



par Gaëlle Ezan, Avocat associé, Adamas

Réf. : CE 9° et 10° s-s-r., 20 mai 2015, n° 380 726, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A5584NIN)

Dans un arrêt rendu le 20 mai 2015, le Conseil d'Etat a précisé que l'objectif de promotion des énergies respectueuses de l'environnement poursuivi par le mécanisme de l'obligation d'achat n'implique pas que ce dispositif doive s'appliquer automatiquement à toute installation produisant de l'électricité en utilisant des énergies renouvelables ou à des installations n'utilisant que partiellement ces énergies. Le bénéfice de l'obligation d'achat peut être réservé aux installations recourant de manière prépondérante à celles-ci.

Afin de favoriser le développement de la production d'énergie de source renouvelable, la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, de modernisation du service public de l'électricité (N° Lexbase : L4327A3N), leur a réservé le bénéfice de l'obligation d'achat, instauré sous l'égide de la loi de nationalisation de 1946 pour l'ensemble des producteurs autonomes. Ce dispositif permet aux producteurs dont les installations répondent aux critères fixés de bénéficier d'un tarif d'achat d'électricité supérieur aux prix de marché, fixé par arrêté, dans le cadre d'un contrat automatiquement conclu par l'opérateur historique EDF ou les entreprises locales de distribution. Désormais codifié aux articles L. 314-1 (N° Lexbase : L6326IW9) et suivants du Code de l'énergie, ce mécanisme a alimenté un contentieux abondant (1).

Alors que l'actuel projet de loi de transition énergétique pour la croissance verte prévoit d'introduire un mécanisme alternatif de "complément de rémunération" (2), le Conseil d'Etat a été conduit à se prononcer, par l'arrêt rapporté,

sur la faculté pour le pouvoir réglementaire de réserver le bénéfice de l'obligation d'achat aux installations utilisant majoritairement une source d'énergie renouvelable.

Après avoir rappelé, sur la forme, que *"le refus d'engager la procédure d'abrogation de dispositions réglementaires adoptées après consultation préalable obligatoire d'un organisme n'implique pas une consultation de cet organisme"* (3), le Conseil d'Etat a examiné la requête au fond. En voici les aspects principaux.

I — Des "limites de puissance" aux "caractéristiques" des catégories d'installations éligibles

L'article L. 314-1 du Code de l'énergie énumère sept catégories d'installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat, parmi lesquelles *"les installations de production d'électricité qui utilisent des énergies renouvelables"* (2°). Pour celles-ci, la loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de *"[fixer] les limites de puissance installée des installations de production qui peuvent bénéficier de l'obligation d'achat"*, en précisant que *"ces limites, qui ne peuvent excéder 12 mégawatts, sont fixées pour chaque catégorie d'installation pouvant bénéficier de l'obligation d'achat sur un site de production"*.

Sur leur fondement, le Gouvernement a adopté le décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité (N° Lexbase : L14001EL). L'article 2 du décret définit ces catégories d'installations en visant notamment les *"installations, d'une puissance installée inférieure ou égale à 12 mégawatts, utilisant, à titre principal, l'énergie dégagée par la combustion ou l'explosion de matières non fossiles d'origine animale ou végétale"*. A son tour, il renvoie à un arrêté du ministre chargé de l'Energie la fixation des *"limites dans lesquelles ces installations peuvent utiliser une fraction d'énergie non renouvelable"*.

Ces limites ont été déterminées par un arrêté du 27 janvier 2011 (N° Lexbase : L7063184). Son annexe B définit les ressources admissibles pour le bénéfice de la prime tarifaire : elle précise notamment que *"tout approvisionnement, partiel ou intégral, en biomasse d'origine sylvicole [...] doit comporter, pour la part correspondante de l'approvisionnement, une proportion issue de [forêt, et par extension de haies, bosquets et arbres d'alignement] supérieure ou égale à 50 % [...]"*.

La requérante contestait la légalité de cette restriction qui conduit à exclure du bénéfice de la prime tarifaire son procédé de valorisation énergétique des pneumatiques par incinération, en ce qu'il ne comporte qu'une part de 40 % de biomasse, inférieure au seuil minimal de 50 % fixé par l'arrêté du 27 janvier 2011.

Elle soutenait l'incompétence du pouvoir réglementaire pour édicter une telle restriction, en ce qu'elle n'aurait été ni prévue, ni permise par les dispositions précitées de l'article L. 314-1 du Code de l'énergie, qui n'envisageait que l'instauration de *"limites de puissance"*.

C'était cependant omettre que la loi indique que ces limites doivent être fixées par *"catégories d'installations"*, dont elle invite, implicitement, le pouvoir réglementaire à préciser les caractéristiques. Selon les termes du Conseil d'Etat : *"pour déterminer ainsi les limites de puissance installée, ce décret pouvait préciser les caractéristiques de l'installation concernée"*.

Or, si l'exclusivité de la source de production est induite à l'égard des installations utilisant *"l'énergie hydraulique des cours d'eau"*, *"l'énergie mécanique du vent"* ou *"l'énergie radiative du soleil"*, les procédés de production d'énergie par biomasse posent naturellement la question du détail de leurs sources d'approvisionnement et de leur panache. En définissant ces sources et en introduisant un seuil minimal de sources renouvelables, le pouvoir réglementaire n'est donc pas allé au-delà de son habilitation légale.

II — L'obligation d'achat : un droit ni général, ni absolu

Le requérant soulevait, par ailleurs, que cette exigence méconnaissait l'objectif législatif et communautaire de promotion des énergies renouvelables, inscrit à l'article L. 121-1 du Code de l'énergie (N° Lexbase : L22731QA) et exprimé par la Directive 2009/28/CE du 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (N° Lexbase : L31351ET).

Le grief est cependant écarté en chacune de ses composantes par le Conseil d'Etat, énonçant que cet objectif *"n'implique pas que [le dispositif d'obligation d'achat] doive s'appliquer automatiquement ni à toute installation utilisant des énergies renouvelables ni à des installations n'utilisant que partiellement ces énergies"*.

Cette assertion vient rappeler que le droit à l'obligation d'achat n'est ni général, ni absolu. Une réalité douloureuse que la filière photovoltaïque avait apprise à ses dépens à l'occasion du moratoire instauré par le décret n°

2010-1510 du 9 décembre 2010, suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil (N° Lexbase : L8796IN4), en application de l'article L. 314-6 du Code de l'énergie (N° Lexbase : L2535IQX). Par une décision très attendue du 16 novembre 2011, "Société Ciel et Terre" (4), le Conseil d'Etat avait alors rejeté les nombreux recours dont il avait été saisi en écartant, notamment, les moyens tirés de la violation des principes de confiance légitime et de sécurité juridique.

III — Promotion des énergies renouvelables et principe d'égalité

Tout dispositif de soutien des énergies renouvelables instaure par définition une différence de traitement à l'avantage de celles-ci, justifiée par l'objectif de protection de l'environnement et de diminution des émissions de gaz à effet de serre. Ainsi qualifiées d'aides d'Etat par la Cour de justice de l'Union européenne (5), ces mesures doivent respecter les lignes directrices concernant les aides d'Etat à l'environnement adoptées par la Commission européenne le 9 avril 2014.

Les contours de cet avantage ne manquent donc pas d'être contestés par ceux qui y échappent, parfois à raison. Par un arrêt du 12 avril 2012 (6), le Conseil d'Etat a ainsi annulé l'arrêté tarifaire photovoltaïque du 12 janvier 2010, fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 (N° Lexbase : L2375IPN), en ce qu'il instaurait un tarif et régime spécifiques pour les installations situées sur un bâtiment à usage principal d'habitation, d'enseignement ou de santé, au motif que l'usage du bâtiment n'a, par lui-même, aucune incidence "sur la rentabilité prévisible des installations ou sur leur contribution aux objectifs légaux" d'amélioration de la qualité de l'air et de lutte contre l'effet de serre, notamment.

En l'occurrence, la société requérante estimait que l'exigence d'un approvisionnement majoritaire en biomasse méconnaissait le principe d'égalité en considérant qu'il n'y avait "aucune différence appréciable de situation" entre les installations consommant une part de biomasse supérieure ou inférieure au seuil de 50 %.

La critique est écartée par le Conseil d'Etat qui retient, lui, l'existence d'une différence de situation "en rapport avec l'objet de la loi, tenant aux caractéristiques des combustibles utilisés et à leur impact sur l'environnement". Il justifie, en conséquence, le traitement différencié qui leur est fait.

Si le Conseil d'Etat conclut en conséquence au rejet de la requête de la société requérante et entérine son inéligibilité au dispositif d'obligation d'achat instauré en faveur de la biomasse, celle-ci n'a pas tout perdu : par un arrêt du même jour (7), la Haute juridiction a fait droit à sa demande d'annulation de la décision implicite du Premier ministre refusant de prendre "un décret d'application du 6° de l'article L. 314-1 du Code de l'énergie" relatif "aux installations qui valorisent des énergies de récupération".

A l'heure actuelle, le décret du 6 décembre 2000 n'envisage que les installations utilisant l'énergie dégagée par la combustion ou l'explosion du gaz de mine (article 3-1). Cette disposition est jugée insuffisante pour le Conseil d'Etat, qui a enjoint au Premier ministre d'adopter un décret précisant les différentes catégories d'installations valorisant des énergies de récupération susceptibles de bénéficier de l'obligation d'achat, dans un délai d'un an. Gageons qu'un nouveau contentieux est à prévoir.

(1) Contentieux multiple portant notamment sur : la nature du contrat d'achat, jusqu'à l'intervention de la loi "Grenelle 2" (loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement N° Lexbase : L7066IMN) (T. conf., 13 décembre 2010, n° 3800 [LXB= A4565GPR]; T. confl., 5 mars 2012, n° 3843 N° Lexbase : A3393IEE); l'instauration d'un moratoire sur la filière photovoltaïque (CE 9° et 10° s-s-r., 16 novembre 2011, n° 344 972, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A9298HZE, p. 746); les modalités de fixation des tarifs (CE 9° et 10° s-s-r., 21 mai 2003, n° 237 466, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A1643B9Q, p. 690; CE 9° et 10° s-s-r., 12 avril 2012, n° 337 528, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A6131IWW, p. 555) ou de leur révision (CE 9° et 10° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343 389, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A1572GQB, p. 761).

(2) Article 23 du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte. Ce nouveau dispositif fait suite à la qualification de l'actuel régime de soutien aux filières de production d'électricité renouvelable en aide d'Etat (CE 9° et 10° s-s-r., 28 mai 2014, n° 324 852, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A6321MPS) et aux nouvelles lignes directrices concernant les aides d'Etat à l'environnement adoptées par la Commission européenne le 9 avril 2014 et visant à l'introduction progressive de mécanismes fondés sur le marché.

(3) Voir en ce sens : CE 4° et 5° s-s-r., 23 décembre 2014, n° 375 639, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A8064M88) (sur l'organisation du temps scolaire dans les écoles maternelles et élémentaires).

(4) CE 9° et 10° s-s-r., 16 novembre 2011, n° 344 972, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc..

(5) Sur le financement par la CSPE de l'obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne : CJUE 19 décembre 2013, aff. C-262/12 (N° [Lexbase : A8082KRR](#)).

(6) CE 9° et 10° s-s-r., 12 avril 2012, n° 337 528, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc..