



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen comparé

Dirigé par Louis Vogel

2010

***Energies renouvelables : comparaison
entre le droit des Etats-Unis et de l'Union
européenne***

Claire Febvre

Sous la direction de Claude Blumann

ENERGIES RENOUVELABLES :
COMPARAISON ENTRE LE DROIT
DES ETATS-UNIS ET DE L'UNION
EUROPEENNE

Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur le Professeur Claude Blumann.

Febvre Claire

Séjour de recherche effectué à Yale University, Connecticut, USA

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

RESUME

Le thème de ce mémoire est la comparaison entre le droit relatif aux énergies renouvelables de l'Union européenne et des Etats-Unis.

Les appels à la consolidation des positions mondiales en vue d'accords mondiaux sur l'environnement, ainsi que la similarité des missions assignées aux énergies renouvelables au niveau politique (préservation de l'environnement, croissance économique, indépendance énergétique) justifient en plus de l'intérêt théorique de la comparaison, un intérêt pratique qui dépasse la différence de nature de ces deux organisations d'Etats (Etat fédéral d'une part, entité sui generis d'autre part). C'est ce que s'attache à démontrer l'introduction, après avoir rappelé la définition à la fois scientifique et juridique de l'expression « énergies renouvelables », qui pose déjà plusieurs questions de droit.

La première partie du mémoire consiste à analyser les structures de formation du droit communautaire et des Etats-Unis en vue d'étudier le contenu substantiel du droit des énergies renouvelables, qui est l'objet de la deuxième partie.

En effet, la distribution des pouvoirs et des fonctions entre les Etats et les institutions issues de leurs unions respectives contribue à expliquer pourquoi et comment le droit s'attache à résoudre certaines questions juridiques ayant trait aux énergies renouvelables. Cette analyse doit être complétée par une réflexion sur la philosophie qui préside à l'élaboration des normes, notamment l'analyse économique du droit et sur la description des sources à l'origine de cette élaboration.

La deuxième partie détaille le contenu du droit de l'Union européenne et des Etats-Unis compte tenu de la finalité dont il semble être investi dans les deux cas, à savoir la promotion rationalisée des énergies renouvelables, c'est-à-dire la contribution à leur développement dans le respect d'autres normes, notamment environnementales. Cette étude adossée à l'analyse formelle effectuée en première partie permet d'examiner les différences de moyens mis en œuvre dans ce but, oscillant entre stimulation financière et assouplissement du cadre administratif, entre instruments flexibles de marché et nécessité de restrictions plus autoritaires.

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma gratitude.

Je remercie Monsieur le Professeur Blumann, directeur de ce mémoire, pour sa disponibilité et ses conseils.

Je souhaite également adresser ma reconnaissance aux enseignants du Master II de recherche de droit européen comparé et à M. Vogel pour avoir alimenté ma réflexion lors de leurs interventions, ainsi qu'à Madame Le Saux et au personnel de la bibliothèque de Yale pour leur assistance dynamique et chaleureuse.

Merci enfin à ma famille et mes amis pour leur soutien.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
A) UNE DEFINITION AUX CONTOURS INCERTAINS	5
1) SOURCES RENOUVELABLES D'ENERGIE : UN CRITERE DE REGENERATION PARFOIS GALVAUDE	6
§1 Des listes d'énergies renouvelables à géométrie variable	6
§2 Les cas polémiques	9
2) LES USAGES DE L'ENERGIE PRODUITE A PARTIR DE SOURCES RENOUVELABLES	11
§1 Le statut juridique de l'énergie issue de sources renouvelables	11
§2 La notion d'efficacité énergétique	12
B) VARIATIONS AUTOUR DU « MODELE » ENERGETIQUE OCCIDENTAL	14
1) DES PRIORITES GEOSTRATEGIQUES DIVERGENTES	14
§1 Des objectifs politiques similaires, une hiérarchie différente	14
§2 L'influence du contexte géographique	16
2) INTERET D'UNE ETUDE DE DROIT COMPARE	21
§1 Nature juridique des objets de la comparaison : intérêt théorique	21
§2 Utilité pratique	22
<u>L'INFLUENCE DE LA FORMATION DU DROIT ... (PREMIERE PARTIE)</u>	<u>24</u>
A) LA DISTRIBUTION VERTICALE DU DROIT DES ENERGIES RENOUVELABLES	24
1) LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE FEDERALE OU COMMUNAUTAIRE POUR LA PROMOTION DES ENERGIES RENOUVELABLES	24
§1 Une compétence non attribuée de manière stricte	24
§2 La justification d'une intervention	26
2) LA REPARTITION DUALE DES MOYENS STRUCTURANT L'ACTIVITE ENERGETIQUE	29
§1 Energies de réseau : l'exemple de l'organisation de la fourniture d'électricité	30
§2 L'utilisation fractionnée du concept de propriété	32
B) LA MISE EN FORME HORIZONTALE DU DROIT	33
1) UNE VISION UTILITARISTE DU DROIT ?	34
§1 L'adaptation de la théorie de « Law and Economics » aux énergies renouvelables	34
§2 L'influence de la théorie de Law and Economics	37
2) DES SOURCES REVELATRICES DE L'EVOLUTION DES TRADITIONS JURIDIQUES	38
§1 Les conséquences de la distribution droit écrit/oral sur les énergies renouvelables	39
§2 Les différentes sources d'un droit de même nature	42
<u>... SUR LA REGLEMENTATION SUBSTANTIELLE DES ENERGIES RENOUVELABLES (DEUXIEME PARTIE)</u>	<u>57</u>
A) PROMOTION DES ENERGIES RENOUVELABLES : UN INTERVENTIONNISME ECONOMIQUEMENT JUSTIFIE	57
1) UN CADRE ADMINISTRATIF EUROPEEN FAVORABLE	57
§1 La planification d'objectifs quantitatifs	58
§2 Des procédures qualitatives auxiliaires	64
2) UN SOUTIEN FINANCIER AMERICAIN PLUS ABONDANT	79
§1 Aides financières à la recherche	80
§2 Financement du déploiement « à grande échelle »	80
B) LA RATIONALISATION DU DEVELOPPEMENT DES ENERGIES RENOUVELABLES : L'INSUFFISANCE DU MARCHE	84
1) UN BALISAGE ECONOMIQUE INATTENDU	85
§1 L'utilisation asymétrique des instruments de marché	85
§2 L'encadrement juridique timide des faiblesses du marché	88
2) DES MOYENS SOCIO-ECOLOGIQUES EVOLUTIFS	90
§1 Gérer l'exploitation des ressources par la propriété privée	90
§2 L'édiction partagée de règles environnementales globales	91
CONCLUSION	96

Introduction

Les dégâts sans précédent de la marée noire du Golfe du Mexique à partir d'avril 2010 ont de nouveau suscité la colère des citoyens envers l'industrie pétrolière. Un argument supplémentaire selon les défenseurs des énergies renouvelables pour rappeler l'urgence de modifier le profil de consommation énergétique des pays industrialisés.

Bien qu'elles recouvrent une multitude de sources aux potentiels variés, les énergies renouvelables se trouvent en effet au cœur de déclarations politiques liées aux objectifs environnementaux, économiques et géostratégiques actuels des Etats-Unis comme de l'Union européenne. Les mêmes résolutions politiques ne se sont pourtant pas concrétisées dans le passé, semble-t-il à cause d'un manque de constance relayé par l'absence de mesures impératives soutenant l'intégration sociale des énergies renouvelables. Une étude juridique comparée entre les Etats-Unis et l'Union européenne permet de déterminer si le droit est à même de faire aboutir ces projets aujourd'hui, en se demandant pourquoi et comment il peut jouer un rôle sur le long terme.

Le premier choc pétrolier, en 1973, a précipité la volonté des Etats occidentaux de diversifier leurs approvisionnements en énergie, au-delà du domaine des carburants de transport, en stimulant le développement du nucléaire et l'intérêt pour des sources de remplacement plus ou moins anciennes telles que le solaire ou l'éolien. L'exemple du four solaire d'Odeillo construit en France dès 1969 révèle que la recherche n'a pas attendu les crises des années 70 pour trouver des alternatives au modèle énergétique en vigueur depuis la révolution industrielle, c'est-à-dire celui fondé sur le charbon et les hydrocarbures. Néanmoins les bénéfices d'une généralisation et d'une rationalisation de ces énergies « renouvelables », appelant une intervention du droit, sont apparus plus tardivement.

L'émergence de l'expression « énergies renouvelables » est elle-même difficile à dater mais paraît se situer au tournant de la décennie 1970-1980, comme en témoigne la création de « l'Observatoire des énergies renouvelables » (association française d'intérêt général) en 1979. La formule est employée à présent couramment, y compris dans les sources normatives. 304 textes de droit dérivé et décisions de justice européennes y font référence en juin 2010, le point d'orgue étant la directive 2009/28/CE, du 23 avril 2009 sur la promotion des énergies renouvelables qui entend porter à 20% la part de ces dernières dans la consommation finale d'énergie de l'Union européenne. De l'autre côté de l'Atlantique, 315 projets de lois y ont été consacrés lors de la 110^e session du congrès des Etats-Unis, entre 2007 et 2009. Il convient toutefois de noter qu'une frénésie similaire s'était emparée du législateur fédéral au début des années 80, pour s'essouffler ensuite, en raison de la baisse des prix du pétrole entre autres, et faute de véritable mise en œuvre de la loi.

Bien que le problème semble se poser de manière plus évidente là-bas, les énergies renouvelables soulèvent donc la question du lien entre vœu politique (c'est-à-dire le domaine de la « policy ») et droit positif, y compris dans le cas de l'Union européenne. La définition du rôle social du droit est par là même concernée

A) Une définition aux contours incertains

La pluralité des énergies renouvelables s'exprime à deux niveaux. Premièrement, il existe plusieurs sources « inépuisables » ou du moins possédant une capacité de régénération

plus rapide que leur utilisation : mouvement terrestre, vent, soleil etc. Certaines d'entre elles sont employées depuis longtemps, à l'instar du bois, d'autres ont été découvertes plus récemment (géothermie, hydrothermie)... Deuxièmement, les possibilités de transformation de ces sources en énergie utile aux activités humaines sont variées (chauffage domestique, réfrigération industrielle, cuisson de la nourriture, électricité alimentant les ordinateurs, les véhicules, carburants etc). Le terme anglais « renewable energy » reflète également cette diversité, non pas par la marque du pluriel, mais par le caractère indénombrable du mot energy : l'énergie ne se produit pas ex nihilo, elle ne fait que se transformer, d'où des potentiels multiples, posant des problèmes juridiques distincts.

1) Sources renouvelables d'énergie : un critère de régénération parfois galvaudé

Préoccupations de développement durable obligent depuis la publication du rapport Brundtland en 1987, le terme énergies renouvelables est aujourd'hui préféré aux expressions « énergies alternatives » ou « énergies nouvelles et renouvelables ». Focalisée sur le critère de régénération, la terminologie actuelle recouvre plusieurs types de sources d'énergie qui ne coïncident pas exactement avec les vocables précédents, plus axés sur la diversification des sources (optique de sécurité énergétique) ou sur l'innovation technologique.

Il est d'usage de définir les énergies renouvelables par opposition aux énergies fossiles que sont le pétrole, le charbon ou le gaz, et dont la formation naturelle requiert plusieurs milliers d'années. Cependant l'établissement de listes d'énergies renouvelables est courant aux Etats-Unis comme en Europe, mais dont le caractère à la fois impératif et exhaustif est contesté.

§1 Des listes d'énergies renouvelables à géométrie variable

L'article 2 de la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables énumère sans équivoque qu'une « énergie produite à partir de sources renouvelables »: est « une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir: énergie éolienne, solaire, aérothermique, géothermique, hydrothermique, marine et hydroélectrique, biomasse, gaz de décharge, gaz des stations d'épuration d'eaux usées et biogaz ». Cette rédaction semble rejeter la possibilité d'inclure d'autres sources alternatives.

La Commission européenne n'a pas jugé nécessaire de définir l'énergie éolienne ni l'énergie solaire.

On peut toutefois rappeler, en simplifiant, que *les éoliennes* sont des sortes de moulins situées sur terre ou en mer et qui utilisent le vent comme énergie, principalement pour pomper de l'eau ou produire de l'électricité en faisant tourner un générateur. Les éoliennes ont l'avantage de n'émettre aucun gaz à effet de serre. Leurs inconvénients, outre l'intermittence et le degré de déperdition de l'énergie de départ, sont leur impact sur le paysage, le bruit, le risque que des oiseaux se fassent piéger dans les pâles, et la diffusion d'ondes électromagnétiques. Cette dernière caractéristique est gênante pour les radars par exemple et provoque des débats contradictoires concernant leurs effets sur la santé. Fin 2008, 55% du parc éolien se situait en Europe et 23% en Amérique du Nord. Les Etats-Unis, notamment la Californie, ont été

pionniers en la matière et se classent toujours en tête du palmarès par pays avec 25 100 MW de puissance électrique éolienne installée¹.

L'énergie solaire se caractérise par la chaleur et la lumière. La chaleur peut être utilisée directement pour chauffer des bâtiments, de l'eau au moyen de capteurs, pour sécher des fourrages ou dans des installations de climatisation solaire. La chaleur solaire, comme n'importe quel type de chaleur peut aussi être convertie en énergie mécanique puis en électricité dans des centrales électriques thermiques. Le soleil permet également de générer de l'électricité par son rayonnement grâce à l'effet photovoltaïque. Les équipements peuvent néanmoins poser des problèmes de toxicité des matériaux utilisés.

D'autres énergies moins connues, quoique parfois plus utilisées, sont elles définies précisément dans la directive.

L'énergie **aérothermique** est l'énergie « emmagasinée sous forme de chaleur dans l'air ambiant ».

L'énergie **géothermique** est l'énergie « emmagasinée sous forme de chaleur sous la surface de la terre solide » selon la directive. Il s'agit d'exploiter la chaleur du sous-sol de la Terre, à une vitesse permettant son renouvellement régulier. L'eau chaude extraite sert au chauffage et au séchage tandis que les gisements de vapeur ou d'eau chaude sous pression dans les endroits atteignant des températures plus élevées servent à produire de l'électricité. La géothermie ne dégage pas de CO₂ mais des précautions doivent être prises lors de l'exploitation, pour éviter que d'autres composantes polluent l'atmosphère ou les cours d'eau.

L'énergie **hydrothermique** est l'énergie « emmagasinée sous forme de chaleur dans les eaux de surface ».

L'énergie marine peut couvrir celle des vagues et des marées (centrales marémotrices hydroélectriques).

L'énergie **hydroélectrique** est l'électricité produite grâce à l'énergie des fleuves et des rivières au moment d'une chute d'eau entraînant la rotation de turbines. Même si le débit est irrégulier, l'avantage des cours d'eau par rapport à d'autres sources d'énergie exploitables de manière intermittente est que l'eau peut être stockée dans des réservoirs. La réglementation des installations hydroélectriques doit prendre en compte la sécurité au niveau des barrages et leurs effets sur la biodiversité, entre autres à cause d'une modification de la qualité de l'eau, (risque de noyade de certaines espèces animales et végétales ; prolifération d'espèces indésirables). Les petites centrales hydroélectriques, utilisées localement, subissent l'intermittence du débit mais évitent ces inconvénients environnementaux.

On peut remarquer à ce sujet que la plupart des manuels et textes de lois américains ne comptabilisent pas l'hydroélectricité comme une énergie renouvelable en tant que telle: soit ils en font une catégorie à part, soit ils n'y incluent que la « petite hydroélectricité ».

La **biomasse**, elle désigne selon la directive « la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture (y compris les substances végétales et animales), de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et

¹ Source: Que sais-je "Les énergies renouvelables", Jacques Vernier, éditions PUF 2010

municipaux. » Le produit typique de cette catégorie est le bois utilisé comme combustible mais on y trouve également les végétaux à l'origine de bioliquides comme les biocarburants, tels que la betterave ou le colza.

En outre, la directive européenne 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables inclut parmi elles *les déchets* à deux titres: d'une part en intégrant certains d'entre eux dans la biomasse et d'autre part en se référant aux gaz de décharge, gaz de stations d'épuration des eaux usées et au biogaz. Certains déchets peuvent en effet être incinérés de manière à être éliminés et par la même occasion produire de la chaleur, de l'électricité ou les deux (cogénération). Les déchets végétaux et animaux entrent dans la catégorie de la biomasse selon la classification de la Commission européenne. Celle-ci range à part les déchets qui peuvent produire du gaz par fermentation. Ce gaz peut alors être valorisé sous forme d'énergie, c'est-à-dire conditionné de manière plus ou moins coûteuse pour créer de la chaleur, de l'électricité, les deux ensemble, ou du carburant pour les véhicules. Dans tous les cas, les déchets qui peuvent être considérés comme sources renouvelables d'énergie sont vraisemblablement déterminés de manière limitative.

La liste européenne est très proche de celle retenue dans le projet de loi American Clean Energy and Security de 2009, dit projet Waxman-Markey. Approuvé par la Chambre des Représentants, et après avoir fait grand bruit, le texte semble cependant perdu aujourd'hui dans les méandres du Sénat en raison de la pléthore de projets concurrents et surtout de sa très polémique proposition phare : instaurer un système de « cap and trade » fédéral sur les émissions de gaz à effet de serre². En dehors de cet objectif susceptible certes de promouvoir indirectement l'utilisation des énergies renouvelables (voir infra), une définition claire avait pourtant le mérite de figurer dès les premières pages du texte.

L'intérêt d'une liste fixe n'est pas tant la clarté qu'une garantie que le critère de renouvelabilité entouré de ses connotations, notamment environnementales, n'est pas détourné.

En effet, en l'absence d'une définition contraignante, les lois américaines définissent les énergies renouvelables au gré de leurs motivations. L'Energy Improvement and Extension Act de 2008 en fournit l'exemple le plus flagrant puisque sa formulation aboutit à inclure dans le champ des énergies renouvelables des dérivés du... charbon ! Sous-division d'une loi adoptée en réponse à la crise économique liée aux subprimes (Stabilization Act), l'objectif principal du texte est de stimuler l'économie par des crédits d'impôts en tout genre, spécialement dans le domaine des énergies renouvelables. La section 108 de la loi considère donc les carburants issus de l'industrie de l'acier comme une énergie renouvelable, ces carburants étant définis comme le produit d'une liquéfaction des déchets charbonneux. Même si cet amalgame a relativement peu d'impact, puisqu'il se cantonne précisément à une seule loi, on peut regretter un manque de cohérence qui empêche que le droit joue un rôle de signal social quant aux avantages et aux inconvénients des énergies renouvelables³. Mais le fait que les Etats-Unis soient le premier producteur de charbon au monde et possèdent des réserves considérables n'est sans doute pas étranger à cette curieuse combinaison (voir infra).

² NY Times, « Cap and Trade Loses Its Standing as Energy Policy of Choice », 26/03/2010

³ En 2002, une entreprise contribuable s'était d'ailleurs plaint qu'un crédit d'impôt destiné aux énergies renouvelables ne soit pas appliqué à ses activités de production d'énergie à partir d'un débris de charbon. La cour fédérale d'appel du 3^e circuit chargée de l'affaire avait tout de même donné raison au service d'impôts (Gilbertson v USA, affaire n° 02-1783 non publiée).

§2 Les cas polémiques

On a vu que le critère de durabilité côtoyait de près celui de renouvelabilité, au point que la dénomination « énergie renouvelable » s'apprécie au stade des caractéristiques des sources elles-mêmes mais aussi au stade de l'usage que l'on en fait. Ainsi des sources d'énergie qui peuvent être qualifiées d'alternatives, par rapport aux hydrocarbures, ne sont pas forcément renouvelables (hydrogène, nucléaire), ou le sont uniquement si elles respectent des conditions strictes d'exploitation (biomasse destinée aux biocarburants).

L'exclusion du nucléaire et de l'hydrogène

L'hydrogène est l'élément le plus universellement répandu : il représente 75% de la masse de l'univers et 70% de la surface terrestre. Ses qualités de carburant ont été redécouvertes à partir du premier choc pétrolier en 1973 et la possibilité de le substituer au pétrole a suscité de nombreux espoirs industriels⁴. L'hydrogène n'est cependant pas considéré comme une énergie renouvelable dans la plupart des textes juridiques européens et américains. En effet on le trouve rarement à l'état pur et son isolement (notamment par électrolyse) requiert des quantités d'énergie considérables. Même si sa combustion n'est pas censée produire de CO₂, les opérations d'amont risquent de neutraliser voire d'inverser les effets positifs. On peut toutefois établir un lien avec les énergies renouvelables dans la mesure où elles peuvent être utilisées lors de l'électrolyse.

Preuve si nécessaire qu'un faible niveau d'émissions de CO₂ ne présume pas le caractère renouvelable d'une source d'énergie, le nucléaire, utilisé surtout pour produire de l'électricité grâce à la fission ou la fusion de noyaux atomiques comme l'uranium enrichi, est également exclu des listes. D'une part l'agence internationale de l'énergie atomique (IAEA) a évalué⁵ en 2006 que les ressources en uranium conventionnel pourraient durer 85 ans en prenant le niveau de demande de 2004 comme référence, alors que l'OCDE-AEN évalue cette durée à 300 ans. Bien que l'IAEA estime par ailleurs que des réacteurs particulièrement performants permettraient de reporter ce seuil à plus de 2500 ans, le nucléaire n'est donc généralement pas considéré comme une énergie renouvelable par la loi, en l'état actuel des choses (Aux États-Unis, il faut tout de même noter que l'Ohio échappe à cette généralisation puisque son Renewable Portfolio Standard classe le nucléaire dans les énergies renouvelables). D'autre part son caractère durable, dans un sens plus large, est contesté au regard essentiellement des risques d'accident et de la longévité des « déchets » nocifs issus de l'industrie électronucléaire⁶.

L'intégration conditionnelle des produits de la biomasse

Les biocarburants sont les carburants issus de la biomasse telle que définie ci-dessus. Pour simplifier, ils recouvrent essentiellement les bioéthanol et les biodiesels. Il est généralement admis qu'ils peuvent être mélangés aux carburants habituels sans endommager le moteur des véhicules, à condition de ne pas dépasser un certain seuil qui varie selon les États (jusqu'à 25% au Brésil). Les mélanges à 5% d'éthanol (E5) sont ainsi tolérés la plupart du temps, du moins pour les véhicules récents. Au-delà de ces seuils, par exemple pour les mélanges à 85% d'éthanol (E85), il faut des moteurs adaptés, dits polycarburants. Les végétaux riches en sucre (betterave, canne à sucre ...) peuvent être transformés en bioéthanol tandis que la

⁴ L'Economie hydrogène, Jeremy Rifkin, édition La découverte, 2002

⁵ www.iaea.org/NewsCenter/News/2006/uranium_resources.html

⁶ <http://www.actualites-news-environnement.com/16473-nucleaire-energie-renouvelable.html>

composition du biodiesel repose habituellement sur des huiles végétales obtenues à partir de graines oléagineuses (colza, soja ...). Le reproche adressé à ces biocarburants dits de « première génération » est de recourir à des denrées utiles pour l'alimentation. Des biocarburants de deuxième ou troisième génération, produits à partir de substances non alimentaires (déchets comme le vieux papier ou les huiles usagées ; algues) sont donc développés.

Depuis la résolution du Conseil européen de Cardiff du 8 juin 1998, l'UE a approuvé la promotion des biocarburants. L'objectif s'inscrit dans le développement des énergies renouvelables, la limitation des émissions de CO₂ et la réduction de la dépendance au pétrole. Le Conseil européen de Göteborg en 2001 intègre les biocarburants dans la politique de développement durable, ce qui est confirmé par le livre blanc de la même année sur « la politique européenne des transports à l'horizon 2010 ». La directive 2003/30/CE est l'acte juridique principal de cette politique. La nouveauté de la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables est de relier biocarburants et énergies renouvelables de manière nette. En abrogeant au 1^{er} janvier 2012 les directives 2001/77/CE sur la production d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables et 2003/30/CE, elle ne limite plus les énergies renouvelables à l'électricité, puisqu'elle intègre le froid et la chaleur, mais aussi les biocarburants. Cela permet leur contribution aux quotas ambitieux de consommation d'énergies renouvelables, qui sont la mesure phare de l'acte (cf infra). Mais les biocarburants ne peuvent être considérés comme des énergies renouvelables que s'ils respectent certaines conditions, prenant en compte notamment la quantité d'énergies fossiles qu'il a fallu pour cultiver leur matière première.

En outre, la menace d'une modification des cultures agricoles afin de produire davantage de biocarburants pesant sur la sécurité et les prix des denrées alimentaires ainsi que sur la qualité des sols et la déforestation a conduit la Commission européenne à rédiger, en 2008, un rapport pour vérifier l'impact des changements d'utilisation des sols. La directive 2009/28/CE insiste ainsi sur la définition de critères de durabilité à respecter afin de comptabiliser les biocarburants dans les quotas de consommation des énergies renouvelables (articles 17 à 21). La Commission européenne a finalement précisé ses lignes directrices en juin 2010 dans deux communications et une décision, disposant que pour être considérés comme durables, les biocarburants devront être 35% moins polluants que des carburants classiques. En outre, pour être pris en compte, ils ne devraient pas être produits à partir de matières premières extraites de forêts tropicales ou de zones récemment déboisées, ce qui a trait à la protection des sols situés notamment en Amérique du sud. Cela participe du volet extérieur de la politique d'énergies renouvelables (cf infra).

En résumé, il existe un certain consensus, sinon juridique du moins scientifique, sur la composition de la liste des énergies renouvelables, leur trait commun étant leur relative capacité de régénération. En dehors de cela, leur principal avantage est d'avoir un impact environnemental ciblé : la plupart des énergies renouvelables émettent peu de gaz à effet de serre mais elles soulèvent d'autres problèmes écologiques. Leur caractère intermittent, en tout cas en ce qui concerne le soleil et le vent soulève également certaines difficultés et fait intervenir l'idée de mise en réseau. L'arbitrage entre ces aspects positifs et négatifs dépend de leur valorisation par rapport à des objectifs sociaux et politiques temporaires, à considérer en fonction des usages possibles des énergies renouvelables.

2) Les usages de l'énergie produite à partir de sources renouvelables

L'énergie issue de diverses sources, renouvelables ou non, doit souvent être convertie afin d'être utilisable pour les activités humaines. On distingue ainsi les sources d'énergie primaire, c'est-à-dire des formes d'énergie disponibles dans la nature avant toute transformation, des sources d'énergie secondaires. L'énergie secondaire est elle-même transformée en énergie finale au stade de l'utilisation. Au niveau de l'utilisateur, les formes d'énergie sont plus ou moins substituables. Ainsi l'électricité qui arrive dans un foyer alimentera le congélateur, l'ordinateur, la machine à laver etc. Comme évoqué ci-dessus, l'intérêt d'une source d'énergie décroît si elle nécessite de nombreuses transformations requérant elles-mêmes des dépenses considérables en amont.

§1 Le statut juridique de l'énergie issue de sources renouvelables

Les différentes formes d'énergie secondaire

Dans sa communication au Parlement et au Conseil européen du 10 janvier 2007 « Une politique énergétique pour l'Europe »⁷, la Commission européenne a établi que les « trois secteurs des énergies renouvelables » sont :

- l'électricité
- les biocarburants
- la chaleur et le froid

Cette liste marque une reconnaissance de la chaleur et du froid comme des débouchés pour les sources d'énergie renouvelables, au même titre que l'électricité et les biocarburants. En effet, tandis que ces deux secteurs sont promus chacun par une directive spécifique depuis 2001 et 2003 respectivement, le froid et la chaleur ne bénéficiaient pas du même régime. Dans son plan d'action biomasse de 2005, la Commission a annoncé qu'elle entendait travailler à l'élaboration d'une législation communautaire visant à promouvoir les sources renouvelables d'énergie pour le chauffage. Les députés européens ont également adopté le 14 février 2006 un rapport concernant des recommandations en vue d'une future directive sur leur utilisation à des fins de chauffage et de réfrigération⁸. Aussi, la directive sur la promotion des énergies renouvelables, qui abroge en 2012 celles sur l'électricité produite à partir de sources renouvelables et sur les biocarburants, mentionne-t-elle la chaleur et le froid. Cette insertion suggère l'application du même régime juridique que pour les autres usages, bien que l'électricité et les biocarburants retiennent presque exclusivement l'attention de la directive concernant les objectifs et l'organisation des marchés. Cet état de fait semble résulter de la répartition des domaines d'action entre les Etats et les institutions de l'Union européenne (voir infra).

Les Etats-Unis eux tendent à assimiler le terme « énergies renouvelables » à l'électricité. La section 203 de l'Energy Policy Act, voté par le Congrès en 2005, dispose que pour les besoins de cette loi, « le terme *énergie renouvelable* [renewable energy] signifie une *énergie électrique* [electric energy] générée par le soleil, le vent, la biomasse, les gaz de décharge, l'océan (y compris l'énergie des marées, des courants et hydrothermique), la géothermie, les

⁷ COM(2007)1 final

⁸ voir INI 2005/2122

déchets municipaux solides, ou la capacité de génération hydroélectrique obtenue grâce à une efficacité accrue ou à des capacités supplémentaires sur un projet hydro-électrique existant. Certes cette définition retient quasiment les mêmes sources renouvelables que la liste européenne, ce qui marque le consensus évoqué ci-dessus mais restreint considérablement les usages de ces sources. On peut bien sûr penser que cette insistance sur l'électricité est due à la pression des lobbies du secteur, d'autant que de nombreux textes légaux ou scientifiques n'envisagent les énergies renouvelables que sous cet angle. Toutefois l'assimilation, au moins dans cette loi, pourrait se justifier par le fait qu'est concerné l'approvisionnement en énergie des organes fédéraux. Or on peut supposer que ces derniers ont majoritairement besoin d'électricité, à la base, pour fonctionner. Mais cela renforce l'idée que les définitions se meuvent au gré des motifs des lois.

La qualification de marchandise

Si la définition des usages soulève des difficultés (ainsi que celle du statut juridique des sources, en particulier par rapport aux droits de propriété comme on le verra ci-dessous), l'énergie produite appartient à la catégorie des biens ou marchandises, quel que soit son type.

Le droit international public et les règles du commerce international relatives à la libre circulation des marchandises octroient à tous les produits énergétiques le statut de bien. La nomenclature tarifaire de la CE, le système harmonisé de l'organisation mondiale des douanes et la charte de l'énergie de Lisbonne intègrent de façon globale toutes les « matières et produits énergétiques » dans le dispositif consacré aux marchandises soumises au commerce entre Etats contractants.

Le droit fiscal européen enfonce le clou à l'échelle régionale, grâce notamment à l'article 2.2 de la « sixième directive »⁹ qui prévoit que les biens corporels assujettis à la TVA couvrent entre autres « le courant électriques, le gaz, la chaleur, le froid et les choses similaires », et leur fourniture constitue une « livraison de biens ». La CJCE, qui a de manière générale une vision large de la notion de marchandises y fait figurer l'électricité¹⁰.

L'intérêt de cette intégration est que les principes communautaires liés à l'économie de marché s'appliquent, et plus précisément toutes les règles relatives à l'élaboration et au fonctionnement du marché intérieur (y compris les impératifs de libre concurrence). L'arrêt de la CJCE du 2 avril 1998 *Outokumpu Oy*¹¹ rappelle cet état de fait en déclarant que la taxe finlandaise sur l'électricité est une taxe portant sur un « produit » qui peut être confronté à l'article 90 du traité relatif à l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires à l'égard des produits importés.

§2 La notion d'efficacité énergétique

L'Union européenne considère comme un « objectif majeur » la réduction de la consommation d'énergie et la prévention des gaspillages énergétiques.

Par ailleurs, elle définit l'efficacité énergétique comme « le rapport entre les résultats, le service, la marchandise ou l'énergie que l'on obtient et l'énergie consacrée à cet effet »¹².

⁹ directive 77/388/CE du 17 mai 1977

¹⁰ CJCE 27 avril 1994 *Almelo* C-393/92

¹¹ C-213/96

¹² Directive 2006/32/CE relative à l'efficacité énergétique

L'instauration d'un pourcentage minimum de consommation d'énergies renouvelables parmi les différentes sources d'énergie dans l'Union européenne (les fameux 20% cf infra) et non un seuil minimum à atteindre en valeur absolue montre que le souci est de consommer mieux, et non de consommer plus, même en supposant que l'impact environnemental des énergies renouvelables soit neutre.

De même l'efficacité énergétique vise à réduire la consommation d'énergie à service rendu égal, ce qui suppose par exemple la diminution des déperditions lors de l'approvisionnement en énergie, et éventuellement la transition vers des sources d'énergie plus variées. En gros il s'agit d'affecter le maximum de l'énergie produite à la consommation finale.

Il existe ainsi au moins deux relations entre la notion d'efficacité énergétique et les énergies renouvelables, dans la mesure où la reconnaissance des vertus potentielles de ces dernières n'est pas censée aboutir à une majoration de la consommation totale.

La première relation fait principalement appel à la notion d'architecture solaire dite « passive ». Dans le cadre de la définition de concepts voire de labels européens de « haute qualité environnementale »¹³, « bâtiments à énergie positive », ou plus spécifiquement français de « bâtiments basse consommation », des mécanismes architecturaux peuvent en effet permettre de capter l'énergie solaire ou de récupérer l'eau de pluie, entre autres, pour une utilisation future qui permet d'économiser d'autres ressources. Ce type d'énergie n'est pas concerné par la directive 2009/28/CE.

L'idée d'associer énergies renouvelables et efficacité énergétique peut aboutir par conséquent à des objectifs contradictoires d'interconnexion et de décentralisation. Concrètement, l'enjeu a trait aux énergies de réseaux, c'est-à-dire surtout à la distribution d'électricité, et dans une moindre mesure à celle de chaleur.

L'un des atouts des énergies renouvelables, à savoir leur répartition et leur disponibilité dans des régions parfois isolées peut éveiller l'espoir d'un accès plus égal à l'énergie, dans une optique de développement régional harmonieux et équilibré voire de résorption partielle des problèmes de précarité énergétique. Les énergies renouvelables autorisent certes une production et une consommation décentralisée, à petite échelle, par opposition à la production d'électricité dans de grandes centrales et acheminée par des câbles sur des milliers de kilomètres.

Pourtant la viabilité et l'intérêt des énergies renouvelables pourraient résider précisément dans la capacité d'interconnexion entre centre de consommation et centres de production, ou plus simplement dans l'élargissement des systèmes actuels de liaison au réseau électrique traditionnel. On retrouve alors la problématique de l'efficacité énergétique : l'interconnexion permet de mutualiser les bénéfices en reportant les surplus d'énergie produite à un endroit là où elle est nécessaire au même moment et permet de surmonter le problème de l'intermittence des énergies renouvelables, mais elle suppose inexorablement la perte d'une partie de l'énergie lors de son transport. La problématique décentralisation/interconnexion va jusqu'à rejaillir sur la définition juridique des énergies renouvelables, dont dépendent les régimes d'aides, comme on le voit avec l'exclusion de l'hydroélectricité de la catégorie « énergies renouvelables » par plusieurs textes de lois américains, exceptée la petite hydroélectricité, une

¹³ Exemple : programme HQE²R cofinancé par la Commission européenne entre 2001 et 2004

hydroélectricité « d'appoint » en quelque sorte et dont l'impact sur l'environnement est moindre. Encore une fois il faut en effet replacer le concept du renouvelable dans celui de durable, qui côtoie souvent le débat entre global et local.

B) Variations autour du « modèle » énergétique occidental

1) Des priorités géostratégiques divergentes

§1 Des objectifs politiques similaires, une hiérarchie différente

Le modèle de développement des sociétés industrielles est censé être fondé sur des dépenses en énergie « prodigieuses »¹⁴.

L'UE et les Etats-Unis pourraient illustrer une corrélation dans la mesure où ils possèdent les niveaux de PIB et de consommation énergétique les plus élevés au monde. Si la question du « découplage » entre croissance économique et émissions de gaz à effet de serre se pose depuis plusieurs années et a été soulignée encore lors de la conférence des parties à la convention cadre des nations unies sur le changement climatique (CCNUCC) à Copenhague fin 2009, elle concerne également les dépenses en énergie. La décision n° 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil établit ainsi comme but du 6^e programme d'action en matière d'environnement (2002-2012) de « dissoci[er] l'utilisation des ressources et la production de déchets du taux de croissance »¹⁵. En tout cas les préoccupations environnementales participent d'un souci de bien-être et de solidarité vis-à-vis des générations humaines futures.

En deçà de savoir si le PIB est toujours perçu comme un indicateur pertinent de « richesse » ou même de « progrès »¹⁶ dans une optique de bien-être, et si le poids de la croissance pour mesurer le développement humain est correctement évalué, la politique énergétique apparaît en tout cas comme une composante fondamentale de la stratégie globale d'un pays ou d'un ensemble de pays relative à la satisfaction de ses citoyens.

L'enjeu pour des pays occidentaux qui veulent tenir compte dans leur modèle de critères de bien-être incluant la qualité environnementale et de solidarité vis-à-vis des générations futures se résume finalement à la question suivante, liée à la notion d'efficacité énergétique: comment maintenir la jouissance de l'énergie tout en limitant les dommages écologiques et alors que l'approvisionnement en ressources fossiles pâtit de l'instabilité politique des régions productrices et de la raréfaction des réserves ?

On peut à ce titre constater une évolution des préoccupations depuis le 20^e siècle. Si les considérations environnementales apparaissent aujourd'hui comme le cœur de l'évolution du modèle de développement occidental, l'impératif de sécurité énergétique a longtemps été le principal argument de la promotion des énergies renouvelables. Les déclarations visant à diminuer la dépendance aux énergies fossiles engagée depuis la révolution industrielle se sont multipliées à la suite du premier choc pétrolier de 1973. Les résolutions du Conseil européen du 17 décembre 1974 sont à cet égard révélatrices. Les chefs d'Etat et de gouvernement,

¹⁴ Gerard Foley, The energy question, 4e édition 1992, éditions Penguin Books

¹⁵ article 2 décision n° 1600/2002/CE

¹⁶ « Richesses ? », J. Gadrey et Jean-Marie Harribey, Lavie.fr n° 3263, 13 mars 2008

inquiets du renchérissement du prix des hydrocarbures, y mettent en avant la production d'électricité, notamment par le nucléaire. Mais les énergies renouvelables, qui n'existent pas encore sous ce vocable, sont également mentionnées brièvement. Le Conseil européen encourage les Etats membres à aménager et développer les sites géothermiques mais aussi « par une politique de recherche et de développement technologique, [à] assurer que les énergies conventionnelles soient mieux utilisées et, à long terme, relayées par des sources nouvelles d'énergie. »¹⁷ Le Conseil européen réitère ces principes généraux dans sa recommandation du 28 juillet 1982 mais c'est seulement une résolution du 26 novembre 1986 portant sur une orientation communautaire de développement des sources nouvelles et renouvelables d'énergie qui marque la consécration de ce thème dans un acte spécifique.

Le souci environnemental se fera particulièrement sentir au niveau communautaire lors de la publication en 1997 du livre blanc intitulé « Energies pour l'avenir: les sources d'énergie renouvelable », établissant une stratégie et un plan d'action communautaire¹⁸. La Commission européenne y indique qu'une part de 12% des énergies renouvelables dans l'approvisionnement énergétique de l'UE en 2010 créerait une réduction des émissions de CO2 dans l'UE de 402 millions de tonnes par an. La CJCE confirme l'impact de ce calcul dans son arrêt *Preussen Elektra* du 23 mars 2001 en déclarant que « l'utilisation de SER pour la production d'électricité est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des GES qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques que la Communauté et ses EM se sont engagés à combattre ». L'allusion à ces engagements précède de peu l'approbation du protocole de Kyoto par le Conseil européen par une décision de 2002. Même si les Etats-Unis n'ont pas ratifié cet instrument, on peut d'ailleurs noter que les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis se sont aussi ralliés, en 2007, à la nécessité de réduire les émissions de dioxyde de carbone en le considérant comme un polluant susceptible d'être régulé (cas *Massachusetts v Environmental Protection Agency*¹⁹), ce qui est un symbole assez fort d'un changement d'état d'esprit compte tenu du statut et du rôle de cette juridiction. Enfin, l'UE a adopté en 2008 plusieurs textes composant le « paquet énergie climat » et qui fait la part belle aux énergies renouvelables.

Trois enjeux majeurs liés aux énergies renouvelables peuvent ainsi être résumés :

- au-delà du simple objectif d'indépendance énergétique vis-à-vis de zones troublées (car les relations internationales complexes excluent de cesser tout lien commercial), les sources d'énergie fossiles se raréfient d'autant plus que la demande mondiale augmente, ce qui pèse sur leur coût non seulement économique mais aussi écologique (extraction plus difficile).
- le changement climatique inquiète (plus ou moins en fonction du temps : le consensus semblant parfois atteint pour que soudainement les remises en cause refassent surface) et plus largement la dégradation de l'environnement
- tout élément permettant l'innovation technologique est perçu comme un facteur de consommation, de croissance et d'emploi

Face à ces phénomènes, l'Union européenne comme les Etats-Unis ont affirmé au niveau politique leur volonté de soutenir les énergies renouvelables : le Président américain Barack Obama n'a pas hésité à déclarer, lors de son discours devant le Congrès le 24 février 2009, que le pays qui parviendrait à maîtriser l'énergie propre et renouvelable dirigerait le 21^e siècle, les Etats-Unis étant prêt à s'atteler à la tâche. Quant au Président de la Commission

¹⁷ Journal officiel n° C 153 du 09/07/1975 p. 0002 - 0004

¹⁸ COM(97)599

¹⁹ 549 US 497

européenne, José Manuel Barroso, la publication du paquet énergie climat en janvier 2008 lui a donné l'occasion de présenter les énergies renouvelables comme l'une des « opportunités » de la transition à une économie pauvre en carbone lors d'un discours devant le Parlement européen (Speech 08/34). En citant le nombre de nouveaux emplois créés grâce aux énergies renouvelables, il en a alors fait le symbole de la capacité européenne à innover et s'adapter aux nouveaux défis économiques.

Dans la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables, cet aspect positif des énergies renouvelables sur l'innovation est indiqué dès le considérant 3. Mais il est précédé, dans l'ordre, d'un premier considérant sur le changement climatique et l'environnement, puis d'un deuxième sur l'indépendance énergétique. Au contraire Barack Obama, lorsqu'il présente son équipe gouvernementale en matière d'énergie en décembre 2008 peu après son élection plaide pour une intégration des efforts fournis pour « créer des emplois, parvenir à la sécurité énergétique, et combattre le changement climatique ». En fonction du symbole que l'on voudra bien accorder à ces classifications, le commentaire qui s'impose d'emblée est que si les bénéfices espérés de ce soutien sont globalement similaires compte tenu des enjeux qui viennent d'être évoqués, la hiérarchie des objectifs n'est pas forcément la même aux Etats-Unis et en Europe. Elle semble varier aussi selon les circonstances.

D'un point de vue optimiste, les différentes combinaisons possibles s'expliquent par les liens inextricables entre les différents buts. D'un point de vue plus pessimiste, elles s'expliquent par leurs aspects contradictoires. La thèse du développement durable réconcilie certes croissance et respect environnemental, ce qui peut s'avérer utile en vue d'une modification des comportements individuels et collectifs. Cependant tout est affaire d'équilibre. Certes un certain niveau de croissance et surtout sa répartition égalitaire contribuent à assurer la paix sociale. Or les énergies renouvelables peuvent stimuler la consommation, elle-même moteur de croissance et d'emplois permettant de consommer encore plus. Mais il ne faut pas oublier qu'une consommation *excessive*, peu importe le produit sur lequel elle jette son dévolu (de l'essence aux panneaux solaires), sera de toute façon néfaste pour l'environnement puisqu'elle consiste par définition à détruire des ressources. Une autre contradiction pourrait aussi émerger entre environnement et autonomie énergétique, en considérant cette fois la politique commerciale extérieure liée aux énergies renouvelables. Une production intensive de biocarburants permet peut-être à une économie domestique d'être autosuffisante, mais éventuellement au détriment de la qualité des sols. De même si l'autonomie énergétique est considérée comme « plus » prioritaire, elle pourrait remettre en cause la politique extérieure visant à favoriser la production de sources d'énergie renouvelable dans les pays tiers.

En conclusion, il convient de souligner deux éléments. Premièrement, à supposer que le rôle du droit soit similaire au sein de ces deux puissances, et qu'il s'agisse essentiellement d'organiser d'une manière impérative ces objectifs politiques larges, le contenu normatif sera nécessairement différent si les priorités divergent. Deuxièmement, si les ressources ne sont pas les mêmes, les buts politiques ne sont nécessairement pas atteints de manière identique par le droit, notamment quand celui-ci est imprégné de concepts économiques. C'est pourquoi avant d'en venir au droit des énergies renouvelables, il faut s'attarder sur les ressources énergétiques de l'Union européenne et des Etats-Unis, qui permettent elles-mêmes de mieux comprendre la composition de leurs bouquets énergétiques respectifs.

[§2 L'influence du contexte géographique](#)

Un aperçu des ressources européennes et américaines suggère une divergence de stratégies à laquelle le droit peut faire écho, notamment dans la mesure où il est appréhendé sous un angle économique (voir infra). Or les sources traditionnelles d'énergie sont nettement plus abondantes aux Etats-Unis qu'en Europe, notamment le charbon. Leur niveau de consommation plus élevé et la structure des relations de dépendance avec les pays tiers peut cependant rapprocher les objectifs des uns et des autres.

Données de base ²⁰

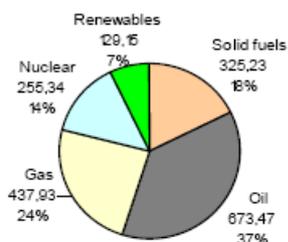
L'UE s'étend sur une superficie de 4 376 780 km² et elle comptait environ 494 millions d'habitants en 2008. Les Etats-Unis couvrent eux 9 629 080 km², soit un territoire deux fois plus vaste, peuplé d'environ 304 millions d'Américains en 2008. Le PIB des 27 était supérieur d'environ 1000 milliards de dollars à celui des Etats-Unis en 2007.

Consommation et bouquet énergétique

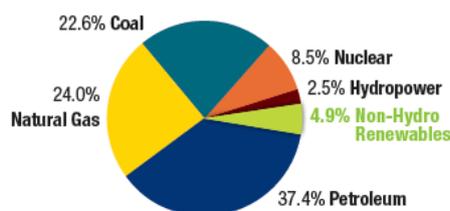
La consommation énergétique finale à l'intérieur de l'UE est demeurée stable ces dernières années, atteignant 1176 millions de tonnes équivalent pétrole (Mtoe) en 2006 (1825 millions si l'on inclut la consommation des industries énergétiques). Le chiffre était de 1474 Mtoe pour les Etats-Unis la même année, soit environ 300 Mtoe supplémentaires²¹. Le secteur des transports est l'un des plus voraces, ce qui explique l'exigence d'efforts particuliers selon les textes.

Les diagrammes suivants²² expriment que la répartition des différentes sources dans les bouquets énergétiques des deux zones, à deux années près, est elle très proche, même si les références de mesure ne sont pas exactement les mêmes.

EU27, GROSS INLAND CONSUMPTION
(ENERGY MIX in Mtoe, %) (2006)



U.S. Energy Consumption (2008): 99.3 Quadrillion Btu



Le gaz et le pétrole représentent plus de la moitié de la consommation d'énergie tandis que le pourcentage d'énergies renouvelable est faible. Il est toutefois en augmentation, en atteignant environ 10,3% en 2008 dans l'Union européenne (source : Eurostat).

Emissions de CO₂

Selon les chiffres en ligne de l'Agence internationale de l'énergie (AIE), en 2007 les émissions de CO₂ dues uniquement à la combustion d'énergie atteignaient 5769 millions de

²⁰ Source : OCDE

²¹ source: Agence européenne de l'environnement, voir annexe

²² Sources : Commission européenne, SEC (2008) 2871 (UE); Department of Energy, 2008 Renewable Energy Data Book (US)

tonnes aux Etats-Unis contre 3926 millions de tonnes dans l'Union européenne, où le chiffre tend à baisser depuis, en raison notamment de la diminution de la croissance économique.

L'approvisionnement énergétique (consommation, production, ressources, importations)

Energies non renouvelables

Charbon

Le charbon est l'énergie fossile la plus abondante et la plus également distribuée dans le monde selon le Conseil de l'énergie mondiale, qui évalue qu'au rythme de production actuel, les réserves dureraient 150 ans.

En 2009, le Parlement européen a qualifié de « substantielles » les réserves européennes en charbon et en lignite²³. Ces ressources économiquement exploitables à une date donnée, s'élèvent à environ 30 milliards de tonnes, l'élargissement de 2004 aux pays de l'Est ayant contribué à l'augmentation de ce chiffre. La production de charbon noir en 2009 est évaluée à environ 130 millions de tonnes, ce qui est loin de couvrir la consommation la même année puisqu'elle avoisine les 300 millions de tonnes. Pour l'ensemble des types de charbon, le Parlement européen estime cependant que la production « indigène » couvre les deux tiers des besoins. Le principal fournisseur de l'UE en charbon noir est la Russie (30%), suivie de la Colombie. Les importations en provenance des Etats-Unis atteignent tout de même près de 13% et concernent divers types de charbon.

Le niveau de ressources est en effet sans commune mesure entre l'UE et les Etats-Unis, où les réserves prouvées frôlent les 250 milliards de tonnes, le plus haut niveau mondial, tandis que les ressources totales atteindraient 3000 milliards selon l'Energy information administration (EIA). La production, quoiqu'en baisse, est ainsi évaluée à plus d'un milliard de tonnes en 2009, à peu près autant que la consommation, elle aussi en diminution. Cette source d'énergie reste tout de même d'une importance capitale dans ce grand pays puisqu'elle représente entre autres 50% de la production d'électricité²⁴ et explique que les premières politiques visant à réduire la dépendance énergétique ont reposé sur une promotion du charbon comme substitut au pétrole et au gaz naturel. Les importations, relativement faibles compte tenu de ces chiffres, proviennent en grande majorité de Colombie depuis plusieurs années.

Le défaut le plus caractéristique du charbon est toutefois d'être une « énergie sale », puisqu'il produit encore plus d'émissions de dioxyde de carbone que le pétrole.

Pétrole et gaz naturel

L'épuisement des réserves de pétrole est aujourd'hui évalué à environ 47 ans mais il faut se méfier de ce chiffre dans un sens comme dans l'autre, certains dénonçant une surestimation des réserves actuelles, d'autres rappelant que la longévité des réserves est évaluée à une date donnée et supporte des variations en fonction des découvertes de nouveaux gisements.

Les Etats-Unis et l'Union européenne sont les deux premiers importateurs de pétrole au monde avec respectivement 573 millions de tonnes en 2007 (source : AIE, Key World energy statistics 2009) et 564 millions de tonnes en 2006 (source : document de travail de la

²³ Résolution du parlement européen INI 2008/2239

²⁴ Energy Law, J. Tomain et R. Cudahy, éditions Thompson West 2004

Commission européenne COM(2008) 781 final). Les approvisionnements américains sont plus dispersés que ceux de l'Union européenne, qui elle a réduit ses importations en 2009.

Il faut dire que ces deux pays consomment beaucoup alors que la production est beaucoup plus restreinte, surtout dans l'Union européenne où elle est limitée aux gisements pétroliers du Royaume-Uni et des Pays-Bas. Environ 100 millions de tonnes sont produites dans l'UE contre 700 millions consommées ; 300 contre 880 pour les Etats-Unis. Ceux-ci possèdent tout de même un peu plus de 2% des réserves mondiales prouvées contre 0,5% pour l'Union européenne²⁵. Ils ont produit en 2008 10% du pétrole mondial et en ont consommé 23% selon l'EIA.

L'énergie, plus précisément celle utilisée pour le transport, est le principal débouché des produits pétroliers (le taux est de 71% aux Etats-Unis, source : EIA), même si ceux-ci sont également utilisés dans d'autres secteurs et industries.

L'épuisement des réserves de gaz naturel est censé être plus tardif que celui du pétrole (environ 65 ans). Les Etats-Unis sont le premier consommateur et le deuxième producteur au monde derrière la Russie avec environ 18% de la production. L'UE arrive en quatrième rang pour la production (moins de 7%), avec des disparités nationales flagrantes. Entre 2003 et 2008 Les Etats-Unis ont importé entre 13 et 16% de leurs besoins, ce qui représente toujours des niveaux considérables en valeur absolue mais les importations ont diminué en 2009. Elles atteignent par contre 50% de la consommation de l'Union européenne et cette dépendance, en grande partie du Russe Gazprom, risque de s'accroître. Les importations états-uniennes par gazoduc représentent toujours près de 90% du total, presque exclusivement en provenance du Canada, mais la part de gaz naturel liquéfié acheté à des pays plus lointains augmente. L'intégration du marché nord-américain est plus forte que celle de l'UE tandis que la directive 2009/73/CE tente précisément de réaliser le marché intérieur du gaz naturel dans les années à venir.

Nucléaire

Malgré les réticences dues à la catastrophe de Three Miles en 1979, les Etats-Unis sont le premier producteur d'énergie nucléaire par pays avec 837 TWh en 2007 (environ 30% de la production mondiale), et les premiers consommateurs avec 199 millions de tonnes équivalent pétrole en 2008²⁶. Cependant le total de la consommation des 27 pays de l'Union européenne est supérieur : 212,7 MTEP en 2008 selon la même étude. L'attitude varie sensiblement en fonction des Etats membres : la France est de loin la plus engagée dans ce type de production d'électricité mais plusieurs pays ont mis en place ou envisagent des plans de sortie du nucléaire, ce qui stimule l'intérêt pour les énergies renouvelables (Danemark, Irlande, Grèce, Pologne, Allemagne entre autres). Dans tous les cas, l'UE est associée à plusieurs pays, dont les Etats-Unis dans divers projets de recherche sur le nucléaire : la fusion (projet ITER), la fission et le thorium.

Quant aux réserves mondiales d'uranium, dont la durée de vie est sujette à débat (cf supra), les Etats-Unis en possèdent environ 10%.

Les énergies renouvelables

Aux Etats-Unis, la consommation d'énergies renouvelables par source en 2008 s'établit comme suit : biomasse (53%), hydroélectricité (34%), éolien (7%), géothermie (5%), solaire

²⁵ BP statistical review of world energy 2009

²⁶ source: BP statistical review of world energy 2009

(1%). Dans l'UE : biomasse (66%), hydraulique (21%), éolien (7%), géothermie (5%), solaire (1%). La biomasse comprend le bois et les déchets.

Vent

Fin 2008, la capacité d'énergie éolienne installée dans l'Union européenne à 27 était de 65 GW, produisant 142 TWh d'électricité et assurant 4,2% de la demande d'électricité selon une étude de l'Agence européenne pour l'environnement (EEA) de 2009²⁷. L'Allemagne et l'Espagne sont les pays où la capacité est la plus importante. Le potentiel maximum se trouve dans les régions nord-ouest de l'Europe, surtout autour de la Mer du nord, de l'Océan atlantique et des mers baltiques. Compte tenu des conditions climatiques, de l'évolution technologique des turbines et des contraintes écologiques, en particulier celles de Natura 2000 qui protègent certains sites de leur construction, l'étude de l'EEA estime que le potentiel énergétique d'installations éoliennes onshore et offshore en Europe est d'environ 39000 TWh par an.

En 2008, la capacité d'énergie éolienne installée aux Etats-Unis était de 25 GW, produisant 52 TWh, soit 93% de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables (en excluant l'hydroélectricité) selon l'office de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables (EERE) du Département de l'Energie américain²⁸. Les Etats-Unis se placent donc derrière l'Union européenne pour l'instant mais on peut souligner que la capacité a augmenté de 50% cette année-là. Le Texas était le champion en termes de capacité en 2008 mais il existe aussi un potentiel important sur la côte ouest (Californie) et près des Grands lacs.

Soleil

NB : les statistiques disponibles sont surtout axées sur la production d'électricité à partir de sources renouvelables et prennent peu en compte les autres usages tels que le chauffage.

En 2008, la capacité énergétique solaire des Etats-Unis était d'environ 1,5 GW, produisant 2,6 TWh. Cette source représente donc une part assez minime de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables. La Californie est le principal Etat où elle se développe, aussi bien en termes de capacité photovoltaïque que de centrales thermiques solaires.

La production d'électricité photovoltaïque de l'Union européenne dépasse celle des Etats-Unis, du fait essentiellement du dynamisme de l'Allemagne dans ce secteur, ainsi que de l'Espagne.

Ressources agricoles

En 2008 les Etats-Unis ont produit 51,9% du bioéthanol mondial, c'est-à-dire environ 34 milliards de litres (9 milliards de gallons). Sans surprise, les Etats qui contribuent le plus à cette production sont ceux de la Corn Belt, notamment l'Iowa, qui trouvent un débouché à leurs surplus céréaliers phénoménaux. L'UE arrive en troisième position derrière le Brésil avec 4,2% de la production mondiale. Les rôles s'inversent dans le cas du biodiesel : l'UE est le premier producteur, tirée par l'Allemagne et la France, avec 8,7 milliards de litres, soit plus de la moitié de la production mondiale (source : EERE Databook 2009) et les Etats-Unis sont deuxième avec 2,6 milliards.

Géothermie

En 2008 la capacité installée aux Etats-Unis représentait 3 GW électriques pour produire près de 15 TWh, essentiellement en Alaska, en Californie (The Geysers) et à Hawaï. Un rapport publié le 29 septembre 2008 par le ministère de l'Intérieur américain estimait à 556 GW

²⁷ Europe's onshore and offshore technical wind energy potential, EEA technical report n°6/2009

²⁸ 2008 EERE databook

électriques le potentiel géothermique domestique, tous types de technologies confondues (basse ou haute énergie et géothermie profonde). Dans l'UE les 0,9 GW ont produit 5,8 TWh.

Hydroénergie

En ce qui concerne le potentiel hydroélectrique, il dépend de plusieurs variables comme l'altitude, de la pluviométrie, de la surface du bassin versant. Les Etats-Unis figurent parmi les plus grands pays producteurs, tous situés sur le continent américain ou asiatique. L'Europe et l'Amérique du nord auraient déjà exploité près des trois quarts de leurs possibilités hydroélectriques²⁹.

2) Intérêt d'une étude de droit comparé

Deux fonctions sont habituellement associées au droit comparé :

- l'amélioration du droit avec lequel on effectue la comparaison
- l'harmonisation entre les deux systèmes juridiques, ou du moins une meilleure compréhension mutuelle afin de simplifier ou favoriser les échanges, commerciaux entre autres.

Ce potentiel s'applique a fortiori à l'étude du droit des énergies renouvelables et de manière transversale on peut distinguer un intérêt théorique lié à la nature juridique des deux systèmes mis en perspective, et un intérêt pratique lié aux objectifs stratégiques mentionnés ci-dessus.

§1 Nature juridique des objets de la comparaison : intérêt théorique

Si l'idée de construire des « Etats-Unis d'Europe » a effleuré plus d'une figure de l'Histoire³⁰, la nature juridique des USA et de l'UE diffère sensiblement.

Les USA forment une fédération de cinquante Etats liés par une constitution datant de 1787 et par l'usage de la langue anglaise. Les Etats-Unis se considèrent eux-mêmes comme une nation. L'Union européenne est elle aussi composée de plusieurs Etats (27 depuis 2007) mais si le traité de Maastricht a instauré la notion de citoyenneté européenne, chacun de ces Etats membres se perçoit comme nation. 23 langues officielles coexistent dans cet espace européen à l'identité complexe, au carrefour de l'Etat et de l'organisation internationale³¹.

Le terme Etat au sens américain désigne plus volontiers, par ailleurs, l'Etat fédéré que ce que nous appellerions en France l'Etat fédéral et qui se résume pour les citoyens de l'ancienne colonie britannique par l'expression « gouvernement fédéral ». Cette nuance montre que même les notions touchant l'organisation sociale de base sont à manier avec précaution en droit comparé.

Compte tenu de la quasi-impossibilité d'appréhender totalement une « mentalité » extérieure et a fortiori son droit, l'élément décisif est que des organisations sociales se reconnaissent comme semblables sur la scène internationale, ce qui leur permet d'interagir sous certaines formes en surmontant le doute relatif à leur similarité.

²⁹ Que sais-je « Les énergies renouvelables », Jacques Vernier éditions PUF 2010

³⁰ V. Hugo (Congrès international de la paix, 1849), W. Churchill (Discours à l'Université de Zurich, 1946)...

³¹ Droit institutionnel de l'Union européenne, C. Blumann/L.Dubouis, Litec 3^e édition 2007

Le statut de l'Union européenne est cependant particulièrement délicat à identifier dans le sens où personne, à commencer par elle-même, ne la reconnaît comme semblable à qui que ce soit. Une comparaison en droit entre Union européenne et Etats-Unis se justifie néanmoins par des intérêts multiples, à la fois théoriques et pratiques.

Aucune exigence formelle ne semble supposer que le droit comparé se cantonne à une comparaison entre entités juridiquement identiques. Ce qui importe a priori, c'est de pouvoir mettre en perspective de manière bilatérale ou multilatérale des ordres juridiques. Certaines différences seront évidemment patentes si ces ordres juridiques n'ont pas la même nature mais cela fait partie de l'intérêt de la comparaison dans sa dimension savante, en emportant la possibilité de comprendre l'évolution de l'organisation des sociétés humaines. En matière d'énergies renouvelables, une de ces différences notables concernera par exemple l'édition de règles relatives au territoire sur lequel se déploie l'ordre juridique en question : ainsi le gouvernement fédéral américain pourra prétendre à certaines prérogatives en termes de domaniaité publique, contrairement à l'Union européenne. Cela ne veut pas dire pour autant que celle-ci renonce à toute norme sur l'utilisation des sols.

Les Etats-Unis comme l'Union européenne, malgré leur nature divergente, forment des ordres juridiques et de ce fait, une comparaison entre leurs droits se justifie par leur existence même. Selon le professeur Guy Isaac³² s'exprimant au sujet des communautés européennes, un ordre juridique est en effet un « ensemble organisé et structuré de normes juridiques, possédant ses propres sources, doté d'organes et de procédures propres à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en faire constater et sanctionner, le cas échéant, les violations ».

Egalement d'un point de vue théorique, cette étude permet d'analyser l'instrumentalisation du droit dans des domaines variés y compris l'environnement, ce qui peut s'avérer intéressant au moment où l'Union européenne continue à se chercher des « valeurs » propres et une philosophie qui lui assure une identité morale, au-delà des difficultés liées à sa qualification juridique.

Mais cette comparaison sectorielle potentielle comporte également des intérêts pratiques.

§2 Utilité pratique

Le droit comparé des énergies renouvelables entre l'Union européenne et les Etats-Unis peut être utile à l'entreprise, au particulier, à l'organisation environnementale voire au législateur. Ce service existe même si la répartition des compétences entre la fédération ou l'union d'une part, et les Etats d'autre part suppose des investigations plus poussées au-delà de la présentation du cadre général.

Du point de vue de l'entreprise, le choix d'une implantation en fonction de la réglementation peut ainsi se concevoir entre ces deux zones indépendamment d'une sélection plus fine parmi les Etats européens. En effet l'énergie figure désormais parmi les titres des traités de base de l'Union européenne est constitue l'un des trois secteurs dans lesquels doit se réaliser un « réseau transeuropéen », à côté des transports et des télécommunications : le RTE-E. En termes de marché, il serait donc plus logique de considérer l'UE et les Etats-Unis dans leur ensemble.

³² Droit communautaire général, G. Isaac et M. Blanquet, éditions Sirey 2006

L'accroissement de la mobilité, l'effacement des frontières pour les questions environnementales dans les pays les plus développés, l'intégration de nouveaux critères de bien-être dans la définition même du développement mais aussi les angoisses liées aux prix de l'énergie et du « pouvoir d'achat » impliquent également un intérêt des particuliers et des organisations non gouvernementales envers l'évolution de la réglementation des énergies renouvelables dans le monde.

Enfin, la connaissance d'un droit étranger et de ses techniques de résolution de problèmes juridiques sinon universels du moins proches dans le domaine environnemental, peut influencer le législateur ou plus largement tout instigateur de la formation du droit. Il s'agit non seulement d'une optique internationale d'harmonisation (exemple : uniformisation des règles d'échanges de quotas d'émissions de gaz à effet de serre ayant un effet sur les énergies renouvelables) mais aussi d'objectifs purement internes (règlement de litiges liés à la pollution par les énergies renouvelables).

L'influence de la formation du droit ... (Première partie)

Aux Etats-Unis comme dans l'Union européenne, la sphère d'influence du droit des énergies renouvelables implique une distribution des compétences entre l'entité supraétatique ou supranationale et les Etats qui ne s'avère pas identique. En outre, le droit pénètre la matière des énergies renouvelables différemment dans les deux systèmes, par son rôle et par ses sources. Ces éléments sont à prendre en compte dans la mesure où ils affectent le contenu même de la réglementation.

A) La distribution verticale du droit des énergies renouvelables

S'interroger sur le droit communautaire ou fédéral américain dans le secteur des énergies renouvelables implique de déterminer pourquoi l'Union européenne ou l'Etat fédéral américain ont une vocation légitime, fût-elle résiduelle, à créer, appliquer et contrôler des normes dans ce domaine. Cela impose d'expliquer comment se répartit l'ensemble des compétences.

1) Les fondements de la compétence fédérale ou communautaire pour la promotion des énergies renouvelables

Les contours du droit des énergies renouvelables sont difficiles à tracer : il est traversé par les règles relatives à l'énergie, à l'agriculture, à l'environnement, au commerce. D'ailleurs, il s'agit plus d'un raccourci pratique que d'une branche indépendante des classifications traditionnelles, donnant lieu à l'émergence de principes généraux propres.

Le droit communautaire lui donne quelque légitimité supplémentaire en lui consacrant une directive (la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables) tandis qu'aucune loi ou décision de justice américaine n'est spécifiquement et uniquement dédiée aux énergies renouvelables dans leur ensemble.

Pourtant, s'il est utile de reconnaître les règles de droit applicables aux énergies renouvelables et sanctionnées par la « puissance publique », leur comparaison permet également de mettre en relief les domaines d'intervention de cette « puissance publique » dans l'Union européenne et aux Etats-Unis.

Cette comparaison montre que les énergies renouvelables n'étant par nature pas concernées par l'attribution stricte de compétence ordinaire dans une structure fédérale ou unie, un pouvoir d'édiction de règles de la part de la fédération ou de l'union se dessine tout de même à la faveur d'objectifs politiques précis.

§1 Une compétence non attribuée de manière stricte

Qu'il s'agisse de la fédération américaine ou de l'union européenne, les deux systèmes sont formés par des Etats qui ont décidé d'attribuer certaines compétences à des organes communs. La promotion ou la limitation des énergies renouvelables en tant que telles ne font pas partie de ces compétences.

L'article 5 du traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité de Lisbonne reprend le principe fondamental de subsidiarité établi initialement dans le traité instituant la Communauté européenne. Il dispose en préliminaire qu'« en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

L'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui remplace le traité instituant la communauté européenne en vertu du traité de Lisbonne énumère les domaines de compétence exclusive de l'Union, c'est-à-dire dans lesquels seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants :

- l'union douanière
- les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur
- la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro
- la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche
- la politique commerciale commune.

La compétence exclusive de l'Union européenne peut sans doute avoir des répercussions sur l'élaboration de règles favorables ou non au développement (économique avant tout) des énergies renouvelables. L'arrêt *Preussen Elektra* qui autorise certains tarifs obligatoires d'achat d'électricité issue d'énergies renouvelables à la charge des fournisseurs d'électricité (voir infra) en constitue l'illustration pour au moins deux de ces compétences exclusives (union douanière et règles de concurrence). Quant à la politique commerciale commune, son influence peut avoir trait à la possibilité d'importer du matériel de construction de panneaux solaires à bas prix par exemple. Le lien avec la politique commune de la pêche et la préservation des ressources biologiques est plus lâche mais peut d'une certaine manière être rattaché aux problèmes posés aux poissons lors de la réalisation de barrages hydroélectriques.

Dans d'autres domaines, l'Union et les Etats membres ont une compétence partagée. L'article 4 du TFUE évoque les « principaux » domaines auxquels ces compétences s'appliquent, laissant entendre que la liste n'est pas exhaustive. Parmi les domaines énoncés, la plupart peuvent concerner les énergies renouvelables : marché intérieur, cohésion territoriale, agriculture et pêche, environnement, transport, réseaux transeuropéens, énergie.

Cependant « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Cette configuration apparaît très proche des principes américains énoncés dans la Constitution des Etats-Unis de 1787.

Ce document fondateur, base de tout le droit américain établi dans son dixième amendement entré en vigueur dès 1791 que les pouvoirs que la Constitution n'attribue pas (« delegate ») à l'Etat fédéral et qu'elle n'interdit pas aux Etats sont réservés (« reserved ») aux Etats, ou au peuple.

La clause de suprématie (deuxième paragraphe de l'article VI de la Constitution) indique d'autre part que la Constitution, les lois fédérales (Federal statutes) et les traités forment la « loi suprême du pays » (Supreme Law of the Land »).

Les pouvoirs attribués à l'Etat fédéral sont énumérés par la section 8 de l'article premier de la Constitution, relatif au rôle du Congrès. Il s'agit par exemple de la défense du territoire, de la possibilité de battre monnaie, ce qui relève d'attributions basiques pour un Etat fédéral. De manière un peu plus liée aux énergies renouvelables, la section 8 donne également au Congrès le pouvoir « de lever et de percevoir des taxes, droits, impôts et excises, de payer les dettes et pourvoir à la défense commune et à la prospérité [welfare] générale des Etats-Unis ». Ces dispositions fondent la capacité des Etats-Unis à soutenir les énergies renouvelables par la redistribution budgétaire.

Cette section comporte également la fameuse « commerce clause ». Celle-ci donne le pouvoir au Congrès de « réguler le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ».

La commerce clause est particulièrement importante dans la mesure où les conflits entre Etats et Etat fédéral quant à la répartition des pouvoirs entre le niveau fédéral et le niveau étatique se jouent souvent sur son interprétation par la Cour suprême, qui a varié de manière significative au cours de l'histoire.

En fait, combinée avec la toute dernière partie de la section attribuant au législateur fédéral la possibilité de « faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous les autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États- Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires », la clause de commerce a permis au gouvernement fédéral d'intervenir dans de très nombreux domaines, dont indirectement, dans celui de l'énergie (le droit de l'énergie étant un droit « en grande partie administratif »³³) et des énergies renouvelables.

En d'autres termes, l'Union européenne comme les Etats-Unis ont en théorie la possibilité de légiférer dans le domaine des énergies renouvelables mais cette intervention doit être justifiée sur des terrains différents.

§2 La justification d'une intervention

Le caractère subsidiaire de la faculté juridique et politique au niveau communautaire ou fédéral permet néanmoins des incursions dans le secteur des énergies renouvelables. Plus exactement les objectifs politiques cités ci-dessus justifient la création de normes juridiques par ces instances.

De manière assez révélatrice des traditions juridiques respectives de l'ordre communautaire européen et de l'ordre fédéral américain, l'aménagement d'une intervention de l'UE s'est fait essentiellement de manière textuelle tandis que celle du gouvernement des Etats-Unis a trouvé sa justification principale dans une décision de la Cour Suprême des Etats-Unis de 1982 : l'arrêt FERC v Mississippi³⁴.

³³ Energy Law, J. Tomain, R. Cudahy, Thompson West 2004

³⁴ 456 US 742

La compétence textuelle large de l'UE

La question des énergies renouvelables figure ainsi expressément dans le droit communautaire dit primaire.

A défaut de constitution, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) tel qu'instauré par le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 a inséré un titre « Energie » (titre XX). Or l'article 194 figurant à ce titre dispose que la politique communautaire vise, entre autres, « à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables ».

Le paragraphe suivant donne au Parlement et au Conseil le rôle de mettre en œuvre les mesures permettant d'atteindre ces objectifs. Il précise immédiatement, que ces mesures « n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ». En réalité, le Conseil peut arrêter des mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique mais ces décisions sont très encadrées : vote à l'unanimité, consultation de divers organes (article 192).

La compétence en matière d'énergies renouvelables apparaît de manière moins visible et plus transversale dans tout le traité si l'on souligne que d'autres objectifs du droit communautaire y sont directement liés. .

Outre une légitimation fondée sur les objectifs environnementaux mentionnés à l'article 191 du TFUE, l'édiction de normes communautaires affectant précisément l'autonomie des Etats dans le domaine de la politique énergétique est donc certes encadrée mais clairement affirmée.

Les organes législatifs européens rappellent cependant dans tout acte, en quoi l'action communautaire qui s'y trouve détaillée répond à la condition de subsidiarité. La directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables l'exprime en ces termes: « Puisque les objectifs généraux de la présente directive, fixant à 20 % la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation d'énergie finale brute de la Communauté et à 10 % la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation d'énergie destinée aux transports dans chaque État membre d'ici à 2020, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions de l'action, être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité [TUE]. »

La base légale restreinte fournie par la Cour suprême

Du côté des Etats-Unis, la Constitution de 1787 ne mentionne bien sûr pas les énergies renouvelables.

Même s'il existe quelques fondamentalistes partisans d'une utilisation extrêmement littérale de la Constitution, qui supposerait que ce qui n'a pas été prévu par les Pères fondateurs n'est tout bonnement pas susceptible de réglementation, l'opinion générale laisse une marge

d'interprétation aux juges afin d'adapter la Constitution à l'évolution sociale depuis le 18^e siècle. Comme il a été souligné, la Commerce clause a joué les adjuvants dans cette entreprise.

En interprétant la commerce clause avec le dixième amendement, la Cour Suprême des Etats-Unis a reconnu au gouvernement fédéral, de façon très circonscrite certes, le pouvoir d'intervenir dans le domaine des énergies renouvelables ou plus exactement de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables grâce à un arrêt traitant de la réglementation des prix de l'énergie : l'arrêt FERC v Mississippi.

Cet arrêt met en cause le Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA) voté par le Congrès en 1978 en réaction à la crise énergétique provoquée entre autres par le premier choc pétrolier.

Les titres I et III de cette loi proposent des plans de contrôle des tarifs de l'électricité et de standards de régulation. La loi demande aux commissions étatiques de régulation de la fourniture d'électricité ainsi qu'aux fournisseurs indépendants de ces commissions de régulation d' « envisager » leur adoption et leur mise en œuvre. La loi impose le respect de certaines procédures aux commissions étatiques qui accepteraient ces plans. En d'autres termes, le PURPA demande aux Etats de choisir entre réguler la fourniture d'électricité d'une manière conforme aux injonctions fédérales, ou s'abstenir de réguler, selon le principe de préemption fédérale.

Les énergies renouvelables sont concernées par cette loi dans la mesure où elle cherche à « encourager la cogénération et la petite production d'électricité », qui est définie comme l'électricité produite dans des infrastructures dont la capacité ne dépasse pas 80 MW « et utilisant la biomasse, les déchets, ou des sources renouvelables telles que le vent, l'eau et l'énergie solaire ».

Le PURPA donne à une agence fédérale, en l'occurrence la commission fédérale de régulation de l'énergie (FERC), la faculté d'agir en concertation avec les commissions étatiques dans la mise en œuvre de ces procédures d'encouragement. Pour ce faire elle autorise la FERC à exempter les « petites » centrales électriques ainsi que les centrales de cogénération de certaines règles étatiques ou fédérales qui constitueraient un obstacle financier à leur développement.

Y voyant une coercition de la part du Congrès qui forcerait ainsi les Etats à mettre en œuvre la législation nationale souhaitée, l'Etat du Mississippi et sa Commission de régulation ont attaqué la FERC et le secrétaire à l'Energie.

La Cour suprême renverse le jugement de la cour fédérale inférieure en déclarant les dispositions litigieuses conformes d'une part au pouvoir législatif du Congrès dérivé de la Commerce clause, et d'autre part au principe de « souveraineté étatique » établi dans le dixième amendement et qui rappelle les principes de souveraineté nationale dans le cadre de l'Union européenne.

La Cour Suprême commence par reformuler les préceptes issus de plusieurs précédents pour démontrer que la Commerce clause justifie une intervention fédérale relative à la fourniture publique d'électricité dans les Etats de la fédération, en ce sens qu'aucun Etat américain ne peut prétendre à l'indépendance énergétique totale et que ces activités ont un « effet immédiat

sur le commerce interétatique ». Elle souligne ainsi au passage que la Commerce clause ne concerne pas seulement les relations commerciales des Etats entre eux ou avec l'extérieur mais aussi les dispositions internes qui auraient un effet sur le commerce entre les Etats, ce qui trouve de nouveau un écho dans le droit communautaire de la concurrence.

La Cour Suprême se défend toutefois d'approuver le soutien aux énergies renouvelables en tant que tel. Elle ne fait selon elle que démontrer la constitutionnalité de dispositions qui en l'occurrence aménagent un espace de liberté suffisant aux Etats. Cette démonstration l'oblige néanmoins à rappeler les arguments du Congrès en faveur de la réduction de la consommation et de la dépendance énergétiques. Le but est de montrer que ces arguments, quoique critiquables, sont défendables, donc raisonnables, c'est-à-dire que le Congrès n'a pas agi de manière absurde. La Cour défend ainsi sa neutralité politique, se contentant de vérifier la « rationalité » d'une régulation des relations entre producteurs et fournisseurs d'électricité, sans préjuger de la « pertinence » des moyens contenus dans la loi pour atteindre les objectifs fixés (« it is not for us to say whether the means chosen by Congress represent the wisest choice »).

Pour résumer, ayant constaté que la protection de la santé, de la sécurité, et du bien-être ; la préservation de la sécurité nationale ; et le pouvoir constitutionnel de réguler le commerce interétatique requéraient l'élaboration d'un programme fédéral relatif à la fourniture de l'électricité, le Congrès a élaboré ce programme. L'un des instruments est l'encouragement, des énergies renouvelables. Selon l'opinion majoritaire des juges suprêmes, le Congrès n'a fait qu'exercer son pouvoir législatif dans sa version la plus complète (préemption) dans le domaine de la fourniture d'électricité. Tant que l'Etat fédéral n'avait pas complètement « occupé le terrain » comme il était habilité à le faire, les Etats étaient libres de prendre les dispositions de leur choix dans le vide laissé. Après le PURPA, les Etats doivent se conformer aux règles fédérales en encourageant les énergies renouvelables, certes mais de la manière prescrite, c'est-à-dire pas au-delà.

En conclusion, compte tenu du rôle assigné lors de la création de la fédération ou de l'Union, les institutions communautaires européennes et fédérales américaines ont vocation à créer des normes dans le domaine des énergies renouvelables, principalement par le biais d'un soutien financier déterminé en fonction des objectifs politiques dessinant des perspectives globales de bien-être et de prospérité. L'intervention prend cependant des cours différents pour au moins deux raisons constitutionnelles. Premièrement le budget des Etats-Unis dont dépend le choix des subventions à divers secteurs de l'économie est beaucoup plus élevé que celui de l'Union européenne. Celle-ci est limitée dans ses allocations par les versements des Etats membres. Inversement, l'intervention américaine potentielle des Etats-Unis semble courir davantage de risques d'être contestée devant une cour de justice et trouve sa justification dans des dispositions assez restreintes. Le cas FERC versus Mississippi montre certes que cette intervention peut être admise mais de manière fragmentée. En l'occurrence la commerce clause permet une justification d'un soutien aux énergies renouvelables harmonisé dans tout le pays mais seulement dans le domaine de l'électricité en raison de l'appui possible de la commerce clause et en nécessitant un appui des autorités étatiques.

2) La répartition duale des moyens structurant l'activité énergétique

Le recours à l'idée de préemption dans le cas FERC contre Mississippi évoque a contrario le fait que nombre de domaines sont susceptibles d'être couverts à la fois par une réglementation

fédérale et étatique. Une situation similaire a cours sur le territoire communautaire, avec un cadre formulé au niveau de l'Union européenne mais présentant en fait un éventail de possibilités parmi lesquelles les Etats membres peuvent choisir. Même en cas de préemption, la structuration du droit entourant les énergies renouvelables requiert l'intervention de divers acteurs reflétant un éclatement des fonctions en Europe comme aux Etats-Unis. C'est ce que montre l'organisation de la fourniture d'électricité. Les concepts de base tels que celui de propriété subissent également le fractionnement des compétences.

§1 Energies de réseau : l'exemple de l'organisation de la fourniture d'électricité

La part de l'électricité dans la consommation finale d'énergie aux Etats-Unis est évaluée à 40% dans une nomenclature par secteurs incluant les transports (27%, dépendant surtout du pétrole), le secteur industriel (incluant l'industrie électrique) et le secteur domestique et commercial (source : EEA). Cette part est évaluée dans l'UE à environ 20% dans une nomenclature incluant les transports (35%) et le chauffage (source : European Renewable Energy Council). L'utilisation croissante d'appareils ménagers et informatiques augmente cette consommation.

Or, de nombreuses énergies renouvelables peuvent servir à produire de l'électricité. Cela représente une aubaine pour les lobbies du secteur qui peuvent profiter de l'engouement pour ces ressources « propres » en vantant le développement des véhicules électriques, dont l'alimentation suppose par ailleurs une adaptation des réseaux.

Mais l'organisation du réseau électrique renseigne sur d'autres aspects du droit comparé des énergies renouvelables, à savoir la question de leur intégration au réseau, et plus théoriquement, la manière d'envisager la règlementation de l'énergie.

Pour mémoire, le cheminement électrique se résume à trois opérations. L'électricité doit d'abord être produite, par exemple dans une centrale. Elle est ensuite reliée au réseau et transportée sur de longues distances, grâce à des lignes à haute tension. Elle est finalement distribuée à basse tension aux consommateurs.

A supposer que les installations existent et soient homologuées au préalable, intégrer les énergies renouvelables au réseau permet d'éviter certains inconvénients liés à leur intermittence et leur localisation, l'idée étant par exemple de faire parvenir en Europe du sud de l'énergie produite par des éoliennes de la mer du Nord. Mais cela requiert deux choses:

- l'existence de lignes de connexion entre les lieux de production et de consommation, ce qui implique des investissements sur le réseau non seulement pour une construction assurant en outre le bon équilibre de l'offre et de la demande avec le reste du réseau
- l'accès pour les producteurs d'énergies renouvelables au réseau de transport ou de distribution, ce qui dépend du bon vouloir des responsables de ces réseaux.

Cette dernière problématique se trouve reliée à celle de la séparation des trois segments de la fourniture d'électricité et par là même, à la libéralisation du marché et donc à la fixation des coûts de l'électricité. En effet, historiquement, les trois segments mentionnés ont été concentrés entre les mains d'opérateurs uniques alors qu'une séparation (ou dégroupage) est actuellement jugée souhaitable par les décideurs politiques américains et européens.

Aux Etats-Unis, pour simplifier, ce sont des infrastructures appelées « utilities » qui sont chargées du service « public » consistant à fournir de l'électricité. Afin de former un réseau sur tout le territoire américain, les utilities se sont réunies au sein de trois pools eux-mêmes interconnectés : l'interconnexion est, l'interconnexion ouest, et l'interconnexion du Texas. Les utilities peuvent être la propriété d'organes privés : ce sont les investor-owned utilities (IOU). D'autres sont la propriété d'une personne publique (localité, Etat, Etat fédéral). Toutes sont régies par une réglementation particulière. La majorité des américains reçoivent leur électricité des IOU, qui sont souvent intégrées verticalement (c'est-à-dire qu'elles cumulent les activités de production, transport et distribution). Mais à partir des années 1990, les entreprises produisant de l'électricité sans opérer le transport (les Non-utility generators NGUs) se sont multipliées.

Cette production indépendante a en réalité été encouragée dès 1978 avec le PURPA. Cette loi a posé les jalons de la libéralisation, sans doute accidentellement³⁵, en stimulant la « petite » génération d'électricité, en particulier l'électricité produite à partir de sources renouvelables (voir cas FERC v Mississippi ci-dessus). Le problème de l'accès de ces producteurs au réseau de transport (dont les utilities étaient les propriétaires) s'étant posé, l'Energy Policy Act de 1992 a été mis en œuvre par la FERC. Cela a consisté à dégroupier les activités de production et de transport de tous, et à établir des organisations indépendantes, à but lucratif ou non, pour gérer le transport c'est-à-dire des gestionnaires de transport: les Regional Transmission Organizations (RTO).

Du côté européen, les réseaux ont été historiquement dominés par des acteurs intégrés verticalement (éventuellement des monopoles nationaux comme EDF en France). Ils ont cependant été réalisés non seulement à l'échelle nationale, mais parfois aussi au niveau européen régional avant même l'avènement de l'Union européenne. En vue de réaliser le marché intérieur de l'énergie, l'UE a voulu stimuler ces connexions transnationales³⁶. Le règlement 1228/2003 issu du « deuxième paquet énergie », adopté en 2003 et son successeur le règlement 714/2009 approuvé en 2009 dans le cadre du « troisième paquet » visent ainsi à promouvoir les échanges transfrontaliers. De fait, certaines régions sont déjà bien interconnectées, comme celle du forum pentalatéral d'Europe du centre ouest réunissant l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas.

En ce qui concerne l'intégration verticale des opérateurs nationaux, dans le cadre de la libéralisation et de la stimulation de la concurrence parmi les producteurs, les « paquets énergie » ont également décidé de dégroupier les activités de production, transport et distribution. Le troisième paquet énergie ordonne en outre aux Etats membres de dissocier les réseaux de transport et les gestionnaires de transport avant 2012³⁷. Ceci est destiné à éviter que les opérateurs de transport ne privilégient leurs propres activités de production lorsque ces deux activités sont intégrées. Désignés notamment par les Etats membres, les gestionnaires de réseau ont déjà été mis en place pour le transport (GRT, comme RTE en France) et pour la distribution (GRD, comme ERDF en France). Les GRT sont réunis au sein de l'association ENTSO-E.

Les énergies renouvelables ont donc été directement concernées par les mesures juridiques qui ont conduit à ce dégroupage. Les producteurs d'électricité issus de ces sources doivent

³⁵ Energy Law, Tomain, 2004

³⁶ exemple : décision n°1364/2006/CE sur les réseaux transeuropéens d'énergie ; Livre vert : vers un réseau européen sûr, durable et compétitif COM(2008)782

³⁷ Directive 2009/72/CE sur le marché intérieur de l'électricité

s'adresser aux gestionnaires de réseau pour y faire entrer leur production, sans mettre en danger la continuité et la fiabilité d'un service qui malgré la tournure actuelle des choses et des conceptions variées est toujours considéré a priori comme « public » ou « universel », aux Etats-Unis comme Europe.

Le concept d'utilité publique est en effet présent dans les deux ordres juridiques et amène aux problématiques liées à la propriété, par le biais de sa protection contre des pratiques d'expropriation pour motifs d'utilité publique par exemple. Des problématiques de propriété privée ou publique qui ne sont pas non plus résolues de la même manière aux divers échelons de la structure communautaire ou fédérale.

§2 L'utilisation fractionnée du concept de propriété

La différence de structure entre l'Union européenne, entité ambivalente, et les Etats-Unis, Etat fédéral a des conséquences sur l'application du concept de propriété. Cet élément est déterminant dans de nombreux domaines du droit y compris celui des énergies renouvelables, compte tenu de leur lien avec l'utilisation des sols, des ressources naturelles, et de leur développement par des instruments de marché. Cette différence a des conséquences sur la composition du droit des énergies renouvelables.

L'éclatement de la propriété publique des ressources

Concernant la propriété publique des ressources, il faut d'abord souligner qu'une partie des terres des Etats-Unis appartiennent au gouvernement fédéral, soit environ 30% du territoire, sur lesquelles il dispose de certains droits. Ces terres sont majoritairement situées dans les Etats de l'ouest et en Alaska, en grande partie hostiles à l'habitation mais riches en ressources énergétiques. Parmi elles, se trouvent les Parcs nationaux, les Forêts nationales, et les Réserves naturelles et on y trouve les sites militaires et les réserves de tribus indiennes soumises à un droit spécial. Plusieurs agences fédérales sont chargées de gérer les territoires du gouvernement fédéral, comme le US Fish and Wildlife Service. Le site nationalatlas.gov affilié au Département de l'Intérieur (Department of the Interior) rappelle que le rôle de ces agences, telles que le Bureau of Land Management, est de combler la volonté des citoyens en parvenant à un équilibre entre exploitation économique et protection de ces ressources. Le principe généralement admis est que la gestion de ces territoires se fonde sur la doctrine du public trust³⁸, c'est-à-dire que les agences sont chargées de gérer les terres en conformité avec les intérêts de tous les citoyens.

Les institutions européennes ne disposent pas de telles prérogatives sur le territoire sur lequel l'Union européenne s'étend. Par conséquent, tandis que le gouvernement fédéral peut être amené à prendre des mesures sur les terres qu'il possède, l'Union européenne doit en théorie entièrement laisser les Etats membres souverains de décider de leur utilisation. Des dérogations existent en réalité, fondées sur les compétences environnementales attribuées par les traités et comme en attestent par exemple la Convention sur la protection des Alpes³⁹ ou les stratégies pour la protection des sols⁴⁰.

La protection échelonnée de la propriété individuelle

³⁸ Federal Regulation of Energy, W. F Fox, McGraw-Hill Companies 1983

³⁹ Décision 96/191/CE

⁴⁰ COM(2002)179 final

L'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'UE affirme que « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Les constitutions de ces derniers comportent vraisemblablement des dispositions garantissant la défense de la propriété privée mais celle-ci peut également bénéficier d'une protection de la part du droit communautaire, compte tenu de la Charte des droits fondamentaux de 2000 en attendant l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹. L'article 17 de cette charte contraignante pour les institutions de l'UE et les États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'UE dispose ainsi que « toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans les cas et conditions prévues par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ».

Les mêmes droits sont protégés en substance par les diverses constitutions des États-Unis ainsi que par la constitution fédérale à travers les cinquième et quatorzième amendements, qui disposent que nul ne « peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière », y compris par les États. Cependant la protection constitutionnelle fédérale s'applique aux rapports entre citoyens et pouvoirs publics, la Constitution étant conçue pour combler le différentiel de force. Pour la protection entre citoyens, qui relève d'un principe en quelque sorte d'égalité des rapports, il faut s'en remettre aux droits des États.

La protection des biens ne contredit pas la possibilité pour le gouvernement fédéral, les États ou les localités, de lever des impôts. Les recettes du budget des États-Unis étaient estimées à 27000 milliards de dollars en 2009, issues principalement de l'impôt sur le revenu, et les dépenses estimées à 31000 milliards. Les recettes de l'Union européenne sont celles collectées et reversées par les États membres et proviennent en premier lieu d'un pourcentage de leur PIB, puis d'une partie de la TVA et des droits de douane perçus sur les importations en provenance de pays tiers. Il a été adopté à 141,5 milliards d'euros pour 2010 en 2009.

En conclusion l'évocation du trust dans le cas de la propriété publique aux États-Unis montre en tout cas que la différence entre la construction européenne et la construction américaine a une autre conséquence que celle de la compétence en matière de propriété. En effet le droit fédéral comme les droits étatiques, à l'exception éventuellement de la Louisiane, ont au moins en commun de s'inspirer de la Common Law tandis que les droits de l'Union européenne divergent plus nettement. Cette complexité n'est peut-être pas étrangère à la difficulté actuelle de définir le statut des quotas de CO₂⁴² dont le développement est lié à celui des énergies renouvelables (voir deuxième partie).

Cette différence conceptuelle démontre qu'en plus des analyses croisées de la répartition des pouvoirs, l'étude du droit des énergies renouvelables nécessite que l'on s'attarde sur les idées mises en œuvre en termes de légitimité juridique.

B) La mise en forme transversale du droit

⁴¹ voir MEMO/10/84 du 17 mars 2010

⁴² voir Rapport Prada sur la Régulation des marchés des marchés du CO₂, 2010

La comparaison des conceptions juridiques américaine et européenne amène à s'intéresser aux idéaux philosophiques, ainsi qu'au reflet de l'évolution de traditions historiques différentes sur les sources du droit.

1) Une vision utilitariste du droit ?

Dans un environnement où la population est censée obéir à des règles de droit, la recherche d'un fondement ou d'une justification du droit a alimenté de nombreuses études. Or la vision économique du droit, dont le point de départ se situe aux Etats-Unis, semble particulièrement marquer la réglementation des énergies renouvelables et ce dans l'UE également puisqu'elle semble avoir adopté les préceptes de cette théorie pour des raisons certainement un peu différentes.

§1 L'adaptation de la théorie de « Law and Economics » aux énergies renouvelables

Origines culturelles de la théorie

L'intersubjectivité, en tant que réaction au positivisme qui rejetait lui-même en premier lieu la théorie du droit naturel semble avoir particulièrement imprégné une pensée américaine, celle-ci cherchant à s'écarter des courants partisans d'une vision dominante de l'Etat par une nouvelle conception de l'égalité entre les hommes et dans un contexte d'affranchissement de la tutelle britannique

La pensée américaine se serait en effet orientée vers une philosophie du pragmatisme que l'on appelle encore « théorie du contrôle social »⁴³ où les relations entre les individus, appréhendées par l'expérience, fondent l'obéissance. Or selon le Professeur Zoller le marché est un exemple de processus dont les règles sont « un élément de socialisation ».

Les relations marchandes font certes partie des interactions sociales mais les doctrines américaines semblent vouloir expliquer une bonne partie des comportements et des liens humains par la simple perspective d'échanges rationnels de biens. Ce « prestige de la science économique » aux Etats-Unis est à son tour considéré comme un des facteurs qui y expliquent la « primauté » de l'analyse économique du droit⁴⁴. Avant de voir en quoi consiste cette analyse et en parallèle du succès des thèses libérales on peut cependant s'interroger sur la raison du prestige de cette science qui étudie la production, la répartition et la circulation des richesses⁴⁵.

Etudier les relations humaines par le prisme de l'économie permet bien sûr d'expliquer de façon scientifique, raisonnable, convaincante les comportements humains. Il est entendu que les modèles permettant de « tout » expliquer sont en général rassurants et bienvenus, avant en général d'être battus en brèche comme le marxisme et la psychanalyse. Reste à savoir pourquoi c'est l'explication économique, certes scientifique, (mais depuis longtemps peu de mouvements se targuent de n'avoir quelque fondement scientifique, ce qui est compréhensible s'ils prétendent être divisibles, analysables, en bref communicables), qui prévaut aux Etats-Unis et par suite dans de nombreux cercles de pensée étrangers. Le rayonnement des théories américaines par le biais du dynamisme universitaire et de l'exportation culturelle au sens large n'est en effet pas vraiment discuté.

⁴³ Introduction au droit public, Elizabeth Zoller, précis Dalloz 1^{er} édition 2006

⁴⁴ Introduction au droit public, Elizabeth Zoller, précis Dalloz 1^{er} édition 2006

⁴⁵ Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, sous la direction de C-D Echaudemaïson, Nathan 5^e édition 2001

Le prestige de l'économie peut aussi être mis sur le compte d'une observation a posteriori de l'idéal capitaliste de l'organisation sociale américaine, lui-même induit par l'éthique protestante si l'on suit le raisonnement de Max Weber (l'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme, 1905). Outre que la validité du lien entre la religion protestante et l'esprit du capitalisme dans les pays anglo-saxons tend à être contestée⁴⁶ de nombreuses autres théories anglo-saxonnes marquantes peuvent être convoquées pour expliquer ce recours aux concepts économiques.

Parmi ces théories, figurent l'utilitarisme benthamien et le darwinisme, compte tenu de la pertinence qui leur semble toujours reconnue dans la société et la culture américaines contemporaines, notamment auprès des entrepreneurs. Le darwinisme renvoie bien sûr à la sélection des espèces et à leur survie. Il apparaît donc naturel que la répartition des richesses, en d'autres termes des ressources, soit au cœur des systèmes de mise en forme sociale ayant une quelconque aspiration à l'utilité, l'utilité de base d'un point de vue d'une espèce étant a priori la survie, dépendante d'un certain degré de consommation. Sans aller aussi loin que son adaptation au point de vue de l'évolution, la théorie originale de l'utilitarisme apporte de toute façon des éléments de réponse à la question de la place de l'économie. L'utilitarisme donne comme fondement à la morale et donc à l'ordre social la recherche du bonheur. Il suffit de considérer que, pour quelque raison que ce soit (par exemple ce principe de survie), la production et la répartition des richesses participe en premier lieu aux plaisirs qui conduisent au bonheur. En d'autres termes, il s'agit de faire de l'appréhension matérielle une composante essentielle du bonheur, ce qui est réversible si l'on prend en compte l'idée de John Stuart Mill selon qui « on peut, sans s'écarter le moins du monde du principe de l'utilité, reconnaître que certaines espèces de plaisir sont plus désirables et plus précieuses que d'autres » (L'utilitarisme, 1861).

Dans tous les cas la force de l'analyse économique du droit est de s'adapter justement à toute « mesure » du plaisir, matériel ou non, grâce à la manipulation et à l'extension de la notion rationnelle de coût. Restent apparemment deux critiques liées entre elles. La première tient à sa conception essentiellement néoclassique de l'économie, la deuxième est sa réduction à la dimension rationnelle, et par là supposément universelle, de l'humain.

Contenu de la théorie de Law and Economics

Il s'agit en quelque sorte d'allier les règles de marché et de droit pour arriver à un résultat jugé satisfaisant. L'École de l'analyse économique du droit cherche en premier lieu à évaluer l'impact économique des règles juridiques telles que les droits de propriété en utilisant des instruments tels que l'analyse coût-avantage et la recherche d'efficacité, les notions de coûts moyen et marginal, les tests économétriques. La théorie est en grande partie associée aux travaux de Ronald Coase publiés dès le début des années 60, notamment son ouvrage The problem of social cost. L'idée est que la réglementation va influencer dans son choix de comportement l'individu rationnel qui cherche à maximiser ce qu'il considère comme le plus avantageux et en minimisant ce qu'il juge négatif. Le problème est que le postulat de l'homo oeconomicus parfaitement rationnel et informé est sujet à débat.

Par suite, la théorie a été utilisée de manière proactive en considérant que les résultats économiques que l'on souhaite atteindre, et qui éventuellement ne peuvent pas être résolus

⁴⁶ The Making of English National Identity, Krishan Kumar, Cambridge Cultural Social Studies, 2003

par les mécanismes du marché, vont pouvoir guider le choix entre les outils de la réglementation juridique, en prenant en compte le « coût social » que cette réglementation comporte elle-même.

Ainsi dans le domaine de l'environnement, l'analyse économique du droit propose plusieurs types de réglementation permettant que les phénomènes qui affectent l'environnement et qui ne sont habituellement pas pris en compte dans le coût de production, c'est-à-dire les externalités, le soient. De manière à ce que la valeur des produits soit bien représentative de leurs avantages et de leurs inconvénients, c'est-à-dire pour internaliser ces phénomènes jugés négatifs (comme la pollution) ou positifs (comme la stimulation de la biodiversité) évalués en termes de coûts, le droit peut en effet intervenir. Ronald Coase suggère par exemple une internalisation par les droits de propriété, les économistes du bien-être lui préfèrent l'internalisation par la taxation. L'internalisation par un marché des droits à polluer est une autre possibilité. Le droit des énergies renouvelables utilise ces moyens tour à tour comme nous le verrons (incitations fiscales en faveur des énergies renouvelables, marché des permis d'émissions de carbone). Le degré d'intervention de l'organe étatique ou quasi-étatique par rapport à la liberté individuelle et au rôle des échanges varie selon ces solutions de réglementation. (point de départ = décision « d'en haut » de ce qui est désirable ou pas)

Cette intervention dépend du degré de libéralisme ; de ce qu'on estime être la propension du marché à montrer des défaillances dans l'accomplissement du bien général (market failures) et celle du gouvernement à être le problème ou la solution pour reprendre les termes de Ronald Reagan. La fixation des coûts suppose de savoir quels résultats économiques sont désirables, ce qui semble sera le rôle des individus ou du politique. Or, sans vouloir porter de jugement moral sur une quelconque évolution, le philosophe jésuite Michel de Certeau constate dans ses écrits⁴⁷ qu'« Un « nettoyage » social conduit progressivement des convictions aux techniques, des programmes idéologiques aux objectifs économiques, ou encore des finalités aux procédures. Il estime que ces objectifs sont appréhendés à plus court terme, et sont « moins intégrés, plus individualisés », ajoutant qu'on insiste « sur le comment plus que le pourquoi ». Ces réflexions semblent bien adaptées à différents dogmes juridiques anglo-saxons ou américains : privilège de la règle per se par rapport à la règle de raison en droit de la concurrence, ou influence historique de l'adage « Procedures precede rights » en droit processuel⁴⁸.

A priori une internalisation laissant une plus grande marge d'intervention aux organes étatiques ou à leurs substituts devrait être plus légitime dans des sociétés habituées à une certaine domination de l'Etat et pas aux Etats-Unis. Or la mise en place d'un marché de permis d'émissions de gaz à effet de serre, enclenchée dans l'Union européenne, est très compromise au niveau fédéral (mais moins au niveau étatique ou local) tandis que les subventions et avantages fiscaux pleuvent. C'est peut-être parce qu'il faut également tenir compte du rôle des lobbies aux Etats-Unis, sûrement encore plus important que dans l'Union européenne. En effet dans le secteur énergétique, la puissance des lobbies de l'industrie gazière, électrique, pétrolière, peut aboutir à l'attribution de subventions importantes mais il ne faut pas négliger l'émergence de lobbies en faveur des énergies renouvelables.

Remarque : la théorie de law and economics est utilisée à la fois pour la promotion des énergies renouvelables mais aussi pour la limitation de leurs inconvénients (modulation des aides financières en fonction de leur aptitude à remplir les objectifs environnementaux fixés).

⁴⁷ Recueil *La faiblesse de croire*, Michel de Certeau 1981

⁴⁸ Que sais-je « le droit anglais »

Cependant certaines limitations sont entreprises par la méthode plus traditionnelle d'interdictions ou de restrictions pénales (ou command and control), comme l'interdiction d'exploiter les énergies renouvelables dans certaines zones protégées.

L'exemple du marché du carbone symbolise l'adhésion de certaines parties du droit de l'Union européenne aux principes de Law and Economics.

§2 L'influence de la théorie de Law and Economics

Apparue aux Etats-Unis dans les années 60 sous l'égide de Ronald Coase, l'analyse économique du droit contemporaine (c'est-à-dire celle qui s'interroge sur la mise en place de règles de droit optimales), a amplifié son influence dans les années 80 avec le succès des économistes de l'Ecole de Chicago.

Cet impact est toujours très palpable. La plupart des ouvrages de droit commencent par une analyse économique des données de la branche étudiée et le sens de la réglementation semble largement s'appuyer sur la considération des ressources à manipuler et de l'efficacité économique. Cela vaut pour le droit de l'énergie et des énergies renouvelables en particulier. Par exemple, l'évolution du droit dans le secteur de l'électricité montre bien en quoi les règles juridiques sont envisagées sous le biais de leur action supplétive ou correctrice des « défaillances du marché » dans la mesure où l'adoption de « pièces majeures de législation ou de jurisprudence »⁴⁹ a souvent suivi des événements précis de la vie économique, par réaction. Il en va ainsi de la promulgation de la loi PURPA en 1978 en réponse aux chocs pétroliers et qui traite de la régulation des tarifs de l'électricité, ou des décisions ayant suivi l'affaire Enron. L'idée est de laisser faire le marché et quand les rouages se bloquent, une régulation intervient.

Cette influence se retrouve très clairement dans la majorité des normes affectant les énergies renouvelables. Le credo se manifeste de deux manières. Le point de départ de la réglementation est que les énergies renouvelables ne sont pas assez répandues en raison de leur coût et que le droit a pour mission de les aider à dépasser ces barrières en autorisant les subventions par exemple, en stimulant la recherche et l'apprentissage par l'expérience. Le deuxième volet de l'analyse est que le coût des énergies renouvelables par rapport à celui des énergies fossiles

Parmi les Etats membres de l'Union européenne, le mouvement a connu ses premières percées dès le début des années 1980 dans les pays germanophones et néerlandophones⁵⁰. Aujourd'hui le droit de l'Union européenne n'est pas insensible à la modulation provoquée par l'analyse économique, notamment pour les énergies renouvelables. Cela est particulièrement explicite dans les documents justifiant les politiques de la Commission. Dans sa feuille de route pour la réforme des aides d'Etat 2005-2009⁵¹, après avoir souligné que le traité instituant la Communauté européenne autorise des dérogations pour les aides d'Etat dans la mesure où elles présentent parfois des « effets bénéfiques pour l'UE », la Commission argue que les aides peuvent se révéler utiles pour réaliser les objectifs d'intérêt commun et « corriger certaines défaillances du marché ».

⁴⁹ Tomain, Energy Law

⁵⁰ Analyse économique du droit, Mackaay, Ejan, Rousseau, Éditions Thémis (2^e édition) 2008, page 14-17.

⁵¹ Plan d'action dans le domaine des aides d'Etat COM(2005)107 final

Or elle notait déjà dans son livre vert du 20 novembre 1996⁵² : « à moins que des incitations spécifiques ne soient mises en place, il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que le potentiel important des énergies renouvelables soit exploité et que ces sources apportent une contribution significative au bilan énergétique européen ».

Mais l'Exécutif européen semble avoir franchi un nouveau pas dans son livre vert sur les instruments fondés sur le marché utilisés à des fins de politique environnementale et d'énergie⁵³. La Commission y indique que si le soutien public aux énergies renouvelables est toléré, il faut qu'il s'appuie autant que possible sur les instruments de marché. En effet selon elle les instruments de marché, « au contraire des approches réglementaires et administratives », « ont l'avantage d'utiliser les signaux du marché pour pallier les déficiences du marché »

La méthodologie des agences européennes confirme cette tendance croissante à évaluer les règles juridiques à l'aune de l'efficacité économique, à travers la question des externalités, et du coût social du droit. L'EEA prend ainsi la peine de souligner que l'effet des contraintes environnementales et sociales, en l'occurrence les contraintes imposées par la directive Habitats⁵⁴ de 1992 et son corollaire, le réseau Natura 2000 sur le thème de la biodiversité, ont « un impact limité sur le développement de l'énergie éolienne ».

La même logique paraît régner : l'Union européenne semble reconnaître autant que les Etats-Unis un « prestige de la science économique » qui induit que la règle de droit s'inspire de ses préceptes et qui explique qu'on en retrouve la trace dans la substance du droit dérivé et jurisprudentiel. Mais cette reconnaissance par l'intégration de théories « importées » qui sont avant tout cohérentes avec une certaine vision du pouvoir politique n'ayant pas forcément d'écho européen, s'explique également par les objectifs qui ont présidé à la construction européenne.

« Le droit communautaire, dans le principe, est limité aux questions intéressant l'économie, mais presque toutes les questions aujourd'hui peuvent intéresser l'économie » concède René David⁵⁵. Compte tenu du statut des communautés européennes (surtout de la CEE) qui ont constitué l'un des trois piliers de l'Union européenne avant que le traité de Lisbonne ne les confonde, l'intervention juridique de l'organisation s'est surtout justifiée par des arguments économiques fondés sur l'objectif de construction d'un marché commun. Sans pouvoir préjuger de ce qui a prévalu en premier lieu, la justification de l'élargissement des domaines de compétence de l'UE a pu conduire à adopter un point de vue économique sur des sujets a priori simplement politiques, ce qui à son tour nourrit les coïncidences entre les deux sphères.

Le droit américain et le droit communautaire se rapprochent donc par leur vision pratique du droit impliquant l'efficacité économique, avec quelques nuances tenant peut-être notamment à la légitimité de cette approche perçue par la population. L'évolution des sources tend également à exprimer certaines ressemblances.

2) Des sources révélatrices de l'évolution des traditions juridiques

⁵² COM (96) 576

⁵³ COM (2007) 140

⁵⁴ 92/43/CEE

⁵⁵ Grands systèmes de droit contemporain p 54

Le droit des Etats-Unis est essentiellement jurisprudentiel, selon René David, mais l'importance de la loi augmente. Symétriquement en droit communautaire « les principes généraux du droit constituent l'illustration la plus remarquable du pouvoir normatif de la jurisprudence », ces principes généraux étant des « règles de droit non écrites » auxquelles le juge reconnaît une valeur générale » et étant placés « au même niveau que les traités constitutifs »⁵⁶. Même si les rôles respectifs des cours fédérales, dont la Cour suprême, et des cours d'Etat ne sont pas les mêmes que ceux des tribunaux des Etats membres et des juridictions européennes, au-delà de la structure judiciaire la fonction attribuée aux juges donne des renseignements sur l'état du droit des énergies renouvelables.

§1 Les conséquences de la distribution droit écrit/oral sur les énergies renouvelables

La vision américaine pragmatique, économique du droit au détriment de doctrines idéalistes qui voient le fondement du droit positif dans la soumission à un certain ordre du monde (ordre naturel, cosmique, divin ou humain par l'empire de la raison) n'empêche pas de considérer que certains droits sont antérieurs au pouvoir. La justification du droit par l'intersubjectivité ou l'économie se concilie ainsi avec la Common Law : elle n'enlève pas au juge la capacité d'être un « oracle » du droit, au contraire.

Au lieu de se trouver dans l'idée qu'il existe « un droit naturel immuable qui ne peut être changé » comme le déclarait le juge anglais Coke en 1608 dans le Calvin's case, la dimension immuable, immémoriale du droit peut se trouver dans l'expérience des relations humaines. D'ailleurs les deux tendances (vision pragmatique du droit et rôle du juge) s'imbriquent si l'on considère que leur finalité, tout compte fait, est la limitation d'une certaine forme de pouvoir : celle de l'Etat, celle de la majorité.

Le juge américain conserve une place prépondérante dans la vie juridique et la société dans son ensemble puisqu'il est le rempart contre la « tyrannie de la majorité » pour reprendre l'expression de Tocqueville. Ils sont selon la conception américaine « l'instrument de contrôle de la majorité intéressée et dominatrice »⁵⁷, formée par les individus qui forment les assemblées législatives et qui sont inexorablement mus par leurs intérêts propres (ce qui n'a rien de répréhensible tant qu'ils ne s'assemblent pas selon une pensée marquée par les théories libérales de Smith qui supposent que le bien commun ressort de l'individualisme de chacun).

Ce monument du droit anglais assurant au juge une place de choix aurait été tempéré depuis en Angleterre au profit du principe de souveraineté à l'œuvre dans un régime parlementaire tandis qu'il aurait été conservé aux Etats-Unis et s'exprime par le contrôle de constitutionnalité diffus effectué par les tribunaux.

Ce fait évoque à la fois l'influence du droit anglais sur les Etats-Unis et à la fois leur distanciation par rapport au système matrice. En tant que colonie de l'Empire britannique du début du 17^e siècle jusqu'à la proclamation de l'indépendance le 4 juillet 1776, les Etats-Unis ont en effet reçu la forte influence du droit anglais, à l'exception de la Louisiane. Outre l'importance de la parole du juge, cette influence se manifeste par une appropriation des concepts et des habitudes de la Common law⁵⁸ tels que l'interprétation littérale. En fait, aux Etats-Unis aussi, formellement le texte législatif voté par le parlement (la Statute Law) a une

⁵⁶ Droit institutionnel de l'Union européenne, C. Blumann, L. Dubouis, Litec 3^e édition 2007

⁵⁷ Introduction au droit public, Elizabeth Zoller, 2006

⁵⁸ Les grands systèmes de droit contemporain, René David, Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz 2002

valeur supérieure aux autres sources du droit, y compris la jurisprudence, dans la mesure où s'il existe, les décisions judiciaires ne peuvent s'en écarter. Mais la condition est qu'il soit conforme à la Constitution. Cette rectitude de l'interprétation s'explique par des caractéristiques générales de la Common law (les lois sont censées régler des problèmes spécifiques, restreints en apportant une réponse précise et donc lorsqu'elles le font, c'est parce que le besoin s'est fait sentir) et des caractéristiques plus typiquement américaines (la loi est le résultat d'un compromis entre les divers acteurs concernés, c'est-à-dire entre l'ensemble des intérêts en cause et le juge n'est pas à même de s'éloigner de cet équilibre difficilement atteint démocratiquement).

Mais les concepts d'interprétation tels que ceux de la Common Law se retrouvent justement mis à mal dans le paysage communautaire. Si l'Union européenne a pu subir l'influence de la théorie américaine dans un contexte de construction différent de celui des Etats-Unis d'Amérique et qui lui imprègne d'ailleurs une réflexion propre qui n'équivaut pas forcément la somme de ses parties, il faut noter qu'elle est essentiellement composée de pays à tradition « continentale », donc de droit « écrit » en reprenant la classification entre systèmes de droit effectuée par René David.

La majorité des Etats composant l'Union européenne sont des pays dits de tradition continentale, où la loi créée par le Parlement occupe le sommet de la hiérarchie juridique dans le sens où les autres sources du droit sont censées lui être subordonnées. Toutefois, plusieurs nations ont également une tradition de Common Law, à commencer par l'Angleterre.

Le juge national étant le juge communautaire de droit commun, le droit anglais connaît l'influence européenne notamment en ce qui concerne l'interprétation des lois. Un juge anglais a ainsi remarqué le contraste avec sa tradition à la suite de la difficile incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme: « Ayant à s'intéresser aux traités européens et au droit dérivé, [les juges anglais] ont été confrontés à des dispositions législatives abstraites, générales, à texture ouverte ». Il ajoute que « le style de législation, adopté sur le continent, a été accompagné par les méthodes continentales d'interprétation ... et des concepts juridiques continentaux tels que la bonne foi, la proportionnalité et les droits de l'homme »⁵⁹.

Ce constat quant à l'existence et la portée de principes généraux abstraits laisse penser que le droit communautaire ferait partie de la tradition continentale. Il s'agit cependant ici de la question de la logique juridique à l'œuvre lors de l'interprétation judiciaire, qui n'est qu'un élément du droit, dont la représentativité n'est pas certaine. Le droit de l'Union européenne dans son ensemble paraît avoir subi l'influence de tous ses membres, mais également de son statut particulier à mi-chemin entre Etat et organisation internationale, de manière à créer un ordre juridique original par ses institutions et ses sources, difficilement classable.

En résumé, la répartition des rôles entre la loi et la jurisprudence est théoriquement différente entre l'Union européenne et les Etats-Unis, compte tenu des méthodes d'interprétation judiciaire de la loi d'une part et du contrôle de la validité de la loi par rapport à un droit supérieur d'autre part auquel contribue par exemple la Constitution américaine dans le cas américain.

⁵⁹ Les grands systèmes de droit contemporain, René David

En réalité les juges nationaux européens semblent avoir de moins en moins de marge de manœuvre d'interprétation de leur législation nationale inspirée du droit communautaire, en raison de la précision toujours plus pointue des textes de droit dérivé (référence).

D'un autre côté « l'UE entend briller par un scrupuleux respect des principes de l'Etat de droit »⁶⁰, l'Etat de droit pouvant être défini comme « subordonn[ant] la validité de la loi au Droit. Or la CJCE a démontré à plusieurs reprises que ses décisions rendues notamment au cours des procédures de questions préjudicielles sur le droit de l'Union européenne à partir des traités constitutifs permettaient de dégager des principes généraux et participaient de manière nette à combler les lacunes de ce droit en élaborant les normes juridiques en vigueur à partir de ces fondements. De ce point de vue, même si l'idée qu'il n'existe pas de Common Law fédérale américaine n'est pas appliquée aussi strictement que le laissait penser l'arrêt *Erie Railroad Co v Tompkins* en 1938⁶¹, la juridiction communautaire semble participer davantage à l'uniformisation du droit communautaire que les juridictions fédérales ne le font pour le droit américain.

Reste que dans la Common Law américaine, concernant l'influence des décisions judiciaires, s'ajoute la tendance à penser que les dispositions législatives n'ont de réalité juridique et sociale que lorsqu'elles sont concrétisées, mises en œuvre dans un cas porté devant les tribunaux. D'où l'importance, entre autres, des décisions de justice telles que *EPA v Massachusetts* pour affirmer un véritable droit positif des énergies renouvelables. En effet, la liberté de la Cour suprême des Etats-Unis pour choisir les cas qu'elle veut traiter n'a pas de commune mesure avec la possibilité restreinte de la CJCE d'occulter certaines questions préjudicielles. La Cour suprême a donc par hypothèse le pouvoir de reléguer certains sujets, par exemple les énergies renouvelables ou l'environnement en général, comme des questions sociales peu dignes d'intérêt ou au contraire de les faire figurer au rang de priorité. Ce ne sont pas seulement les décisions finales dans un sens ou dans un autre qui importent mais le fait que la Cour suprême s'en préoccupe.

Le fait que les lois puissent rester lettre morte en exagérant un peu, au moins dans leur impact social, ainsi que le double éclatement du pouvoir, entre fédéral et local et entre les détenteurs des fonctions législative, judiciaire et exécutive expliquent que le droit législatif fédéral concernant la limitation des gaz à effet de serre et promouvant la transition vers une économie « décarbonée » soit relativement insipide et largement cantonné à des attributions budgétaires pharamineuses.

Il est également logique que les tribunaux, les Etats, et même la soft law en provenance des grandes entreprises soit fassent avancer le droit, d'un point de vue plus qualitatif, dans cette branche. C'est ce que soulignent des professeurs américains dans un article intitulé « *Diversified Leadership for Moving Beyond the Carbon Economy in the US* » : « Au niveau national, le gouvernement américain a œuvré de manière peu performante ces dernières années à formuler des politiques claires et cohérentes pour limiter les gaz à effet de serre et combattre le changement climatique » mais « l'important est que des individus, des groupes d'intérêt public, et les Etats utilisent les tribunaux pour remplir le vide laissé par le gouvernement fédéral ». Citant la décision *EPA v Massachusetts*, ils remarquent en outre que la décision a déjà eu un impact pour « reformuler la politique nationale américaine », ce qui montre le rôle moteur de la Cour Suprême (même si l'activisme judiciaire est plus ou moins marqué selon les périodes).

⁶⁰ Droit institutionnel de l'Union européenne Blumann, Dubouis Litec 2007

⁶¹ SCT 304 US 54

Les lois fédérales gardent donc leur importance dans l'étude du droit des énergies renouvelables. Mais tant qu'elles ne sont pas maniées par les tribunaux, elles semblent plus se cantonner au domaine du politique qu'au domaine du droit effectif, c'est-à-dire celui qui détermine des comportements sociaux de manière plus permanente et générale au-delà du mouvement d'opinions⁶². Cette effectivité par la juridiction concerne sans doute le droit de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne le droit primaire mais semble moins appuyée concernant les directives, les règlements et autres actes de droit dérivé, qui paraissent se suffire plus largement à eux-mêmes (sous réserve de marge de transposition concernant les directives, dans les Etats membres).

Qu'elles soient orales ou écrites, le droit des énergies renouvelables renseigne sur la cohérence de l'articulation des sources normatives des ordres juridiques américain et communautaire extraites des institutions qui les façonnent.

§2 Les différentes sources d'un droit de même nature

La nature commune du droit de l'Union européenne et des Etats-Unis

Les fondements avancés afin de légitimer l'obéissance au droit sont certes différents. Malgré tout ils s'entremêlent au gré de la circulation de théories économiques et philosophiques qui se chevauchent et se recoupent selon leur objet de prédilection et de leur prétention à l'universalité (libéralisme, intersubjectivité, capitalisme, christianisme, utilitarisme, idéalisme etc).

Dans tous les cas, l'appui sur ces fondements démontre précisément en Europe comme aux Etats-Unis que la conception du droit est « liée à la recherche de la justice »⁶³. Par cette base ontologique commune, tout comme René David rapproche les droits de Common Law et de la famille romano-germanique, tant dans le domaine des énergies renouvelables que dans d'autres, les droits américain et communautaire européen semblent figurer une certaine « unité du droit occidental ».

Selon David, ce qui fait la différence entre les deux familles à l'intérieur du droit occidental a trait à la « technique » (c'est-à-dire aux moyens retenus, à l'articulation voire la hiérarchisation des règles de droit comme la loi ou la jurisprudence, pour aboutir à une même fin. Il ne s'agit pas de comparer le droit américain ou européen d'une part avec des droits asiatiques, par exemple, où des instruments sociaux autres que le droit ont pour fonction la recherche de la justice. L'unité de base entre le droit des Etats-Unis et de l'Union européenne, par sa fonction, permet de comparer ses sources sur un pied d'égalité.

Rappel des sources orales du droit

Aux États-Unis, il y a deux niveaux *indépendants* de juridictions : le niveau fédéral et le niveau des Etats. La plupart des litiges ont lieu devant les juridictions des états. Les règles

⁶² « Les règles formulées par le législateur, pour nombreuses qu'elles soient ... ne sont vraiment assimilées au système du droit américain que lorsqu'elles ont été interprétées et appliquées par les cours et lorsqu'il est devenu possible, au lieu de se référer à elles, de se référer aux décisions judiciaires qui les ont appliquées », René David Les Grands systèmes de droit contemporains p310

⁶³ Grands systèmes de droit contemporains, René David

complexes de compétence permettent parfois aux justiciables de choisir entre la voie fédérale et la voie étatique.

Au niveau fédéral, les cours de première instance sont regroupées en 12 circonscriptions judiciaires (circuits) qui ont chacune une cour d'appel. La Cour Suprême des Etats-Unis est la plus haute juridiction. Elle est composée de huit juges associés et d'un juge président (Chief Justice). La Cour Suprême décide en première instance dans de rares cas. Elle a surtout une compétence d'appel : elle peut examiner les décisions des cours d'appel des circuits ainsi que les jugements rendus en dernier recours par la plus haute juridiction d'un état si la validité constitutionnelle d'une loi américaine est mise en cause (judicial review). Le contrôle de constitutionnalité est diffus parmi tous les tribunaux mais la Cour Suprême a le dernier mot. Le droit américain obéit à la règle du précédent : les cours inférieures sont liées par les décisions des cours supérieures, celles de la Cour Suprême se situant au sommet.

Les Etats membres de l'Union européenne ont également conservé leur système judiciaire national. Le système communautaire repose sur la Cour de justice de l'Union européenne, anciennement dénommée Cour de Justice des Communautés européennes, qui comprend la Cour de justice et le Tribunal de première instance. Elle statue notamment sur les recours formés par un Etat membre, une institution ou des personnes physiques et morales, ainsi qu'à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'UE ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions.

Rappel des sources écrites du droit

Le droit des énergies renouvelables est contenu d'une certaine manière dans quasiment toutes les sources traditionnelles de chaque ordre juridique respectif. Ces sources obéissent cependant à une hiérarchie et à une logique institutionnelle différentes, dans la mesure où leur édicition correspond à une séparation organique assez claire aux Etats-Unis contrairement à l'Union européenne pour l'instant malgré des innovations du traité de Lisbonne.

Du point de vue américain en résumé très simplifié la fonction législative appartient, au niveau fédéral, au Congrès formé du Sénat (2 sénateurs par Etat) et de la Chambre des Représentants. La fonction exécutive est entre les mains du président et de son cabinet. La fonction judiciaire relève des tribunaux. Dans ce paysage, il faut souligner le rôle des agences indépendantes, dont l'activité est sujette à débat. Tous ces actes doivent être en conformité avec la Constitution américaine.

Dans l'Union européenne, pour exercer les compétences de l'Union, les sept institutions reconnues par le traité de Lisbonne peuvent adopter « des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis » (article 288 du TFUE). Seules les trois premières catégories sont contraignantes. Il n'existe pas de hiérarchie entre ces actes mais ils sont subordonnés aux traités constitutifs et aux principes généraux du droit reconnus par la CJCE. La nature législative ou exécutive de ces actes juridiques ne dépend ni de leur nom ni mais de leur contenu et/ou de la procédure d'adoption. Ainsi un règlement comme une directive ou une décision peuvent être des actes législatifs.

Plus précisément il n'existe pas de « lois » existant sous cette dénomination mais la fonction législative a été reconnue par la CJCE. En outre l'article 289 précise que les actes législatifs sont les actes juridiques adoptés par procédure législative, la procédure législative

« ordinaire » consistant en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission.

En un sens très restreint, le vote de la loi américaine peut faire penser à la procédure législative ordinaire de l'UE effectuées dans le cadre de cette procédure de codécision où le Conseil jouerait le rôle de représentation territoriale du Sénat et le Parlement le rôle d'assemblée élue au suffrage universel de la Chambre des Représentants.

Les énergies renouvelables dans la Constitution des Etats-Unis et dans les traités constitutifs de l'Union européenne.

Les énergies renouvelables sont explicitement mentionnées parmi les buts de l'action communautaire dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2009 mais évidemment pas dans la Constitution américaine de 1787 (cf supra).

Les énergies renouvelables dans les relations internationales

Les conventions internationales conclues par l'Union européenne, qui possède officiellement la personnalité juridique depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ont une force juridique supérieure aux actes unilatéraux des institutions mais ils doivent se conformer aux traités constitutifs. Aux Etats-Unis, en simplifiant, les traités internationaux font normalement partie de la « supreme law of the land », au même niveau que les actes du Congrès. Cependant, c'est la norme la plus récente qui l'emporte en cas de conflit.

Le protocole de Kyoto qui s'attaque aux émissions de gaz à effet de serre a un impact sur la législation relative aux énergies renouvelables dans la mesure où celles-ci sont censées générer moins d'émissions que l'énergie produite à partir de sources fossiles. Le protocole a été approuvé au nom de la Communauté européenne par une décision de 2002, il n'a pas été ratifié par les Etats-Unis.

Les Etats-Unis ont en revanche rejoint, après quelque réticence, l'Agence Internationale pour les énergies renouvelables (IRENA), mise en place en janvier 2009 et dont l'UE a également signé les statuts. Cette agence a pour objectif de conseiller les gouvernements pour la définition de programmes nationaux de promotion de ces sources d'énergie, la diffusion d'informations concernant les technologies de production d'énergie à partir de sources renouvelables et la mise en œuvre d'actions de formation, et de donner des avis sur les meilleures pratiques et les solutions de financement.

Les énergies renouvelables dans les actes législatifs et administratifs

La différence de nature entre l'Union européenne et les Etats-Unis pourrait être révélée superficiellement par l'absence de « lois » communautaires au sens strict. En réalité, même si ce vocable n'a pas été retenu à la suite du rejet du projet de constitution européenne par plusieurs Etats membres, le traité de Lisbonne confirme la capacité des institutions communautaires à élaborer des actes législatifs, c'est-à-dire des actes produisant des effets selon une certaine procédure.

Les actes unilatéraux traditionnels des institutions européennes sont les directives, les règlements et les décisions. Les règlements comme les décisions ne nécessitent pas de transposition dans les droits nationaux des Etats membres, contrairement aux directives qui

sont un instrument très particulier au droit communautaire en ce qu'elles fixent des résultats à atteindre en laissant les Etats membres aménager les moyens.

En vue de concevoir des actes contraignants, l'UE a recours à des consultations des parties intéressées par l'intermédiaire de livres verts. La Commission européenne a aussi recours aux communications pour initier des projets d'actes législatifs ayant vocation à être votés par le Parlement européen et le Conseil ou pour faire connaître ses objectifs politiques.

A titre d'exemples d'actes législatifs relatifs aux énergies renouvelables dans l'Union européenne, qui peuvent d'ailleurs mélanger dispositions législatives et administratives dans le sens où elles doivent être mises en œuvre par les administrations des Etats, on peut citer aléatoirement:

- la directive 2009/28/CE sur la promotion des énergies renouvelables, issue du paquet énergie-climat
- la directive 2009/72/CE sur le marché intérieur de l'électricité, issue du troisième paquet énergie
- le règlement sur l'exemption par catégories de la procédure de notification des aides d'Etat ...

Aux Etats-Unis, le Congrès est chargé de la fonction législative. Plusieurs lois votées par le Congrès, et qui servent de base à nombre de règlements d'exécution émis par les agences, sont relatives aux énergies renouvelables. Néanmoins les dispositions se fondent en général dans de nombreux autres sujets et ces lois ne sont pas destinées spécifiquement à la promotion ou la restriction des effets négatifs des énergies renouvelables, mais à la stimulation de l'économie ou la protection de l'environnement d'un point de vue global :

- American Recovery and Reinvestment Act (ARRA) de 2009 (PL 111-5)
- Energy Independence and Security Act (EISA) de 2007 ...

Le Congrès peut déléguer l'exécution des lois qu'il a générées à des agences fédérales voire étatiques dans les cas de préemption par exemple, à condition normalement de ne pas déléguer son pouvoir législatif. Cette doctrine de non-délégation (non-delegation doctrine) semble actuellement appliquée de manière assez souple, ce qui se retrouve dans la capacité de « régulation » assez étendue des agences régulatrices, c'est-à-dire la possibilité d'édicter des normes.

Les agences régulatrices émettent des ordres (orders). En fait elles cumulent souvent trois fonctions : elles émettent des normes qu'elles exécutent (rulemaking), tout en devant trancher les différends entre les administrés (adjudication). Le fait que ces agences soient indépendantes (c'est-à-dire non responsables devant le Congrès ni devant le président, voir infra) a attisé les critiques les accusant d'être peu démocratiques. Cela est partiellement compensé par le recours aux consultations publiques. Le déroulement de ces consultations rappelle celui des livres verts européens. Les agences ont donc en charge l'émission et l'exécution de règles qu'elles ont éventuellement émises elles-mêmes.

Les agences fédérales sont le principal vecteur du développement d'un droit administratif fédéral, que l'Union européenne connaît également dans ses frontières.

La nécessité d'un droit administratif direct des énergies renouvelables pour l'exécution des normes communautaires et fédérales

La tendance au développement d'un droit administratif qui touche aussi bien l'Union européenne que les Etats-Unis s'applique au droit des énergies renouvelables.

A défaut d'une définition bien arrêtée de ce que cette notion recouvre, et après que l'existence même d'un droit administratif communautaire a pu être contestée⁶⁴, on peut considérer qu'il s'agit de « ce qui, dans le droit communautaire, relève non de la production législative mais de l'exécution, de la mise en œuvre »⁶⁵. Il faut souligner que ce droit administratif puise ses préceptes dans à peu près toutes les sources du droit communautaire et que la distinction entre législation et exécution ne correspond pas à la distinction entre les actes communautaires. Pour ne prendre que l'exemple des règlements, ceux-ci peuvent ainsi être dits « de base » ou « d'exécution ».

La définition américaine ne coïncide pas tout à fait si l'on considère que le résultat façonné par l'Administrative Procedure Act de 1946 (APA) s'entend comme « les règles et procédures qui gouvernent les activités des acteurs administratifs et le contrôle juridictionnel de ces activités »⁶⁶. Cette optique organique semble également découler des différentes modalités de la séparation des pouvoirs dans l'Union européenne et aux Etats-Unis.

L'ambiguïté majeure du droit administratif américain ou européen a de nouveau trait à la distinction entre l'échelle fédérale ou unie et l'échelle étatique, c'est-à-dire selon que l'on imagine que ce pan « exécutif » du droit signifie nécessairement une mise en œuvre par l'Etat ou s'il peut être accompli directement par l'entité fédérale ou supranationale⁶⁷. Cette ambiguïté s'entend surtout dans le cas européen mais n'est pas absente du cadre américain.

Initialement, le système communautaire était censé fonctionner essentiellement par le biais d'une administration indirecte, où la Communauté « ne fait pas mais fait faire » selon l'expression de Jean Monnet. Mais l'expression privilégiée aujourd'hui est celle d'un modèle de co-administration, où l'administration nationale et l'administration communautaire se partagent la compétence de l'exécution. Par exemple, l'ordre donné aux Etats membres de créer des « autorités » pour contrôler l'accès des énergies renouvelables au réseau électrique dans la directive 2009/72/CE réclame une intervention étatique, même s'il fait partie du droit communautaire en ce sens que le but recherché correspond aux objectifs de la politique communautaire. Autre exemple : certains actes exhortent les Etats membres à assurer, en collaboration avec la Commission, le suivi technique de projets qu'elle a cofinancés.

De même aux Etats-Unis, le mécanisme du « fédéralisme coopératif »⁶⁸ affecte les énergies renouvelables. C'est ce que montrent les dispositions du Energy Policy Act de 2005 relatifs au programme Energy Star créé en 1992 par l'agence fédérale de protection de l'environnement (EPA) pour promouvoir l'efficacité énergétique : la loi permet d'affecter des fonds fédéraux aux Etats déclarés éligibles pour mettre en œuvre le programme.

Mais ce type de programmes, qui déterminent une portion non négligeable du paysage juridique aux Etats-Unis et dans l'Union européenne sont aussi l'objet d'une l'administration

⁶⁴ « Sur le droit administratif européen », Giacinto della Cananea, Revue du droit Public n°3, 2008

⁶⁵ Droit administratif européen, JB Auby et J Dutheil de la Rochère, éditions Bruylant 2008

⁶⁶ idem, article « Les rapports entre droit administratif fédéral et droits administratifs des Etats aux Etats-Unis : comparaison avec l'Union européenne », Catherine M. Donnelly

⁶⁷ idem

⁶⁸ idem

« directe » des entités communautaires et fédérales, ce qui implique d'évoquer le rôle respectif des « agences ».

Les programmes européens

La notion de programme communautaire a été définie à l'article 2 de l'acte portant statut des agences exécutives⁶⁹ comme « toute action, ensemble d'actions ou autre initiative qui, selon l'acte de base ou l'autorisation budgétaire concernés, doit être mis en œuvre par la Commission, en faveur d'une ou plusieurs catégories de bénéficiaires déterminés, en engageant des dépenses. »

La Commission européenne a mis en place des programmes dédiés aux énergies renouvelables à partir des années 90, notamment par l'intermédiaire de sa direction générale de l'Energie (DG énergie). Ces programmes constituent essentiellement, par définition, des soutiens financiers pour des initiatives publiques ou privées répondant aux objectifs énoncés et reposent en général sur des décisions du Conseil et du Parlement européen.

En 2010, les principaux programmes en lien avec les énergies renouvelables sont :

- le Programme pour l'innovation et la compétitivité (PIC) et plus précisément son sous-programme Energie Intelligente Europe II
- le 7^e Programme-cadre pour la recherche et le développement (FP7)

Le 13 juillet 2009, le Parlement européen et le Conseil ont également adopté un règlement⁷⁰ établissant un programme d'aide à la relance économique par l'octroi d'une assistance financière communautaire à des projets dans le domaine de l'énergie. Il s'agit pour simplifier du programme énergétique européen pour la relance (PEER). Il contient trois sous-programmes : infrastructures pour le gaz et l'électricité, énergie éolienne en mer et captage et stockage de carbone. Les deux premiers sous-programmes concernent directement les énergies renouvelables, tandis que le troisième pourrait rentrer en concurrence avec leur soutien.

L'ensemble de ces instruments juridiques vise bien sûr à mettre en œuvre la politique de l'Union européenne, notamment sa politique dite « climatique » dont le volet technologique a été synthétisé par la Commission européenne sous le nom de Plan stratégique pour les technologies énergétiques (Plan SET).

Historique

La décision n° 93/500/CE concernant la promotion des énergies renouvelables a marqué le début de cette action spécifique en lançant le premier programme ALTENER sur la période 1993-1997, suivi de ALTENER II pour 1998-2000 et doté d'un budget de 77 millions d'euros. Le programme soutenait quatre catégories d'actions en faveur des énergies produites à partir de sources renouvelables :

- les études, stratégies commerciales et les évaluations techniques permettant de définir des normes ou des spécifications techniques
- les initiatives visant à élargir ou créer des infrastructures et des projets pilote
- la création d'un réseau d'information visant à promouvoir une meilleure coordination entre les activités nationales, communautaires et internationales et à permettre l'évaluation de l'incidence des différentes actions

⁶⁹ règlement n°58/2003/CE

⁷⁰ règlement n°663/2009/CE

- les études, évaluations ou autres actions visant à étudier la faisabilité technique et les avantages pour l'économie et l'environnement découlant de l'exploitation de la biomasse à des fins énergétiques.

La Cour des comptes a cependant critiqué le manque de transparence lors de la procédure de sélection des projets pilotes du premier programme, ce qui a abouti à une amélioration du second.

A la même époque, le programme SYNERGY a été adopté par la décision n°1999/23/CE pour promouvoir cette fois la coopération internationale dans le domaine de l'énergie, entre l'UE et les pays tiers.

Un peu avant ALTENER, le programme SAVE consacré à l'efficacité énergétique dès 1991 concernait déjà, de fait, les énergies renouvelables. SAVE II lui a succédé de 1998 à 2002 en finançant des infrastructures. Compte tenu du lien existant entre énergies renouvelables et efficacité énergétique, et après une tentative peu convaincante de réunir les deux objectifs au sein du même programme-cadre, la décision n°1230/2003/CE a adopté en 2003 un nouveau programme pluriannuel et transversal pour les questions énergétiques : le programme Energie Intelligente Europe 1 (EIE1) suivi à son expiration en 2007 du programme EIE 2 en vigueur actuellement et jusqu'à 2013.

Energie intelligente Europe 2

Doté d'un budget de 727 millions d'euros pour six ans, le programme EIE 2 réunit plusieurs anciens programmes dans ses trois domaines d'activité:

- l'efficacité énergétique et de l'utilisation rationnelle des ressources énergétiques (SAVE)
- les actions en faveur des sources d'énergies nouvelles et renouvelables (ALTENER) qui visent par exemple à promouvoir ces sources pour la production centralisée et décentralisée d'électricité, de chaleur et de froid et soutenir ainsi la diversification des sources d'énergie; et à les intégrer dans le milieu local et dans les systèmes énergétiques
- Les actions en faveur de l'efficacité énergétique et de l'utilisation de sources d'énergie nouvelles et renouvelables dans les transports (STEER), dont celles qui visent à soutenir les initiatives portant sur tous les aspects énergétiques des transports et la diversification des carburants et à encourager l'utilisation de carburants d'origine renouvelable et promouvoir l'efficacité énergétique dans les transports

EIE 1 comportait un quatrième volet qui remplaçait SYNERGY pour la coopération extérieure. Cette initiative de promotion des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique en milieu rural, périurbain et urbain dans les pays en développement, qui s'appelait COOPENER, a été transférée des compétences de la DG énergie vers la DG AIDCO (EuropeAid-coopération), le service chargé de la mise en œuvre de l'aide extérieure. Cette aide fonctionne grâce à l'instrument de financement de la coopération au développement (ICD) pour la période 2007-2013, lui-même divisé en plusieurs programmes définis par leur portée géographique ou thématique. Cinq programmes thématiques sont inclus dans l'ICD, parmi lesquels « le programme thématique pour l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles, dont l'énergie » : l'ENRTP⁷¹. La mise en œuvre de l'ENRTP comprend par exemple des dotations financières au GEEREF (Global Energy

⁷¹ COM (2006) 20

Efficiency and Renewable Energy Fund), un fonds mondial de capital risque fonctionnant comme partenariat public privé établi en 2008.

Pour en revenir à l'EIE 2 proprement dit, rappelons que ce programme est lui-même intégré dans le programme-cadre pour l'innovation et la compétitivité (PIC) adopté en 2006 par la décision 1639/2006/CE pour la période 2007-2013 et doté d'un budget de 3,6 milliards d'euros. Cela traduit l'effort d'orientation de l'ensemble des programmes communautaires vers la croissance et la création d'emplois, conformément à la stratégie de Lisbonne, et révèle les espoirs accordés aux perspectives de la croissance verte qui cherche à relier les deux objectifs mentionnés ci-dessus relatifs à la protection de l'environnement et au dynamisme économique.

Le programme EIE 2 promeut la diffusion des technologies déjà disponibles : il s'agit d'aider les projets à une phase d'application commerciale. Comme le résume le programme de travail du programme publié par la Commission européenne, le financement porte sur :

- des études stratégiques reposant sur des analyses partagées et un suivi régulier de l'évolution des marchés et des tendances en matière d'énergie pour l'élaboration de mesures législatives futures
- la création, l'extension ou la réorganisation de structures et d'instruments pour le développement énergétique durable, y compris la gestion énergétique locale et régionale, ainsi que le développement de produits financiers et d'instruments de marché adéquats
- la promotion des systèmes et des équipements énergétiques durables afin d'accélérer encore leur pénétration sur le marché et de stimuler les investissements
- le développement de structures d'information, d'éducation et de formation
- le suivi de la mise en oeuvre et l'analyse de l'incidence des dispositions législatives et des mesures d'appui de l'UE

Le programme EIE 2 ne finance donc pas la recherche, y compris dans le domaine des énergies renouvelables puisque cette fonction est plutôt l'apanage du septième programme-cadre pour la recherche et le développement ou (PCRD) ou FP7.

Les programmes de recherche et développement

Le FP7, approuvé pour 2007-2013, est complémentaire du PIC en s'occupant du domaine de la recherche. Il est doté d'un budget de 50 milliards d'euros. De manière purement aléatoire, on peut citer parmi les projets financés par le FP7 la création d'études sur le comportement des consommateurs vis-à-vis de l'énergie avec le projet Barenergy mené en 2010.

Les précédents programmes-cadres pour la recherche et le développement avaient déjà inclus des programmes thématiques liés aux énergies renouvelables. La recherche sur la biomasse, en tant que composante de problématiques agricoles, a déjà été incluse dans le FP2. Au début des années 90, le FP3 a continué à inclure cette problématique avec le programme AIR et a vu naître les programmes énergétiques de recherche JOULE (issu d'une décision de 1989) et de développement THERMIE (issu du règlement n°2008/90 concernant la promotion des technologies énergétiques pour l'Europe), qui ont finalement été fusionnés dans le cadre du FP4, pour 1994-1998. Cette fusion témoigne d'une certaine évolution de l'idée de la recherche (son utilité, sa rentabilité) en rapprochant invention et innovation. Elle a toutefois provoqué des tensions dans la gestion, attribuée à des directions générales différentes au sein de la Commission.

Le FP5 a pris la relève de 1998 à 2002 avec le programmes « Energie, environnement et développement durable », suivi par le FP6 et son « Développement durable, changement global et écosystèmes » de 2003 à 2007.

Ces projets sont donc en phase avec la directive phare sur la promotion des énergies renouvelables 2009/28/CE, en détaillant l'administration des principes qu'elle établit (cf infra).

Exécution et gestion

L'administration est effectuée soit par la Commission directement, ou plutôt ses directions générales, soit de manière plus indirecte via la création d'agences exécutives, qui comme on le verra ne doivent pas être confondues avec les agences exécutives à l'américaine, et sont destinées à désengorger les services au sens strict de l'Exécutif européen.

Les nombreux recoupements de la politique de l'énergie et la complexité des programmes impliquent en effet des stratégies de simplification pour éviter les chevauchements dans l'attribution des fonds publics tels que ceux notés par la Cour des comptes européenne en 2006⁷².

En aval, ce sont les décisions arrêtant les programmes qui fixent les modalités de financement des projets. Le montant des subventions est fixé lors de la conclusion du contrat avec la Commission.

L'exécution des contrats relatifs aux énergies renouvelables dans le cadre des programmes THERMIE et ALTENER a donné lieu à des conflits portés devant la CJCE ou le Tribunal de première instance, au sujet des subventions et de leur remboursement à la Commission en cas d'un surplus perçu par les sociétés cocontractantes (arrêt du TPI Lior contre Commission du 30 septembre 2009⁷³), ou en cas de non-exécution des clauses contractuelles (arrêt du TPI Commission contre Earthscan⁷⁴ du 8 janvier 2010 à propos de l'élaboration d'un guide sur les installations d'énergies renouvelables). Les deux arrêts ordonnent aux sociétés de rembourser à la Commission les sommes versées dans le cadre du préfinancement des projets et indûment conservées.

Avant même l'exécution des contrats, le choix des projets susceptibles de financement peut-être sujet à des contentieux, comme le montre l'arrêt de la CJCE du 14 mai 1998, Windpark contre Commission européenne⁷⁵. En l'espèce, la société Windpark se pourvoyait contre une décision du Tribunal de première instance qui lui avait refusé l'annulation d'une décision de la Commission dans laquelle cette dernière rejetait sa demande de financement pour son projet de construction d'un parc éolien dans le cadre du programme THERMIE. La Commission n'avait pas sélectionné ce projet mais avait ensuite informé la société Windpark que si les fonds étaient suffisants après un certain délai, il pourrait être financé. Constatant que les fonds étaient insuffisants une fois l'échéance arrivée, la Commission a définitivement rejeté le projet de la société Windpark, qui a alors contesté la procédure en faisant valoir que la manière d'agir de la Commission l'avait laissé espérer un financement sans qu'elle puisse correctement exercer ses droits, notamment celui d'être entendue. La CJCE a cependant confirmé la décision du TPI après un rappel de la procédure suivie.

⁷² rapport n° 6/2006

⁷³ affaires jointes T-192/01 et T-245/04

⁷⁴ affaire T-5/10

⁷⁵ C-48/96 P

L'exécution des programmes d'EEI2 dépend de la Commission européenne et plus précisément de ses directions générales, dans la mesure où elle s'effectue aujourd'hui par l'intermédiaire de l'agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation (AECI). Comme toutes les agences exécutives, c'est-à-dire les organismes institués en application du règlement n° 58/2003/CE du Conseil en vue de certaines tâches relatives à la gestion d'un ou de plusieurs programmes communautaires, l'AECI a été créée pour une durée déterminée et son siège est établi auprès de la Commission européenne, à Bruxelles.

Sa gestion de l'EEI 2, à côté de trois autres instruments de financement communautaires, donne lieu à des comptes rendus à la DG des transports et de l'énergie, à la DG environnement, et à la DG Entreprises et industrie. L'AECI a remplacé l'agence exécutive pour l'énergie intelligente instituée pour la période 2004-2008.

En 2010, l'administration de certaines politiques de l'Union européenne est ainsi déléguée à six agences en tout, dont l'AECI. Parmi ces six, l'autre agence exécutive qui touche de près aux énergies renouvelables est l'agence exécutive du conseil européen de la recherche (CER), dans la mesure où elle est chargée de la mise en œuvre de la stratégie du CER en ce qui concerne la gestion et l'administration des activités de financement du CER dans le cadre juridique du FP7.

Les agences exécutives visent une action communautaire administrative plus efficace en assouplissant les activités de l'institution délégante par une externalisation.

Certaines missions ne peuvent incomber aux agences mais doivent au contraire obligatoirement être assumées par les institutions directement, notamment lorsque des choix d'ordre politique s'imposent au-delà de la simple exécution, et pour respecter des critères de contrôle de l'activité institutionnelle⁷⁶.

D'autres agences peuvent intervenir dans le cadre des énergies renouvelables, mais il s'agit simplement d'agences dites européennes, et non d'agences exécutives européennes. Parmi ces 22 personnes morales existant actuellement pour les activités communautaires, outre celles fonctionnant avec les deux autres anciens « piliers » de l'Union européenne, on peut en répertorier deux ayant un lien avec les énergies renouvelables.

L'Agence européenne pour l'environnement (AEE) créée par le règlement n° 401/2009/CE en 2009 et située à Copenhague, se limite pour l'instant à fournir des informations sur l'environnement aux responsables politiques des Etats de l'Union européenne et des cinq autres pays membres.

L'Office de l'harmonisation pour le marché intérieur (marques, dessins et modèles), créé par le règlement CE n° 40/94 en 1994 peut aussi avoir un lien, quoique plus lointain avec le droit des énergies renouvelables, puisque les produits ou services qui les utilisent sont susceptibles comme tout autre d'un dépôt de marque. La notion de caractère distinctif est aussi cruciale dans ce secteur pour décider de l'attribution de la marque communautaire ou non, ayant pour but de renseigner le consommateur, particulier ou professionnel, sur les caractéristiques du produit ou service. Or cet aspect peut être pris en compte dans les mesures visant à stimuler la consommation d'énergies renouvelables (voir infra).

⁷⁶ « Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne », Edoardo Chiti in Droit administratif européen

Même si les agences européennes répondent surtout à une volonté de décentralisation géographique, elles reflètent aussi la complexification de l'organisation administrative de l'Union européenne, puisqu'elles contribuent à assurer des relations entre l'administration centralisée communautaire et les autorités nationales des Etats membres. C'est ce que montre l'exécution de ses fonctions par l'AEE, qui requiert cette coopération.

En tout cas, ni les agences européennes ni les agences exécutives ne semblent pouvoir être assimilées à des autorités indépendantes au sens communautaire, pas plus qu'elles ne se confondent avec les agences administratives indépendantes américaines. Les agences européennes en particulier sont, en effet, plutôt en position de subordination vis-à-vis de l'administration centralisée communautaire⁷⁷.

Les programmes américains

Les programmes américains sur les énergies renouvelables sont essentiellement exécutés par les agences exécutives.

Le rôle des agences exécutives américaines

Le nombre croissant des agences de l'Union européenne n'atteint pas le niveau de prolifération constaté aux Etats-Unis. Elles se comptent par centaines, et leur rôle est plus étendu, en dépit des mouvements de « dérégulation » de la fin du XXe siècle : le rôle des agences s'est plus déplacé vers des domaines nouveaux qu'il n'a été annihilé. Par exemple en ce qui concerne la fourniture d'électricité, même si l'agence fédérale de régulation de l'énergie est censée s'effacer devant les règles « naturelles » de concurrence pour fixer les prix, elle continue à élaborer des règles pour assurer la fiabilité de la distribution ; paradoxalement la dérégulation a aussi abouti dans certains cas à transférer les missions de régulation historiquement dévolues aux agences étatiques à des agences fédérales⁷⁸.

Les agences représentent donc une part importante de la fonction exécutive. Dans le cadre de la séparation des pouvoirs, c'est le Président américain qui est en charge de la branche exécutive avec l'aide de son Cabinet et des différents « ministères » ou Departments. Les énergies renouvelables revêtent une importance particulière pour le Département de l'Energie, de l'Environnement, de l'Agriculture.

D'un point de vue large, les départements et leurs ramifications, bureaux, offices etc. sont des agences exécutives et leur fonctionnement est en grande partie soumis à une loi de 1946 : l'Administration Procedure Act. Il existe également un autre type: les agences indépendantes, créées par le Congrès. Cette indépendance recouvre deux choses. D'une part les agences indépendantes ne sont pas supervisées par un membre du cabinet mais par un administrateur, ou plus fréquemment par un organe collégial. D'autre part, les mandats sont attribués aux membres théoriquement pour des durées qui ne coïncident pas avec les élections du président ni du congrès, afin d'éviter les influences partisans d'autant plus que la révocation n'est possible que si elle est motivée.

Les agences fédérales intervenant dans le paysage administratif se sont multipliées, le secteur des énergies renouvelables ne faisant pas exception à la règle. Les trois agences fédérales

⁷⁷ ibid

⁷⁸ Energy Law, Tomain/Cudahy 2004

principales à ce sujet sont sans doute la Commission fédérale de régulation de l'énergie (FERC), l'Agence pour la protection de l'environnement (EPA) et l'Office de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables (EERE). Elles sont assistées par le Conseil de la qualité environnementale (CEQ). Ces quatre organisations reflètent la diversité des statuts des agences et chacune d'entre elles a lancé ses propres programmes.

L'EERE peut être considérée comme une agence exécutive au sens large en ce qu'elle est une subdivision du Department of Energy, lui-même créé par une loi de 1977 : le DOE Organization Act, de manière à concentrer toutes les agences énergétiques dans une structure unique. L'EERE est placée sous le contrôle d'un membre de l'administration présidentielle, en l'occurrence le secrétaire à l'Energie, qui comme les autres membres du Cabinet est nommé par le président et confirmé par le Sénat.

L'EPA est une agence indépendante dans la mesure où elle est extérieure aux différents Departments. Créée par une loi du Congrès, le 2 décembre 1970, sa mission y est définie comme celle de « protéger la santé humaine et de sauvegarder les éléments naturels — l'air, l'eau et la terre — essentiels à la vie ». L'agence élabore et fait respecter la réglementation sur l'environnement, gère les allocations budgétaires qui appuient les programmes environnementaux, effectue la recherche relative aux questions environnementales et en informe le public américain.

Créée en 1977 en même temps que le Department of Energy pour prendre la suite de la Federal Power Commission dans le cadre de la restructuration gouvernementale en matière d'énergie, la FERC possède un statut encore plus particulier. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une agence indépendante « régulatrice », rattachée techniquement au Department of Energy (« within ») sans être responsable ni devant le président des Etats-Unis, ni devant le Congrès. Ses décisions sont susceptibles de recours devant les tribunaux.

Davantage que de mettre en œuvre des programmes institués par des lois du Congrès, sa mission est d'émettre des normes de réglementation pour le transport interétatique de pétrole, de gaz naturel et d'électricité. Son rôle vis-à-vis des énergies renouvelables n'est de ce fait pas négligeable, en particulier en ce qui concerne l'électricité qui peut en être dérivée, puisque la FERC a été chargée de réglementer l'intégration de ces sources dans le réseau de transport. Après une consultation publique, les dispositions ont été publiées en 2005⁷⁹ mais ne concernent quasiment que l'intégration de l'énergie éolienne (ce qui peut s'expliquer par la puissance des turbines concernées, par opposition à d'autres sources renouvelables qui auraient plus de difficulté à être intégrées au niveau du transport).

Le Council on Environmental quality est une branche de l'Office exécutif du Président des Etats-Unis, que l'on rapporte souvent à sa composante principale : l'office de la Maison blanche. Etabli en 1969 par le National Environment Policy Act de 1969 (NEPA), ses compétences ont été renforcées par le Environmental Quality Improvement Act de 1970. Sa mission principale du point de vue du droit des énergies renouvelables est de s'assurer que l'activité des agences fédérales respecte les dispositions du NEPA. Il est autorisé à émettre des règlements pour remplir cette tâche. Le CEQ a donc un rôle de coordination des divers programmes fédéraux des agences dans leur dimension environnementale, tels que ceux relatifs aux énergies renouvelables.

⁷⁹ ordre n°661 publié le 2 juin 2005

Le contenu des programmes

Les programmes de l'EERE

L'EERE est responsable de 10 programmes thématiques liés aux énergies renouvelables et à l'efficacité énergétique, réalisés notamment par des partenariats public-privé :

- Biomass Program: recherche et développement liant industries, universités et laboratoires nationaux pour la valorisation énergétique de la biomasse, et dont le but principal est de « s'assurer que l'éthanol cellulosique atteigne un coût compétitif d'ici à 2012 »⁸⁰
- Building Technology Program : efficacité énergétique des bâtiments et des équipements
- Weatherization and Intergovernmental program : l'enjeu est de fournir des fonds ainsi qu'une assistance technique aux Etats, aux gouvernements locaux et aux tribus indiennes pour améliorer l'efficacité énergétique. Les énergies renouvelables sont surtout concernées par deux branches de ce programme. La première est le State Energy Program (SEP) qui permet d'attribuer des bourses en fonction du mérite des Etats ou des gouvernements locaux, afin de les aider à améliorer leur stratégie énergétique dans le but de par exemple de diminuer la consommation de pétrole. Le Recovery Act de 2009 a consacré plus de 3 milliards de dollars au développement de ce sous-programme. La deuxième branche est le Renewable Energy Production Incentive, qui s'adresse cette fois aux producteurs d'électricité utilisant des énergies renouvelables (ou de l'hydrogène) pour la fabriquer. Créé par l'Energy Policy Act de 1992 et profondément amendé en 2005, ce sous-programme consiste en des incitations financières à destination de ces producteurs.
- Federal Energy Management Program (FEMP) : ce programme vise à aider la mise en œuvre de quatre lois du Congrès⁸¹ et de trois ordres exécutifs⁸² du Président américain développant les dispositions contraignantes du congrès en ce qui concerne la maîtrise de l'énergie par les agences du gouvernement fédéral. Il s'agit par exemple de seuils de consommation d'électricité issue d'énergies renouvelables. En effet la section 203 de l'Energy Policy Act voté par le Congrès en 2005 dispose que l'électricité issue d'énergies renouvelables doit représenter au moins 5% de la consommation énergétique du Gouvernement fédéral (c'est-à-dire des agences fédérales) sur les exercices 2010-2012 et au moins 7,5% à partir de l'exercice 2013.
- Geothermal Technology Program (GTP) : son objectif est de développer l'énergie géothermique en participant à la recherche de ressources, à la découverte de chemins d'accès et de possibilités de valorisation. Il met ainsi en œuvre les dispositions de l'Energy Policy Act de 2005. Encore une fois ce programme lie industries, laboratoires et universités et intervient à la fois dans le domaine de la recherche et du développement, et dans les phases de démonstration de projets.

⁸⁰ site internet EERE

⁸¹ National Energy Conservation Policy Act issu du National Energy Act de 1978 et amendé en 1985 ; Energy Policy Act de 1992 ; Energy Policy Act de 2005 ; Energy Independence and Security Act de 2007.

⁸² Executive Order 13514 ; E.O 13423 de 2007 ; E.O 13221 de 2001

- Fuel Cell Technologies Program : dans le but de stimuler « l'économie hydrogène », ce programme a trait aux énergies renouvelables dans le cadre de sa branche « production d'hydrogène » qui cherche à réduire le coût de cette isolation. En effet ce programme affirme la volonté du Department of Energy de développer des moyens d'isolation écologiques mais la priorité est d'abaisser le coût de l'hydrogène pour le rendre compétitif par rapport aux sources fossiles.
- Industrial Technologies Program (ITP)
- Solar Energy Technologies Program (SETP) : il cherche aussi à améliorer la compétitivité des technologies utilisant l'énergie solaire en écartant les barrières tarifaires et non-tarifaires, c'est-à-dire en participant à la modification des standards techniques pour faciliter le développement, et en élaborant des campagnes d'information des consommateurs.
- Vehicle Technologies Program : par le biais de partenariats public/privé, ce programme a l'intention de soutenir le déploiement de technologies de remplacement des carburants traditionnels tels que le pétrole. Il concerne aussi bien la recherche et le développement que l'application commerciale des inventions et innovations. Le sous-programme FreedomCar and Fuel Partnership est concentré sur la recherche pour le développement de moteurs hybrides, c'est-à-dire essentiellement les moteurs faisant appel à plusieurs sources d'énergies, par exemple l'essence et l'électricité. Même si l'effort se concentre sur l'hydrogène, les énergies renouvelables sont concernées en amont. Le programme ne s'intéresse quasiment pas aux biocarburants, qui sont plutôt du ressort du Biomass Program.
- Wind and Water Power Program : la stratégie de ce programme consiste à gérer les fonds accordés par les lois du Congrès afin de diminuer le coût de l'énergie éolienne grâce à des investissements, développer les projets d'énergie hydraulique autre que l'hydroélectricité, multiplier les installations de turbines et travailler à l'intégration de l'énergie produite sur les réseaux.

Les programmes de l'EPA

Après l'Energy Star en 1992 créant un label certifiant l'efficacité énergétique de certains produits et que l'UE a également décidé de suivre, l'EPA a lancé en 2008 le programme de volontariat Green Power Partnership dans le but d'encourager l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables.

Ce programme vise en fait à stimuler la demande de cette électricité à travers un partenariat entre l'EPA et les entreprises volontaires. Pour résumer, l'EPA propose aux entreprises de tous les secteurs de les orienter vers des produits fonctionnant avec des énergies renouvelables. Un système de crédits permet aux entreprises qui n'ont pas d'accès direct à de l'énergie produite à partir de sources renouvelables d'atteindre leurs objectifs quantitatifs. En échange de cette marque de bonne volonté des entreprises à participer à l'amélioration de l'environnement, l'EPA s'engage à contribuer à la promotion de leur image par des actes de publicité : classements des « meilleurs partenaires », récompenses ... autant de reconnaissances que les entreprises peuvent valoriser dans leur stratégie de marketing. Il existe plusieurs classements. L'un d'entre eux est dédié aux entreprises qui utilisent 100% d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables, les autres fonctionnent par secteurs

(organisations privées, publiques etc). Dans tous les cas, le critère de sélection est de consommer au maximum de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables en valeur absolue, ce qui contraste avec les objectifs européens qui cherchent à augmenter la part des énergies renouvelables sans pour autant augmenter la consommation totale d'énergie.

Malgré des problématiques politiques similaires, une affirmation commune du rôle du droit en tant qu'instrument légitime de contrainte et la tendance à voir ce dernier à travers le prisme de l'utilité économique, les contextes juridiques de l'Union européenne et des Etats-Unis sont différents. On peut donc supposer que la nature des réponses matérielles apportées aux problèmes de droit, même s'ils sont proches, variera d'un ordre juridique à l'autre par ses sources et par le fractionnement de sa mise en œuvre, sans préjuger d'une essence similaire.

... sur la réglementation substantielle des énergies renouvelables (Deuxième partie)

Les desseins environnementaux, sécuritaires et économiquement expansionnistes de l'Union européenne et des Etats-Unis se trouvent atomisés dans des règles cherchant à promouvoir les énergies renouvelables de manière légitime. Ces règles tâchent de tenir compte de la propension de ces énergies à contrarier les objectifs en question en cas de développement non maîtrisé.

A) Promotion des énergies renouvelables : un interventionnisme économiquement justifié

La notion de « barrières » est souvent utilisée pour désigner les obstacles qui entravent le développement des bienfaits de technologies telles que les énergies renouvelables. Ces barrières peuvent être techniques, réglementaires, financières. Le rôle du droit serait alors d'abaisser ces obstacles pour promouvoir les énergies renouvelables, ce qui dans l'analyse du droit s'interprète surtout comme une augmentation de la compétitivité des énergies renouvelables face aux énergies conventionnelles, c'est-à-dire une baisse de leur coût relatif. Plusieurs possibilités peuvent alors se cumuler, qui jouent de différentes manières sur l'offre et la demande:

- la stimulation fiscale de l'investissement et de la recherche aide à éliminer les barrières techniques,
- la stimulation de la demande qui permet de créer des économies d'échelle quand cela est possible ; ou l'internalisation des coûts de pollution par la mise à prix du carbone, visent à réduire les barrières financières.
- L'idée de barrières réglementaires s'entend peut-être avant dans le sens où un manque de sécurité juridique, concernant par exemple l'existence intermittente de subventions ne créerait pas un environnement favorable à l'investissement. Par extension, elle évoque également la simplification des procédures administratives, au profit éventuellement d'une régulation par la propriété privée.

Cette interprétation signifie finalement que toutes les mesures juridiques cherchent à laisser s'exprimer le coût efficient des énergies renouvelables, un système dans lequel les mécanismes de marché ont beau jeu mais où les pouvoirs publics sont également présents. Quels que soient les principes, peut-être identiques, guidant leur intervention, l'étude comparée du droit communautaire et du droit fédéral montre que le premier privilégie des mesures qui peuvent être qualifiées d'administratives, tandis que le second repose avant tout sur des subventions financières directes considérables. Cette différence tient d'ailleurs sans doute plus à l'opposition entre la structure américaine d'Etat fédéral et la structure unie supranationale de l'Union européenne, les moyens budgétaires n'étant pas les mêmes.

1) Un cadre administratif européen favorable

La planification d'objectifs quantitatifs tient un rôle important dans le droit européen des énergies renouvelables puisqu'elle oriente les efforts des Etats membres de manière contraignante, en leur laissant le choix des moyens qualitatifs nécessaires pour les atteindre. Le droit américain fédéral est plus en retrait et de manière générale, beaucoup plus axé sur l'électricité et les biocarburants tandis que les mesures européennes cherchent à ne pas laisser de côté la promotion de la chaleur et du refroidissement issus de sources renouvelables.

§1 La planification d'objectifs quantitatifs

La fixation d'objectifs de réduction des émissions de CO2

Objectifs généraux

Dans la mesure où l'un des avantages des énergies renouvelables, en général, est d'émettre peu de gaz à effet de serre, et en particulier de CO₂, la réglementation encourageant la diminution des émissions dans divers secteurs peut jouer en faveur de leur expansion.

Le protocole de Kyoto, signé en 1997 comme corollaire du Sommet de Rio de 1992 pour lutter contre le changement climatique prescrit une diminution des émissions de GES de la part des pays industrialisés. Le protocole est entré en vigueur en 2005 malgré l'absence de ratification des Etats-Unis. Ces derniers ont tout de même pris certains engagements relatifs à ces réductions d'émissions, mais dans des proportions inférieures à celles de l'Union européenne.

Après avoir pris « de manière indépendante l'engagement ferme de réduire d'ici à 2020 ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 20% par rapport à 1990 »⁸³, l'Union européenne s'était engagée début 2010, dans le cadre de l'accord de Copenhague qui aurait dû assurer la succession du protocole de Kyoto après son arrivée à échéance en 2012, à faire passer ce chiffre à 30%, en contrepartie d'objectifs comparables des autres Etats. Malgré cet échec, la Commission européenne étudie en profondeur le maintien de cet objectif de 30% de réduction par un engagement unilatéral⁸⁴.

L'accord de Copenhague a révélé une évolution de la position américaine, puisque les Etats-Unis y ont promis de réduire leurs émissions de CO₂ de 17% par rapport aux chiffres de 2005 « en conformité avec une anticipation de la législation américaine sur le climat et l'énergie », l'objectif final devant être transmis au secrétaire de la Conférence des Parties « à la lumière de la législation promulguée ». Etant donné le scepticisme parlementaire face à la succession de projets de lois sur le climat, ce chiffre de 17%, promis dans le cadre d'un accord non contraignant rappelons-le, prévaut actuellement au niveau fédéral.

A ce niveau, les seules mesures concrètes qui peuvent être prises dans l'attente d'une loi votée par le Congrès sont celles ayant trait à la réduction des émissions du gouvernement fédéral, puisque le Président de Etats-Unis est habilité à diriger ce genre de décisions. Le 23 janvier, Barack Obama a ainsi pointé pour cible une réduction de 28% des émissions de GES dues à l'activité fédérale par rapport aux taux de 2008, en tant qu'application concrète de l'Executive order n° 13514 sur la durabilité fédérale. Signé en octobre 2009, cet ordre détermine des buts pour les agences fédérales en termes de protection de l'environnement. La réduction doit être permise grâce à l'usage d'énergies renouvelables et à des procédés assurant l'efficacité énergétique.

Il faut cependant souligner les engagements en provenance d'associations d'Etats américains dans le cadre de leur élaboration de marchés de quotas d'émissions de CO₂ ou « cap and trade ». Ce système promu par le protocole de Kyoto comme moyen d'atteindre les objectifs de réductions d'émissions existe dans l'Union européenne depuis 2005.

⁸³ Engagement du Conseil européen de mars 2007 rappelé par la décision n° 406/2009/CE du Parlement et du Conseil, issue du « Paquet énergie climat ».

⁸⁴ Communication de la Commission du 26 mai 2010 COM(2010)265 final

Conformément aux théories de Law and Economics, l'instauration de marchés de quotas d'émissions est l'instrument majeur qui a été envisagé pour atteindre les objectifs de réduction d'émissions, dans la mesure où son « coût social » est censé être inférieur à celui d'une imposition inflexible de réductions d'émissions vis-à-vis des acteurs économiques.

Avant de détailler la relation entre ces marchés et les énergies renouvelables, on peut donc remarquer qu'une trentaine d'Etats américains participent, dans des proportions variées, à des systèmes de cap and trade de CO₂. Trois programmes régionaux existent ou sont en cours de préparation :

- le Regional Greenhouse Gas Initiative (RGGI) pour les Etats du nord-est dont l'Etat de New York
- le Western Climate Initiative (WCI) pour les Etats de l'Ouest, dont la Californie
- le Midwestern Greenhouse Gas Accord (MGA) pour les Etats du midwest, dont le Minnesota

Même si le RGGI est le plus avancé de ces programmes, puisqu'il fonctionne depuis début 2009 alors que les autres n'en sont qu'au stade de l'élaboration, aucune de ces associations n'atteint le niveau de développement du système d'échange européen (EU ETS, voir infra), que ce soit en termes quantitatifs ou qualitatifs. Dans tous les cas, les trois programmes proposent d'établir des objectifs quantifiés de réduction des émissions.

Le RGGI pose ainsi comme « cap » une réduction de 10% des droits d'émission de CO₂ octroyés dans le secteur de l'électricité en 2018, par rapport au seuil fixé lors du lancement du programme en 2009. Le WCI, qui devrait être « complètement opérationnel » en 2015, propose un cap permettant de réduire de 15% les émissions de GES en 2020 par rapport au niveau de 2005. Le MGA, conclu en 2007, n'a pas encore chiffré ses objectifs mais prévoit de le faire pour l'ensemble des GES.

Objectifs sectoriels

Le droit des Etats-Unis se rapproche de celui de l'Union européenne en ce qui concerne la fixation d'objectifs sectoriels de réduction des émissions de CO₂, et qui ont un impact sur les énergies renouvelables ; plus précisément sur les biocarburants.

Ainsi que le soulignait l'introduction, pour être classés parmi les énergies issues de sources renouvelables dans le droit communautaire, les biocarburants européens doivent remplir certaines conditions. L'une d'elles est qu'ils doivent être moins polluants que les carburants classiques. La directive 2009/30/CE, en modifiant la directive 98/70/CE sur les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de GES fixe un objectif de réduction des GES provenant des biocarburants. D'ici 2020, les fournisseurs de carburant devront réduire de 6% les émissions nocives pour le climat sur l'ensemble du cycle de vie de leurs produits.

Cette fois les mêmes échos résonnent aux Etats-Unis. En effet l'Energy Independence and Security Act voté par le Congrès en 2007⁸⁵ astreint l'Environment Protection Agency à s'assurer que chaque catégorie de « carburant renouvelable » émet moins de GES que le

⁸⁵ Public Law 110-140

carburant fossile qu'il a vocation à remplacer, dans le cadre du Renewable Fuel Standard. L'ONG « Les Amis de la Terre » a néanmoins déposé une plainte en mai 2010 devant la US Court of Appeals du District de Columbia⁸⁶ pour contester entre autres la méthodologie employée par l'agence fédérale dans le calcul de ces différentiels d'émissions.

La plupart des objectifs européens concernant les réductions de GES et de CO2 en particulier sont donc non seulement plus précis et plus ambitieux, mais aussi plus généralisés, par rapport aux engagements américains (même si les marchés de quotas posent des problèmes d'harmonisation juridique). Il en va de même des objectifs d'augmentation de la part du renouvelable dans la consommation d'énergie.

L'augmentation de la part du renouvelable dans l'activité énergétique

Un moyen plus direct de promotion est de fixer des objectifs d'augmentation de la part du renouvelable dans la consommation ou la production énergétiques. Ces objectifs peuvent être fixés pour les Etats ou groupes d'Etat. Afin de les atteindre, ces derniers esquissent à leur tour des objectifs individualisés pour les acteurs économiques en fonction de divers paramètres. Ils prennent notamment la forme d'une obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, matérialisée par l'émission de certificats verts.

Objectifs collectifs européens

Les efforts de l'Union européenne sont plus aboutis que ceux des Etats-Unis dans leur ensemble, en termes de chiffrage et de contrainte.

Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, le but des politiques européennes actuelles n'est pas d'augmenter la consommation d'énergie mais de consommer mieux, c'est-à-dire avec moins de déperditions et des sources plus satisfaisantes écologiquement parlant que les sources fossiles. Il ne s'agit donc pas a priori d'augmenter dans l'absolu la consommation d'énergie issue de sources renouvelables mais d'augmenter leur part dans la consommation totale d'énergie.

Il faut également souligner à titre préliminaire que c'est bien la consommation et non la production d'énergie qui est concernée. Cela signifie que l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans un Etat membre pour être exportée à un Etat tiers n'est pas prise en compte, tandis que l'énergie renouvelable importée dans un Etat membre en provenance d'un Etat tiers sera éventuellement comptabilisée. La directive de 2009 sur la promotion des énergies renouvelables prend cependant soin de rappeler que ces échanges ne doivent pas inciter les pays tiers en question à réduire leur consommation nationale d'énergie produite à partir de sources renouvelables, au profit de leurs exportations. Cela permettrait certes à l'Union européenne de tenir ses engagements notamment environnementaux, mais les bénéfiques au niveau mondial seraient affectés. Ainsi, les seuils d'augmentation de la consommation impliquent normalement une augmentation de la part de la production d'énergies renouvelables.

Le « paquet énergie climat » (voir supra) ne se contente pas de promettre une diminution de 20% des émissions de CO2 de l'UE : il envisage également de réduire de 20 % la consommation d'énergie et de porter à 20 % la part des énergies renouvelables dans la

⁸⁶ plainte enregistrée sous le numéro 10-1108

consommation énergétique (les « 3 fois 20), en accord avec la communication de la Commission (... ? voir).

Les propositions de l'UE concernant ce dernier engagement ne sont pas nouvelles. En 1993 le programme ALTENER recommandait déjà de doubler leur contribution et dans son livre blanc de 1997, la Commission proposait de porter de 6% à 12% en 2010 la part de la production d'énergie SER dans la consommation intérieure brute d'énergie de l'UE.

Cependant, l'efficacité des objectifs mentionnés dans les documents précédents a été contestée, au vu de leur caractère non impératif. Des chiffres plus ambitieux et plus contraignants ont donc été invoqués par la suite et sont au cœur de la directive de 2009 sur la promotion des énergies renouvelables. Pour commencer, en 1997, le livre blanc de la Commission a par nature une valeur purement informative. La directive de 2001 sur la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable, qui est elle un texte de droit positif, reprend effectivement l'objectif global de 12% pour l'UE. Cependant, si elle ordonne aux Etats de prendre des « mesures appropriées pour promouvoir l'accroissement de la consommation d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables », il s'agit plus d'une obligation de moyens que de résultat puisqu'une fois encore les objectifs nationaux sont dits « indicatifs »⁸⁷. Concrètement, la Commission européenne pouvait sans doute poursuivre pour manquement un Etat membre qui ne se serait fixé aucun objectif ou n'aurait pas instauré d'objectif compatible avec le droit communautaire (absence de transposition ou transposition incomplète), sur le fondement de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'UE (ex article 256 du Traité instituant la Communauté européenne) mais elle ne pouvait pas lui reprocher de ne pas avoir atteint les quotas. Le juge national ne pouvait pas plus invoquer l'effet direct pour contester le non-respect des quotas. Aussi, compte tenu du mécanisme des directives européennes, des disparités ont pu être constatées entre les Etats membres, certains adoptant des mesures strictes pour atteindre les objectifs, et d'autres non.

La directive de 2009 sur la promotion des énergies renouvelables marque un changement notable puisqu'elle impose aux Etats membres des « objectifs contraignants nationaux » précis, sous peine de poursuites de la part de la Commission. Le défi est d'atteindre une part de 20% de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'UE. Chaque Etat membre se voit assigner un objectif chiffré, évalué en fonction de la production d'énergies renouvelables déjà recensée et de son potentiel d'augmentation. Avec une part évaluée à 10,3% en 2005 comme point de départ, la France est donc censée rehausser ce taux à 23% de sa consommation finale d'énergie en 2020. La contribution majeure revient à la Suède, qui devra compter près de la moitié de sa consommation finale avec de l'énergie produite à partir de sources renouvelables en 2020 (49% contre 39,8% en 2005). Cette différence permet de compenser le potentiel de pays comme Malte, où la part d'énergies renouvelables devra seulement atteindre 10% en 2020 (ce taux étant quasiment nul en 2005).

Toutefois ces opérations de pondération n'ont pas lieu en ce qui concerne les transports. En raison du poids considérable de ce secteur dans la consommation totale d'énergie, la directive impose un effort plus faible globalement mais semblable dans tous les Etats membres, soit une part de renouvelables au moins égale à 10% de la consommation finale d'énergie des transports. Cette disposition permet aux Etats membres de choisir les sources d'énergie voire le type d'énergie secondaire en question. En l'occurrence si elle équivaut pour le

⁸⁷ 2001/77/CE, article 3

gouvernement français à un effort orienté principalement vers les biocarburants⁸⁸, les Etats sont libres de préférer les véhicules électriques.

Dans le cas des biocarburants, outre l'amélioration des mesures de protection dans les raffineries, l'espoir de réduire les émissions de GES repose sur l'évolution des mélanges des biocarburants avec l'essence et le diesel. Les Etats membres pourront exiger une réduction supplémentaire par la fourniture d'énergie pour les véhicules électriques ou l'utilisation de crédits carbone de pays tiers dans le cadre du mécanisme pour un développement propre du protocole de Kyoto (voir infra). Pour permettre ces réductions, la teneur autorisée en biocarburants dans l'essence et le diesel sera plus élevée, conformément à la directive 2009/30/CE modifiant la directive 98/70/CE sur l'essence, le diesel et les gazoles. Pour la majorité des véhicules fonctionnant avec un moteur à essence le taux maximum autorisé passera ainsi à 10% d'éthanol à partir 2011 contre 5% jusqu'à présent⁸⁹. Pour les véhicules fonctionnant avec un moteur diesel, en simplifiant, le taux maximum de biodiesel admis sera de 7%⁹⁰. La directive encourage en outre la création d'une norme « B10 » pour le carburant à 10% de biodiesel.

Un avantage de la formulation en termes de secteurs et non de sources est semble-t-il de répondre de manière plus adaptée au questionnement de certains Etats quant aux effets des mesures et au principe de subsidiarité. En effet, lors de la consultation lancée par la Commission européenne, l'idée d'imposer des objectifs obligatoires pour les Etats en termes de consommation de biocarburants a soulevé des inquiétudes. Malgré un accord de principe sur l'inefficacité des objectifs indicatifs et la nécessité d'un changement, le gouvernement danois a avancé que dans le cas du Danemark, l'utilisation de la biomasse pour produire de l'électricité permettait d'économiser davantage d'énergies fossiles que pour produire des biocarburants. La fixation juridique d'un seuil de consommation de ces derniers serait donc allée à l'encontre des finalités de la politique européenne.

La fixation d'objectifs par secteurs, peut d'ailleurs influencer sensiblement ceux relatifs aux énergies renouvelables considérées comme un tout. La directive du 20 décembre 1994⁹¹ modifiée en 2004 qui demande aux Etats membres d'établir des buts en matière de valorisation énergétique des déchets d'emballage démontre cela par rapport à la gestion des déchets. Le droit communautaire joue aussi sur la qualification de la ressource : l'arrêt de la CJCE Vessoso et Zanetti en 1990⁹² indiquait déjà qu'« une réglementation nationale qui adopte une définition de la notion de déchet excluant les substances et objets susceptibles de réutilisation économique n'est pas compatible avec les directives ».

Le paragraphe 2 de l'article 6 de la directive de 1994 indique toutefois que « s'il y a lieu les EM encouragent la valorisation énergétique quand elle s'avère préférable au recyclage pour des raisons environnementales et avec un rapport coûts bénéfices favorable ». Il existe donc une hiérarchie afin de rationaliser le développement des énergies renouvelables, c'est-à-dire éviter que leur promotion ne l'emporte sur l'objectif initial de leur promotion, à savoir la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable (voir supra).

⁸⁸ selon le site du ministère français de l'Ecologie

⁸⁹ Directive 2009/30/CE annexe 1

⁹⁰ Directive 2009/30/CE annexe 2

⁹¹ 94/62/CE

⁹² CJCE 28 mars 1990 C-359/88

Pour parvenir à ces quotas d'énergie renouvelable dans la consommation, la directive 2009/28/CE – qui par définition nécessite une transposition propre à chaque Etat membre – suggère plusieurs moyens, dont celui des « certificats verts » qui obéit plus à une logique de marché lorsqu'un système d'échange est organisé que d'autres moyens (voir infra). Ce système fonctionne dans le secteur de l'électricité en combinaison avec ce qui est communément appelé Renewable Obligations au Royaume-Uni ou Renewable Portfolio Standard aux Etats-Unis. En résumé, cette dénomination fait référence à l'obligation, pour les compagnies d'électricité, de fournir un certain pourcentage d'électricité garantie produite à partir de sources renouvelables d'énergie.

Aux Etats-Unis, où comme on l'a vu l'idée d'énergies renouvelables se réduit souvent à celle d'électricité produite à partir de sources renouvelables, ce qui n'est qu'un moyen au niveau européen devient l'expression de l'objectif lui-même d'augmenter la part des sources renouvelables dans la consommation énergétique.

Les obligations quantitatives aux Etats-Unis : Renewable Portfolio Standards et Renewable Fuel Standard

Les objectifs quantitatifs américains en termes d'énergies renouvelables ne sont pas inexistantes mais ils ont tendance à être moins contraignants et/ou quantifiés davantage à un niveau plus individualisé que l'échelon national. C'est le cas notamment en ce qui concerne la promotion de l'électricité produite à partir de sources renouvelables, et un peu moins en ce qui concerne les biocarburants.

Les quotas d'électricité « verte » sont définis soit par des règles contraignantes élaborées par les Etats (les RPS étatiques) pour forcer les entreprises de fourniture d'électricité à recourir aux énergies renouvelables, soit par des engagements volontaires des entreprises à acheter un certain pourcentage de cette électricité issue de sources renouvelables (c'est-à-dire des actes de « soft law »), soit par des ordres ne concernant que le gouvernement fédéral et ses propres infrastructures conformément à l'Energy Policy Act de 2005 (voir première partie sur le droit administratif).

Un rapport du Department of Energy publié en 2008⁹³ envisage bien que l'énergie éolienne représente 20% de la production d'électricité des Etats-Unis en 2030. Mais loin d'être un texte contraignant, ce rapport ne fait qu'en examiner la faisabilité.

Les projets de lois fédérales mettant en place un Renewable Portfolio Standard national n'ont pas non plus manqué. Celui du Recovery Act de 2008 en comportait un mais l'initiative a été retirée *in extremis* compte tenu entre autres de la menace du Président Bush de poser son veto contre toute loi qui contiendrait de telles dispositions ou qui chercherait à limiter les subventions aux énergies fossiles. Depuis, les « Climate bills » n'ont pas réussi à convaincre le Congrès de leur bien-fondé en matière de RPS fédéral.

En tout cas en 2010, 30 Etats parmi les 50 que compte la fédération américaine possèdent un Renewable Portfolio Standard (obligatoire pour 26 d'entre eux), soit autant de législations et d'objectifs chiffrés différents. L'un des RPS les plus ambitieux est celui de la Californie, qui envisage un taux de 33% d'électricité produite à partir de sources renouvelables d'énergie en 2020⁹⁴.

⁹³ « 20% Wind Energy by 2030 »

⁹⁴ Executive order S-14-08 signé en 2008 par le Gouverneur Schwarzenegger

Certains RPS contiennent des dispositions plus précises, en cherchant non seulement à définir des seuils proportionnels minimum de consommation de sources renouvelables, mais en insistant sur des types particuliers, comme l'énergie solaire, afin de remédier à leur pénétration du marché encore plus faible que les autres sources comme l'énergie éolienne. Dans certains Etats, les entreprises de fourniture d'électricité doivent donc apporter la preuve qu'une partie de leur offre provient de l'énergie solaire.

L'exécution des RPS par les entreprises est rendue plus flexible grâce à la mise en place d'un système d'échange de certificats « verts » ou Renewable Energy Certificates ou encore Renewable Energy Credits (RECs). Schématiquement, pour un certain montant d'énergie issue de sources renouvelables générée (en général 1 MWh), le producteur se voit attribuer un certificat. Les fournisseurs d'électricité étant censés rétrocéder un nombre déterminé de certificats pour faire la preuve du respect de leurs obligations chiffrées d'utiliser des énergies renouvelables, ils doivent les acquérir au préalable. Lorsque les fournisseurs ne sont pas également producteurs d'énergies renouvelables, cette acquisition s'effectue soit simultanément à l'achat de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, soit par l'achat de certificats seuls. Les certificats verts illustrent la combinaison de règles administratives avec des mécanismes de marché (voir infra).

Quant aux biocarburants, ils font aussi l'objet d'objectifs chiffrés, mais cette fois au niveau fédéral. L'Energy Policy Act voté par le Congrès en 2005 a ainsi créé un Renewable Fuel Standard, ordonnant qu'en 2012, l'essence produite soit mélangée avec 7,5 milliards de gallons (28 milliards de litres) de « carburants renouvelables »⁹⁵. L'Energy Independence and Security Act de 2007 a poursuivi cet objectif quantitatif tendant à l'augmentation absolue plutôt que relative de l'énergie produite à partir de sources renouvelables en ajoutant le diesel comme support éventuel de mélanges (avec le biodiesel) et en rehaussant le volume des biocarburants destinés au transport et susceptibles d'être mélangés. Le défi est que 36 milliards de gallons (136 milliards de litres) soient mélangés en 2022. (si pas rempli ?) Certains agroindustriels⁹⁶ ont opportunément déclaré que ces objectifs seraient difficilement réalisables en l'absence d'une augmentation des taux de biocarburants autorisés dans les mélanges avec l'essence et le biodiesel, et plaidé pour que cette proportion passe de 10 à 12%. L'Environment Protection Agency pourrait en réalité aller plus loin, puisqu'elle étudie la possibilité d'autoriser un taux de 15% d'éthanol pour tous les véhicules à essence.

En conclusion, l'atteinte des objectifs quantitatifs collectifs d'augmentation de la proportion d'énergie issue de sources renouvelables dépend de moyens qui peuvent être eux-mêmes quantitatifs, individualisés le cas échéant. Cependant la véritable mise en œuvre de ces objectifs requiert des procédures qualitatives auxiliaires quel que soit leur stade. Par exemple à supposer la mise en place d'un RPS, celui-ci suppose que les énergies renouvelables soient disponibles matériellement grâce à une stimulation non seulement financière mais aussi administrative et cognitive.

[§2 Des procédures qualitatives auxiliaires](#)

[Accompagnement cognitif](#)

⁹⁵ selon la PL 110-140, section 107 a) 1) A) ce sont les carburants contenant au moins 85% d'éthanol ou au moins 20% de biodiesel ou de diesel renouvelable

⁹⁶ article « ADM asks EPA to allow 12% ethanol in US fuel », Reuters, 7 juin 2010

Formation et certification des professionnels

La promotion des énergies renouvelables nécessite des compétences personnelles afin de mettre en œuvre les technologies affiliées.

L'effort de formation peut être encouragé par les institutions européennes, dont la compétence figure aux articles 165 et 166 du TFUE. Dans son rapport de 2005 relatif à l'utilisation des sources d'énergie renouvelable à des fins de chauffage et de réfrigération, le Parlement européen a ainsi demandé aux Etats membres de réserver une place importante aux enseignements se rapportant aux technologies liées aux sources d'énergie renouvelable. Ponctuellement l'UE peut apporter un soutien financier à la création de formations spécialisées, comme par exemple en 2002 quand elle a participé à la création d'un master européen sur les énergies renouvelables à l'école des Mines.

La directive 2009/28/CE applique à l'article 14 le principe de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles établi dans la directive 2005/36/CE afin d'assurer la circulation des technologies liées aux énergies renouvelables dans les différents Etats membres, de manière à les promouvoir de manière fluide. L'annexe 4 complète le dispositif de reconnaissance entre installateurs. Cela participe de l'interdiction des mesures équivalentes à des restrictions quantitatives.

La législation américaine soutient les mêmes efforts, notamment depuis l'adoption du Green Jobs Act voté par le Congrès en 2007⁹⁷ qui amende le Workforce Investment Act de 1998 en instaurant un programme de formation des travailleurs spécialisés dans les énergies renouvelables, administré par les agences fédérales et étatiques. L'American Recovery and Reinvestment Act promulgué en 2009 pour relancer l'économie des Etats-Unis alimente les bourses destinées à ces programmes de fonds supplémentaires.

Information des consommateurs et du grand public

Les mesures éducatives destinées aux professionnels contribuent à augmenter l'offre d'énergies renouvelables et ainsi à l'ajuster à la demande de produits respectueux de l'environnement de la part des consommateurs ou des acheteurs, voire à la stimuler (création d'un besoin par l'offre). Encore faut-il que des signaux permettent aux consommateurs de reconnaître les produits utilisant des énergies renouvelables. Les droits américain et européen tâchent de soutenir l'envoi de signaux assurant la conformité des produits aux attentes des récepteurs (marques, labels et garanties d'origine), ce qui peut supposer l'existence préalable de normes de qualité ou de sécurité.

Au niveau le plus basique de l'information du consommateur, la marque peut avoir une importance et c'est de ce point de vue que l'attribution de la marque communautaire par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), qui est une agence européenne, peut jouer. Il ne s'agit pas alors de déterminer si un produit ou un service utilise des sources d'énergie renouvelable ou s'il y est lié de près ou de loin. Il s'agit de distinguer ce produit des autres, d'associer la marque à des caractéristiques particulières. Le lien avec la stimulation des énergies renouvelables est assez lâche dans la mesure où une marque n'est pas une garantie officielle et indépendante de qualité, mais dans une optique subjective, l'émergence de

⁹⁷ Titre X de l'Energy Independence and Security Act de 2007, Public Law 110-140

marques phares, clairement identifiables, pourrait donner davantage de visibilité au secteur des énergies renouvelables en général.

L'insistance méticuleuse de l'OHMI sur la notion de caractère distinctif, telle qu'évoquée par exemple dans l'arrêt du TPI du 21 mai 2008 *Enercon GmbH contre OHMI*⁹⁸ est vraisemblablement motivée par bien d'autres considérations liées à la circulation des informations entre vendeurs et consommateurs, mais elle montre le rôle que peut jouer l'octroi de la marque communautaire pour l'amélioration de cette visibilité.

Dans l'arrêt mentionné, le TPI avait validé le refus de l'OHMI d'enregistrer des pièces de construction d'éoliennes sous la marque verbale « E », en raison entre autres, de l'absence de caractère distinctif. Plus précisément, le TPI a considéré que la lettre E serait entendue par les consommateurs ciblés, c'est-à-dire des professionnels comme une « indication descriptive » ou comme « la désignation d'un simple type de produits », à savoir des produits électriques ou énergétiques, sans renseigner réellement sur les qualités particulières des pièces en question.

L'existence de garanties d'origine ou de labels complète l'information. Les garanties d'origine concernent l'électricité produite à partir de sources renouvelables. Elles sont définies comme des documents servant à prouver au client final qu'une quantité déterminée d'électricité a été produite à partir de sources renouvelables⁹⁹.

L'article 15 de la directive 2009/28/CE dispose qu'afin « de démontrer aux clients finals la part ou la quantité d'énergie produite à partir de sources renouvelables que contient le bouquet énergétique d'un fournisseur d'énergie ... les États membres font en sorte que l'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables puisse être garantie comme telle au sens de la présente directive, selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires ».

L'article 13 de la directive 2009/28/CE exige aussi que « les États membres recourent aux labels énergétiques, aux labels écologiques ou à d'autres certificats ou normes appropriés mis au point à l'échelon national ou communautaire, dans la mesure où ils existent, pour encourager [les systèmes et équipements de chauffage et refroidissement à partir d'énergie renouvelable] ». L'écolabel européen institué par le règlement n° 800/92 tel que modifié depuis février 2010¹⁰⁰ peut le cas échéant être utile. En effet, si aucun label communautaire spécifique aux énergies renouvelables n'est en vigueur pour l'instant, il peut concerner les produits y faisant appel à condition que ceux-ci présentent une « incidence moindre sur l'environnement ».

Les normes européennes délivrées par le Centre européen de normalisation créé en 1961 et dont les 27 États de l'UE sont membres de plein droit peut apporter son aide dans cette entreprise d'information, en élaborant des normes auxquelles les entreprises doivent conformer leurs produits, même si l'enjeu dépasse l'information qualitative puisqu'il se situe plus au niveau de l'autorisation pure et simple de mise sur le marché. Les biocarburants sont particulièrement concernés par ces normes-repères.

⁹⁸ T-329/06

⁹⁹ directive 2009/28/CE article 2

¹⁰⁰ Règlement n° 66/2010/CE

Il faut en outre souligner que dans un souci de transparence, la directive européenne 2009/28/CE réclame l'élaboration régulière de rapports variés sur l'évolution de la place des énergies renouvelables.

Le rôle du droit sur l'apport d'informations aux citoyens, qu'ils soient consommateurs ou non semble moins élaboré aux Etats-Unis.

Le Renewable Energy Resources Act, issu du Energy Security Act voté par le Congrès en 1980¹⁰¹ prescrit certes au secrétaire fédéral à l'Energie de promouvoir la « dissémination d'informations » relatives aux énergies renouvelables, ce qui est mis en œuvre par divers programmes d'agences pour assurer l'éducation du grand public dans ce domaine comme le SEP (voir première partie sur le droit administratif) mais en dehors du Green Power Partnership, peu d'actions publiques sont entreprises à destination des consommateurs. Dans ces conditions, le danger est que les commerçants vantent les mérites de leurs produits en termes d'énergies renouvelables sans garantie pour le consommateur, ce qui est recouvert par l'expression « greenwashing » faisant référence en quelque sorte à la publicité mensongère fondée sur les prétendues qualités écologiques d'un produit. Il existe des remèdes à l'échelle fédérale et étatique mais ils sont dispersés et seulement curatifs (lois fédérales et étatiques générales sur la protection des consommateurs comme il en existe dans l'Union européenne, lignes directrices, non contraignantes, sur le « marketing vert » de l'agence fédérale pour le commerce, FTC, pouvant être adoptées par les Etats etc.¹⁰²).

Les garanties d'origine, de qualité, et autres normes, peuvent faciliter l'obtention de régimes d'aides selon le droit communautaire : ils tendent à être tolérés en ce qu'ils ont un effet positif sur l'environnement. Mais encore une fois les normes, labels et garanties d'origine ne doivent pas constituer de mesures équivalentes à des restrictions quantitatives du commerce entre Etats membres. Ainsi l'Italie s'est vu reprocher, par un avis motivé de la Commission adressé en 2009, son refus de reconnaître des garanties d'origine accordées dans d'autres Etats membres (dans le cadre des exemptions à son système de certificats verts). Ainsi la promotion des énergies renouvelables dépend également d'un allègement de certaines règles de libre marché.

Dispense de certaines règles de libre marché

L'Union européenne semble plus volontiers que les Etats-Unis, ou du moins plus explicitement, admettre les obstacles au marché intérieur dans la mesure où ils peuvent avoir un impact bénéfique, et notamment correspondre à des considérations d'intérêt général. L'intransigeance des Etats-Unis vis-à-vis de tout ce qui pourrait s'apparenter à un protectionnisme entre Etats est, elle, beaucoup plus marquée, et il en va ainsi des aides d'Etat. En effet, si les impératifs européens de libre concurrence et ceux de libre marché tendent à se confondre, aux Etats-Unis les discriminations procédant d'aides d'Etat sont clairement interprétées dans leur dimension étatique et non sectorielle et locale. Cela signifie qu'elles sont perçues en tant que privilège accordé par l'Etat fédéré américain à l'intérieur de ses frontières, et non comme des entraves potentielles à la libre concurrence rejaillissant ensuite éventuellement sur les échanges entre Etats, ce qui montre soit dit en passant, que les aides d'Etat pâtissent d'un a priori plus négatif aux Etats-Unis qu'en Europe (cf infra)

¹⁰¹ Public Law 96-294

¹⁰² "Preemption in green marketing: the case for uniform federal marketing definitions", Robert B White (avocat), Indiana Law Journal, Hiver 2010

Cette différence pourrait être vue comme le symbole d'une moindre intégration du marché intérieur européen. En fait, outre les considérations complexes de souveraineté nationale dans l'Union européenne, elle illustre peut-être simplement des analyses distinctes du mode de définition de l'intérêt général aux Etats-Unis, au profit de concepts plus économiques. Ainsi une flexibilisation des interdictions américaines strictes semble n'être possible qu'en fonction d'une évolution de la notion de coûts.

Libre circulation des marchandises et protection de l'environnement dans l'UE

Selon l'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'un des buts de l'Union est d'« établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur ». Ce marché intérieur « comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

Au niveau de l'Union européenne, l'énergie étant une marchandise, même produite à partir de sources renouvelables elle reste soumise à ce principe de libre circulation.

Outre « l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers » (article 28), cette libre circulation implique une interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que toute mesure d'effet équivalent (article 34 et 35). L'interdiction de ces mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (ou MERQ) comporte tout de même des exceptions : l'article 36 du TFUE établit que les interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit peuvent être « justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. » Mais l'article ajoute que « toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. »

En outre, dans son arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979¹⁰³ la CJCE admet, également sous la réserve de la discrimination, certains obstacles à la libre circulation des marchandises dans la mesure où ils sont nécessaires pour satisfaire à des « exigences impératives reconnues par la loi ». Or le juge a rangé parmi lesdites exigences la protection de l'environnement¹⁰⁴.

La jurisprudence *Preussen Elektra* illustre l'application de ces exceptions aux énergies renouvelables. Une loi allemande oblige les entreprises fournisseurs d'électricité telles que *Preussen elektra* à acheter un pourcentage d'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir des énergies hydrauliques, solaires, éoliennes, du gaz issu de décharges et d'installations d'épuration ou de produits ou de résidus et déchets biologiques de l'agriculture et de la sylviculture à des tarifs minimaux qui sont supérieurs à la valeur économique de cette électricité. *Preussen elektra* considère que c'est un régime d'aide d'Etat. La juridiction allemande interroge la CJCE sur ce point mais aussi pour savoir si la règle n'est pas contraire à l'interdiction des restrictions quantitatives aux échanges et mesures d'effet équivalent. En effet, demander aux entreprises d'acheter prioritairement l'électricité produite

¹⁰³ C-120/78

¹⁰⁴ affaire C-302/86

au niveau de leur zone d'approvisionnement équivaut en un sens à privilégier la production nationale, ce qui pourrait constituer une MERQ.

La CJCE conteste ce raisonnement en déclarant que la législation allemande sur l'obligation d'achat poursuit une exigence impérative du droit communautaire, qui est la protection de l'environnement, via les réductions de gaz à effet de serre. En effet elle considère que « l'utilisation de sources d'énergies renouvelables pour la production d'électricité est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre ». Il faut souligner que la Cour esquisse une autre interprétation en remarquant que « une fois admise dans le réseau de transport ou de distribution, il est difficile d[e] déterminer l'origine [de l'électricité] et notamment la source d'énergie à partir de laquelle elle a été produite ». Elle explique ainsi que compte tenu des interconnexions, il est difficile de savoir exactement d'où vient l'énergie qui a servi à produire l'électricité au départ, c'est-à-dire d'une source nationale ou non.

Constatant que la CJCE se contente de mentionner l'impératif de protection de l'environnement au détriment du traditionnel test de proportionnalité et de nécessité certains y voient un signe de reconnaissance de l'article 11 du TFUE (ancien article 6). L'article 11 expose que les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. Or selon certains auteurs¹⁰⁵ « Cette solution inédite [de l'arrêt Preussen Elektra] pourrait être regardée comme la mise en oeuvre au contentieux d'une nouvelle approche ... c'est-à-dire appliquer l'impératif environnemental dans toutes les strates du traité, y compris dans le sein des politiques liées à l'établissement du marché intérieur. Ainsi il faudrait comprendre cette démarche comme revenant à ajouter l'objectif horizontal de protection de l'environnement à la liste des motifs d'intérêt général de l'article 30 [article 36 actuellement], ce qui permettrait de l'appliquer désormais pour relever toutes les formes d'entrave aux échanges, y compris celles dont le caractère formellement discriminatoire est attesté. »

L'arrêt Preussen Elektra montre la proximité des problématiques relatives d'une part à la libre circulation dans un marché intérieur et d'autre part aux aides d'Etat dans un cadre de libre concurrence. Pour les Etats-Unis, le trait caractéristique de l'aide d'Etat est la distinction entre entreprises et productions internes à l'Etat et entreprises et productions externes à l'Etat et par là même la remise en cause de l'unité économique du pays. Les énergies renouvelables pourraient cependant bénéficier d'une atténuation de l'interdiction des aides d'Etat entendues comme entrave au libre marché.

Interprétation de la « Dormant commerce clause » aux Etats-Unis

Les Etats-Unis n'ont pas de lois détaillant la réglementation des aides d'Etat¹⁰⁶. Encore une fois, c'est la cour suprême qui a posé les jalons, en extrayant la notion de « dormant commerce clause », dans son arrêt *New Energy Co. of Indiana v. Limbach* de 1988¹⁰⁷. Elle raisonne en développant le négatif de la Commerce clause évoquée ci-dessus et qui réserve la réglementation du commerce étatique au gouvernement fédéral, afin de limiter l'influence des Etats fédérés sur le commerce interétatique.

¹⁰⁵ Droit des énergies renouvelables, Bernadette Le Baut-Ferrarese, Le Moniteur 2008

¹⁰⁶ « Competition, State Aids and Subsidies », US Federal Trade Commission, Global Forum on Energy 12 février 2010.

¹⁰⁷ 486 U.S. 269

Dans l'arrêt précité, la Cour déclare¹⁰⁸ que la Commerce Clause ne fait pas qu'attribuer au Congrès la compétence de règlementer le commerce entre les Etats, mais qu'elle limite également la possibilité des Etats d'entraver ce commerce pour des raisons protectionnistes. [Cela est justifié dans un autre arrêt¹⁰⁹, datant de 1949, où la Cour rappelle que « l'unité économique est la Nation » car elle seule dispose des pouvoirs nécessaires pour contrôler l'économie, et que les Etats ne peuvent être considérés comme des entités économiques séparables ni se placer en position d'isolation]. La Cour suprême tempère tout de même l'interdiction de « discrimination » faite aux Etats selon le test suivant: il faut que cette discrimination soit justifiée par un « facteur valide » et en dehors de toute visée protectionniste. On retrouve donc les mêmes considérations que pour la libre circulation des marchandises dans le marché intérieur auquel aspire l'Union européenne.

Dans l'arrêt *Oregon Waste Systems, Inc v Department of environmental Quality of Oregon*¹¹⁰ en 1994, la Cour suprême condamne à 7 juges contre 2 la « surcharge de prix » infligée par l'Etat d'Oregon aux entreprises d'autres Etats qui lui envoient leurs déchets. L'opinion majoritaire établit en effet que ces prix constituent une discrimination dans la mesure où ils font plus que compenser les coûts engendrés par le traitement de ces déchets extra-étatiques, et conclut qu'en instaurant une distinction géographique, la « surcharge » constitue une discrimination allant contre le commerce interétatique. Cette décision implique que si le prix supplémentaire a une fonction purement compensatoire, il peut être valide. Or on a vu que la théorie économique de l'internalisation des externalités négatives peut amener à une définition plus flexible des coûts. Néanmoins les partisans de la justice environnementale¹¹¹ reprochent justement à la Cour suprême, dans ce cas, de négliger les coûts environnementaux réellement supportés par l'Etat d'Oregon et qui avaient été intégrés à leurs yeux dans la « surcharge ». Ils rejoignent et dépassent donc l'opinion dissidente du Chief Justice de l'époque, William Rehnquist, qui écrit qu'abaisser les prix imposés aux entreprises d'autres Etats revient à pénaliser les entreprises de l'Oregon qui « auront à supporter seules les frais autres que ceux de la décharge associés aux déchets solides : l'implantation de la décharge, son nettoyage, les assurances pour couvrir les accidents environnementaux, l'amélioration des transports associés au transfert dans l'Etat des déchets extérieurs ». William Rehnquist inverse même les rôles en considérant que ce sont ainsi les Etats autres que l'Oregon qui bénéficient de facto d'une subvention à l'exportation.

Simplification des procédures administratives

L'assouplissement des règles de concurrence européennes (aides d'Etat)

Assujettir les aides d'Etat aux règles de concurrence plutôt qu'à celles de libre marché dans l'Union européenne permet a priori une tolérance plus large de ces aides puisque l'objectif de libre concurrence n'est pas aussi impératif que celui de libre marché.

¹⁰⁸ “It has been long accepted that the Commerce Clause not only grants Congress the authority to regulate commerce among the States, but also directly limits the power of the States to discriminate against interstate commerce. ... This ‘negative’ aspect of the Commerce Clause prohibits economic protectionism – that is, regulatory measures designed to benefit in-state economic interests by burdening out-of-state competition.... Thus, State statutes that clearly discriminate against interstate commerce are routinely struck down, [...] unless the discrimination is demonstrably justified by a valid factor unrelated to economic protectionism”.

¹⁰⁹ 336 US 525

¹¹⁰ 511 US 93

¹¹¹ “If you give the Court a Commerce clause: an environmental critique of Supreme Court interstate waste Jurisprudence”, Lincoln L Davies, *Forham Environmental Law Journal* 207, 1999

Cependant le fait qu'une mesure privilégie les produits nationaux la rendra en tout état de cause inacceptable. Ce raisonnement a été mis en œuvre concernant la défiscalisation partielle décidée par la France à partir de 1992 au profit de l'ETBE et de certains esters méthyliques produits sur des terres en jachère.

La Commission a en effet estimé que ce dispositif d'exonération comportait des éléments discriminatoires dans les critères d'éligibilité des entreprises. D'une part il concernait un nombre limité de produits agricoles, et privilégiait les produits cultivés sur le territoire français. D'autre part, l'obligation de cultiver ces produits sur des terres en jachère créait une inégalité entre les producteurs français et les producteurs européens. La France a alors dû modifier sa législation. La Commission a décidé d'autoriser l'aide d'abord en avril 1997 (la partie de la décision portant sur les mesures concernant la filière ETBE de la Commission a ensuite été annulée par le Tribunal de première instance)¹¹² puis en mai 2002¹¹³.

Les aides d'Etat dépendent en effet d'une procédure selon laquelle la Commission européenne évalue leur compatibilité avec les traités. Afin d'alléger les services et forte des décisions passées, elle a toutefois adopté un régime d'exemption de ces procédures en faveur de plusieurs secteurs, dont celui des énergies renouvelables.

Définition et compatibilité des aides d'Etat envers les énergies renouvelables

L'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 87 TCE) stipule : « sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Les aides émanant de l'UE ne sont pas concernées.

A priori, le soutien aux énergies renouvelables par des aides publiques est donc interdit mais des régimes d'exception peuvent être tolérés compte tenu notamment des implications environnementales des énergies renouvelables. Dans le but d'assurer une certaine sécurité juridique, cette flexibilité est tempérée aujourd'hui grâce à l'existence du règlement général d'exemptions par catégorie de la Commission publié le 6 août 2008¹¹⁴.

L'interprétation jurisprudentielle ainsi que plusieurs règlements manifestaient cette flexibilité avant 2008. La jurisprudence rappelle non seulement que les avantages consentis par les Etats ne constituent des aides que dans certaines conditions, mais aussi qu'à supposer que l'aide soit identifiée, celle-ci n'est pas forcément répréhensible.

Rappelons que selon la définition prétorienne¹¹⁵, une aide d'Etat correspond à tout avantage consenti par les autorités publiques d'un Etat membre en faveur d'une entreprise, qu'il s'agisse de « prestations positives telles que des subventions elles-mêmes, mais également d'interventions qui, sous formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de

¹¹² TPICE 27 septembre 2000 BP Chemicals T184/97

¹¹³ Décision de la Commission du 15 mai 2002 concernant le régime d'aide de la France sur les biocarburants

¹¹⁴ Règlement 800/2009

¹¹⁵ CJCE 23 février 1961 De Gezamenlijke Steekolenminjen in limburg.

même nature et ont des effets identiques ». Ces formules couvrent une grande variété de dispositifs de soutien aux énergies renouvelables.

La jurisprudence estime que les avantages consentis par des Etats ne constituent des aides que s'ils satisfont 4 critères relevés par l'arrêt Altmark¹¹⁶ du 24 juillet 2003 :

- il doit s'agir d'une intervention de l'Etat ou d'une personne ou d'un organisme intervenant au moyen de ressources d'Etat. La décision de la Commission du 23 octobre 2002 fournit l'exemple positif de cette notion¹¹⁷. L'arrêt Preussen Elektra de la CJCE fournit un exemple a contrario. En simplifiant, à l'origine de la discorde se trouve une loi allemande qui imposait aux fournisseurs d'électricité une obligation d'achat d'énergie produite à partir de sources renouvelables à des tarifs minimaux supérieurs à la valeur économique de cette énergie. Contrairement à la Commission qui avait estimé que le régime en cause dans cet arrêt était une aide d'Etat certes *compatible*, mais une aide tout de même, la CJCE juge que le régime ne constitue pas une aide d'Etat, car il ne fait pas intervenir de ressources d'Etat : « l'obligation d'achat imposée par la loi allemande n'entraîne aucun transfert direct ou indirect des ressources d'Etat aux entreprises productrices d'électricité ». Cette décision ne cautionne pas tout mécanisme d'obligation d'achat en soi mais constate qu'en l'espèce, l'aide en cause est financée majoritairement par des entreprises privées, et non par des fonds publics. Certains estiment toutefois que cette distinction est artificielle en ce sens que les entreprises privées répercutent le prix sur les consommateurs, ce qui s'apparente à un prélèvement sauf que le montant ne transite pas par les caisses de l'Etat.
- cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres. La condition préalable est que le secteur fasse l'objet d'échanges commerciaux entre les Etats membres, ce qui est le cas pour à peu près toutes les activités aujourd'hui. Sous réserve de déterminer le marché pertinent, est par exemple pénalisé l'un des principaux producteurs d'éthanol synthétique, produit concurrent du bioéthanol dont les entreprises productrices sont seules à bénéficier du régime d'aide (TPICE 27 septembre 2000 BP chemicals).
- elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence, ce qui revient à ne pas examiner les cas qui restent au-dessous de certains seuils, dans le cadre du règlement n°69/2001 concernant l'application des articles 87 et 88 sur les aides d'Etat de la théorie *de minimis*.
- elle doit accorder un avantage sélectif à son bénéficiaire. La formule complète les dispositions de l'article 107 du traité selon lesquelles les aides répréhensibles sont celles accordées à certaines entreprises et certaines productions. Cette sélectivité s'exprime selon des critères géographiques ou sectoriels. (par exemple les subventions non remboursables octroyées par la région italienne de Toscane à certaines installations utilisant des sources renouvelables d'énergie (30 avril 2003). La notion d'aide d'Etat ne s'applique donc pas si les mesures sont ouvertes à tous les opérateurs économiques du territoire d'un Etat membre, parce qu'elles constituent en

¹¹⁶ CJCE, C-280/00

¹¹⁷ Décision C 43/2002: « en ce qui concerne les producteurs d'électricité verte, dans la mesure où ils bénéficient in fine des sommes allouées au fonds de compensation, et que ce dernier a été établi par l'Etat et est alimenté par un système de contributions obligatoires, on peut considérer que le critère des ressources d'Etat est rempli. »

principe des mesures générales. Une réglementation nationale soutenant la production d'énergie SER peut ainsi échapper à l'article 87.1 si elle présente bien le caractère d'une mesure de politique économique générale n'ayant pas pour finalité d'avantager certaines entreprises déterminées ou certaines productions mais poursuivant un intérêt de caractère général. La décision de la Commission du 28 mars 2000 relative à l'exonération fiscale en faveur des installations de production combinée de chaleur et d'électricité instaurée au Royaume-Uni en fournit un exemple positif. La CJCE a affirmé dans d'autres arrêts que le caractère sélectif d'une mesure pouvait être justifié « par la nature ou l'économie du système »¹¹⁸. Dans les arrêts AEM du 14 avril 2005¹¹⁹ les sociétés AEM et AEM Torino, attaquaient la réglementation italienne relative à la redevance due par les entreprises productrices-distributrices d'électricité au gestionnaire du réseau électrique italien afin de couvrir différents frais de gestion du réseau, dont la valorisation de certaines productions d'électricité. Or une majoration de la redevance était prévue pour certaines entreprises, le produit de cette majoration pouvant être affecté à ces frais et notamment parmi ces frais, à « ceux relatifs à la promotion de l'électricité produite par les installations qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ». En effet la majoration de la redevance perçue par le gestionnaire de réseau était reversée à une caisse de péréquation qui répartissait le produit sur différents comptes affectés aux frais en question, dont un compte pour les nouvelles installations utilisant des énergies renouvelables. Constatant avant tout que la majoration de la redevance avait pour objet de compenser un avantage qui avait été incidemment généré, pour ces entreprises, par la libéralisation du marché de l'électricité à la suite de la transposition de la directive 96/92 en Italie, la CJCE conclut que cette différenciation entre les entreprises demandant l'accès au réseau ne constitue pas une aide d'Etat mais était bien due à la nature et l'économie du système. La majoration pesant sur certaines entreprises pour financer les frais généraux du réseau n'est pas une aide d'Etat.

Même si certains régimes sont qualifiés d'aides d'Etat, ils peuvent être déclarés compatibles. Avant la parution du règlement d'exemptions générales par catégories, des régimes d'aide en faveur des énergies renouvelables ont bénéficié de cette déclaration.

 *Le régime d'exemptions générales par catégorie (règlement CE n° 800/2008)*

De manière à alléger les contraintes administratives relatives à la concurrence pouvant entraver le développement des énergies renouvelables, des mesures ont été prises.

Le règlement n°659/1999 du Conseil stipule que sauf exceptions, tout projet d'octroi d'une aide nouvelle doit être notifié « en temps utile » à la Commission.

Le règlement 800/2008 vise à alléger les procédures en dispensant de notification certaines aides d'Etat qui sont considérées comme a priori compatibles. Le choix des exemptions se fonde sur l'expérience : selon le considérant 2 « la Commission a appliqué les articles 87 et 88 du traité dans de nombreuses décisions et a acquis une expérience suffisante pour définir des critères de compatibilité généraux en ce qui concerne les aides en faveur des PME ». Cela n'est pas sans rappeler certains concepts anglo-saxons...

¹¹⁸ CJCE 2 juillet 1974, Italie c Commission C-173/73

¹¹⁹ AEM Spa c AEEG C-128/03 et AEM Torino Spa c AEEG C-129/03

Tenant compte des aides autorisées dans le passé, ce règlement traite explicitement des énergies renouvelables en leur consacrant un article (article 23). Les aides à la promotion des énergies renouvelables sont en effet comprises parmi les aides en faveur de l'environnement. L'article 17 en donne la justification détaillée puisqu'il entend que la protection de l'environnement recouvre « toute action visant à réparer ou à prévenir une atteinte au milieu physique ou aux ressources naturelles par les propres activités du bénéficiaire, à réduire le risque de telles atteintes ou à entraîner une utilisation plus rationnelle des ressources naturelles, notamment par des mesures en faveur des économies d'énergie et le recours à des sources d'énergie renouvelables ».

L'article 23 stipule que « les aides environnementales à l'investissement dans la promotion de l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables sont compatibles avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphe 3 » (actuellement article 107 paragraphe 3), sous réserve de deux conditions.

La première condition est que l'intensité de l'aide ne dépasse pas 45% des coûts admissibles, c'est-à-dire les surcoûts supportés par l'exploitant d'énergies renouvelables bénéficiaire, par rapport à une installation de production d'énergie classique ou un système de chauffage classique de capacité équivalente. Il existe une possibilité de majoration pour les aides destinées aux PME.

La deuxième condition concerne uniquement les aides en faveur des biocarburants. Celles-ci ne peuvent être exemptées de notification que si les investissements bénéficiant de ces aides sont utilisés pour la production de carburants « viables ». Cette condition marque un peu plus le souci de concilier le développement des biocarburants avec les impératifs globaux de développement durable (voir supra).

L'article 24 complète le dispositif d'exemption des aides aux énergies renouvelables en dispensant de notification les aides liées non à leur exploitation mais aux études relatives aux investissements dans ce domaine. Les aides ne peuvent dépasser 50% du coût de l'étude en question, avec encore une fois une possibilité de majoration pour les PME.

Ces exemptions généralisées ne signifient pas que la Commission se lave les mains de tout suivi : les Etats sont tenus de faire part régulièrement des évolutions de leurs soutiens. Les règles de libre concurrence et de libre marché supposent en outre que toute mesure équivalente à des restrictions quantitatives d'importation ou d'exportation non justifiée soit interdite. C'est-à-dire que des obstacles techniques comme des normes administratives environnementales ne doivent pas servir d'excuse aux Etats pour limiter la circulation des produits ou services liés aux énergies renouvelables.

L'assurance de l'accès au réseau

Les énergies de réseau sont typiquement le gaz et l'électricité. Il existe aussi des petits réseaux de chaleur renouvelable.

La directive 2009/28/CE évoque une interaction positive entre les énergies renouvelables et le développement d'un réseau électrique intégré à l'échelle européenne. Ainsi, elle considère d'une part que l'intégration de l'électricité issue de sources renouvelable au réseau peut contribuer à « augmenter de manière sensible la sécurité de l'approvisionnement énergétique

dans la Communauté et les pays voisins »¹²⁰. D'autre part l'intégration de cette électricité au réseau de transport ainsi que son stockage lui apparaît¹²¹ comme une manière de gérer le problème de l'intermittence des énergies renouvelables.

L'envers de ce mécanisme est que le transport d'énergie suppose nécessairement des déperditions sur le chemin mais au moins les débouchés pour l'électricité renouvelable sont garantis. Incidemment, la consommation finale augmente également puisque ces pertes y sont incluses. Cela contribue à atteindre les quotas même si ce n'est pas exactement l'effet recherché, d'où l'importance de combiner promotion des énergies renouvelables et efficacité énergétique. Le droit communautaire encourage le financement de projets facilitant l'intégration des énergies renouvelables au réseau pour les raisons susmentionnées et l'on peut supposer que les techniques qui limitent les pertes forment une cible privilégiée de la recherche.

Outre les financements, la directive estime en tout cas qu'un accès « prioritaire » et « garanti » pour l'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables est « important pour intégrer les sources d'énergie renouvelables dans le marché intérieur de l'électricité »¹²². Un pas est donc franchi entre la simple garantie d'accès au réseau et l'idée d'un accès favorisé, qui pose la question de la libre concurrence.

L'article 16 dédié à cette question de l'accessibilité semble offrir en réalité un choix pour les Etats membres qui doivent prévoir « soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ». Ceci est bien sûr entendu « sous réserve des exigences relatives au maintien de la fiabilité et de la sécurité du réseau, reposant sur des critères transparents et non discriminatoires définis par les autorités nationales compétentes ».

L'accès prioritaire reste donc une option pour les Etats, qui par exemple « pour accélérer les procédures de raccordement au réseau ... pourraient prévoir des raccordement prioritaires ou des capacités de raccordement réservées aux nouvelles installations produisant de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables ». Mais l'alternative offre quand même l'assurance de l'accès au réseau.

Celle-ci correspond essentiellement à deux obligations imputées au gestionnaire de réseau vis-à-vis des producteurs d'énergie renouvelable :

- obligation d'information
- obligation de non-discrimination tarifaire par rapport aux producteurs traditionnels

Aux Etats-Unis, le PURPA et l'arrêt FERC v Mississippi se sont emparés de ce problème d'intégration des énergies renouvelables au réseau et les règles suivantes ont surtout répondu par la voie du dégroupage (voir première partie). L'Energy Policy Act de 2005 a toutefois amendé le PURPA¹²³ en vue de libérer les fournisseurs d'énergie soumis à la loi de leur obligation d'achat envers les producteurs d'électricité renouvelable dans le cas d'un constat de la part de la FERC que ces producteurs ont un accès « non-discriminatoire » au réseau. Selon toute vraisemblance, la FERC n'est pas entièrement satisfaite puisqu'elle a lancé une

¹²⁰ considérant 58

¹²¹ considérant 57

¹²² considérant 60

¹²³ section 210(m)

enquête¹²⁴ en janvier 2010 appelant les parties intéressées à soumettre leurs commentaires en vue d'une meilleure intégration des « énergies variables » au réseau.

Allègement des procédures d'autorisation publiques

Les projets énergétiques à partir d'énergie renouvelable sont souvent soumis à des procédures administratives pour des raisons d'intérêt général liées au droit des sols ou de l'environnement, telles que les études d'impact. La longueur des procédures reporte parfois l'aboutissement de projets de manière funeste. L'une des solutions est d'alléger ou d'accélérer les procédures permettant l'installation des énergies renouvelables, un moyen réclamé aux Etats membres par l'UE. Dans un idéal d'équilibre entre promotion et gestion des effets écologiques néfastes des énergies renouvelables, l'autre solution est d'assouplir le contenu même de ces règles de protection environnementale ou d'adapter celles d'aménagement du territoire, ce qui est entrepris aux Etats-Unis à l'échelon compétent, c'est-à-dire au niveau local.

L'acte 2009/28/CE sur la promotion de l'utilisation des énergies renouvelables est plus précis dans ses recommandations aux Etats membres, en termes de simplification des procédures, que la directive précédente de 2001¹²⁵. Cette dernière se contentait de leur demander un passage en revue de la législation existante sans proposer de solutions. Cette fois, elle impose l'emploi d'un modèle harmonisé pour les plans d'action nationaux (article 4) en matière d'énergies renouvelables, comportant des exigences minimales. Enumérées par l'annexe VI, elles contraignent les Etats à concevoir des mesures pour faciliter l'intégration d'énergie produite à partir de sources renouvelables en réduisant les obstacles « non technologiques ». Une décision de la Commission a complété cette disposition le 30 juin 2009 en établissant un modèle pour ces plans.

L'article 13 de la directive ajoute que « les États membres veillent à ce que les règles nationales éventuelles relatives aux procédures d'autorisation, de certification et d'octroi de licences, qui s'appliquent aux installations de production et aux infrastructures connexes du réseau de transport et de distribution d'électricité, de chauffage ou de refroidissement à partir de sources d'énergie renouvelables et au processus de transformation de la biomasse en biocarburants ou autres produits énergétiques, soient proportionnées et nécessaires. »

De manière plus détaillée, il introduit les obligations ou recommandations suivantes :

- meilleure coordination des autorités nationales, régionales et locales pour accorder des permis
- transparence des procédures et notamment information complète sur le traitement des demandes d'autorisation et sur les aides disponibles
- procédures simplifiées et accélérées
- normalisation si possible par référence aux labels écologiques et énergétiques communautaires
- introduction dans les réglementations nationales relatives à la construction des seuils minimaux d'énergies renouvelables pour les bâtiments
- procédures moins contraignantes pour les projets de moindre envergure, y compris par simple notification (un instrument que le droit communautaire semble apprécier pour simplifier les autorisations dans plusieurs domaines)

¹²⁴ Notice of Inquiry, dossier n°RM-10-11-000 « Integration of Variable Energy Resources »

¹²⁵ 2001/77/CE

La substance des règles peut aussi être modifiée. Par exemple le règlement 1251/1999 sur le gel des terres a été aménagé pour une exonération de mise en jachère quand les terres sont utilisées pour la production de matières premières servant à la fabrication dans la Communauté de produits qui ne sont pas directement destinés à l'alimentation humaine ou animale. Les conditions d'application de cette dérogation ont été précisées par le règlement 1973/2004 qui visent explicitement la production énergétique. L'exploitant peut être autorisé à utiliser la matière produite pour la transformer, dans son exploitation agricole, en énergie, biocarburants ou biogaz (article 146). Ce dispositif permet de valoriser des terres gelées mais peut conduire à s'inquiéter de la disparition des jachères et de l'impact environnemental sur les sols.

L'existence de « barrières réglementaires » est largement dénoncée aux Etats-Unis comme un frein au développement des énergies renouvelables, y compris par les agences régulatrices d'autant que ces barrières se cumulent comme en Europe aux divers échelons (local, étatique, fédéral).

Toutefois ni les lois du Congrès ni les arrêts de la Cour suprême ne conseillent aussi vigoureusement qu'en Europe un allègement ni une meilleure coordination des procédures. Dans la décision *Ecogen LLC v Town of Italy* de 2006¹²⁶, un tribunal fédéral du deuxième district souligne bien que dans certains cas un moratoire municipal sur la construction d'un parc éolien peut s'avérer déraisonnable et inconstitutionnel dans la mesure où il violerait les droits de « due process » d'un citoyen propriétaire, notamment s'il dure trop longtemps. Mais le juge décide en l'espèce d'approuver le moratoire de la ville, en considérant que la plainte du développeur de projet éolien est prématurée (ripeness doctrine). En outre ses réflexions sont relativement peu enclines à avoir un impact sur les décisions d'autres cours dans le cadre de la doctrine du précédent, puisqu'il s'agit d'un tribunal inférieur.

L'échafaudage de plans consistant à adapter la substance même des autorisations administratives dépend donc en grande partie de la bonne volonté des pouvoirs étatiques voire locaux, dans la mesure où ils disposent d'une grande liberté dans l'aménagement du territoire et dans la protection de la propriété. Par exemple, l'Etat du Wisconsin interdit à toute municipalité de restreindre l'installation ou l'utilisation de systèmes d'énergie solaire ou éolienne¹²⁷. Autre illustration : une sorte d'arrêt (« ordinance ») de la ville de Boulder dans le Colorado garantit l'accès à la lumière du soleil aux propriétaires et locataires d'habitations afin de « protéger le potentiel de l'utilisation de l'énergie solaire »¹²⁸. Cette disposition rappelle une décision de la Cour Suprême du Wisconsin qui a dégagé le même type de solution par la voie judiciaire en 1982¹²⁹ avec l'arrêt *Prah v Maretti* fondé sur les droits de jouissance liés à la propriété (idée de private nuisance, voir infra). Le propriétaire d'une résidence chauffée à l'énergie solaire avait alors attaqué en justice son voisin, qui malgré ses protestations avait décidé de construire une maison qui lui bloquait l'accès au soleil. La cour suprême du Wisconsin avait donné raison au plaignant, renversant la décision de la cour inférieure et créant un précédent dans l'Etat.

¹²⁶ Affaire n° 06-CV-6196 L

¹²⁷ Wisconsin Statutes § 66.0401(1) (1981).

¹²⁸ « Tangled in the wires : an assessment of the existing renewable energy legal framework », Sonya Carleyolsen, *Natural Resource Journal* 2006

¹²⁹ Affaire n° 81-193

Pour certains projets, il existe cependant des dispositions visant à clarifier les procédures d'autorisation, en donnant directement compétence aux autorités fédérales. Le cas *Ten Taxpayer Citizens Group v Cape Wind Associates LLC* tranché par la Cour fédérale d'appel du premier circuit¹³⁰ en est l'illustration concernant l'énergie éolienne « offshore ». La Cour s'appuie sur deux arrêts de la Cour suprême¹³¹ et sur plusieurs lois du Congrès pour déclarer que la construction d'une tour destinée à collecter des données en vue de l'installation d'un parc éolien offshore ne nécessitait pas la délivrance d'un permis de la part des autorités du Massachusetts. Dans la mesure où la construction devait avoir lieu dans les eaux territoriales sous juridiction fédérale et en l'absence d'une délégation du Congrès au Massachusetts, la Cour estime que le permis accordé par l'agence fédérale impliquée (le US Army Corps of Engineers) était suffisant. La FERC a également décidé en mars 2010¹³² de simplifier les procédures de certification des petits producteurs d'énergies renouvelables concernés par le PURPA (qualifying facilities, voir première partie).

Extension du rôle des pouvoirs publics en tant qu'acteurs économiques

Le droit peut tenter de créer des débouchés pour les énergies renouvelables, avec des instruments assez semblables aux Etats-Unis et dans l'UE. Les pouvoirs publics peuvent intervenir en tant qu'acteurs économiques, en faisant des appels d'offre, en intervenant sur le marché comme vendeurs d'énergies renouvelables, ou en déterminant des seuils de consommation d'énergie produite à partir d'énergies renouvelables pour les bâtiments publics.

Au niveau européen, le troisième paquet énergie insiste sur la valorisation des énergies renouvelables dans le cadre de la libéralisation des marchés énergétiques. Comme la précédente directive¹³³ concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, le nouveau texte¹³⁴ accorde aux adjudicateurs la possibilité de promouvoir ces énergies renouvelables, lors d'une procédure d'appel d'offres.

Ainsi, quand l'acheteur public choisit, sur la base de critères publiés, un producteur pour répondre aux besoins supplémentaires d'électricité, la directive lui rappelle que les nouvelles capacités réclamées comprennent l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables. D'autre part, l'article 7.2 recommande aux Etats membres, lors d'une procédure d'autorisation de construction d'une capacité de production d'électricité sur leur territoire, de tenir compte de critères appropriés, parmi lesquelles la faculté de la nouvelle construction à répondre à l'objectif communautaire d'intégrer au moins 20% d'énergies renouvelables dans sa consommation finale brute d'énergie.

En résumé, les Etats peuvent légitimement prendre en compte le critère de l'utilisation des énergies renouvelables pour choisir une entreprise éventuellement plus chère. Dans l'arrêt *Concordia Bus Finland* du 17 septembre 2002¹³⁵, la CJCE a d'ailleurs expliqué que la directive communautaire sur les marchés de fournitures n'impose pas aux adjudicateurs de tenir compte uniquement de critères « de nature purement économique » pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse : ils peuvent aussi prendre en considération des critères

¹³⁰ 373 F.3d 183

¹³¹ *US v Maine* de 1975 (420 US 515) et *US v Maine* de 1986 (475 US 89)

¹³² Order n°732, 19 mars 2010

¹³³ 2003/54/CE

¹³⁴ 2009/72/CE

¹³⁵ Affaire C-513/99

écologiques. Elle a précisé que cette intégration doit cependant se faire dans le respect des principes généraux de la commande publique. Dans l'arrêt *Osterreich* du 4 décembre 2003¹³⁶, elle valide cela à travers l'obligation de recourir à de l'électricité SER dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité passé par un land autrichien. Cet arrêt lui permet de préciser les conditions du recours au critère écologique. Elle y indique que le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer la pondération de ce critère pour autant qu'il permette d'identifier l'offre la plus avantageuse.

Les institutions européennes sont engagées aux mêmes efforts pour ses propres services : les directives sur la passation des marchés imposent les critères d'efficacité énergétique du programme « Energy Star » lors de l'achat par les institutions de l'UE et les autorités centrales des EM de matériel de bureau.

Quant aux Etats-Unis, la réglementation fédérale des marchés publics apparaît essentiellement dans le *Federal Acquisition Regulation* formulé selon les termes de l'*Office of Federal Procurement Policy Act*¹³⁷ voté par le Congrès en 1974. Dans sa version codifiée actuelle, elle comprend une partie dédiée à l'environnement et à l'efficacité énergétique qui recouvre des dispositions relatives aux énergies renouvelables. La sous-partie 23-2 « Efficacité énergétique et hydraulique et énergies renouvelables » ordonne aux agences fédérales, sur la base de lois du Congrès, d'acquérir des biens et services permettant le « progrès des énergies renouvelables ». Les lois fédérales ne peuvent vraisemblablement pas dicter aux Etats et à leurs agences des critères – en tout cas écologiques – de passation des marchés publics. L'exception serait le cas où ces marchés bénéficieraient d'aides financières fédérales : ils devraient alors se conformer un minimum aux vœux de la politique fédérale¹³⁸.

Les aides financières en tout genre et destinées à divers acteurs du domaine des énergies renouvelables sont d'ailleurs le principal outil par lequel la politique fédérale s'illustre dans les lois du Congrès.

2) Un soutien financier américain plus abondant

Un « cadre administratif favorable » implique en partie comme on l'a vu la facilitation du soutien financier aux énergies renouvelables (assouplissement des règles de libre marché dans le cadre d'un marché intérieur, des règles de concurrence). La question est de savoir maintenant comment s'organisent ces aides, autorisées de la part de l'entité supranationale ou supra-étatique voire directement financées par celles-ci (fiscalité, subventions éventuellement issues de fonds comme ceux chapeautés par la BEI ou des *system benefit charges* aux Etats-Unis). Cette possibilité directe de soutien suppose au préalable de définir si elle est acceptable non du point de vue des contraintes de marché intérieur qui existent aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, mais du point de vue des engagements internationaux de ces deux zones en termes de libre échange.

Les Etats-Unis sont signataires des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ayant succédé au GATT. Concernant l'Union européenne, dans l'arrêt *International Fruits* de

¹³⁶ Affaire C-448/01

¹³⁷ Public Law 93-400

¹³⁸ L'idée que le pourvoyeur de fonds est en quelque sorte habilité à dicter ses règles du jeu semble répandue dans le droit américain. L'arrêt *Northern Illinois Chapter of associated builders and contractors v Lavin* de la Cour d'appel du 7^e district a ainsi considéré qu'un Etat pouvait conditionner l'attribution ses subventions à une entreprise de biocarburants à certaines mesures de droit social (pas de préemption fédérale en l'espèce)

1972 la CJCE a observé que la communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les états membres dans le domaine d'application du GATT. Donc les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la communauté.

Ce statut signifie que les pays acceptent la libre circulation des marchandises entre leurs territoires douaniers. Même si les échanges d'énergie produite à partir de sources renouvelables restent peu nombreux dans leur ensemble en raison de leur nature, ils tendent à augmenter, surtout les biocarburants, d'où des risques de conflits. Selon les règles du GATT, il ne faut pas faire obstacle aux importations d'énergie issue de sources renouvelables. Mais le principe est sujet à plusieurs exceptions. Le principal semble être l'article XX qui stipule qu'une partie est en droit de prendre les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». La pratique de l'OMC montre également que des mesures visant à la protection de l'environnement peuvent être justifiées en vertu de cette disposition. Quant aux statuts de l'OMC, ils indiquent expressément que le commerce international doit être mené « tout en permettant l'utilisation des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable en vue de protéger et préserver l'environnement. Tous ces éléments composent une marge de manœuvre pour le soutien aux énergies renouvelables.

La stimulation financière peut d'ailleurs s'entendre dans une dimension extérieure (droits de douane fluctuant de manière à privilégier les produits énergétiques importés de certains pays par exemple) mais elle ne sera pas analysée ici.

§1 Aides financières à la recherche

Les lois qui accordent des financements au développement de projets incluant des énergies issues de sources renouvelables prévoient également en général des aides à la recherche, en laissant une marge de décision aux agences fédérales chargées d'exécuter la loi (voir première partie). Sur les 16,8 milliards de dollars attribués à l'EERE par l'ARRA de 2009, 100,4 millions ont été destinés en 2009 aux travaux du Laboratoire national des énergies renouvelables (NREL) portant essentiellement sur l'énergie éolienne et les biocarburants (turbines, éthanol cellulosique ...).

Outre les allocations budgétaires communautaires, de moindre ampleur, aux différents programmes européens, la directive sur la promotion des énergies renouvelables recommande aux Etats membres de consacrer « des ressources financières considérables à la recherche et au développement dans le domaine des technologies liées aux énergies renouvelables » sans que cette incitation ne comporte le degré d'impérativité d'autres mesures puisqu'il s'agit d'un considérant¹³⁹.

Le but est de rendre les énergies renouvelables techniquement disponibles mais les aides financières cherchent également à agir sur la disponibilité des énergies renouvelables à un stade commercial, de mise sur le marché.

§2 Financement du déploiement « à grande échelle »

Le déploiement des énergies renouvelables vise l'augmentation de l'offre et de la demande, en tenant compte de l'interaction entre les deux : l'énergie produite à partir de sources

¹³⁹ Directive 2009/28/CE considérant 22

renouvelables doit trouver des débouchés grâce à une diminution de son coût ou de son prix, en même temps que l'existence d'une demande peut intéresser de nouveaux offreurs. L'énergie peut être produite et/ou consommée par des particuliers, produite et/ou consommée en étant incorporée à des produits ou services par des entreprises, achetée pour être revendue par des distributeurs. D'où des mesures destinées aux particuliers et aux professionnels de toute la chaîne de consommation en considération, notamment dans le secteur de l'électricité, de l'importance des intermédiaires. Le secteur de l'énergie présente des composantes complexes à la mesure de l'importance de l'autoconsommation voire de la production d'énergie issue de sources renouvelables de la part d'unités économiques distinctes des entreprises traditionnelles.

Subventions et fiscalité incitative pour la production commerciale d'énergies renouvelables

Les moyens financiers déployés par les Etats-Unis sont très nombreux et dispersés dans des lois étatiques¹⁴⁰ et fédérales variées, compte tenu du lien des énergies renouvelables avec des problématiques telles que la santé publique ou les relances économiques générales, depuis les Energy Policy Acts (1992, 2005) jusqu'aux lois pour la reprise de 2008 et 2009 (Stabilization Act, American Recovery and Reinvestment Act) etc. Il est difficile de tous les recenser mais les plus communément utilisés sont les « production tax credits » (PTC). Compte tenu de leur impact positif sur la production d'énergie renouvelables, les PTC inclus initialement dans l'EPAct de 1992 et destinés aux entreprises produisant de l'énergie éolienne et à partir de la biomasse, ont été prolongés en 2002 et étendus à la production d'énergie à partir de certains déchets animaliers dans le Tax Relief Extension Act de 1999. L'Economic and Security Act de 2001 a également prolongé les PTC jusqu'en 2004 puis à nouveau étendu par l'EPAct de 2005 et le Health Care Act de 2006 pour être appliquées jusqu'en 2008¹⁴¹. L'ARRA ne faillit pas à la tâche en consacrant 13 milliards de crédits d'impôts aux entreprises pour la production d'énergie à partir de sources renouvelables. 3,1 milliards de dollars sont en outre attribués au State Energy Program et 400 millions au Goethermal Technologies program (voir première partie). L'ARRA semble donc plus orientée vers les énergies « vertes », conformément aux vœux du Président Obama, que des lois précédentes qui consacraient des sommes déjà vertigineuses au développement des énergies renouvelables mais qui n'étaient rien en comparaison aux subventions accordées au secteur des énergies traditionnelles comme le pétrole ou le charbon (EPAct de 2005). L'Emergency Economic Stabilization Act de 2008 a prolongé jusqu'en 2016 le crédit d'impôts de 30% sur les investissements dans l'énergie solaire effectués par des bâtiments commerciaux (et résidentiels, voir infra).

Les dispositions européennes permettent le même type de subventions, dans le cadre des programmes administratifs européens, les aides aux énergies renouvelables ayant été renforcées par le programme énergétique européen de relance (PEER) comme indiqué en première partie. En revanche, et alors que le statut de l'Union européenne ne lui permet guère de jouer sur la fiscalité, au moins directe, le droit européen revendique un rôle d'orientation des mesures d'aide étatiques (subventions ou aides fiscales) en les autorisant. Les premières actions européennes datent du règlement 1302/78 du 12 juin 1978 et visaient l'octroi d'un soutien financier aux projets d'exploitation de « sources énergétiques alternatives ». En fonction de leurs contraintes budgétaires et sous réserve de certaines limites concurrentielles,

¹⁴⁰ Les Etats ont d'ailleurs une assez grande liberté dans l'octroi de subventions comme le montre l'arrêt BHGDN v Minnesota de 2009 (affaire n° 08-4474). La cour de district y reconnaît la constitutionnalité de la loi qui refuse de verser à une entreprise productrice de bioéthanol des subventions retardées pour cause de fonds insuffisants, dans la mesure où entre-temps l'entreprise avait cessé ses activités.

¹⁴¹ Electricity from Renewable Resources : Status, Prospects and Impediments, National Academies Press, 2010

les Etats membres sont donc autorisés à aider la production d'énergie issue de sources renouvelables. Le règlement 1782/2003 autorise par exemple les Etats membres à verser une aide nationale jusqu'à concurrence de 50% du coût de démarrage de cultures permanentes destinées à la production de biomasse sur des terres mises en jachère.

Les entreprises commerciales sont donc incitées à produire de l'énergie issue de sources renouvelables soit parce qu'il s'agit de leur métier en tant qu'entreprises productrices d'énergie, soit pour la consommer elles-mêmes. Mais les entreprises non productrices peuvent aussi être encouragées à acheter de l'énergie issue de sources renouvelables, au même titre que les particuliers mais avec un régime différent.

Stimulation des achats commerciaux ou particuliers

Les incitations fiscales ou subventions peuvent être destinées aux entreprises, aux particuliers ou aux acteurs publics. La mesure type est le crédit d'impôt à l'achat. On peut remarquer au passage que les dépenses publiques ne sont pas concernées par le principe communautaire d'interdiction des aides d'Etat de l'article 107 dès lors que les bénéficiaires n'exercent pas d'activité économique.

L'article 15 de la directive de 2003¹⁴² sur la taxation des produits énergétiques et de l'électricité¹⁴³ dispose que sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les États membres peuvent appliquer sous contrôle fiscal des exonérations totales ou partielles ou des réductions du niveau de taxation dans deux domaines liés aux énergies renouvelables. Premièrement le régime fiscal favorable peut viser certains produits imposés utilisés dans le cadre de projets pilotes visant au développement technologique de produits moins polluants, ou en ce qui concerne les combustibles ou carburants provenant de sources renouvelables. Deuxièmement, les exonérations ou réductions peuvent être appliquées à l'électricité provenant de diverses sources renouvelables énumérées dans la directive.

Les particuliers peuvent aussi être encouragés à produire eux-mêmes l'énergie renouvelable qu'ils veulent consommer, notamment dans le cadre de leurs habitations. Cette situation peut évoluer jusqu'à les transformer en fournisseurs.

De l'autoconsommation particulière au comptage inversé (net metering)

Les consommateurs professionnels ou particuliers sont incités à acheter des produits utilisant des énergies renouvelables mais il existe aussi des mesures autres que celles destinées aux professionnels, pour que les particuliers installent et produisent eux-mêmes de l'énergie issue de sources renouvelables, par exemple en installant chez eux des panneaux photovoltaïques. Les incitations à produire pour eux-mêmes peuvent en effet prendre des formes traditionnelles (crédit d'impôt ...) ou de manière plus novatrice celle du comptage inversé, dans le domaine de l'électricité, encore appelé facturation nette, net metering, ou net billing, qui les transforme en producteurs pour autrui mais pas forcément en commerçants d'un point de vue juridique, malgré une compensation financière.

Selon la section 1251 de l'Energy Policy Act de 2005, les « public utilities » ont l'obligation de fournir aux usagers un service de comptage inversé si ceux-ci en font la demande. Le comptage inversé y est défini comme un service où l'électricité produite par un

¹⁴² 2003/96/CE

¹⁴³ Directive du Conseil 2003/96/CE

consommateur selon certaines conditions et fournie aux infrastructures de distribution peut être utilisée pour compenser l'énergie fournie au consommateur par la « utility » sur une période de facturation donnée. En d'autres termes l'électricité produite par en excès l'utilisateur ou un opérateur agissant sur son habitation à un moment donné, et envoyée sur le réseau est déduite de sa facture électrique. L'incitation financière vient du fait que le prix de « rachat » de l'électricité produite par l'utilisateur peut être supérieur au prix de marché de l'électricité disponible sur le réseau dans le sens utility → usager, en fixant par exemple un prix unique ne tenant pas compte des différences de tarification en fonction de la tranche horaire. C'est ce que certains Etats américains obligent les utilities à pratiquer sans que cela heurte les lois du congrès¹⁴⁴ puisque légalement ces échanges avec des particuliers ne sont pas considérés comme des ventes susceptibles d'être couverte par la préemption fédérale sur les ventes interétatiques d'électricité, tant qu'il n'y a pas d'excès net de production par rapport à la consommation sur le total de la période de facturation¹⁴⁵.

Au niveau de l'Union européenne, et dans le cadre du développement des « réseaux intelligents », la Commission a affirmé son soutien aux « compteurs électriques intelligents » utiles pour entreprendre ce genre de comptage. Mais le rôle qui leur est assigné pour l'instant vise plus les économies d'énergie que la promotion des énergies renouvelables : il s'agit d'informer le consommateur sur ses dépenses afin de le rendre plus responsable en résumé.

Plusieurs avantages de ce système en faveur des énergies renouvelables sont cependant présentés, l'un général, l'autre théoriquement plus spécifique aux Etats-Unis pour l'instant. Premièrement le consommateur particulier ne dépend pas du choix de ses fournisseurs de recourir ou non à de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Plus encore, dans le cas de plus en plus fréquent où le fournisseur, notamment électrique, a l'obligation d'acheter une partie de son énergie à des producteurs d'énergie renouvelable, le consommateur particulier peut dépasser les objectifs fixés par la loi. Deuxièmement, dans le cas des Etats-Unis, puisqu'il n'y a pas de préemption, ce système permet de contourner les barrières constitutionnelles posées aux obligations d'achat, et plus précisément aux tarifs obligatoires d'achat dans le domaine de l'électricité entre autres.

Obligations d'achat pour les fournisseurs

Il existe deux manières principales de stimuler la demande d'énergie issue de sources renouvelables de la part des fournisseurs d'énergie, en particulier dans le cas des énergies de réseau telles que l'électricité, en relation avec les quotas décrits au paragraphe précédent:

- Les certificats verts dans le cadre de RPS, et qui représentent alors une utilisation des règles de marché détaillée ci-dessous ;
- les obligations d'achat à un prix éventuellement supérieur à la valeur de marché (feed-in tariffs) et qui représenteraient une option plus interventionniste.

Les deux systèmes sont considérés par le droit communautaire comme des aides. La décision du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les plans d'action nationaux commandés par la directive 2009/28/CE mentionne les certificats verts parmi les soutiens financiers possibles, à

¹⁴⁴ "Fire and ice: world renewable energy and carbon control mechanisms confront constitutional barriers", Professor Steven Ferrey, Duke Environmental Law and Policy Forum, Hiver 2010

¹⁴⁵ voir Declaratory Order 94 FERC 61340 « Midamerican Energy Co » (mars 2001) et Declaratory Order 129 FERC 61146, "Sun Edison LLC" (novembre 2009)

côté des subventions par exemple, mais aussi des tarifs et primes de rachat. La directive 2009/28/CE définit comme régime d'aide entre autres les obligations imposées par les pouvoirs publics d'utiliser de l'énergie produite à partir de ressources renouvelables et elle y classe également les certificats verts.

Les Etats-Unis semblent préférer de loin le premier système, tandis que la majorité des Etats européens ont introduit des tarifs obligatoires de rachat validés par la CJCE sous certaines conditions conformément à l'arrêt Preussen Elektra. Le commissaire européen à l'énergie a d'ailleurs déclaré le 8 juillet que l'UE avait besoin de tarifs de rachat harmonisés pour stimuler l'investissement dans l'énergie solaire et dans les autres énergies renouvelables.

Sans aller jusqu'à la manifestation d'une préférence, aucun des deux systèmes n'est de toute manière prescrit par le droit communautaire, qui ne les mentionne brièvement dans la directive 2009/28/CE que pour indiquer qu'il les tolère. A priori la différence entre les Etats-Unis pourrait ne se jouer en amont que par l'instauration d'une obligation de résultats dans l'UE contrairement aux Etats-Unis (voir paragraphe sur le cadre administratif, obligations quantitatives). En fait les Etats américains pourraient être plus limités dans leur liberté que les Etats européens pour des raisons constitutionnelles¹⁴⁶ liées à la clause de suprématie évoquée dans l'arrêt FERC v Mississippi. En affirmant l'existence d'une préemption pour la vente interétatique d'électricité, la Cour suprême établit que les Etats ne peuvent ni aller dans un sens moins favorable aux énergies renouvelables que ce que le droit fédéral prescrit, ni aller dans un sens plus favorable (comme pour les transpositions a maxima de directives européennes). Questionnée, pour ne pas dire saisie, par la Californie, concernant la possibilité d'introduire l'obligation pour les IOU d'acheter de l'énergie produite à partir de sources renouvelables par des petits générateurs (qualifying facilities) à un prix déterminé par les autorités étatiques, la FERC a ainsi clairement répondu non¹⁴⁷, confirmant les réticences du Congrès à promouvoir les énergies renouvelables « au-delà du point d'efficacité » calculé au coût évité¹⁴⁸. Seul un amendement des lois fédérales permettrait le contraire.

Les systèmes d'échange de certificats verts, à l'instar de ceux élaborés pour les échanges d'émissions de GES, participent ainsi rappelons-le à la mise en oeuvre de la promotion des énergies renouvelables. En effet en fixant un seuil de contrainte, puis en confiant la régulation à l'intérieur de ces limites aux acteurs du marché par le biais des échanges commerciaux ou financiers, ces systèmes sont censés épargner aux Etats des procédures lourdes de contrôle de l'application de normes impératives plus précises. En d'autres termes, les instruments de promotion des énergies renouvelables par le marché sont censés porter en eux-mêmes leurs limites : c'est l'intérêt de la régulation par le marché qui dans l'idéal est neutre et « efficiente ». Mais la réalité ne permet guère de faire l'économie de mesures non mercantiles.

B) La rationalisation du développement des énergies renouvelables : l'insuffisance du marché

¹⁴⁶ Selon le Professeur Steven Ferrey, le vœu manifesté par 10 Etats américains d'instaurer des tarifs obligatoires de rachat « à l'européenne » pourrait se heurter à la clause de suprématie de la constitution fédérale, à moins que la PURPA et le Federal Power Act ne soient amendés. "Fire and ice: world renewable energy and carbon control mechanisms confront constitutional barriers", Duke Environmental Law and Policy Forum, Hiver 2010

¹⁴⁷ Declaratory order 132 FERC 61047, 15 juillet 2010

¹⁴⁸ "Fire and ice: world renewable energy and carbon control mechanisms confront constitutional barriers", Duke Environmental Law and Policy Forum, Hiver 2010

La promotion des énergies renouvelables peut s'effectuer par différents moyens, appelant une intervention du législateur ou des pouvoirs publics dont le degré et la légitimité varient.

Conformément à la théorie économique du droit appréciée aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, ce sont les moyens juridiques les moins « coûteux » à mettre en œuvre qui doivent être privilégiés. En application de cette théorie, les pouvoirs publics américains et européens ont choisi la voie de la rationalisation par le marché pour certains aspects de la politique de promotion des énergies renouvelables. Ce balisage semble plus avancé au niveau européen ces mesures doivent être complétées par des normes impératives unilatérales, notamment dans un souci de protection environnementale.

1) Un balisage économique inattendu

§1 L'utilisation asymétrique des instruments de marché

Les mécanismes de marché principaux intervenant dans la promotion des énergies renouvelables sont les systèmes d'échanges de quotas d'émissions, et les certificats « verts » échangeables.

La surprise a priori, vient du fait que ces mécanismes semblent mieux intégrés dans l'ordre communautaire que dans l'ordre national américain, berceau de la théorie, et qui peine à la fois à définir un programme de « cap and trade » et un « Renewable Portfolio Standard » articulant les échanges de ces certificats verts, à l'échelle fédérale. Ce paradoxe apparent semble moins s'expliquer par un éventuel scepticisme envers l'application de la théorie économique, que par la méfiance envers le pouvoir politique qui préfigure la répartition des compétences entre entités fédérales et entités fédérées (voir supra). En effet, même s'il s'agit d'atteindre un optimum par le marché, celui-ci se dessine dans des contours décidés politiquement. Or la vraie contradiction avec l'idéal libéral serait de permettre leur tracé par des autorités fédérales, dans la mesure où ce projet se concilie mal avec la crainte d'une hypertrophie d'un gouvernement lointain et corrompu par des opinions majoritaires dangereuses pour l'intérêt public, et même si des reproches sont aussi adressés aux Etats. Tout espoir d'un système harmonisé sur le territoire des Etats-Unis, tant pour ce qui est des émissions que des certificats, n'est cependant pas anéanti. Comme dans d'autres domaines, il se peut que l'harmonisation ne vienne pas « d'en haut », c'est-à-dire d'une loi du Congrès, mais des décisions des tribunaux et des rapprochements des lois des Etats.

L'Union européenne est, elle, sur la voie de ces mécanismes grâce aux actes unilatéraux typiques de ses institutions centralisées, bien que la présence de directives dans cette réglementation implique également la fragmentation de certaines dispositions en raison de la marge de manœuvre laissée lors des transpositions.

Les échanges de permis d'émissions de GES

- permis d'émissions

A la suite de l'approbation par le Conseil européen du protocole de Kyoto en 2002¹⁴⁹ et de sa transposition en droit communautaire, la directive 2003/87/CE prévoyant un système d'échange d'émissions de carbone ou European Emissions Trading Scheme (EU ETS) a été

¹⁴⁹ Décision n° 2002/358/CE

adoptée en 2003, avant même l'entrée en vigueur du protocole. Le marché est devenu opérationnel le 1^{er} janvier 2005. Les entreprises de plusieurs secteurs, comme celui de l'énergie, se sont vu attribuer des permis d'émission de CO₂. La directive 2009/29/CE adoptée dans le cadre du paquet énergie-climat étend ces secteurs à certains domaines de l'aviation par exemple. Afin de respecter ces caps, les entreprises concernées ont la possibilité soit de réduire leurs émissions, par exemple par le recours aux énergies renouvelables, soit d'acheter des permis aux entreprises qui n'utilisent pas les leurs. Bluenext est le marché où s'échange la grande majorité de ces permis.

La quantité de quotas délivrés par les autorités publiques diminuera à partir de 2013, elle est calculée en fonction des plans nationaux des Etats membres acceptés par la Commission. La troisième phase du système qui commence en 2013 introduit un autre changement : une partie des permis ne sera plus attribuée à titre gratuit mais mise aux enchères¹⁵⁰. Le projet de règlement publié par la Commission le 14 juillet 2010 prévoit la création d'une plateforme centrale où les permis pourront être vendus, tout en permettant aux Etats membres d'organiser leurs propres enchères.

Un nouvel effet bénéfique de ce système d'échanges sur les énergies renouvelables est donc attendu grâce à la mise aux enchères. Non seulement l'idée de « donner un prix » au carbone par le marché demeure, ou plutôt se renforce, avec l'espoir qu'il soit assez élevé pour convaincre les entreprises de passer au renouvelable, mais en plus selon la directive au moins 50% du produit de la mise aux enchères des quotas doit être utilisée à diverses fins dont celle « du développement des énergies renouvelables ».

La rationalisation par le marché s'effectue alors dans deux dimensions :

- fixation du prix confiée aux acteurs économiques de la manière supposément la plus légitime et la plus efficiente en termes de coûts;
- flexibilité accordée aux Etats pour utiliser les fonds récoltés puisque ceux-ci peuvent très bien préférer les affecter à d'autres projets que ceux favorisant les énergies renouvelables directement, à l'instar de mesures de reboisement ou de captage et stockage de carbone.

Les systèmes régionaux d'échanges de CO₂ aux Etats-Unis, qui rappelons-le n'ont pas été consolidés à l'échelon fédéral alors qu'il existe un système de cap and trade pour le soufre (SO₂) depuis 1990, suivent la même logique d'échanges marchands avec mise aux enchères. Le système le plus abouti pour l'instant, la Regional Greenhouse Gas Initiative qui lie dix Etats du nord-est, prévoit également un reversement des profits issus des enchères pour des projets destinés à accélérer directement le déploiement des énergies renouvelables à hauteur de 10%. La majorité des fonds (60%) est dédiée aux mesures d'amélioration de l'efficacité énergétique. Il faut souligner que la Western Climate Initiative ne commencera à être opérationnelle qu'en 2012 mais elle est censée concerner les entreprises de secteurs très larges (utilisation résidentielle et commerciale de carburant, production d'électricité etc.).

- crédits de compensation (crédits offset)

La directive 2004/101/CE rend compatible avec l'ETS les deux autres mécanismes du protocole de Kyoto : la mise en œuvre conjointe (MOC) et le mécanisme de développement propre (MDP), en reconnaissant la validité des crédits résultant de ces projets, ce qui permet

¹⁵⁰ Directive 2009/29/CE article 10

de les échanger après conversion. Ces crédits sont respectivement dénommés unités de réduction des émissions (URE) et réductions d'émissions certifiées (REC). L'objet des projets correspondants à ces crédits englobe la promotion des énergies renouvelables. En effet dans les deux cas l'idée est que des entreprises réalisent ou cofinancent des projets de réduction des GES dans d'autres pays industrialisés ou dans des pays en voie de développement. Il s'agit donc encore une fois de faire intervenir le marché afin que les réductions d'émissions soient réalisées là où elles sont les plus logiques en termes de coût. Cependant ces mécanismes présentent des failles dans la mesure où leur exploitation peut entraîner des « fuites » de carbone.

Les systèmes d'échange américains conçoivent également la possibilité pour les entreprises participant au cap and trade d'échanger ce type de crédits dits « offset ». Le WCI les définit comme les crédits générés par des ouvrages permettant de diminuer les émissions dans des zones non couvertes par le système d'échanges.

Les certificats verts

Ces certificats sont délivrés aux producteurs d'énergie (en général l'électricité même si la législation européenne est a priori favorable à leur extension à la chaleur et au refroidissement) issue de sources renouvelables pour une certaine quantité d'énergie produite. L'unité de référence est dans la plupart des cas le MW. De plus en plus d'Etats américains (Texas, Massachusetts, Maine ...) ou européens (Royaume-Uni, Italie, Suède, Belgique entre autres) attirés par cette technique supposément plus en phase avec la libéralisation du marché de l'électricité, ont recours à ces certificats de manière obligatoire.

Les certificats verts sont souvent associés aux politiques de fixation d'objectifs quantitatifs en termes de consommation d'énergies renouvelables, comme ceux imposés généralement dans l'UE et dans le cadre de renewable portfolio standards aux Etats-Unis. En effet, les certificats verts (encore appelés renewable energy certificates, renewable energy credits, renewable obligation credits, green tags etc.) peuvent être utilisés comme preuve du respect des objectifs assignés aux fournisseurs d'électricité, sous peine de sanctions financières dans le cas contraire. Les politiques de quotas ou RPS peuvent toutefois exister sans certificats verts (autres solutions pour respecter les objectifs, comme l'obligation de rachat de l'électricité renouvelable) et les certificats verts peuvent exister sans politiques de quotas (certification uniquement destinée à l'information). L'avantage de la qualification spécifique de « certificats verts » par opposition aux garanties d'origine repose sur le fait que ces certificats sont des produits échangeables sur un marché.

L'intérêt, dans le cadre d'une politique de quotas, est qu'une entreprise non productrice soumise à ces contraintes quantitatives a le choix entre acheter de l'électricité issue de sources renouvelables en même temps que le certificat, ou si elle n'y a pas accès ou ne veut pas changer de fournisseur, elle peut acheter le certificat seul, dans le sens où il est détaché (unbundled) de l'électricité en elle-même.

L'échange de certificats verts pose le problème de l'harmonisation à deux points de vue : au stade de la certification et au stade de l'échange. Aux Etats-Unis, les générateurs d'électricité issue de sources renouvelables, peuvent faire appel à des organismes de certification appelés les tracking systems. Ils tendent à préférer cette option à celle de conclure des contrats bilatéraux avec les acheteurs. Il en existe 9 officiellement en 2010, posant le problème de la multiplicité des conditions de certifications. Au stade de l'échange, la difficulté tient surtout à la définition de la propriété.

Les partisans de marchés larges, harmonisés, permettant la mise en relation d'acteurs multiples faisant émerger un prix du carbone et des énergies renouvelables cohérent avec les objectifs de l'internalisation des coûts environnementaux déplorent le morcellement des réglementations actuelles et les effets spéculatifs provoqués entre autres par leur mouvance.

§2 L'encadrement juridique timide des faiblesses du marché

Les instruments de marché permettant un développement rationnel des énergies renouvelables affichent l'avantage de la flexibilité, de la neutralité et de l'épargne des coûts administratifs de régulation. Cependant conformément à la théorisation actuelle la plus large, ses défaillances potentielles nécessitent un certain encadrement. Tout en adhérant aux préceptes mercantiles, l'UE et les Etats-Unis tentent donc de remédier juridiquement à quelques faiblesses, relatives à la spéculation, aux « fuites carbone » liées aux énergies renouvelables et à la propriété.

La représentativité du prix fixé par le marché

Les marchés du carbone et des certificats verts sont régulièrement accusés de ne pas favoriser l'émergence d'un prix incitatif ou dissuasif selon le point de vue. Par exemple il a été reproché au système européen d'échange de quotas d'émission d'avoir un plafond trop bas (cas de l'Allemagne revendant ses quotas pour presque rien aux entreprises slovaques ou polonaises), ce qui est censé changer avec la mise aux enchères à partir de 2013. La volte-face de l'Italie qui a finalement décidé de continuer à racheter le surplus de certificats verts pour éviter entre autres que les prix ne s'effondrent et pour continuer à subventionner les énergies renouvelables marque aussi les faiblesses de ce marché. En d'autres termes, les objectifs de croissance et de respect environnemental ont montré quelques contradictions.

La régulation des produits dérivés

La caractéristique commune aux permis d'émission et aux certificats verts dans le cadre d'un système d'échange est qu'ils sont susceptibles de provoquer la création de produits dérivés eux-mêmes échangeables. Or l'Union européenne et les Etats-Unis ont décidé de réglementer davantage ces marchés compte tenu de leur contribution à la récente crise financière. La Commission a publié une communication le 20 octobre 2009¹⁵¹ dans l'optique d'une plus grande transparence de ces marchés complétant la directive 2004/39/CE sur les instruments financiers (MIFID). Tandis que les actes législatifs concrétisant ce texte se font attendre, les Etats-Unis semblent avoir pris les devants avec la promulgation du Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act¹⁵². Cependant compte tenu de l'écart entre les lois et le droit effectif mentionné en première partie, le scepticisme est déjà de rigueur en attendant une mise en œuvre par les agences et par les cours d'un texte de surcroît fortement amendé par rapport au projet de loi de départ¹⁵³. Le problème des dérivés côtoie celui de la volatilité et de la mondialisation. La qualification juridique et la propriété des crédits verts et de quotas d'émissions pose elle justement la question de l'extension de ces marchés, qu'elle soit souhaitable ou non.

La problématique commune de la qualification juridique

¹⁵¹ COM(2009)563 final

¹⁵² Public Law 111-203

¹⁵³ "Wall Street reg shuttled to Obama now", The Washington Post 15/07/2010

Dans le but de faciliter les échanges, l'émergence d'un prix juste, mais aussi la réglementation à l'instar des efforts mis en œuvre pour les produits dérivés, de nombreux spécialistes blâment l'absence de qualification des certificats verts et des quotas d'émission. Le rapport Prada en est l'illustration, en considérant qu'une harmonisation du statut est souhaitable, pour des raisons fiscales par exemple, en réfutant cependant le bien-fondé d'une assimilation des quotas à des instruments financiers¹⁵⁴. Or comme le note le rapport, un enjeu important de la qualification est l'appréciation de la propriété des quotas et le cas échéant du régime qui s'y rattache, en termes de protection par exemple. La problématique serait également soulevée aux Etats-Unis selon l'auteur, à en croire le fait que dans le clean air act de 1990¹⁵⁵ « le Législateur fédéral américain a ainsi volontairement exclu la possibilité de constituer un droit de propriété sur les quotas de SO₂, comme pour en mieux souligner le « contenu moral », tout en prévoyant cependant la possibilité de les transférer entre propriétaires et exploitants des installations concernées, ainsi que toute autre personne en détenant régulièrement ».

La question de savoir si les certificats verts liés à une commodité telle que l'électricité sont susceptibles d'être appropriés se pose moins. En revanche des conflits ont surgi quant à l'attribution de cette propriété. La conclusion est que ce ne sont pas les autorités fédérales qui peuvent en décider. C'est ce qui ressort du cas *Wheelabrator Lisbon Inc v Connecticut Department of Public Utility Control (DPUC)* traité par un tribunal fédéral du deuxième circuit en 2006¹⁵⁶. Cette affaire met en cause le devoir, imposé par la Commission de contrôle de fourniture d'électricité de l'Etat du Connecticut (DPUC) à des producteurs d'électricité issue de sources renouvelables, de transférer à une « entreprise de service public » fournisseur d'électricité liée aux producteurs par un contrat d'obligation d'achat d'électricité, les certificats d'énergie renouvelable (REC) en même temps que la livraison d'électricité. Une des difficultés de l'affaire vient du fait que les contrats d'achat d'électricité entre les producteurs renouvelables et le fournisseur ont été conclus avant que les REC ne soient mis en place par la politique du Connecticut et que les contrats n'ont pu prévoir de dispositions en conséquence. Le tribunal donne raison à l'agence étatique ; il rejette les arguments des producteurs d'électricité renouvelable, qui alléguaient notamment la préemption fédérale sur la décision de l'agence étatique et son inconstitutionnalité. Premièrement, le tribunal s'appuie sur des ordres de la FERC et sur une décision de la cour fédérale d'appel du circuit du District of Columbia¹⁵⁷. Il en conclut que l'élément pertinent est que les REC sont créés par les Etats. Dans le cas, comme en l'espèce, où les contrats d'achat d'électricité n'auraient pas mentionné de clause relative à la propriété de REC, les Etats « ont le pouvoir de déterminer à qui appartiennent les REC en premier lieu, et comment ils peuvent être vendus ou échangés ; cette question n'est pas du ressort du PURPA », même si les contrats en question ont été conclus pour respecter les dispositions du PURPA relatives à l'encouragement des énergies renouvelables. Deuxièmement, la suppléance, due au mutisme du contrat, par les règles étatiques ne viole ni la « Contract clause »¹⁵⁸ ni la « Taking clause »¹⁵⁹ de la constitution fédérale.

Par conséquent la loi californienne inverse qui suppose que le contrat d'achat d'électricité n'implique pas nécessairement le transfert des REC, qui restent ainsi entre les mains des producteurs d'électricité renouvelable, est tout aussi valide.

¹⁵⁴ « De larges pans de la réglementation financière applicable aux instruments financiers ne seraient pas pertinents dans le cas des quotas de CO₂, notamment s'ils étaient assimilés à des titres »

¹⁵⁵ Public Law 101-549 §403(b)

¹⁵⁶ 526 F.Supp.2d 295

¹⁵⁷ *Xcel Energy Service Inc v FERC* (407 F.3d 1242), 2005

¹⁵⁸ « Aucun Etat ne pourra ... promulguer une loi... qui porterait atteinte aux obligations résultant de contrats », article I.10

¹⁵⁹ 5^e et 14^e amendements, voir première partie

En d'autres termes, la question de la propriété pose des problèmes à plusieurs niveaux :

- en vue de l'harmonisation d'un marché communautaire, fédéral, ou plus grand (ce qui n'est vraisemblablement guère regrettable pour les partisans d'un petit marché, c'est-à-dire ceux qui pensent que la valeur des énergies renouvelables et des efforts environnementaux en général s'apprécie davantage à l'échelle locale qu'à l'échelle globale¹⁶⁰)
- même quand ce marché existe, en raison des complications quant à sa réglementation.

La nature du tourment, dans le deuxième cas, paraît davantage appuyée sur le « contenu moral » tel que souligné dans le rapport Prada qui s'inquiète de la légitimité du lien entre propriété privée et environnement dans le sens d'un intérêt humain général.

2) Des moyens socio-écologiques évolutifs

§1 Gérer l'exploitation des ressources par la propriété privée

La question de la propriété des ressources rejaillit sur la portée du droit. Des ressources appropriables, pour reprendre la distinction conceptuelle en français entre choses appropriées et appropriables, peuvent être considérées comme des biens, contrairement aux choses non appropriables. Or si des sources renouvelables d'énergie, comme certains déchets, sont communément considérées comme appropriables et soumises à la libre circulation des marchandises¹⁶¹, d'autres telles que le rayonnement et la chaleur du soleil ou le vent ne peuvent subir le même sort. D'où l'enjeu de la possibilité d'appropriation et de la qualification pour les sources d'énergie ou la forme d'énergie produite. La propriété peut aussi être un instrument de limitation d'un développement « sauvage » des énergies renouvelables selon le développement économique de la théorie aristotélicienne qui suppose qu'elle conduit les individus à prendre davantage soin des ressources entre leurs mains.

Compte tenu de la répartition des compétences citée ci-dessus, l'Union européenne n'intervient pas vraiment dans la définition de la propriété et l'exploitation des ressources naturelles et il faut raisonner en fonction de la législation des Etats membres et les mêmes limites valent. Dans le cas de la France la protection de la ressource aboutit à la prérogative d'attribuer ou non le droit d'exploitation dans le cas de l'énergie hydraulique et géothermique (assimilée à une ressource minière).

Historiquement aux Etats-Unis selon les Professeurs Zillman et Lattman¹⁶², le contrôle des problèmes environnementaux tels que la pollution de l'air et des eaux, les substances toxiques, les déchets dangereux, l'endommagement des sols, les espèces menacées, ont été traités localement. On considérait que la population locale tirait aussi parti de la présence d'industries polluantes dans la mesure où celles-ci fournissaient des emplois et des avantages fiscaux. Il appartenait donc au gouvernement local de prendre des décisions au vu des avantages et des coûts engendrés. Dans ces conditions, les moyens juridiques de corriger les méfaits de la pollution ont reposé sur des actions judiciaires fondées sur la property law (qui correspond en gros au droit des biens avec des incursions dans le droit des contrats) et la tort

¹⁶⁰ Rapport « Marchés carbone : une obsession dangereuse », Les Amis de la Terre avril 2009 ; thèses « Small is beautiful » en référence aux travaux du Professeur Fritz Schumacher

¹⁶¹ CJCE 9 juillet 1992 Commission contre Belgique C-2/90

¹⁶² Energy Law, D Zillman/L. Lattman, 1983

law (espèce de responsabilité délictuelle). Ainsi une personne incommodée par des activités polluantes peut intenter une action en trespass si des substances toxiques envahissent son terrain. Une autre possibilité est de recourir au concept de private nuisance selon lequel le propriétaire du terrain argue que l'activité polluante l'empêche de jouir de son domaine. Une troisième option est l'action pour négligence qui suppose de prouver que le responsable de l'activité polluante a commis une faute, c'est-à-dire qu'il n'a pas respecté les conditions raisonnables permettant de limiter les dommages de son activité. La compétence locale sur ce sujet a d'ailleurs été affirmée, en ce qui concerne les énergies renouvelables, par une cour fédérale de district dans la décision *Porter v Gentry County Commission* en 2008¹⁶³ : pour résumer, devant la plainte d'un habitant relative au dommage causé à la jouissance paisible de sa propriété par une turbine d'éolienne installée par son voisin, la cour fédérale a refusé le contrôle de constitutionnalité, en raison de l'absence de reproche valable envers les autorités publiques.

Les actions judiciaires privées ont toutefois été relayées par des mesures des gouvernements locaux, étatiques pour limiter la pollution, justifiées par le pouvoir de police, afin de contrôler les activités néfastes pour la santé, la sécurité, le bien-être et les valeurs esthétiques. Des lois fédérales sont même intervenues, changeant le cours du droit. Ainsi dans le cas *Concerned citizens of Caro v Michigan Ethanol LLC and Village of Caro* de 2005¹⁶⁴, même si pour des cause de malentendu entre les défendants le tribunal fédéral du 6e circuit renvoie l'affaire aux juridictions étatiques, il était disposé à trancher le différend fondé sur une action en trespass entre les habitants d'un village et une usine productrice d'éthanol en raison de sa mise en cause du Clean Air Act, loi du Congrès de 1990.

Cette loi met certes en place le premier système de cap and trade qui représente un nouvel aboutissement des théories économiques du droit mais elle fait aussi partie par certaines dispositions des règles environnementales globales, fondées sur l'imposition de normes dans l'intérêt général au lieu de mécanismes de flexibilité, qui semblent également nécessaires au législateur européen, notamment sur le terrain des énergies renouvelables, même si lui-même s'oriente vers les théories économiques (voir première partie).

§2 L'édition partagée de règles environnementales globales

L'encadrement européen des aides d'Etat pour la protection de l'environnement sur la période 2008-2014 définit la protection de l'environnement comme « toute action visant à réparer ou à prévenir une atteinte au milieu physique ou aux ressources naturelles par les propres activités du bénéficiaire, à réduire le risque de telles atteintes ou à entraîner une utilisation plus rationnelle des ressources naturelles, notamment par des actions en faveur des économies d'énergie et le recours à des sources d'énergie renouvelables ». Celles-ci ont beau comporter de nombreux avantages, leur impact écologique est loin d'être nul. Or l'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'UE rappelle que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable », ce qui inclut les politiques relatives aux énergies renouvelables et se reflète dans leur droit. Leur promotion doit donc respecter les règles générales posées en matière d'environnement ainsi que les règles établies spécifiquement à leur encontre, dans le but d'assurer la sécurité et la santé des êtres vivants. La directive 2001/42 relative à l'évaluation de l'incidence de certains plans et programmes sur l'environnement donne cette obligation à la fois aux Etats membres dans leur

¹⁶³ 2008 WL 3156969

¹⁶⁴ 396 F.Supp.2d 814

exécution des politiques communautaires, et à la Commission dans le cadre de l'administration directe. Plusieurs lois américaines permettent également le contrôle des projets impliquant des énergies renouvelables en fonction de leur impact sur l'environnement, et elles ont été concrétisées par des décisions de tribunaux.

Quelques exemples de mécanismes de contrôle sont présentés ci-dessous.

Epuisement des sols liés à la culture et l'exploitation de la biomasse : l'insuffisance des incitations financières à la durabilité

De manière générale les pesticides et les matières fertilisantes relèvent du règlement communautaire REACH (n°1907/2006/CE) selon lequel il incombe aux fabricants, importateurs et utilisateurs de veiller à fabriquer, mettre sur le marché, ou utiliser des substances qui n'ont pas d'effet nocif pour la santé humaine ou l'environnement. Les pesticides sont régis par la directive communautaire 91/414/CE qui prévoit une autorisation préalable à toute mise sur le marché et utilisation des produits phytopharmaceutiques et par la directive du 16 février 1998 (98/8) procédant de même pour les produits biocides. Le règlement 2003/2003 est lui relatif aux engrais. Le passage d'une finalité alimentaire à une finalité énergétique des cultures peut faire craindre que les objectifs de santé publique ne viennent plus « appuyer l'impératif de préservation des milieux naturels »¹⁶⁵, compte tenu d'un moindre contrôle.

La mise sur le marché de produits composés en tout ou partie d'OGM fait également l'objet d'une autorisation préalable associant la Commission aux Etats membres à l'instar d'autres procédés de droit administratif communautaire (voir supra), l'autorisation étant valable sur l'ensemble du territoire communautaire.

Depuis la Communication de la Commission: « plan d'action dans le domaine de la biomasse » de 2005¹⁶⁶ des mesures ont été prises en 2010 pour utiliser la biomasse comme source pérenne d'énergie et la qualifier par conséquent d'énergies renouvelables. Des conditions minimales sont déjà établies par le règlement concernant le soutien au développement rural par le FEDER (1782/2003/CE). Ce règlement du 29 septembre 2003 soumet l'attribution des aides au respect de certaines conditions. Il renvoie à la législation communautaire dans le domaine de l'environnement et la santé publique, comme les directives de 1979 sur la conservation des oiseaux sauvages, de 1991 sur la protection des eaux de la pollution par les nitrates, de 1992 sur la conservation des habitats naturels ou encore de 1991 sur les produits phytopharmaceutiques.

Les exploitants sont encouragés à dépasser ces minima par le règlement 1698/2005 qui, afin de favoriser l'utilisation durable des terres agricoles, accorde des paiements agro-environnementaux à ceux qui s'engagent volontairement à aller plus loin que les exigences réglementaires et les bonnes conditions agricoles et environnementales obligatoires.

L'incitation financière à la durabilité par les aides agricoles qui transparait dans le régime des terres en jachère (voir supra) pour stimuler les énergies renouvelables en tant que composante du développement durable est donc utilisée par extension pour assurer la durabilité des énergies renouvelables elles-mêmes. Mais voir jachère et communications de 2010 : en parlent ?

Au stade suivant la transformation de la biomasse en énergie utile, en l'occurrence en agrocarburants, le droit communautaire intervient également afin de contrôler la pollution

¹⁶⁵ Droit des énergies renouvelables

¹⁶⁶ COM(2005)628

atmosphérique. Pour les installations de combustion une directive 2001/80 impose la limitation de certains polluants. Pour les incinérations de déchets, directive 2000/76 définit des conditions d'exploitation pour limiter la dangerosité des rejets.

La directive 2009/30/CE modifiant la directive 98/70/CE l'essence, le diesel et autres carburants fixe des normes pour limiter leur pollution (voir supra, objectifs de limitation des émissions). Des normes d'émissions limites admissibles lors de la conception de véhicules ont également été fixées à l'échelon communautaire, et s'appliquent quel que soit le type de carburant utilisé, y compris celui issu de sources renouvelables d'énergie. La norme Euro 5 (règlement 715/2007) impose même aux constructeurs d'inclure les exigences spécifiques relatives aux biocarburants. La norme euro 6 sera applicable à partir de 2014.

Mais d'autres sources a priori renouvelables font l'objet d'une attention juridique. Par exemple pour l'énergie hydraulique, selon la directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 (2000/60/CE), une masse d'eau de surface peut être désignée comme étant artificielle ou fortement modifiée lorsque l'obtention d'un bon état écologique aurait des incidences négatives importantes sur la production d'électricité.

Élimination des déchets produits par les énergies renouvelables

Même valorisés, mieux vaut se passer des déchets, d'où une hiérarchie, afin de faciliter voire de supprimer le besoin de leur élimination.

Selon la directive 2006/12/CE, la valorisation des déchets doit être promue, celle-ci comprenant l'utilisation principale comme combustible ou autre moyen de produire de l'énergie et le recyclage des substances organiques par transformation biologique (article 3.1b et annexe IIB). Mais la préférence est accordée en priorité, à la prévention ou à la réduction de la production des déchets, puis à leur valorisation matérielle (recyclage, réemploi, récupération), enfin à leur valorisation énergétique (article 3.1 Communication de la Commission européenne Environnement 2010: notre avenir, notre choix, 6e programme d'action pour l'environnement).

La jurisprudence de la CJCE (arrêts Commission contre Allemagne et Commission contre Autriche du 13 février 2003¹⁶⁷, et arrêt Sita EcoService Nederland du 3 avril 2003) apporte certaines précisions sur la notion de valorisation, toute utilisation de déchets comme combustibles ne pouvant être ainsi qualifiée. Trois conditions doivent être remplies.

Les emballages sont régis par des dispositions spécifiques destinées à imposer leur valorisation en application de la directive 94/62. L'élimination des déchets fait l'objet d'une planification systématique directive 75/442, 2006/12 articles 7, 91/689. Certaines installations de traitement des déchets sont soumises à l'obligation d'obtention préalable d'un agrément en plus de l'autorisation ICPE en France cf règlement 1774/2002 et 810/2003.

Pour les huiles usagées, la combustion (définie comme leur utilisation en tant que combustible avec récupération de la chaleur produite) n'est possible que lorsque des contraintes d'ordre technique, économique et organisationnel ne permettent pas la régénération (directive 75/439).

¹⁶⁷ C228/00 et C-458/00

La jurisprudence de la CJCE apporte certaines précisions sur la notion de valorisation, toute utilisation de déchets comme combustible ne pouvant ainsi être qualifiée. Cette jurisprudence concerne l'application de la directive 75/442 du 15 juillet 1975 relative aux déchets (remplacée par la directive 2006/12) et du règlement 259/53 concernant la surveillance et le transfert de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté (qui impose des procédures différentes selon que les déchets transférés sont destinés à être éliminés ou valorisés).

C'est aussi par le biais de la valorisation des déchets que la directive 2008/1 qui codifie les règles relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution concerne les énergies renouvelables.

Les éoliennes ne sont pas des ICPE (installations classées pour la protection de l'environnement). Au contraire, les panneaux solaires sont classés parmi ces installations en raison de la présence de substances dangereuses pour l'environnement comme l'acide chlorydrique.

La directive 2002/96 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) inclut dans ces derniers les déchets d'équipements de production, de transfert et de mesure de courants électriques, y compris tous les composants, sous-ensembles et produits consommables faisant partie intégrante du produit au moment de la mise au rebut (article 3). Cette définition comprend potentiellement les panneaux solaires produisant de l'électricité, mais l'annexe de la directive, qui énumère les catégories d'équipements ne les vise pas. Les panneaux solaires échappent donc pour l'instant à la catégorie de DEEE. En plus seule la présence de composants toxiques permet de qualifier les panneaux solaires de déchets dangereux. « Il serait donc pertinent de les inclure rapidement parmi les DEEE, afin d'éviter que faute de mieux, ils soient traités comme des déchets ménagers » selon Bernadette Le Baut Ferrarese ¹⁶⁸.

L'incidence des énergies renouvelables sur la biodiversité

Plusieurs énergies renouvelables sont susceptibles d'avoir un effet direct néfaste sur la biodiversité, notamment l'hydroélectricité et l'énergie éolienne. Des mécanismes variés existent en droit afin de prévenir ces aspects négatifs, en particulier le système des études d'impact.

Avant même la question de la procédure, des arrêts de cours fédérales ont précisé que certains projets devaient s'accompagner d'une information envers les citoyens concernés (*Friends of Blackwater v USA Department of the Interior*¹⁶⁹) et que les agences fédérales chargées de contrôler l'impact environnemental de ces projets ne pouvaient déléguer certaines de leurs compétences (*Northwest Environmental Defense Center v Bonneville Power Administration*¹⁷⁰).

Certaines activités sont soumises à des études d'impact quand elles présentent des impacts sur l'environnement. Elles font partie de l'arsenal de sécurité déployé aussi bien par le législateur européen qu'américain.

¹⁶⁸ voir Droit des énergies renouvelables,

¹⁶⁹ 391 F.Supp. 2d 115, tribunal du District of Columbia Circuit (2005)

¹⁷⁰ Cour fédérale d'appel du 9^e circuit, 477 F.3d 668 (2007)

Selon le protocole de Kyoto, auquel adhère l'Union européenne, les projets d'exploitation de la force hydraulique au-delà d'un certain niveau sont par exemple soumis à étude d'impact.

Pour le droit communautaire, la directive 2008/1/CE relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (directive dite « IPPC » *Integrated Pollution Prevention and Control*) impose une approche globale. Elle concerne les installations industrielles les plus polluantes et touche de manière incidente les entreprises énergétiques utilisant des énergies renouvelables.

Celles-ci sont plus directement concernées par la directive « EIE » de 1985¹⁷¹ relative à l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, et notamment son article 4 qui dispose entre autres que « lorsque les Etats membres considèrent que leurs caractéristiques l'exigent », les installations industrielles destinées à la production d'énergie électrique, de vapeur et d'eau chaude doivent subir une évaluation avant que leur construction soit éventuellement autorisée.

En effet certains projets doivent obligatoirement être soumis à une étude d'impact, tandis que pour d'autres, les Etats membres peuvent décider de les soumettre au cas par cas ou en fonction de seuils lorsqu'ils remplissent certains critères concernant leurs caractéristiques (par exemple leur taille), leur localisation (notamment, dans des zones écologiques sensibles) et leur impact potentiel (surface touchée, durée). Cela signifie toutefois qu'il faut en quelque sorte évaluer si une évaluation est nécessaire pour respecter la directive, faute de quoi une sanction est encourue comme le montre l'arrêt Commission contre Irlande du 3 juillet 2008 pour manquement d'Etat¹⁷².

Dans cet arrêt, la CJCE condamne l'Irlande pour n'avoir pas pris les dispositions nécessaires de manière à ce que des projets de construction d'un parc éolien fassent l'objet d'un examen visant à déterminer s'il y avait lieu d'effectuer une évaluation des incidences sur l'environnement, puis, étant susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, qu'ils soient soumis à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences, conformément aux articles 5 à 10 de la directive 85/337. En conséquence elle reproche que l'octroi des autorisations relatives à la construction d'un parc éolien et aux activités connexes à Derrybrien, dans le comté de Galway ainsi que la réalisation des travaux, n'ait pas été précédés d'une telle évaluation.

Cette directive précise que « l'évaluation des incidences sur l'environnement identifie, décrit et évalue de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier et conformément aux articles 4 à 11, les effets directs et indirects d'un projet sur les facteurs suivants:

- l'homme, la faune et la flore,
- le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage,
- l'interaction entre les facteurs visés aux premier et deuxième tirets,
- les biens matériels et le patrimoine culturel. »

Les éoliennes, en particulier, sont donc normalement susceptibles d'une étude d'impact. La France a d'ailleurs évité de justesse une condamnation par la CJCE pour défaut de transposition de la directive EIE, en instaurant une norme soumettant les éoliennes à ces études en 2003.

¹⁷¹ directive 85/337/CE du Conseil

¹⁷² Affaire C-215/06

En complément de la directive EIE qui est axée sur l'évaluation environnementale des projets individuels, la directive « ESIE »¹⁷³ de 2001 (Evaluation stratégique des incidences sur l'environnement) concerne l'impact de certains plans ou programmes, dont ceux élaborés dans le secteur de l'énergie. Cette évaluation inclut l'établissement d'un rapport sur les incidences environnementales (indiquant les incidences notables probables sur l'environnement et les solutions de substitution raisonnables) ainsi que la réalisation de consultations (du public, des autorités chargées des questions d'environnement et des autres États membres en cas d'incidences transfrontières notables).

La question se pose actuellement en droit communautaire¹⁷⁴ de tracer la limite entre l'obligation d'étude d'impact et l'interdiction pure et simple d'implantation sur certains sites. Une juridiction italienne a soulevé cette question dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en cours de traitement pour savoir si sont compatibles avec le droit communautaire des dispositions nationales qui « interdisent de manière absolue et indifférenciée de localiser des aérogénérateurs non destinés à l'autoconsommation dans les SIC et les ZPS constituant le réseau écologique « NATURA 2000 », au lieu de prévoir la réalisation d'une évaluation appropriée des incidences environnementales qui analyserait l'impact du projet visé sur le site spécifiquement concerné par l'intervention ».

Le droit américain a également mis en place ce système d'études d'impact et les cours fédérales ont bien sûr été saisies de différends liés à la compétence fédérale ou étatique de délivrance d'autorisation¹⁷⁵. L'arrêt *Animal Welfare Institute v Beach Ridge Energy LLC*¹⁷⁶ de décembre 2009 comporte un intérêt particulier dans la mesure où le juge chargé de l'affaire exprime en quoi le droit peut être perçu comme une réponse au débat de l'équilibre entre promotion des énergies renouvelables et respect environnemental. Dans l'arrêt *Animal Welfare*, le juge déclare « ce cas traite de chauve-souris, de turbines d'éoliennes et de deux lois fédérales, l'une favorisant la protection d'espèces menacées, l'autre encourageant le développement des énergies renouvelables. Le congrès, en votant l'ESA [loi de protection sur les espèces menacées] a déclaré sans équivoque que la priorité doit être accordée aux espèces menacées, il a aussi fortement encouragé les énergies renouvelables, dont l'énergie éolienne... Les deux politiques fédérales n'entrent pas nécessairement en conflit. En effet la tragédie de ce cas est que les défenseurs ont dédaigné les conseils du FWS mais surtout, ils ont manqué l'opportunité de faire appel à un mécanisme spécifique, l'ITP [incidental take permit, qui permet aux individus qui capturent involontairement des espèces menacées de ne pas être passibles de poursuites criminelles], établi par la loi fédérale de manière à autoriser leur projet en harmonie avec l'objectif d'éviter de nuire à [« harm »] les espèces protégées ».

Conclusion

L'arrêt *Welfare* met le doigt sur les contradictions inhérentes aux politiques relatives aux énergies renouvelables, mais il est optimiste quant au rôle du droit pour les résoudre. Des missions politiques similaires ont en effet été assignées aux énergies renouvelables dans l'Union européenne et aux Etats-Unis, bien que la hiérarchie de ces objectifs parfois contradictoires (croissance, environnement, indépendance énergétique) diffère sensiblement.

¹⁷³ Directive 2001/42/CE du Parlement et du Conseil

¹⁷⁴ Affaire C-2/10: Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Italie) le 4 janvier 2010

¹⁷⁵ *LaFleur v Whitman*, Cour fédérale d'appel du deuxième circuit, 300 F.3d 256 (2002).

¹⁷⁶ 675 F Supp 2d 540 (2009)

Ces contradictions et cette hiérarchie semblent être reflétées en droit. Même si les sources et les traditions juridiques diffèrent entre le droit communautaire et américain, malgré un ralliement du droit communautaire à la théorie économique, le droit comporte un rôle social fort et on retrouve des moyens similaires pour atteindre les objectifs attribués. Les dissemblances reposent surtout sur la différence de répartition entre les pouvoirs et les fonctions fédérales/communautaires d'une part et étatiques d'autre part, qui elle-même dépend toutefois de la mise en place historique des traditions juridiques. L'harmonisation à grande échelle de certaines règles, notamment concernant les instruments de marché souhaitée par certains, refusée par d'autres dépend grandement d'une évolution de ces fondements historiques, requerrant des moyens différents d'harmonisation pour prétendre à la légitimité.

BIBLIOGRAPHIE

LIVRES

- Analyse économique du droit, Mackaay, Ejan, Rousseau, Thémis 2008
- Beyond the Carbon Economy : Energy law in Transition, Zillman/Redgwell/Omorogbe/Barrera-Hernandez, Oxford University Press 2008
- Droit administratif européen, JB Auby et J Dutheil de la Rochère, éditions Bruylant 2008
- Droit des énergies renouvelables, Bernadette Le Baut-Ferrarese, Le Moniteur 2008
- Droit institutionnel de l'Union européenne, C. Blumann/L. Dubouis, Litec 2007
- Droit matériel de l'Union européenne, C. Blumann/L. Dubouis, Litec 2009
- Electricity from Renewable Resources : Status, Prospects and Impediments, National Academies Press, 2010
- Energy Law, D Zillman/L. Lattman, 1983
- Energy Law, J. Tomain, R. Cudahy, Thompson West 2004
- Federal Regulation of Energy, W. F Fox, McGraw-Hill Companies 1983
- Géopolitique de l'énergie, Jean-Pierre Favennec Technip 2007
- Introduction au droit public, Elizabeth Zoller, précis Dalloz 1e édition 2006
- La faiblesse de croire (recueil), Michel de Certeau, Points essais, 1981
- Que sais-je « Energies renouvelables », Jacques Vernier, PUF 2010
- Les enjeux de l'énergie: pétrole, nucléaire et après? Ludovic Mons, petite encyclopédie Larousse 2004
- Les grands systèmes de droit contemporain, René David, Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz 2002
- The Making of English National Identity, Krishan Kumar, Cambridge Cultural Social Studies, 2003

ARTICLES ET RAPPORTS GENERAUX ET SPECIALISES

- « ADM asks EPA to allow 12% ethanol in US fuel », Reuters, 7 juin 2010
- « Competition, State Aids and Subsidies », US Federal Trade Commission, Global Forum on Energy 12 février 2010
- « Fire and ice: world renewable energy and carbon control mechanisms confront constitutional barriers », Professor Steven Ferrey, Duke Environmental Law and Policy Forum, Hiver 2010
- « If you give the Court a Commerce clause: an environmental critique of Supreme Court interstate waste Jurisprudence », Lincoln L Davies, Forham Environmental Law Journal 207, 1999
- « La Régulation des marchés des marchés du CO2 », Michel Prada, 2010
- « Preemption in green marketing: the case for uniform federal marketing definitions », Robert B White (avocat), Indiana Law Journal, Hiver 2010
- « Sur le droit administratif européen », Giacinto della Cananea, Revue du droit Public n°3, 2008
- « Tangled in the wires : an assessment of the existing renewable energy legal framework », Sonya Carleyolsen, Natural Resource Journal 2006
- « Wall Street reg shuttled to Obama now », The Washington Post 15/07/2010

PRINCIPAUX ACTES DU CONGRES ET ACTES UNILATERAUX MENTIONNES

DIRECTIVES ET REGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

Troisième paquet énergie

- Un règlement n° 713/2009 instituant une Agence européenne de coopération des régulateurs nationaux de l'énergie
- Une directive 2009/72/CE relative à l'électricité modifiant et complétant la directive «Électricité» existante (2003/54/CE)
- Une directive 2009/73/CE relative au gaz modifiant et complétant la directive «Gaz» existante (2003/55/CE)
- Un règlement n° 714/2009 relatif à l'électricité modifiant et complétant le règlement «Électricité» existant (1228/03)
- Un règlement n° 715/2009 relatif au gaz modifiant et complétant le règlement «Gaz» existant (1775/55)

Paquet énergie climat

- Directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (modifie la directive 2003/87/CE)
- Décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020
- Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE
- Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) no 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil

Autres actes

- Règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO2 des véhicules légers
- Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE

LOIS DU CONGRES

1975 - Energy Policy and Conservation Act PL 94-163
1977 - Department of Energy Organization Act PL 95-91
1978 - National Energy Act PL 95-617, 618, 619, 620, 621
1978 - Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA) PL 95-617
1980 - Energy Security Act PL 96-294
1992 - Energy Policy Act of 1992 PL 102-486
2005 - Energy Policy Act of 2005 PL 109-58
2007 - Energy Independence and Security Act of 2007 PL 110-140
2008 - Food, Conservation, and Energy Act of 2008 PL 110-234
2009 - American Recovery and Reinvestment Act PL 111-5

PRINCIPAUX ARRETS MENTIONNES

ARRETS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

Arrêts du Tribunal de première instance

8 janvier 2010, Commission contre Earthscan, affaire T-5/10
21 mai 2008, Enercon GmbH contre OHMI, T-329/06
27 septembre 2000 BP Chemicals T184/97

Arrêts de la CJ

23 février 1961 De Gezamenlijke Steekolenminjen in limburg, affaire C-30/59
2 juillet 1974, Italie c Commission C-173/73
20 février 1979, Cassis de Dijon, affaire C-120/78
20 septembre 1988, Commission contre Danemark, affaire C-302/86
28 mars 1990, Vessoso et Zanetti, affaire C-359/88
14 mai 1998, Windpark contre Commission européenne, affaire C-48/96
17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, Affaire C-513/99
13 février 2003, Commission contre Allemagne et Commission contre Autriche, C228/00 et C-458/00
24 juillet 2003 Altmark, affaire C-280/00
4 décembre 2003 Osterreich, affaire C-448/01
14 avril 2005 AEM Spa c AEEG C-128/03 et AEM Torino Spa c AEEG C-129/03
3 juillet 2008 Commission contre Irlande, C-215/06
+ Affaire C-2/10: Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Italie) le 4 janvier 2010

DECISIONS FEDERALES

Décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis

US v Maine de 420 US 515 (1975)
FERC v Mississippi 456 US 732 (1982)
US v Maine de 475 US 89 (1986)
New Energy Co. of Indiana v. Limbach 486 U.S. 269 (1988)
Oregon Waste Systems, Inc v Department of environmental Quality of Oregon 511 US 93

(1994)

Massachusetts v EPA 549 US 497 (2007)

Décisions des tribunaux de district et cours d'appel de circuits

Deuxième circuit:

- Wheelabrator Lisbon Inc. v. Conn. Dep't of Pub. Utility Control, 526 F.Supp.2d 295 (2006)
- Oxygenated Fuels Ass'n, Inc. v. Pataki, 293 F.Supp.2d 170 (2003)
- LaFleur v. Whitman, 300 F.3d 256 (2002)

Troisième circuit

- Animal Welfare Inst. v. Beech Ridge Energy LLC, 2009 WL 4884520 (2009)

Sixième circuit

- Concerned Citizens of Caro v. Mi. Ethanol, L.L.C., 396 F.Supp.2d 814 (2005)

Neuvième circuit

- Northwest Env'tl. Def. Ctr. v. Bonneville Power Admin., 477 F.3d 668 (2007)

District of Columbia circuit

- Friends of Blackwater v. U.S. Dep't of Interior, 391 F.Supp.2d 115 (2005)
- Xcel Energy Servs. Inc. v. F.E.R.C., 407 F.3d 1242 (2005)