

Conseil Constitutionnel

Contribution extérieure

**Observations sur la conformité à la Constitution
de l'article 225 de la Loi de finances pour 2021**

Présentées par :

ENERPLAN - Syndicat des professionnels de l'énergie solaire

515, avenue de la Tramontane

Le Forum bât. B - Zone Athelia IV

13600 La Ciotat

Représenté par Monsieur Daniel Bour, Président

Représenté par :

Me Arnaud Gossement

SELARL Gossement Avocats

35, avenue de Saint-Mandé – 75012 Paris

Tel. 0153440132 – Mail. contact@gossement.com

Affaire n°2020-813 DC

Le syndicat Enerplan a l'honneur de soumettre la présente contribution extérieure au Conseil constitutionnel, saisi par plusieurs sénateurs et députés en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, de la conformité à la Constitution de la loi de finances pour 2021.

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 a pour objet de permettre au Gouvernement, par voie réglementaire, de réviser le tarif d'achat et la durée des contrats d'achat d'électricité solaire conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006¹, du 12 janvier 2010² et du 31 août 2010.³

Par la présente contribution extérieure, le syndicat Enerplan démontre que l'article 225 de la loi de finances pour 2021 est contraire à la Constitution.

¹ Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°171 du 26 juillet 2006

² Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°0011 du 14 janvier 2010

³ Arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°0202 du 1 septembre 2010

I. Sur le contexte et le cadre juridique de l'article 225 de la loi de finances pour 2021

1.1. Le dispositif actuel d'obligation d'achat destiné à encourager la production d'énergie renouvelable a été créé à l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité⁴ :

« Les contrats conclus en application du présent article par Electricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée prévoient des conditions d'achat prenant en compte les coûts d'investissement et d'exploitation évités par ces acheteurs, auxquels peut s'ajouter une prime prenant en compte la contribution de la production livrée ou des filières à la réalisation des objectifs définis au deuxième alinéa de l'article 1er de la présente loi. Le niveau de cette prime ne peut conduire à ce que la rémunération des capitaux immobilisés dans les installations bénéficiant de ces conditions d'achat excède une rémunération normale des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités et de la garantie dont bénéficient ces installations d'écouler l'intégralité de leur production à un tarif déterminé. Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des coûts évités et des charges mentionnées au I de l'article 5. » (nous soulignons).

Cette disposition a été abrogée par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.⁵

L'article L.314-1 du code de l'énergie, dans sa rédaction actuellement en vigueur, prévoit désormais que les producteurs d'énergie renouvelable - et notamment les producteurs d'énergie d'origine solaire - peuvent bénéficier de l'obligation d'achat de leur production en ces termes :

« Sous réserve de la nécessité de préserver le fonctionnement des réseaux, Electricité de France et, si les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution dans leur zone de desserte, les entreprises locales de distribution chargées de la fourniture sont tenues de conclure, lorsque les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par

⁴ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n°35 du 11 février 2000

⁵ Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie,⁵ JORF n°0108 du 10 mai 2011

les installations dont la liste et les caractéristiques sont précisées par décret parmi les installations suivantes :

(...) 2° Les installations de production d'électricité qui utilisent des énergies renouvelables, à l'exception des énergies mentionnées au 3°, ou les installations qui mettent en œuvre des techniques performantes en termes d'efficacité énergétique telles que la cogénération. Les limites de puissance installée des installations de production qui peuvent bénéficier de l'obligation d'achat sont fixées par décret. Les règles de détermination du périmètre d'une installation de production sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'énergie ».

L'article L.314-7 du code de l'énergie précise les conditions dans lesquelles cette production d'énergie renouvelable doit être achetée :

« (...) Les conditions d'achat ne peuvent conduire à ce que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, excède une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation. Le bénéfice de l'obligation d'achat peut, à cette fin, être subordonné à la renonciation, par le producteur, à certaines de ces aides financières ou fiscales.

Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des conditions économiques de fonctionnement des installations performantes représentatives des filières concernées (...) »

Il convient ici de souligner que les dispositions législatives relatives à l'obligation d'achat ont sensiblement évolué dans le temps. La « rémunération normale des capitaux » visée à l'article 10 n° 2000-108 du 10 février 2000 n'est pas conçue de la même manière sur le fondement de l'article L.314-7 du code de l'énergie, au titre de la « rémunération raisonnable des capitaux ». Les dispositions de l'article 10 loi n° 2000-108 du 10 février 2000 n'ont pas été retirées mais abrogées en 2011, de telle sorte que ce sont bien celles dont il faut tenir compte pour analyser les conditions dans lesquelles les contrats d'achat conclus en application des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010

1.2. Ces dispositions législatives ont fait l'objet d'un décret d'application n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité.⁶ Ce décret n°2000-

⁶ Décret du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité, JORF n°285 du 9 décembre 2000

1196 du 6 décembre 2000 n'a été abrogé et codifié qu'en 2015, par le décret n° 2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie.⁷

Le décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat,⁸ précise la procédure d'élaboration, de signature et de cession éventuelle du contrat d'achat.

L'article 8 du décret du 10 mai 2001 dispose :

« Les tarifs d'achat de l'électricité fournie sont égaux aux coûts de production, incluant investissement et exploitation, évités sur le long terme au système électrique, auxquels peut s'ajouter une rémunération supplémentaire correspondant à la contribution des installations à la réalisation des objectifs définis au deuxième alinéa de l'article 1er de la loi du 10 février 2000 susvisée. Le calcul des coûts évités peut notamment prendre en compte, en sus des caractéristiques intrinsèques de la production considérée, la zone électriquement interconnectée où la production a lieu si cette zone n'est pas raccordée au réseau métropolitain continental. »

1.3. Sur le fondement des dispositions de l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 et du décret n° 2001-410 du 10 mai 2001, plusieurs arrêtés tarifaires ont été publiés :

- Arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.⁹
- Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.¹⁰
- Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3°

⁷ Décret n° 2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie, JORF n°0303 du 31 décembre 2015

⁸ Décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, JORF n°110 du 12 mai 2001

⁹ Arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°62 du 14 mars 2002

¹⁰ Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°171 du 26 juillet 2006

de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°0011 du 14 janvier 2010

- Arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000, JORF n°0202 du 1 septembre 2010

Ce dispositif d'obligation d'achat a déjà fait l'objet d'une mesure de maîtrise de son coût. Par un décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010¹¹ le Gouvernement a suspendu l'obligation de conclure un contrat d'achat pour une durée de trois mois.

1.4. Le 16 septembre 2020, le quotidien Les Echos a révélé que le Gouvernement projetait de remettre en cause, dans le cadre du projet de loi de finances pour 2021, certains contrats d'achat d'électricité produite par des installations utilisant l'énergie solaire.¹² Cette annonce par voie de presse n'a été précédée d'aucune information ni concertation d'aucune sorte.

Malgré cette annonce, le texte du projet de loi de finances pour 2021, n°3360, tel que déposé le lundi 28 septembre 2020 à l'Assemblée nationale, ne comportait aucune disposition de nature à créer ce mécanisme de remise en cause des contrats d'achat.

1.5. Le 7 novembre 2020, en première lecture, le Gouvernement a soumis au vote des députés un amendement n°3369¹³ qui crée les procédures de réduction tarifaire et de réclamation destinées à remettre en cause l'exécution de nombreux contrats d'achat conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010. Cet amendement n'a été accompagné d'aucune étude d'impact, d'aucune analyse économique ou juridique et d'aucune concertation qui auraient pu éclairer le travail des députés.

L'amendement et ses deux sous amendements n'ont pas été examinés en commission et ont été discutés puis adoptés pour la première fois lors de la séance publique du 13 novembre 2020.¹⁴ Lors de cette séance, le problème de la conformité à la Constitution

¹¹ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, JORF n°0286 du 10 décembre 2010

¹² <https://www.lesechos.fr/economie-france/budget-fiscalite/budget-lexecutif-veut-renegocier-certains-dispositifs-daide-au-photovoltaïque-1242802>

¹³ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3360C/AN/3369>

¹⁴ <https://www.assemblee-nationale.fr/15/cri/2020-2021/20210076.asp>

de ces nouvelles dispositions a été débattu à plusieurs reprises¹⁵ et notamment présenté en ces termes par le député Charles de Courson :

*« M. Charles de Courson. En outre, votre amendement porte atteinte à plusieurs principes constitutionnels, au premier rang desquels le droit de propriété, qui figure dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la protection des contrats – ce que l'on appelle l'intangibilité du contrat. En vous heurtant à ce principe, votre rupture de contrat entraînera donc, au titre de l'indemnisation juste et préalable inscrite dans la Constitution française, des procès et des centaines de contentieux – que vous perdrez. Il met également à mal le principe d'égalité, à la fois entre les producteurs d'énergie photovoltaïque, puisque vous distinguez les installations produisant plus de 250 kilowatts de celles produisant moins, mais également avec les autres filières. En effet, pourquoi ne proposez-vous pas des mesures similaires pour les autres filières ?
(..)*

M. Charles de Courson. Enfin, le texte de votre amendement porte atteinte au principe de clarté de la loi.

1.6. Le 18 novembre 2020, en première lecture, les sénateurs ont supprimé ce dispositif lors de l'examen du projet de loi par la commission des finances.

L'annexe 11 du rapport de la Commission des finances du Sénat¹⁶ est consacrée à l'examen de l'article 54 sexies du projet de loi tel qu'adopté à l'Assemblée nationale. Le rapport adopté en commission précise notamment : *« En revenant de manière rétroactive et unilatérale sur l'effet de contrats conclus, le présent article 54 sexies risque de porter atteinte à la signature de l'État en revenant sur des conventions légalement conclues ».*

1.7. Le 15 décembre 2020, en nouvelle lecture, les députés ont voté un amendement du rapporteur général, rétablissant, à l'article 54 sexies du projet de loi de finances pour 2021, une disposition créant un dispositif de réduction du tarif d'achat des contrats conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010.

La loi de finances pour 2021 a été adoptée en lecture définitive à l'Assemblée nationale le 17 décembre 2020. Après renumérotation du projet de loi, l'article 54 sexies est devenu l'article 225 de la loi de finances pour 2021.

¹⁵ Sous-amendements n°3550 et 3560

¹⁶ <https://www.senat.fr/rap/l20-138-311-1/l20-138-311-11.pdf>

1.8. Le Conseil constitutionnel a été saisi, par des sénateurs et des députés, d'une demande de contrôle de constitutionnalité a priori de la loi de finances pour 2021.

C'est dans ce contexte qu'est produite la présente contribution extérieure.

II. Sur l'article 225 de la loi de finances pour 2021

Il convient tout d'abord d'examiner le sens et la portée de l'article 225 de la loi de finances pour 2021, lequel dispose :

« Le tarif d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts utilisant l'énergie radiative du soleil moyennant des technologies photovoltaïques ou thermodynamiques est réduit, pour les contrats conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que mentionnées au 3^o de l'article 2 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité, à un niveau et à compter d'une date fixés par arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget de telle sorte que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, n'excède pas une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation. Le projet d'arrêté est soumis pour avis à la Commission de régulation de l'énergie. Cet avis est rendu public. La réduction du tarif tient compte de l'arrêté tarifaire au titre duquel le contrat est conclu, des caractéristiques techniques de l'installation, de sa localisation, de sa date de mise en service et de ses conditions de fonctionnement.

Sur demande motivée d'un producteur, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, fixer par arrêté conjoint un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultant de l'application du premier alinéa du présent article, si ceux-ci sont de nature à compromettre la viabilité économique du producteur, notamment en tenant compte des spécificités de financement liées aux zones non interconnectées, sous réserve que celui-ci ait pris toutes les mesures de redressement à sa disposition et que les personnes qui le détiennent directement ou indirectement aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, et dans la stricte mesure nécessaire à la préservation de cette viabilité. Dans ce cas, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent également allonger la durée du contrat d'achat, sous réserve que la somme des aides financières résultant de l'ensemble des modifications soit inférieure à la somme des aides financières qui auraient été versées dans les conditions initiales. Ne peuvent se prévaloir du présent alinéa les producteurs ayant procédé à des évolutions dans la structure de leur capital ou dans leurs modalités de financement après le 7 novembre 2020, à l'exception des mesures de redressement et

de soutien susmentionnées. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, précise les modalités d'application du présent article. »

Ces dispositions définissent deux procédures :

- une procédure de réduction du tarif d'achat qui sera formalisée par un décret puis par un arrêté interministériel à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2021 ;
- une procédure d'adaptation (« clause de sauvegarde ») de cette réduction tarifaire - notamment par un allongement de la durée du contrat d'achat - qui pourra être éventuellement engagée, sur demande motivée d'un producteur concerné.

Si la loi de finances pour 2021 fixe les grands principes de ces procédures, elle renvoie pour l'essentiel au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser les modalités :

- Le Gouvernement devra publier un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, pour préciser les modalités d'application de cet article de la loi de finances pour 2021, si celui-ci n'est pas censuré par le Conseil constitutionnel.
- Les ministres de l'énergie et du budget devront ensuite publier un arrêté conjoint relatif au niveau et à la date de la réduction tarifaire. Cet arrêté sera adopté après avis rendu public de la Commission de régulation de l'énergie.
- Sur demande motivée d'un producteur, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, fixer, par arrêté conjoint, un niveau de tarif ou une date différente de ceux fixés dans le premier arrêté précité.

Le dispositif de révision des contrats d'achat reposera donc sur de nombreux textes :

- la loi de finances pour 2021 qui crée deux procédures (réduction puis réclamation) ;
- un décret en Conseil d'Etat pour préciser les conditions d'application de cette loi ;

- un arrêté conjoint « général » pour fixer le niveau et la date de la réduction tarifaire ;
- des arrêtés « cas par cas » pour adapter éventuellement cette réduction dans le cadre de la procédure dite « clause de sauvegarde ».

2.1. Sur la procédure de réduction du tarif d'achat

Il convient de distinguer :

- Le champ d'application de cette procédure : installations et contrats concernés ;
- Les modalités de calcul de la réduction du tarif d'achat qui devrait être appliquée.

2.1.1. Sur le champ d'application de la procédure de réduction du tarif d'achat

Le champ d'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 procède de la combinaison de deux critères :

- le premier tient aux installations concernées par la réduction du tarif d'achat ;
- le deuxième tient aux contrats d'achat qui seront révisés, eux-mêmes identifiés en fonction des arrêtés tarifaires sur lesquels ils sont fondés.

2.1.1.1. Sur les installations concernées par la réduction du tarif d'achat

Aux termes de l'article 225 précité, les installations concernées sont celles d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts utilisant l'énergie radiative du soleil moyennant des technologies photovoltaïques ou thermodynamiques.

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 dispose en effet :

« Le tarif d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts utilisant l'énergie radiative du soleil moyennant des technologies photovoltaïques ou thermodynamiques est réduit (...) »

L'amendement du Gouvernement dont procède ce texte ne donne aucune précision sur les motifs qui ont conduit à choisir ce seuil de 250kWc. Tout au plus l'exposé des motifs précise-t-il :

« Les installations de moins de 250 kWc ne seront pas concernées par l'amendement et la révision des tarifs touchera environ 0,5 % des contrats d'achat conclus en application des arrêtés tarifaires susmentionnés. »

Dans la suite des débats parlementaires, le Gouvernement a pu affirmer que ce seuil a été choisi pour que les agriculteurs ne soient pas touchés par cette procédure de réduction tarifaire.

Toutefois, il n'a jamais précisé :

- combien d'agriculteurs seront effectivement écartés du dispositif ;
- si ce sont uniquement des agriculteurs qui seront écartés du dispositif par application de ce seul seuil de puissance crête ;
- pour quel motif les autres professionnels ne devraient pas bénéficier du même traitement dérogatoire.

Non seulement le Gouvernement n'a jamais précisé le sens et la portée de ce seuil de 250 kWc mais, en outre, il ne s'est pas davantage prononcé sur les modalités de calcul de ce seuil : il aurait été utile de préciser comment cette puissance crête, non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps. A titre d'exemple, une installation faisant l'objet d'une augmentation de puissance postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi entrera-t-elle alors dans le champ d'application de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 ?

2.1.2. Sur les contrats d'achat

Aux termes de l'article 225 précité, pour les installations précitées définies en fonction leur puissance installée, les contrats d'achat qui seront l'objet de la révision à venir sont ceux conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010.

2.2. Sur les critères de définition de la réduction du tarif d'achat

Pour les contrats précités, l'article 2250 de la loi de finances pour 2021 donne quelques indications sur la manière dont le gouvernement pourrait réduire le tarif d'achat. Deux critères devraient être appliqués :

- le premier pour définir un niveau général de rémunération raisonnable des capitaux,
- un deuxième pour appliquer cette réduction à chaque contrat.

2.2.1. Sur le critère de « rémunération raisonnable des capitaux »

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 définit un critère général de « rémunération raisonnable des capitaux » qui devra être précisé par arrêté *« de telle sorte que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, n'excède pas une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation »*

Ainsi, aux termes de ces nouvelles dispositions, le critère de « rémunération raisonnable des capitaux » doit être défini compte tenu des risques inhérents à l'exploitation de l'installation objet du contrat d'achat.

Ce critère de « rémunération raisonnable des capitaux » renvoie à celui défini à l'article L.314-7 du code de l'énergie dans sa rédaction actuellement en vigueur :

« Les conditions d'achat ne peuvent conduire à ce que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, excède une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation. Le bénéfice de l'obligation d'achat peut, à cette fin, être subordonné à la renonciation, par le producteur, à certaines de ces aides financières ou fiscales. Les conditions d'achat font l'objet d'une révision périodique afin de tenir compte de l'évolution des conditions économiques de fonctionnement des installations performantes représentatives des filières concernées » (Nous soulignons).

Il convient ici de souligner que l'article 225 de la loi de finances procède d'une erreur de droit : la base légale des contrats d'achat qui seront révisés est antérieure à 2011.

2.2.2. Sur le critère tenant aux caractéristiques de l'installation

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 définit un critère d'appréciation de la réduction tarifaire applicable à chaque contrat :

« La réduction du tarif tient compte de l'arrêté tarifaire au titre duquel le contrat est conclu, des caractéristiques techniques de l'installation, de sa localisation, de sa date de mise en service et de ses conditions de fonctionnement. »

L'ensemble des précisions relatif aux caractéristiques des installations concernés ressort d'un transfert de compétence vers le pouvoir réglementaire.

2.2. Sur la procédure de réclamation pour les producteurs concernés

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 accompagne cette mesure de réduction tarifaire d'une faculté pour chaque producteur concerné de demander une adaptation de celle-ci :

« Sur demande motivée d'un producteur, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, fixer par arrêté conjoint un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultant de l'application du

premier alinéa du présent article, si ceux-ci sont de nature à compromettre la viabilité économique du producteur, notamment en tenant compte des spécificités de financement liées aux zones non interconnectées, sous réserve que celui-ci ait pris toutes les mesures de redressement à sa disposition et que les personnes qui le détiennent directement ou indirectement aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, et dans la stricte mesure nécessaire à la préservation de cette viabilité. Dans ce cas, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent également allonger la durée du contrat d'achat, sous réserve que la somme des aides financières résultant de l'ensemble des modifications soit inférieure à la somme des aides financières qui auraient été versées dans les conditions initiales. Ne peuvent se prévaloir du présent alinéa les producteurs ayant procédé à des évolutions dans la structure de leur capital ou dans leurs modalités de financement après le 7 novembre 2020, à l'exception des mesures de redressement et de soutien susmentionnées. »

Les conditions pour pouvoir obtenir l'adaptation par un arrêté conjoint des ministres chargés de l'énergie et du budget sont les suivantes :

- Les nouvelles règles tarifaires doivent avoir pour effet de compromettre la « viabilité économique du producteur » ;
- Le producteur devra démontrer qu'il a pris toutes les mesures de redressement à sa disposition pour éviter la mise en cause de sa viabilité économique ;
- Il devra également être démontré que les personnes détenant directement ou indirectement le producteur devront avoir mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, pour la préservation de la « viabilité économique du producteur » ;
- Il est enfin précisé que les producteurs qui ont procédé à des évolutions dans la structure de leur capital ou dans leurs modalités de financement après le 7 novembre 2020 ne pourront pas faire cette demande auprès des ministres chargés de l'énergie et du budget ;
- Les producteurs pourront demander : soit une modification du niveau de réduction ou une date d'entrée en vigueur différente de celle d'abord fixée par arrêté ; soit un allongement de la durée du contrat.

Si ces conditions sont réunies et que la négociation aboutit, ce texte prévoit que les ministres chargés de l'énergie et du budget pourront établir un nouveau niveau tarifaire applicable au producteur ou allonger la durée initiale du contrat d'achat

III. Sur la conformité à la Constitution de l'article 225 de la loi de finances pour 2021

Le syndicat Enerplan démontre, à l'appui de la saisine, que l'article 225 de la loi de finances pour 2021 est contraire à la Constitution et ce, pour les motifs suivants.

3.1. Sur l'objectif de clarté et de sincérité du débat parlementaire

3.1.1. En droit, le Conseil constitutionnel contrôle de manière rigoureuse le respect de l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire (cf. par ex décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, Loi de finances pour 2019).

3.1.2. En l'espèce, l'article 225 de la loi de finances pour 2021 a été adopté au terme d'une procédure qui méconnaît manifestement cette exigence.

- Cet article a été déposé sans étude d'impact préalable ;
- Cet article procède d'un amendement déposé très tardivement, en séance publique par le Gouvernement : il n'a donc pas été examiné en commission ;
- Cet article aurait fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat, selon la ministre de la transition écologique, lequel n'a pourtant jamais été rendu public ni communiqué aux parlementaires ;

Les conditions très dégradées de discussion du futur article 225 ont été soulignées tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. Ainsi, en première lecture, le rapport de la commission des finances du Sénat, précise :

« Une mesure lourde de conséquences examinée par le Parlement dans des conditions très dégradées.

La mesure prévue par le présent article 54 sexies est tout sauf anodine, puisqu'elle prévoit la remise en cause de nombreux contrats signés par l'État il y a plus de dix ans. Les enjeux sont également importants sur le plan budgétaire, puisque plusieurs milliards d'euros sont potentiellement en jeu (voir infra). Pourtant, le Parlement est sommé de se prononcer sur cette mesure aux implications multiples en quelques jours seulement et sans étude d'impact. Votre rapporteur spécial considère que

cette manière de procéder ôte au législateur toute réelle capacité de peser les avantages et les inconvénients de cette décision, alors qu'il s'agit incontestablement d'une question difficile à trancher, des arguments valables plaidant en sa faveur comme en sa défaveur. »

Outre une procédure sans évaluation préalable et trop rapide, il importe de souligner que le Gouvernement a présenté des chiffres qui sont invérifiables : les conditions d'application de la loi sont si imprécises que nulle projection ne peut être effectuée.

A l'évidence, les conditions d'élaboration de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 ne sont pas conformes à l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

3.2. Sur l'incompétence négative du législateur

La définition des caractéristiques du dispositif de l'obligation d'achat d'électricité renouvelable ressort de la compétence du législateur.

Or, l'article 225 de la loi de finances pour 2021 définit en termes généraux les principes le principe de la réduction du tarif d'achat applicable à certains contrats d'achat et renvoie pour l'essentiel au pouvoir réglementaire le soin de fixer les modalités de ces procédures.

3.2.1. En droit, par sa décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967, le Conseil constitutionnel a reconnu pour la première fois l'incompétence négative du législateur et a censuré une loi organique déléguant à l'administration publique le soin de définir des mesures relevant normalement de sa compétence.

L'incompétence négative recouvre plusieurs hypothèses. Ainsi, cette notion est souvent associée à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi consacrée par le Conseil constitutionnel aux termes de sa décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999.

Dans le même sens, la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 précise :

« Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette

compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁷

Partant, le principe d'incompétence négative et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi impose au législateur :

- D'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ;
- De prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou le risque d'arbitraire ;
- De ne pas renvoyer aux autres autorités les mesures relevant de la compétence législative.

a) En premier lieu, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'incompétence négative est caractérisée lorsqu'il est question :

- D'un renvoi au pouvoir réglementaire formulé de façon trop générale et imprécise (cf. Cons. const., 18 janvier 1995, n°94-352 DC) ;
- D'une disposition législative formulée de façon trop générale et imprécise (cf. Cons. const., 29 décembre 2013, n°2013-685 DC) ;
- D'une disposition législative ambiguë s'agissant du sens pouvant être donné au terme en cause (cf. Cons. const., 29 juillet 2004, n°2004-499 DC) ;
- D'une disposition législative imprécise résultant du silence du législateur (cf. Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC)
- D'une disposition législative impliquant des interprétations contradictoires, les travaux parlementaires n'étant d'aucun secours (cf. Cons. const., 10 juillet 1985, n°85-191 DC) ;
- D'une disposition législative ne prévoyant pas de garanties légales suffisantes (cf. Cons. const., 20 avril 2012, n°2012-235 QPC).

¹⁷ Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, n°2006-540 DC

Ainsi, il y a une incompétence négative lorsque les dispositions contestées sont inintelligibles.

b) En deuxième lieu, une loi qui n'est pas affectée d'un motif d'inconstitutionnalité pour incompétence négative peut toutefois être censurée sur le seul fondement de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Par sa décision n°2003-475 DC du 24 juillet 2003, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative portant réforme de l'élection des sénateurs aux motifs qu'elle était contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il a été jugé que la portée normative de cette disposition était incertaine, que certaines notions étaient ambiguës et que sa rédaction était susceptible de créer une confusion dans l'esprit des électeurs.

3.2.2. En l'espèce, l'article 225 de la loi de finances pour 2021 définit en termes très généraux les caractéristiques des procédures de réduction tarifaire et de réclamation qui permettront la révision des contrats d'achat d'électricité d'origine solaire.

L'article 225 précité appelle l'élaboration et la publication de nombreux actes administratifs, réglementaires ou individuels, l'ensemble étant d'une grande complexité :

- un décret en Conseil d'Etat pour préciser les conditions d'application de cette loi ;
- un arrêté conjoint « général » pour fixer le niveau et la date de la réduction tarifaire ;
- des arrêtés « cas par cas » pour adapter éventuellement cette réduction dans le cadre de la procédure dite « clause de sauvegarde ».

Force est de constater que l'article 225 est d'une rédaction très imprécise et renvoie, pour l'essentiel, au pouvoir réglementaire.

a) En premier lieu, le niveau de la réduction du tarif d'achat et la date à compter de laquelle elle interviendra seront définis par le pouvoir réglementaire :

« Le tarif d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts utilisant l'énergie radiative du soleil moyennant des technologies photovoltaïques ou thermodynamiques est réduit, pour les contrats conclus en

application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que mentionnées au 3° de l'article 2 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité, à un niveau et à compter d'une date fixés par arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget (...) »

b) En deuxième lieu, les conditions exactes d'évaluation du montant des capitaux immobilisés, ainsi que le seuil à partir duquel ne serait plus assurée leur « rémunération raisonnable » seront fixées par le pouvoir réglementaire :

« (...) de telle sorte que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, n'excède pas une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation. »

c) En troisième lieu, l'article 225 ne précise pas exactement quelles seront les installations concernées par la réduction du tarif d'achat : les caractéristiques techniques de l'installation, sa localisation, de sa date de mise en service et ses conditions de fonctionnement à prendre seront fixées par le pouvoir réglementaire :

« Le projet d'arrêté est soumis pour avis à la Commission de régulation de l'énergie. Cet avis est rendu public. La réduction du tarif tient compte de l'arrêté tarifaire au titre duquel le contrat est conclu, des caractéristiques techniques de l'installation, de sa localisation, de sa date de mise en service et de ses conditions de fonctionnement. »

d) En quatrième lieu, l'article 225 précité renvoie à un arrêté ministériel conjoint le soin de préciser, à la demande motivée d'un producteur, un niveau de tarif ou une date, différents de celui fixé dans l'arrêté visé plus haut, à partir de critères très imprécis :

« Sur demande motivée d'un producteur, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, fixer par arrêté conjoint un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultant de l'application du premier alinéa du présent article, si ceux-ci sont de nature à compromettre la viabilité économique du producteur, notamment en tenant compte des spécificités de financement liées aux zones non interconnectées, sous réserve que celui-ci ait pris toutes les mesures

de redressement à sa disposition et que les personnes qui le détiennent directement ou indirectement aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, et dans la stricte mesure nécessaire à la préservation de cette viabilité.» (nous soulignons)

A l'évidence, en confiant au pouvoir réglementaire le soin de définir ce qu'est *la viabilité économique du producteur* », le législateur n'a pas exercé complètement sa compétence en faisant dépendre totalement l'application de la loi d'une appréciation du pouvoir réglementaire.

e) En cinquième lieu, l'article 225 précité confie aux ministres chargés de l'énergie et du budget le soin de décider, de manière absolument discrétionnaire

« Dans ce cas, les ministres chargés de l'énergie et du budget peuvent également allonger la durée du contrat d'achat, sous réserve que la somme des aides financières résultant de l'ensemble des modifications soit inférieure à la somme des aides financières qui auraient été versées dans les conditions initiales. Ne peuvent se prévaloir du présent alinéa les producteurs ayant procédé à des évolutions dans la structure de leur capital ou dans leurs modalités de financement après le 7 novembre 2020, à l'exception des mesures de redressement et de soutien susmentionnées. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, précise les modalités d'application du présent article. » (nous soulignons).

Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'article 225 de la loi de finances pour 2021 est contraire à la Constitution au motif d'une incompétence négative du législateur. Ce dernier n'a pas exercé complètement sa compétence en faisant dépendre totalement l'application de la loi d'une appréciation du pouvoir réglementaire. L'article 225 ne fixe aucune condition précise ou chiffrée qui serait de nature à permettre d'identifier :

- Les installations qui seront effectivement concernées ;
- Les contrats d'achat qui seront effectivement concernés ;
- Le niveau de la réduction à venir du tarif d'achat ;
- La date à partir de laquelle cette réduction du tarif d'achat interviendra ;
- Les conditions de motivation et de présentation de la demande du producteur souhaitant une revue de la réduction tarifaire appliquée ;
- Les conditions d'appréciation de cette demande.

Force est de constater que par sa généralité et son imprécision, l'article 225 est contraire à la Constitution.

3.3. Sur l'atteinte aux contrats légalement conclus

3.3.1 En droit, le Conseil constitutionnel a précisé à plusieurs reprises que le principe est celui selon lequel la loi ne peut porter atteinte à des situations contractuelles en cours.

Ainsi aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel :

- Le principe est celui selon lequel le législateur ne peut porter atteinte aux contrats légalement conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ;
- Par exception, un motif d'intérêt général suffisant peut permettre une telle atteinte ;
- L'atteinte doit alors être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

a) En premier lieu et par exception, le législateur peut procéder à une telle atteinte s'il justifie d'un « motif d'intérêt général suffisant ».

Aux termes de sa décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000¹⁸, le Conseil constitutionnel a déclaré non conformes à la Constitution plusieurs dispositions portant atteinte à une convention antérieure et à défaut d'un « motif d'intérêt général suffisant » :

« 42. Considérant qu'il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords ; que, toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles susrappelées, il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant ; »

Par sa décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003, le Conseil constitutionnel a de nouveau confirmé que seul un motif d'intérêt général suffisant permet à une loi de porter atteinte aux contrats légalement conclus avant son entrée en vigueur :

¹⁸ Conseil constitutionnel, 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, n°99-423 DC

« Sur le grief tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle :

4. Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

b) En deuxième lieu, le législateur ne peut porter atteinte à des contrats légalement conclus que si la mesure est proportionnée à l'objectif poursuivi.

Par une décision n°2012-242 QPC du 14 mai 2012¹⁹, le Conseil constitutionnel a précisé que le législateur peut apporter des limitations à la liberté contractuelle liées uniquement *« à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »*

c) En troisième lieu, le législateur ne peut porter une telle atteinte au risque de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles.

Par une décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998²⁰, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé :

« 5. Considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; »

Par une décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013²¹, le Conseil constitutionnel a confirmé que le législateur ne peut *« priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »* :

« En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 :

¹⁹ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, Association Temps de vie, n° 2012-242 QPC

²⁰ Conseil constitutionnel, 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, n° 98-404 DC

²¹ Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, n° 2013-682 DC

13. *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;*

14. *Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ; »*

Le commentaire de cette décision publié sur le site du Conseil constitutionnel précise :

« Or, le Conseil constitutionnel n'admet qu'exceptionnellement qu'un motif purement financier puisse constituer un motif d'intérêt général « suffisant » au sens de sa jurisprudence sur la garantie des droits. Ainsi, lors du contrôle de la loi de finances pour 2013,²² le Conseil constitutionnel a censuré une majoration de l'imposition des revenus de capitaux mobiliers perçus en 2012 et ayant déjà fait l'objet d'un prélèvement forfaitaire libératoire au titre de cette imposition, en considérant « que la volonté du législateur d'assurer en 2013 des recettes supplémentaires liées à la réforme des modalités d'imposition des revenus de capitaux mobiliers ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant pour mettre en cause rétroactivement une imposition à laquelle le législateur avait attribué un caractère libératoire et qui était déjà acquittée » (Nous soulignons).

3.3.1.2 En l'espèce, par l'article 225 de la loi de finances pour 2021, le législateur a porté atteinte à la rédaction et à l'exécution des contrats d'achat conclus sur le fondement des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010.

a) En premier lieu, il importe de souligner que les auteurs de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 ont commis une erreur de droit relative à la nature juridique de droit administratif des contrats concernés par la nouvelle procédure de réduction du tarif d'achat.

Le dispositif de l'article 225 a en effet été rédigé à partir de la conviction de ses auteurs qu'ils étaient en droit de remettre en cause l'exécution de contrats de droit

²² Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012

administratif. Ainsi, en première lecture à l'Assemblée nationale, lors de la séance publique du 13 novembre 2020, M Julien Aubert, rapporteur spécial, a déclaré :

« Au-delà de la question de fond, il y a également une question budgétaire, que j'avais soulevée l'an dernier – à l'époque, le Gouvernement n'y était pas sensible, mais il semble que depuis, il ait heureusement commencé à écouter son opposition –, ainsi qu'une question théorique, consistant à se demander si l'État peut revenir sur un contrat qu'il a signé, mais qui se révèle particulièrement déséquilibré et mauvais pour les finances publiques. Ce qui est ici en jeu, c'est l'intérêt général, dans la mesure où une révision des contrats pourrait permettre des économies substantielles. Dès lors, pour moi, l'État peut parfaitement revenir sur des contrats signés antérieurement, car il s'agit de contrats administratifs au regard du code de l'énergie. » (Nous soulignons)

Cette conviction selon laquelle les contrats d'achat objet de la révision à venir sont des contrats de droit administratif procède de l'article 88 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement²³. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, l'article 10 de la loi du loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité dispose :

« Les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. Le présent alinéa a un caractère interprétatif. »

Par une décision du 13 décembre 2010, le Tribunal des conflits a jugé que cette disposition n'a pas pu avoir pour effet de modifier : ni la nature juridique des contrats d'achat conclus antérieurement, ni la répartition des compétences entre ordres de juridictions.²⁴ C'est ainsi qu'un contrat d'achat conclu entre un producteur et la société EDF avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 2010 conserve un caractère de droit privé et le litige relatif à son exécution relève de la compétence des juridictions judiciaires :

« Considérant que, si la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction est, en principe, par elle-même, sans incidence sur le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, les stipulations de cet article s'opposent, sauf d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir

²³ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010

²⁴ Tribunal des conflits, 13 décembre 2010, Société Green Yellow c. EDF, n°3800

législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges, quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même si l'Etat n'est pas partie au procès, notamment par l'adoption d'une disposition législative conférant une portée rétroactive à la qualification en contrats administratifs de contrats relevant du droit privé ;

*Considérant qu'en l'espèce, la qualification de contrats administratifs conférée par la loi du 12 juillet 2010 aux contrats conclus entre la société EDF et les producteurs autonomes d'électricité, avec une portée rétroactive, alors qu'un litige était en cours entre eux, n'est justifiée par aucun motif impérieux d'intérêt général ; que les demandes d'achat d'électricité présentées par les sociétés productrices d'électricité à la société anonyme EDF, tenue de conclure les contrats d'achat correspondants, ne peuvent conduire qu'à instaurer entre ces personnes de droit privé des relations contractuelles de droit privé ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin de surseoir à statuer en considération d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée devant le Conseil d'Etat relative à l'article 88 de la loi du 12 juillet 2010, le litige opposant les SNC Green Yellow, Ksilouest, Ksilest et Ksilnordest à la société anonyme EDF et relatif à la formation de tels contrats d'achat d'électricité relève de la juridiction judiciaire ; »
(Nous soulignons)*

Cette erreur de droit commise par les auteurs du futur article 225 de la loi de finances pour 2021 produit des conséquences notables.

- **D'une part**, cet article intéresse sans doute des contrats qui sont de droit administratif ou de droit privé. Or, ces contrats, de nature juridique différente, ne peuvent recevoir un traitement identique.
- **D'autre part**, il est bien évident qu'une réduction tarifaire unilatérale est encore plus délicate pour des contrats d'achat de droit privé.

b) En deuxième lieu, aucun motif d'intérêt général suffisant ne saurait justifier cette atteinte, dès l'instant où le législateur pouvait procéder autrement que par ce dispositif de réduction unilatérale du tarif d'achat applicable à ces contrats.

3.4. Sur la violation du principe d'égalité devant les charges publiques

L'article 225 de la loi de finances pour 2021 crée une procédure de révision de certains contrats d'achat d'électricité sur le fondement d'une triple discrimination :

- Discrimination entre producteurs en fonction de la taille de l'installation, laquelle peut être d'une puissance crête supérieure ou non à 250 kW ;
- Discrimination entre producteurs en fonction de l'arrêté tarifaire : seuls les contrats conclus en application des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010 sont en effet concernés.
- Discrimination entre producteurs en fonction de leur capacité à bénéficier de la procédure de négociation de la réduction tarifaire qui leur est applicable.

3.4.1. En droit, le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques a été consacré et appliqué à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel.

a) En premier lieu, il est de jurisprudence constante que le Conseil constitutionnel admet des dérogations au principe d'égalité à certaines conditions :

« Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; »²⁵

Le législateur peut ainsi traiter de façon différente des situations différentes. Lorsque ces situations sont identiques, un traitement différencié est admis si les deux conditions suivantes sont remplies :

- La différence de traitement est justifiée par une raison d'intérêt général ;
- La différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit.

b) En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel exige que la différence de traitement soit en rapport avec le but proposé. En outre, *« le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose »* :

²⁵ Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, n° 87-232 DC

« 40. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

41. Considérant que, pour assurer le respect du principe d'égalité devant les charges publiques, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; » (cf. Cons. const. 29 décembre 2014, n° 2014-707 DC)

c) En troisième lieu, par une décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016²⁶, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que l'objectif de valeur constitutionnelle de bon emploi des deniers publics ne peut avoir pour effet une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques :

« Selon l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789. Si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Le respect de ce principe ainsi que l'exigence de bon emploi des deniers publics ne seraient pas assurés si était allouée à des personnes privées une indemnisation excédant le montant de leur préjudice.

3.4.2. En l'espèce, l'article 225 de la loi de finances pour 2021 crée plusieurs différences de traitement qui ne sont pas justifiées.

a) En premier lieu, l'article 225 précité introduit plusieurs différences de traitement.

Une première différence de traitement est opérée entre installations à partir d'un seuil de 250 kWc qui aurait été déterminé de manière statistique pour écarter du champ de

²⁶ Conseil constitutionnel, 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, n° 2016-736 DC

la mesure les « petits producteurs ». Cette expression de « petits producteurs » n'est pas définie et rien ne dit qu'un « gros producteur » n'exploite pas plusieurs « petites installations ». En outre, il n'y a aucun rapport entre cette discrimination et le but recherché par le législateur, à savoir une économie pour les finances publiques.

Une deuxième différence de traitement est opérée entre contrats : à l'évidence la mesure a été prévue pour des contrats de droit administratif. Or, tout ou partie des contrats concernés sont de droit privé de telle sorte que les litiges à venir pourront avoir des issues différentes.

Une troisième différence de traitement est opérée au stade de la procédure de réclamation : les producteurs ne seront pas tous égaux devant l'administration au moment de solliciter une révision de la réduction du tarif d'achat qui leur sera appliquée. Le législateur n'a pas fixé de critères objectifs et précis de telle sorte que le pouvoir discrétionnaire de l'administration sera très important.

Ces différences de traitement sont avérées et sans rapport avec le but recherché par le législateur.

b) En deuxième lieu, ces différences de traitement ne sont pas justifiées.

Au cours des débats parlementaires, le Gouvernement n'a jamais démontré que les critères permettant de définir le champ d'application de la mesure serait conforme à un motif d'intérêt général.

En première lecture, devant les députés, la ministre de la transition écologique a justifié le critère relatif à la puissance crête de 250kW de la manière suivante. Le compte rendu de la séance publique du 13 novembre 2020 précise :

« Mme Barbara Pompili, ministre. Ces échanges ont permis d'aboutir à la clause de sauvegarde, effectivement bienvenue. Quant aux exceptions, monsieur le président de la commission des finances, renégocier 235 000 contrats était infaisable pour nos services,...

M. Éric Woerth, président de la commission des finances. Je ne sais pas si vous mesurez ce que vous dites !

Mme Barbara Pompili, ministre. ...à moins que nous n'augmentions énormément nos effectifs,...

M. Jean-Paul Dufrègne. Ce n'est pas la tendance !

Mme Barbara Pompili, ministre. ... ce qui n'est pas la tendance actuelle, comme vous aurez pu le remarquer. Ce que nous voulions, c'était renégocier les contrats dont des clauses étaient devenues excessives ; nous n'avions pas envie de toucher aux petits producteurs,...

M. Éric Woerth, président de la commission des finances. Vous n'assumez pas ! Vous avez peur !

Mme Barbara Pompili, ministre. ...ni à ceux qui s'efforcent de créer quelque chose à leur niveau, localement, grâce à de petites installations. C'est ce qui explique que nous ne nous attaquions qu'aux plus gros contrats. S'agissant du reste, j'en ai déjà suffisamment dit. »

Ainsi, selon la ministre de la transition écologique,

- Cette exclusion des installations de moins de 250 kWc permettrait à l'Etat de « renégocier les contrats dont des clauses étaient devenues excessives » : le dispositif proposé aux députés ne prévoit cependant pas une renégociation des contrats d'achat mais bien une réduction unilatérale du tarif d'achat par arrêté, laquelle s'imposera aux producteurs. La possibilité pour ces derniers d'introduire ensuite et à des conditions très restrictives une réclamation ne saurait s'apparenter à une procédure de « renégociation ».
- Cette exclusion des installations de moins de 250 kWc permettrait de protéger les « petits producteurs » : or, aucun texte ni aucune déclaration de la ministre ne permet de définir précisément ce que serait un « petit » ou un « gros producteur ». Par ailleurs, définir un « gros producteur » en fonction de la taille d'une installation n'a aucun sens car un même producteur peut exploiter plusieurs installations de moins de 250 kWc.
- L'administration ne disposerait pas des effectifs suffisants pour examiner la totalité des 235 000 contrats conclus en application des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010 : l'argument est étonnant car une discrimination ne peut être justifiée au motif que l'administratif en aurait besoin pour adapter la tâche à effectuer à ses effectifs.

Le Gouvernement n'a donc jamais exposé ni démontré l'existence d'un « motif d'intérêt général suffisant » de nature à justifier cette mesure de révision des contrats d'achat :

- Aucune étude d'impact ne permet de savoir quelle serait l'impact réel de cette révision des contrats pour les finances publiques, étant entendu qu'il faudrait bien entendu pouvoir également évaluer les conséquences économiques d'une perte de confiance dans la signature de l'Etat ;
- Il est impossible de prétendre que la révision d'une catégorie de contrats serait d'intérêt général alors même qu'elle est fondée sur une discrimination entre producteurs et installations dont on comprend qu'elle a surtout été dictée par le besoin de tenir compte des effectifs de l'administration ;

c) En troisième lieu, comme le démontre la lecture du rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, le risque de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 225 de la loi de finances pour 2021 a manifestement été étudié puis écarté au motif que cette disposition serait conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle de bon emploi des deniers publics :

« Dans une période particulièrement difficile pour les finances publiques, la réalisation d'une économie annuelle comprise entre 300 et 400 millions d'euros constitue un solide motif d'intérêt général répondant à l'objectif de valeur constitutionnelle de bon emploi des deniers publics (rappelé par la décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019, considérant 126). »

Toutefois, ainsi que la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel le précise : cet objectif ne peut avoir effet de créer une différence de traitement injustifiée. Au cas présent, l'article 225 de la loi de finances pour 2021 crée plusieurs différences de traitement injustifiées et rien ne démontre que ce dispositif de révision des contrats d'achat permette une quelconque économie pour les deniers publics.

Conclusion

Le syndicat Enerplan conclut à ce que le Conseil constitutionnel déclare l'article 225 de la loi de finances pour 2021, contraire à la Constitution en toutes ses dispositions.

Pour le Syndicat Enerplan
Arnaud Gossement

