte sérieuse à la confiance des agents économiques dans le fonctionnement du dispositif des CEE, dont on rappellera qu'il constitue le principal outil mis en place par les pouvoirs publics pour réduire le volume des gaz à effet de serre émis par les ménages et le secteur tertiaire. Et vous acceptez, pour l'application de la jurisprudence *AC !*, de tenir compte, non seulement des effets strictement juridiques que l'acte a produits lorsqu'il était en vigueur mais aussi des conséquences, plus générales, de la rétroactivité, par exemple sur les équilibres et le fonctionnement d'un secteur économique (28 novembre 2018, Fédération nationale des transports routiers, n° 410659, 410660, aux tables, justifiant la modulation au regard des risques manifestement très importants d'une annulation pour le fonctionnement du transport routier de marchandises).

Dans ces conditions, nous vous proposons de reconnaître l'existence de conséquences manifestement excessives justifiant que soient préservés les effets produits par les dispositions annulées, au titre des opérations engagées avant votre décision, ce qui préservera les droits des opérateurs qui se sont déjà engagés à verser des primes aux ménages en contrepartie du remplacement de chaudières au fioul ou à condensation, quand bien même les travaux ne seraient pas encore achevés ni la demande de délivrance de CEE déposée à cette date. Vous pourriez également cristalliser les effets de l'arrêté annulé jusqu'au 1^{er} avril 2024, afin de laisser au gouvernement le temps d'adopter un nouvel arrêté reprenant la suppression de l'exception concernant le remplacement des chaudières à condensation pour le bénéfice du « coup de pouce ».

Contrairement à ce que soutient la fédération, la mise en œuvre de vos pouvoirs de modulation ne constituera pas une rupture avec votre pratique jurisprudentielle antérieure : si vous n'en avez pas fait usage, à l'occasion des précédentes décisions d'annulation prononcées par vos chambres réunies, c'est parce que celles-ci étaient prononcées en tant qu'elles n'incluaient pas certaines opérations dans le champ d'application des mesures de bonification des CEE en cause (20 mars 2013, M. DD..., n° 347825, 347826 ; 10 janvier 2019, FF3C, n° 418745, préc.).

PCMNC à l'annulation des dispositions des I et III à VII de l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué, à ce que les effets de cet arrêté antérieur à l'annulation prononcée soient réputés définitifs, sous réserve des actions contentieuses engagées à cette date, et à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros à la FF3C au titre de l'article L. 761-1 du CJA.