



## Décision n° 2020 – 813 DC

### Loi de finances pour 2021 Liste des contributions extérieures

*Services du Conseil constitutionnel - 2020*

*Plusieurs auteurs peuvent rédiger une contribution commune*

<b>Contributions</b>	
<b>Date de réception</b>	<b>Auteur(s)</b>
18/12/2020	Me François SUREAU pour l'association Solidarité Renouvelables
18/12/2020	Me François MOLINIE
21/12/2020	Conseil National des Professions de l'Automobiles (CNPA)
21/12/2020	CMS Francis Lefevbre Avocats pour la société Engie SA
21/12/2020	M. le professeur Martin COLLET pour le Syndicat des énergies renouvelables
21/12/2020	Me François SUREAU pour l'institution de retraite complémentaire CRPNPAC, les organisations syndicales SNPNC-FO , UNSA PNC ; SNPL F ALPA ; SNPAC ; SCARA, l'organisation patronale FNAM.
24/12/2020	M. Pierre FRANCOIS pour le Forum Automobile, Droit et société.
27/12/2020	Me Arnaud GOSSEMENT pour ENERPLAN – Syndicat des professionnels de l'énergie solaire.

**SPINOSI & SUREAU**

SOCIÉTÉ CIVILE PROFESSIONNELLE  
D'AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION

Paris, le 15 décembre 2020

*M. Jean Maia*  
*Secrétaire général du Conseil constitutionnel*  
*2, rue de Montpensier*  
*75001 — Paris*

Monsieur le Secrétaire général,

Sollicité à cet effet par l'association Solidarité Renouvelables, j'ai l'honneur de porter à votre connaissance les observations que suscitent à mon sens l'article 226 de la loi de finances pour 2021.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir partager les réflexions qui suivent avec les membres du Conseil Constitutionnel au titre de la « contribution extérieure ».

Vous remerciant vivement de l'attention que vous prêterez à ce document, je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, en l'assurance de ma haute considération.

I. – L'article 226 de la loi de finances pour 2021 vise à diminuer le coût du soutien public à la filière photovoltaïque dans le but de mettre un terme à la « rente injustifiée » que constituerait un niveau excessif du tarif d'achat de l'électricité issue de cette énergie renouvelable.

Selon cette logique, le législateur a mis en place un dispositif complexe qu'il a conçu dans ces termes :

*« 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 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. »*

**II.** – Cette mesure appelle une première discussion d'ordre factuel, tenant à la circonstance qu'elle n'a pas fait l'objet d'une étude d'impact, en sorte que son incidence réelle sur les finances publiques demeure peu claire.

Selon le Gouvernement, les contrats concernés, signés entre 2006 et 2010, représenteraient un coût d'environ 2 milliards d'euros par an<sup>1</sup>. L'économie qui résulterait de la diminution du tarif porterait sur 300 à 400 millions d'euros annuels<sup>2</sup>.

Ces estimations doivent être rapportées à la réalité et à l'ampleur du coût de la mesure pour la filière photovoltaïque. La plupart des 849 installations concernées en France métropolitaine continentale ont en effet été financées par recours à la dette bancaire, adossée aux actifs, laquelle doit être remboursée sur l'intégralité de la durée résiduelle du

---

<sup>1</sup> Déclaration de Mme Pompili, Assemblée nationale, Première séance du vendredi 13 novembre 2020.

<sup>2</sup> Sénat, rapport général n° 138 (2020-2021) de Mme Christine Lavarde, fait au nom de la commission des finances, déposé le 19 novembre 2020.

contrat d'achat, dont le terme est fixé à l'horizon 2030. La réduction du tarif d'achat aura donc pour conséquence directe, dès lors que les recettes futures ne permettent plus de rembourser la dette, de mettre les exploitants en situation de défaut au titre de la documentation de crédit. La dette deviendra alors immédiatement exigible, mettant les sociétés ayant développé ces projets en faillite. Et compte tenu des sûretés consenties, les établissements financiers, qui devront réaliser des provisions, saisiront en conséquence les actifs sous-jacents ou les parts de ces sociétés détenant les centrales.

Mais la mesure a une incidence plus profonde encore, puisque la majorité des installations photovoltaïques de la période 2006-2010 ne sont plus exploitées par les investisseurs initiaux qui les ont depuis lors cédées aux propriétaires actuels. Or, ceux-ci les ont acquises à un prix reflétant la prévision de chiffre d'affaires provenant des contrats d'achat garantis pour une durée de 20 ans.

Il est certes loisible de penser que de telles considérations de fait, dont le Gouvernement a pourtant été averti et que la discussion parlementaire a fait abondamment ressortir, sont secondaires au regard de l'objectif de maîtrise de la dépense publique mis en avant.

Toutefois, un tel point de vue conduirait à ignorer l'enjeu juridique du débat soumis à l'appréciation du Conseil constitutionnel, ce qui serait autrement plus grave. Deux éléments permettent d'en mieux cerner les termes.

Le tarif d'achat, dont il n'est pas inutile de rappeler qu'il traduit le choix d'une politique publique par nature incitative, reflète un certain engagement de l'État expressément formulé dès la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*. Son article 10, dans sa version modifiée le 31 mars 2006, soit au moment de la conclusion des premiers contrats concernés, énonçait à cet égard :

*« 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* » (Nous soulignons).

Par ailleurs, au-delà de l'attente légitime à ce que l'incitation tarifaire soit maintenue pendant la durée fixée, la conception même des dispositions en cause repose sur une approche anachronique. C'est la question de la soi-disant « rente » attachée à un tarif d'achat considéré comme « excessif » qui se trouve ainsi posée.

Car cette « rente » n'existe pas. La prime consentie aux exploitants photovoltaïques permet en effet d'amortir, tout au long de l'exécution des contrats conclus à cette époque, le coût des investissements au moment où ils ont été réalisés, c'est-à-dire entre 2006 et 2010. Si ce coût a fortement diminué par la suite, le maintien du tarif d'achat initial n'est en rien privé de pertinence pour cette première génération de contrats qui n'ont pas bénéficié de cette diminution, l'investissement étant réalisé une fois pour toute. Le maintien du tarif est donc au contraire indispensable, afin que les investissements puissent être amortis en accord avec les perspectives de rentabilité définies lors de la conclusion du contrat d'achat.

Aussi bien, en réduisant le tarif en cause, le législateur est-il revenu sur la garantie qu'il a lui-même instituée et dont l'intérêt est encore pleinement justifié à ce jour.

**III.** – Cela étant dit, **en premier lieu**, les dispositions sous examen devraient être déclarées contraires à la Constitution dans la mesure où elles sont étrangères au domaine des lois de finances.

**III-1.** La démonstration en est aisée, dès lors que, d'une part, l'article 34, II, 7° de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances énumère, au titre du domaine facultatif et partagé de ces dernières,

« b) [...] *des dispositions affectant directement les dépenses budgétaires de l'année* ».

Or, d'autre part, la jurisprudence constitutionnelle préserve la cohérence des lois de finances en exigeant que les dispositions qui y

sont inscrites, dans une telle hypothèse, aient non seulement une « *incidence directe* » sur les charges de l'État<sup>3</sup>, mais encore une « *incidence directe et immédiate* » sur celles-ci<sup>4</sup>.

Sous ce dernier aspect, un rapport d'information parlementaire synthétise la jurisprudence en ces termes à propos des amendements aux lois de finances :

*« L'amendement doit également contenir des dispositions « affectant l'équilibre budgétaire de l'année » : aussi, tout amendement qui produirait un effet différé au-delà de l'année considérée sur les dépenses budgétaires sera déclaré irrecevable »<sup>5</sup>.*

**III-2.** Au cas présent, les dispositions concernées ne respectent pas ces critères.

**III-2.1** *D'abord*, la mesure ne saurait, à raison de son objet, être regardée comme ayant une incidence « *directe* » sur le budget de l'État, puisque si elle pose le principe d'une réduction du tarif d'achat de l'électricité photovoltaïque, elle renvoie à un « *arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget* » le soin d'en fixer « *le niveau* » et « *la date* » à laquelle elle sera susceptible de prendre effet.

Autrement dit, à supposer que le dispositif ait une quelconque incidence budgétaire, celle-ci serait conditionnée à l'intervention d'un acte subséquent. Or, il est peu concevable qu'un lien avec les charges de l'État puisse être tenu pour suffisamment « *direct* » lorsque la mise en œuvre de la mesure concernée est tributaire de l'action d'un tiers.

---

<sup>3</sup> V. Cons. const., décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, cons. 37 ; décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 6.

<sup>4</sup> Cons. const., décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 43 et 44.

<sup>5</sup> Rapport d'information de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur la recevabilité financière des initiatives parlementaires, n° 4546, 22 février 2017, XIV<sup>e</sup> législature.

En réalité, l'article 226 se borne à habilitier le Gouvernement à réduire le tarif d'achat ; il ne fixe pas le montant de cette réduction. Il ne peut donc être rattaché à la loi de finances et n'entretient avec elle aucun lien « *direct* ».

Qui plus est, à supposer – de nouveau – que le dispositif en cause ait une incidence budgétaire, cette dernière est non seulement éventuelle, mais encore hypothétique, étant donné que les ministres désignés pourront « *fixer par arrêté conjoint un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultant de l'application du premier alinéa du présent article* ». Dans la mesure où le dispositif prévoit lui-même les conditions de sa propre dérogation, l'incidence budgétaire prend une dimension que l'on peut qualifier de virtuelle.

On peut ajouter qu'à l'inverse, les conséquences négatives de la remise en cause de l'engagement de l'État auquel procède le dispositif critiqué sur les conditions du financement des énergies renouvelables seront, elles, immédiates et certaines, provoquant un renchérissement des conditions d'emprunt intégrant une prime de risque liée à la remise en cause unilatérale des dispositifs accordés. Celle-ci aura à son tour un impact négatif sur les finances publiques du fait d'un renchérissement du prix de l'électricité d'origine renouvelable, notamment via le mécanisme d'appel d'offres.

**III-2.2 *Ensuite***, les dispositions en cause n'ont en tout état de cause qu'un effet différé sur les charges de l'État, si bien que leur incidence ne peut être regardée comme « *immédiate* » au sens de la jurisprudence constitutionnelle. Cela s'explique par le mécanisme de compensation des charges du service public de l'énergie, dont le montant du tarif d'achat de l'électricité photovoltaïque est une composante.

Ces charges sont en effet évaluées par la Commission de régulation de l'énergie de façon annuelle et avec un décalage, c'est-à-dire au plus tard le 15 juillet de l'année n-1<sup>6</sup>, de sorte que leur incidence budgétaire est elle-même décalée dans le temps.

---

<sup>6</sup> Article R. 121-31 du code de l'énergie.



Au cas présent, une délibération du 15 juillet 2020 a évalué les charges de service public pour 2021<sup>7</sup>. Aux termes de la loi sous examen, celles-ci atteignent un montant de 9 149 375 430 euros, soit un montant inchangé par rapport à celui prévu dans le projet de loi de finances, lequel ne comprenait pas les dispositions sous examen<sup>8</sup>.

La preuve est donc faite que le dispositif contesté n'a aucune incidence budgétaire sur les charges supportées par l'État en 2021.

Cette preuve est au surplus corroborée par l'engagement du Gouvernement exprimé en séance publique à l'occasion de la nouvelle lecture du projet de loi de finances par l'Assemblée nationale, de reporter dans le temps la première baisse tarifaire :

*« [...] je m'engage, et le Gouvernement à travers moi, à ménager un délai assez long entre la publication des textes tarifaires et l'application de la première baisse. Ainsi le travail de définition des nouveaux tarifs pourra-t-il se poursuivre – ce qui répond à la crainte du rapporteur général, que je partage –, mais ce temps permettra d'examiner la clause de sauvegarde que pourra faire valoir un producteur s'il craint d'être mis en difficulté par le nouveau tarif. Tel est l'engagement que nous prenons concernant la méthode » (Nous soulignons)<sup>9</sup>.*

Faute d'incidence directe et immédiate sur les charges de l'État, il s'agit donc d'une mesure insusceptible d'être rattachée au domaine des lois de finances et qui doit être regardée comme étant contraire à la Constitution.

---

<sup>7</sup> Délibération de la CRE n° 2020-177 du 15 juillet 2020 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2021 (<https://www.cre.fr/Documents/Deliberations/Decision/evaluation-cspe-2021>).

<sup>8</sup> État B : Répartition, par mission et programme, des crédits du budget général, programme budgétaire « service public de l'énergie ».

<sup>9</sup> Déclaration de M. Dussopt, Assemblée nationale, Deuxième séance du mardi 15 décembre 2020.

**IV. – En deuxième lieu**, les dispositions de l'article 226 sont également contraires à la Constitution, dès lors qu'elles méconnaissent le principe d'égalité consacré aux articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

**IV-1. De première part**, elles instaurent entre les installations photovoltaïques une différence de traitement qui ne saurait être justifiée par l'objectif d'économies budgétaires poursuivi par le législateur.

**IV-1.1** En droit, il est constant que, sous l'angle de l'article 6 de la Déclaration de 1789,

*« [...] 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 »<sup>10</sup>.*

Le respect du principe d'égalité impose au législateur :

*« [de] fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose »<sup>11</sup>.*

En sorte que ce dernier est contraint à une cohérence particulière dans le choix des moyens réputés propres à réaliser les fins qu'il recherche<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, cons. 3.

<sup>11</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 15.

<sup>12</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 81 et 82, à propos de la taxe carbone.

**IV-1.2** Cette exigence a été méconnue au cas d'espèce, ainsi qu'il est possible de s'en convaincre.

La réduction tarifaire a vocation à s'appliquer à certaines installations photovoltaïques définies, d'une part, en fonction de leur puissance de production (« *les installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts* ») et, d'autre part, par référence à la date de conclusion des contrats d'achat d'électricité photovoltaïque (« *contrats conclus en application des arrêtés du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010* »).

À cet égard, il ressort clairement des travaux parlementaires que la réduction tarifaire ainsi prévue concerne 849 contrats sur les 238 357 contrats souscrits entre 2006 et 2010, soit environ 0,5 % d'entre eux, ce qui doit être tenu pour marginal<sup>13</sup>.

La mesure instaure donc une différence de traitement au sein d'une catégorie de contrats souscrits en vertu des mêmes arrêtés tarifaires.

Or, une différence de traitement entre personnes placées dans une situation identique ne peut être justifiée que si elle présente un rapport direct avec le motif d'intérêt général poursuivi.

Toutefois, en l'occurrence, ni le seuil de puissance, ni la période de souscription, ne sont de nature à justifier, au regard de l'objectif de maîtrise budgétaire, une telle différence de traitement.

– *D'abord*, le seuil de 250 kilowatts ne constitue pas un critère objectif et rationnel au regard de la volonté législative de réduire le coût du soutien public à la filière photovoltaïque. Si la mesure discutée porte sur les installations les plus importantes, comme elles sont dans le même temps de loin les moins nombreuses, celles-ci n'absorbent en réalité que 32 % du financement public octroyé aux titulaires des contrats conclus en vertu des mêmes arrêtés tarifaires.

---

<sup>13</sup> V. not. l'exposé sommaire des motifs sous l'amendement n° II-3369 : « *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* ».

Cette part du soutien public est donc bien trop faible, en valeur, pour justifier la réduction tarifaire en cause.

– *Ensuite*, le seuil de puissance retenu n'est pas corrélé à une sur-rentabilité des installations en cause, laquelle serait susceptible de justifier une modification à la baisse du soutien public dont elles bénéficient. Dans les faits, la rentabilité des installations ne varie pas selon leur puissance, si bien qu'elle est relativement similaire entre les producteurs soumis à un même arrêté tarifaire. Il n'est pas contestable qu'une installation d'une puissance de 249 kWc et une autre de 251 kWc sont absolument identiques sous cet angle, de sorte que la mesure est la cause d'un effet de seuil que rien ne justifie. Qui plus est, les arrêtés du 12 janvier et du 31 août 2010, sous l'empire desquels les contrats en cause ont été conclus, visaient déjà à diminuer le montant du soutien public afin de mieux refléter les coûts de production<sup>14</sup>.

Dans ces conditions, la mesure discutée intervient alors que les installations concernées, non seulement ne donnent lieu à aucune « rente », mais ont déjà fait l'objet d'une diminution du tarif d'achat applicable.

Surtout, le seuil de puissance retenu ne se justifie pas, de sorte que cette mesure introduit, par l'effet de seuil qu'elle crée, une différence de traitement sans aucune raison objective.

À cet égard, il est bon de rappeler que le Conseil constitutionnel a considéré que

*« [...] le fait d'avoir conclu un contrat d'obligation d'achat d'électricité avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000 ne saurait, par lui-même, justifier le bénéfice d'un droit exclusif à l'attribution d'un nouveau régime de soutien financier ; que l'octroi de cet avantage ne correspond à une différence de situation entre les installations de cogénération ni au regard de la rentabilité de ces*

---

<sup>14</sup> Alors que le tarif était de 600 euros par MWh en vertu de l'arrêté du 10 juillet 2006, les arrêtés de 2010 l'ont ramené à 440 euros par MWh, réduisant ainsi brutalement l'intérêt du soutien public à la filière.

*installations ni au regard de la nécessité pour les entreprises qui les exploitent d'engager des investissements, du processus industriel de cogénération employé ou de l'impact positif sur l'environnement qui en résulte* » (Nous soulignons)<sup>15</sup>.

Par comparaison avec la situation présente, la perte d'un avantage devrait en toute logique correspondre à une différence de situation entre les installations photovoltaïques au regard de leur éventuelle rentabilité excessive, dès lors qu'est poursuivi un objectif de réduction de la dépense publique motivé par l'existence d'une soi-disant « rente ».

Mais, comme on l'observe, il n'en est rien.

– *Enfin*, l'article 226 ajoute, à son deuxième alinéa, la possibilité d'une « modulation » tarifaire s'il apparaît, à l'examen, que l'application de la règle de principe « *compromet la viabilité économique* » du producteur. Or, une telle possibilité est en elle-même contradictoire au regard de la finalité poursuivie, puisque le législateur admet d'y renoncer sous certaines conditions. La contradiction est au demeurant doublée d'une autre, puisque le législateur ne peut logiquement prévoir au premier alinéa une baisse du tarif pour assurer une rémunération raisonnable des capitaux investis et au second, un dispositif préservant les mêmes producteurs de la faillite à laquelle les conduirait l'application de ce dispositif « raisonnable ».

À ce sujet, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, de jurisprudence constante, les normes constitutionnelles, en particulier l'article 6 de la Déclaration de 1789, imposent au législateur

*« [...] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire »*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Cons. const., décision n° 2010-410 QPC du 18 juillet 2014, *Société Roquette Frères*, cons. 7.

<sup>16</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, cons. 114.

Or, il est loin d'être acquis que ce dispositif dérogatoire, compte tenu de sa complexité et du flou des éléments d'appréciation, soit de nature à prévenir un tel risque d'arbitraire.

**IV-2.** *De seconde part*, l'article 226 méconnaît également le principe d'égalité devant les charges publiques consacré à l'article 13 de la Déclaration de 1789 en faisant supporter aux seules installations concernées le coût du soutien public à d'autres modes de production d'énergie renouvelable.

Selon l'exposé des motifs de l'amendement dont sont issues les dispositions en cause, celles-ci visent en effet à

*« [...] préserver les ressources publiques et l'effort du contribuable au bénéfice de l'atteinte des objectifs environnementaux ambitieux poursuivis par le Gouvernement de la manière la plus efficiente. D'autres modes de production d'énergie renouvelable pourront en conséquence bénéficier d'un soutien accru pour accompagner leur développement, notamment les nouveaux projets d'installations solaires photovoltaïques qui seront soutenus par le Gouvernement »<sup>17</sup>.*

**IV-2.1** Cela étant, le Conseil constitutionnel interprète l'article 13 de la Déclaration de 1789 comme

*« [n'interdisant] pas de faire supporter des charges particulières à certaines catégories de personnes pour un motif d'intérêt général », sous réserve qu'il n'en « [résulte pas] de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »<sup>18</sup>.*

Sous cet angle, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, dans le secteur des communications électroniques,

---

<sup>17</sup> Amendement n° II-3369.

<sup>18</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 72.

« [la disposition consistant à] *mettre à la charge des opérateurs la totalité du coût des investissements nécessaires à la pratique des interceptions, ainsi qu'une partie des charges d'exploitation correspondantes* » a été regardée comme rompant l'égalité devant les charges publiques dans la mesure où « *le concours ainsi apporté à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population, est étranger à l'exploitation des réseaux de télécommunications ; que les dépenses en résultant ne sauraient dès lors, en raison de leur nature, incomber directement aux opérateurs* »<sup>19</sup>.

Une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques est ainsi susceptible d'intervenir lorsque des entreprises doivent supporter les conséquences pécuniaires de dispositions légales adoptées dans un objectif d'intérêt général.

**IV-2.2** Tel est manifestement le cas en l'occurrence, puisque la réduction tarifaire appliquée aux installations concernées vise expressément à donner au Gouvernement une marge de manœuvre budgétaire afin de soutenir plus avant, en particulier, la production d'électricité d'origine éolienne.

À cet égard, on ne peut manquer de relever que si les coûts d'investissement de la production d'électricité éolienne ont eux aussi fortement diminué dans le temps, comme le relève la Cour des comptes dans son rapport de 2018, les arrêtés tarifaires de ce mode d'énergie n'ont pas été revus à la baisse en décembre 2010 comme il en a été de l'électricité photovoltaïque, mais en 2017. En d'autres termes, la remise en cause de tarifs pourtant ajustés dès 2010 doit permettre de financer une filière qui a bénéficié de tarifs inchangés pendant 7 années supplémentaires.

Il s'agit en effet, de l'aveu du Gouvernement, d'utiliser les sommes économisées afin qu'elles soient

---

<sup>19</sup> Cons. const., décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 40 et 41.

« [...] réinjecté[e]s sous forme d'aides aux énergies renouvelables »<sup>20</sup>.

Autrement dit, le Gouvernement entend faire en sorte que le financement de la politique environnementale résulte d'un concours non seulement étranger à l'exploitation des installations photovoltaïques, mais plus encore, dont la charge est supportée par certaines d'entre elles.

Une telle participation forcée et différenciée est constitutive d'une atteinte à l'égalité devant les charges publiques, et cela d'autant plus que la sujétion ainsi imposée dans l'intérêt général affecte un nombre singulièrement limité d'opérateurs économiques.

La contrariété au principe d'égalité est donc multiple et justifie de plus fort que le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelles les dispositions en cause.

**V. – En troisième lieu**, les dispositions ici contestées portent encore une atteinte contraire à la Constitution au regard, d'une part, de la garantie des droits et, d'autre part, du droit au maintien des conventions légalement conclues, consacrés respectivement aux articles 16 et 4 de la Déclaration de 1789.

**V-1.** On sait que la garantie des droits empêche que, sauf motif d'intérêt général suffisant, le législateur ne déjoue les anticipations qu'il a lui-même suscitées lorsqu'il a notamment incité des acteurs à prendre une décision économique dans un sens déterminé.

Aussi bien le Conseil constitutionnel a-t-il considéré, à propos de la modification des taux de prélèvements sociaux applicables aux produits de certains contrats d'assurance-vie,

« [...] qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des

---

<sup>20</sup> Déclaration de Mme Pompili, Assemblée nationale, Première séance du vendredi 13 novembre 2020.



*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 ; »<sup>21</sup>  
(Nous soulignons).*

Par ailleurs à titre d'exemple, il a été jugé, à propos de la fin anticipée d'autorisations de diffusion de services télévisés par voie hertzienne :

*« Considérant que la loi déferée met fin, de façon anticipée et progressive, à compter du 30 mars 2008, à la diffusion des services nationaux de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique ; qu'elle aura pour effet de réduire la durée des autorisations de diffusion qui avaient été accordées aux éditeurs de ces services jusqu'en décembre 2010, février 2012 et avril 2012 selon les cas ; qu'elle porte ainsi atteinte à des situations légalement acquises »<sup>22</sup>.*

Ou encore, le Conseil constitutionnel a retenu que le retrait du règlement d'eau d'une entreprise concessionnaire hydroélectrique ne peut intervenir que dans la mesure où il serait sans incidence sur l'équilibre de la concession elle-même, en sorte que

*« [...] le « règlement d'eau » d'une entreprise concessionnaire de la fourniture d'électricité ne peut être retiré au titre de la police des eaux et que les modifications qui peuvent y être apportées, à ce titre, pour garantir la salubrité et la sécurité publiques ou protéger le milieu aquatique d'une menace majeure ne peuvent « remettre en cause l'équilibre général de la concession » », si bien que « dans ces conditions, le législateur n'a pas porté aux*

---

<sup>21</sup> Cons. const., décision n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 16.

<sup>22</sup> Cons. const., décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 10.

*situations légalement acquises une atteinte qui serait contraire à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>23</sup>.*

Inversement, si le retrait de l'autorisation avait eu pour conséquence de modifier substantiellement les anticipations formées dans le cadre de l'exécution du contrat de concession, de nature à en affecter l'équilibre financier, la mesure législative en cause aurait nécessairement été considérée comme portant atteinte à la garantie des droits.

Par ailleurs, il est également acquis en jurisprudence que, quelle que soit la nature publique ou privée des contrats en cause,

*« [...] 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 de 1789 »<sup>24</sup>.*

**V-2.** Ceci rappelé, le maintien d'un tarif d'achat de l'électricité photovoltaïque constitue, pour les exploitants concernés, une attente légitime dont la Constitution impose le maintien.

Dès lors, le législateur ne saurait, sans méconnaître la garantie des droits et le droit au maintien des conventions légalement conclues, compromettre la viabilité financière des installations concernées alors que l'incitation tarifaire garantie par l'État dans le cadre des arrêtés de 2006 et 2010 a été déterminante de la constitution de la filière photovoltaïque, et le demeure aujourd'hui pour que les investissements réalisés puissent être dûment amortis.

---

<sup>23</sup> Cons. const., décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France*, cons. 9 et 10.

<sup>24</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 13.

**V-2.1** *D'une part*, il n'est pas contestable que la réduction tarifaire en cause affecte un paramètre essentiel de l'équilibre de contrats d'achat légalement conclus<sup>25</sup> et cela de manière d'autant plus forte que le montant de la réduction n'est pas précisé ni plafonné. Le législateur le reconnaît d'ailleurs expressément puisqu'il autorise le Gouvernement à déroger à son application lorsqu'elle est de nature à « *compromettre la viabilité économique d'un producteur* ».

Elle est ainsi susceptible de porter une atteinte grave et manifeste à l'équilibre financier de contrats conclus il y a plus de dix années, et dont la durée d'exécution court encore pour la même durée.

En tout état de cause, l'attente légitime des producteurs à pouvoir bénéficier du tarif garanti par l'État dans le cadre des arrêtés de 2006 et 2010 tout au long du contrat se trouve totalement déjouée.

Or, une telle attente légitime ne fait aucun doute. Elle se déduit d'ailleurs de la décision par laquelle le Conseil d'État a statué sur la légalité du 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.

À cette occasion, le Conseil d'État a dit pour droit :

*« [...] que le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, peut être invoqué par tout opérateur économique auprès duquel une autorité nationale a fait naître à l'occasion de la mise en œuvre du droit de l'Union, des espérances fondées ; que, toutefois, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne peut invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est finalement*

---

<sup>25</sup> Tout particulièrement en ce qui concerne le respect du droit des aides d'État. Alors que le Gouvernement met en avant le fait que les contrats seraient « *illégaux au regard du droit européen puisqu'ils n'ont pas été validés par la Commission européenne au titre des aides d'État* » (déclaration de Mme Pompili, préc.), il apparaît que la Commission a non seulement été dûment informée des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010, et n'a en outre pas remis en cause la conformité de ces tarifs avec le droit de l'Union européenne.

*adoptée ; qu'en l'espèce, aucune disposition du droit de l'Union européenne n'imposait le maintien d'une obligation de conclure un contrat d'achat d'électricité à des conditions tarifaires inchangées ; que les dispositions de l'article 10 de la loi du 10 février 2000, qui prévoient l'obligation de conclure un contrat d'achat d'électricité, ont également, dès l'origine, autorisé le Gouvernement à suspendre cette obligation dans l'hypothèse où elle ne répondrait plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements ; que, par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, le législateur est intervenu pour préciser que les contrats régis par l'article 10 de la loi du 10 février 2000 n'étaient conclus et n'engageaient les parties qu'à compter de leur signature ; que le développement trop rapide des installations de production d'électricité à partir de l'énergie radiative du soleil et le niveau excessif du tarif d'achat, pesant sur le coût de l'électricité pour le consommateur, avaient été soulignés, notamment, par différents avis de la Commission de régulation de l'énergie et par un rapport du conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies et de l'inspection générale des finances ; que, dans ces conditions, alors même que les arrêtés fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil prévoyaient que la date de demande complète de raccordement au réseau public par le producteur déterminait les tarifs applicables à une installation, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'un opérateur prudent et avisé n'aurait pas été mis en mesure de prévoir la suspension provisoire de l'obligation d'achat et la remise en cause des tarifs applicables aux installations pour lesquelles un contrat n'aurait pas encore été signé ; que, par suite, le décret attaqué n'a pas méconnu le principe de confiance légitime » (Nous soulignons).*

Et de même, répondant au moyen tiré de la contrariété du moratoire ainsi décidé avec l'article 1 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

*« Considérant, toutefois, qu'ainsi qu'il a été dit précédemment, la loi du 10 février 2000 qui a instauré l'obligation d'achat a également prévu les conditions de sa suspension ; qu'elle a en outre été modifiée pour préciser que les parties n'étaient engagées qu'à compter de la signature du contrat d'achat ; que les requérants ne peuvent dès lors se prévaloir d'une espérance légitime à la conclusion d'un contrat à des conditions tarifaires inchangées ; que, par suite, les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent être utilement invoquées »<sup>26</sup> (Nous soulignons).*

Aussi bien, si aucune attente légitime ne peut naître faute d'être partie à un contrat d'achat d'électricité, il peut être déduit de cette décision que les producteurs sont en droit de se prévaloir d'une situation légalement acquise ou, à tout le moins, d'une espérance légitime à continuer de bénéficier du régime de l'obligation d'achat, dont le tarif est le corollaire, dans le cadre des contrats légalement conclus entre 2006 et 2010.

La réduction tarifaire, en d'autres termes, a donc pour conséquence de « *revenir sur la parole de l'État* »<sup>27</sup>.

**V-2.2 *D'autre part***, le motif exclusivement financier mis en avant par le législateur n'est pas susceptible de justifier une telle atteinte à la situation légale des producteurs concernés par la réduction tarifaire.

L'objectif poursuivi au cas présent est d'ordre financier, puisqu'il s'agit de redéployer le soutien public vers d'autres productions d'énergie renouvelable. Or, un motif d'intérêt général de cette nature ne saurait, à lui seul, être regardé comme suffisant, au sens de la

---

<sup>26</sup> CE, 16 novembre 2011, n° 344972, n° 345003 et autres.

<sup>27</sup> Sénat, rapport général n° 138 (2020-2021) de Mme Christine Lavarde, fait au nom de la commission des finances, préc. L'atteinte portée à la parole de l'État est évoquée de façon récurrente lors des débats.

jurisprudence constitutionnelle, pour justifier une atteinte à la garantie des droits et au droit au maintien des contrats légalement conclus<sup>28</sup>.

Par ailleurs, à supposer, pour les seuls besoins du raisonnement, qu'un motif purement financier puisse être utilement invoqué à l'appui d'une mesure restrictive telle que celle sous examen, il apparaît que l'atteinte portée aux contrats en cause est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Ce caractère disproportionné se mesure d'abord à l'aune de l'intensité de l'atteinte portée à l'équilibre économique de contrats dont la durée d'exécution court encore pendant une dizaine d'années. Il s'apprécie également compte tenu de l'économie propre de ces contrats gagés sur de la dette bancaire et des conséquences dramatiques de la réduction tarifaire sur la poursuite des contrats, ce que le législateur ne pouvait ignorer.

La disproportion ressort ensuite de l'absence de garantie légale entourant la mesure de réduction tarifaire. Ainsi, elle ne prévoit aucun plafonnement du montant de la réduction, ni même le principe d'une indemnisation pour les producteurs alors qu'ils subiront pour la plupart des difficultés irréversibles<sup>29</sup>.

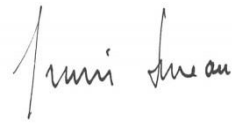
Enfin, l'atteinte portée est manifestement excessive compte tenu de différentes solutions alternatives de nature à davantage préserver les intérêts des producteurs sans remettre en cause l'objectif poursuivi. Ont ainsi été évoqués, durant la discussion parlementaire : le maintien du tarif d'achat moyennant une durée plus courte ; la possibilité pour le producteur de demander la résiliation du contrat d'achat en contrepartie d'une indemnisation ; l'allongement de la durée du contrat en contrepartie d'une baisse du tarif ; ou encore la création d'un fonds dont la piste n'a malheureusement pas été examinée.

---

<sup>28</sup> *Comp.* avec Cons. const., décision n° 2017-758 DC du 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*, cons. 122, dans laquelle la « réduction du coût pour les finances publiques de la politique du logement » se combine avec « l'amélioration des mécanismes de fixation des loyers afin de mieux les ajuster à la réalité des niveaux de vie des locataires, en particulier ceux aux revenus modestes ».

<sup>29</sup> *Ibid.* Dans cette décision, la mesure de réduction des loyers est déclarée constitutionnelle motif pris, notamment, du plafonnement prévu par le législateur et de la compensation financière prévue pour les organismes de logement social.

Dans ces conditions, il appartient donc au Conseil constitutionnel de tirer toutes les conséquences de ces constats en déclarant les dispositions de l'article 226 contraires à la Constitution.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'François Sureau'.

François Sureau

**PIWNICA & MOLINIÉ**

**AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION**

A l'attention des membres du  
Conseil constitutionnel

Paris, le 18 décembre 2020

**OBSERVATIONS**

relative à l'inconstitutionnalité de l'article 259 de la loi de finances pour 2021,  
adopté selon une procédure contraire à la Constitution

affaire 2020-813 DC



Monsieur le président,  
Mesdames, messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

1. L'article 150 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 a mis en place un dispositif d'indemnisation amiable des victimes du valproate de sodium et de ses dérivés.

Les articles L. 1142-24-16 et L. 1142-24-17 du code de la santé publique prévoient qu'en l'absence d'offre de la personne responsable ou de son assureur, ou si cette offre s'avère « *manifestement insuffisante* », le juge saisi de l'action de la victime ou du recours subrogatoire de l'Oniam peut condamner la personne responsable ou l'assureur à payer à l'Oniam « *une somme au plus égale à 30% de l'indemnité qu'il alloue* ».

Dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2021 devant l'Assemblée nationale, un amendement II-1030 a inséré après l'article 58 un article additionnel, rédigé comme suit :

*« À la fin du dernier alinéa du I de l'article L. 1142-24-16 et au dernier alinéa de l'article L. 1142-24-17 du code de la santé publique, le taux : "30%" est remplacé par le taux : "50%" ».*

L'exposé des motifs de l'amendement indique :

*« Dans le dossier de la Dépakine, le laboratoire Sanofi (qui commercialise ce médicament) refuse de participer au dispositif d'indemnisation ce qui contraint les victimes à engager une action en justice ou à inviter l'ONIAM à se subroger au laboratoire considéré comme responsable.*

*Le choix fait par le laboratoire Sanofi s'écarte de la volonté du législateur de privilégier le règlement amiable des dossiers d'indemnisation.*

*L'amendement propose donc de relever de 30% à 50% (de l'indemnité allouée) le montant maximum de la "pénalité" pouvant être prononcée par le juge à l'encontre de la personne considérée comme responsable ou de son assureur ».*

Cette disposition, adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, figure aujourd'hui à l'article 259 de la loi de finances pour 2021.

La société Sanofi Aventis France entend appeler l'attention du Conseil constitutionnel sur le fait qu'une telle disposition n'a pas sa place dans une loi de finances.

### **La prohibition des cavaliers législatifs**

2. L'exigence constitutionnelle d'un lien entre un amendement et l'objet du projet en discussion a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 85-198 DC du 13 décembre 1985 (Cons. const., décision 85-198 du 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, § 4 ; J. Maïa, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, n° 4, avril 2020).

La prohibition des « cavaliers législatifs » a, par la suite, été réaffirmée avec constance (par exemple : Cons. const., décision 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, § 5 et 8 ; décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, § 9 ; décision 2015-719 du 13 août 2015, *Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne*, § 38).

Les dispositions sans lien avec l'objet de la proposition ou du projet de loi sont, le cas échéant, censurées d'office par le Conseil constitutionnel (par exemple : Cons. const., décision 2006-534 DC du 16 mars 2006, *Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux*, § 12 à 14 ; décision 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 190).

Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution énonce que « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ».

La censure des cavaliers législatifs s'opère désormais au visa de l'article 45 de la Constitution (Cons. const., décision 2019-794 DC du 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, § 55 ; décision 2020-802 DC du 30 juillet 2020, *Loi organique portant report de l'élection de six sénateurs représentant les Français établis hors de France*, § 12).

### La prohibition des cavaliers budgétaires

3. Le contrôle de la régularité de la procédure parlementaire s'exerce de manière rigoureuse à l'égard des lois de finances.

La prohibition des « cavaliers » se justifie en effet de plus fort pour ces lois qui sont adoptées à l'issue d'une procédure spéciale, aux délais contraints, laquelle ne doit pas être dévoyée et mise en œuvre pour l'ensemble des politiques publiques.

L'article 34, alinéa 19, de la Constitution dispose que :

*« Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ».*

L'article 47 énonce que :

*« Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique ».*

Tel est l'objet de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances, qui prévoit, en son article 1<sup>er</sup>, que :

*« Dans les conditions et sous les réserves prévues par la présente loi organique, les lois de finances déterminent, pour un exercice, la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat, ainsi que l'équilibre budgétaire et financier qui en résulte. Elles tiennent compte d'un équilibre économique défini, ainsi que des objectifs et des résultats des programmes qu'elles déterminent.*

*L'exercice s'étend sur une année civile.*

*Ont le caractère de lois de finances :*

- 1° La loi de finances de l'année et les lois de finances rectificatives ;*
- 2° La loi de règlement ;*
- 3° Les lois prévues à l'article 45 ».*

4. Le Conseil constitutionnel censure les « cavaliers budgétaires », qu'il définit comme suit :

*« Les dispositions qui sont étrangères au domaine des lois de finances tel qu'il résulte de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances sont celles qui ne concernent ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État, qui n'ont pas trait à des impositions de toutes natures affectées à des personnes morales autres que l'État, qui n'ont pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières, qui ne sont pas relatives au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques »* (Cons. const., décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, § 103 ; décision 2008-574 DC du 29 décembre 2008, *Loi de finances rectificative pour 2008*, § 10 à 14 ; décision 2009-600 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances rectificative pour 2009*, § 11 ; décision 2017-758 DC du 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*, § 145).

En particulier, les dispositions qui concernent le budget de personnes morales de droit public, à l'exclusion de celui de l'Etat, ne relèvent pas du domaine des lois de finances.

A ainsi été censurée, dans la loi de finances pour 2020, la disposition instaurant au profit de l'établissement public Société du Grand Paris un prélèvement sur les droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements de la région d'Île-de-France et la ville de Paris.

Le Conseil constitutionnel a considéré que, bénéficiant à un « *établissement public distinct de l'Etat* », ce prélèvement sur recette n'avait pas sa place dans une loi de finances (Cons. const., décision 2019-796 DC du 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, § 121 et 122).

**5.** La circonstance selon laquelle la disposition examinée modifie une disposition d'une précédente loi de finances est sans emport sur la qualification de cavalier budgétaire (P. Bachschmidt, « Un cavalier budgétaire peut en cacher un autre », *Constitutions*, 2016, p. 49 ;).

D'une part, il est possible que la disposition modifiée, quoique constituant un cavalier budgétaire, n'ait pas été censurée, même si la loi de finances a été déférée au Conseil constitutionnel, dès lors qu'elle n'a pas été expressément contestée par la saisine des parlementaires et que le Conseil constitutionnel ne s'en est pas emparé d'office.

D'autre part et en toute hypothèse, la disposition modificative ne relève de la loi de finances que si elle répond elle-même aux conditions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> août 2001 (Cons. const., décision 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*, § 20 et 22).

6. C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la modification du dispositif d'indemnisation des victimes du benfluorex.

Lorsque le législateur a voulu compléter l'article L. 1142-24-5 du code de la santé publique, créé par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, pour permettre au collège d'experts placé auprès de l'Oniam de rendre un nouvel avis relatif à l'existence d'un déficit fonctionnel imputable au benfluorex, il a emprunté le véhicule de la loi de finances rectificative pour 2014.

Mais la disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel comme étant étrangère au domaine des lois de finances tel qu'il résulte de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 (Cons. const., décision 2014-708 DC du 29 décembre 2014, *Loi de finances rectificative pour 2014*).

Elle a finalement été adoptée dans le cadre de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

### **L'inconstitutionnalité de la disposition examinée**

7. En l'occurrence, la disposition examinée a pour objet de porter de 30 à 50% le taux de la pénalité susceptible d'être payée à l'Oniam par la personne désignée responsable ou l'assureur en l'absence d'offre ou en cas d'offre manifestement insuffisante.

L'Oniam est un établissement public administratif, distinct de l'Etat.

Il est financé, selon l'article L. 1142-23 du code de la santé publique, par :

« 1° Une dotation des régimes obligatoires d'assurance maladie versée et répartie dans des conditions fixées par décret ;

2° Le produit des remboursements des frais d'expertise prévus aux articles L. 1142-24-4, L. 1142-24-11, L. 1221-14, L. 1142-14 et L. 1142-15 ;

*3° Le produit des pénalités prévues aux articles L. 1142-14, L. 1142-15, L. 1142-24-6, L. 1142-24-7, L. 1142-24-16 et L. 1142-24-17 ;*

*4° Le produit des recours subrogatoires mentionnés aux articles L. 1221-14, L. 1142-15, L. 1142-17, L. 1142-24-7, L. 1142-24-16, L. 1142-24-17, L. 3131-4, L. 3111-9 et L. 3122-4 ;*

*5° Une dotation versée par l'Etat en application de l'article L. 3111-9 ;*

*6° Une dotation versée par l'Etat en application des articles L. 3131-4 et L.3135-1 ;*

*7° Une dotation versée par l'Etat en application des sections 4 bis et 4 ter du présent chapitre ».*

Si les différentes dotations versées à l'Oniam par l'Etat (5°, 6° et 7°) relèvent du budget de l'Etat et, partant, du domaine des lois de finances, les pénalités (3°), en revanche, comptent au nombre des ressources propres de l'Oniam, n'affectent pas le budget de l'Etat, et sont dès lors étrangères au domaine des lois de finances.

**8.** Il apparaît en conséquence que la disposition examinée :

- ne concerne ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État ;
- n'a pas trait à des impositions de toutes natures affectées à des personnes morales autres que l'État ;
- n'a pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières ;
- n'est pas relative au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques.

Conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle n'a donc pas sa place dans une loi de finances.

**9.** Vainement serait-il objecté que la disposition examinée modifie les articles L. 1142-24-16 et L. 1142-24-17 du code de la santé publique, eux-mêmes issus d'une loi de finances.

Pour justifier la régularité de l'amendement au regard de la procédure parlementaire, l'exposé des motifs de l'amendement indiquait ainsi :

*« Cet amendement a toute sa place en loi de finances puisqu'il modifie un article créé par l'article 150 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 ».*

Mais, ainsi qu'il a été précédemment exposé, il n'y a pas, à cet égard, de lien nécessaire entre la disposition modifiée et la disposition modificative.

Les dispositions créant le dispositif d'indemnisation des victimes du valproate de sodium ont pu être adoptées dans le cadre d'une loi de finances, dès lors qu'elles avaient vocation à régir, notamment, la responsabilité de l'Etat et pouvaient donc affecter directement ses dépenses budgétaires.

En revanche, la pénalité mise à la charge des producteurs et prescripteurs en l'absence d'offre d'indemnisation ou en cas d'offre insuffisante, payée à l'Oniam, ne modifie pas la responsabilité encourue par l'Etat et n'affecte ni ses charges, ni ses ressources.

Dès lors que la disposition examinée n'affecte pas les dépenses budgétaires de l'Etat et est sans incidence sur ses ressources, elle est étrangère au domaine des lois de finances et a été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution.

Elle encourt donc la censure.

Telles sont les observations que la société Sanofi Aventis France souhaite soumettre à l'attention des membres du Conseil constitutionnel, appelés à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi de finances pour 2021.

Veillez agréer, monsieur le président, mesdames, messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'expression de ma très haute considération.

**François MOLINIÉ**  
**Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**



LE PRESIDENT NATIONAL

Meudon, le 18 décembre 2020

Monsieur Laurent Fabius  
Président du Conseil constitutionnel  
2, rue de Montpensier  
75 001 Paris

Monsieur le Président,

Au nom du Conseil National des Professions de l'Automobile (CNPA), je souhaite attirer votre attention sur certaines dispositions du projet de loi de finances pour 2021, qui suscitent de vives interrogations quant à leur conformité au regard des principes constitutionnels.

Le Conseil National des Professions de l'Automobile est l'organisation représentative des entreprises des services de l'automobile et de la mobilité en France – commerce, entretien et recyclage des véhicules, contrôle technique, location de véhicules, éducation et sécurité routière, et toutes les offres de services innovantes en matière de mobilité aux usagers.

Par la présente, le CNPA souhaite porter l'attention du Conseil constitutionnel sur l'inconstitutionnalité de deux dispositions de la loi de finances pour 2021 adoptée définitivement à l'Assemblée nationale ce 17 décembre. La première, qui figure à l'article 14 de la loi, a pour objet d'alourdir considérablement le malus automobile portant sur les émissions de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>). La seconde, qui fait l'objet de l'article 45 undecies, est relative à l'institution d'une taxe sur la masse en ordre de marche des véhicules (couramment nommée « malus poids »).

Comme l'a souligné la sénatrice Christine Lavarde (LR) lors des débats en première lecture du projet de loi de finances au Sénat, les modalités de taxation liées au poids portent un risque de rupture d'égalité devant les charges publiques et pourraient ainsi être anticonstitutionnelles.

Le CNPA souhaite ainsi vous partager ses réflexions quant à l'éventuelle inconstitutionnalité de ces différentes dispositions, travaillées avec le Professeur Jacques Petit, agrégé de droit public et major de l'agrégation.

Nous vous serions très obligés de bien vouloir partager ces réflexions avec les autres membres du Conseil constitutionnel.

En vous remerciant vivement pour l'attention que vous voudrez bien porter à ces observations, je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'expression de ma très haute considération.



Francis BARTHOLOMÉ



Le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) souhaite attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur l'inconstitutionnalité de deux dispositions de la loi de finances pour 2021. La première, qui figure à l'article 14 de la loi, a pour objet d'alourdir considérablement le malus automobile portant sur les émissions de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>). La seconde, qui fait l'objet de l'article 45 undecies, est relative à l'institution d'une taxe sur la masse en ordre de marche du véhicule (couramment dit « malus poids »).

Ces dispositions, dont la teneur doit être précisée, apparaissent contraires à diverses normes constitutionnelles.

### **I. Les dispositions contestées**

Lesdites dispositions ne peuvent être comprises sans que soient au préalable rappelées les caractéristiques générales du bonus-malus automobile auquel elles apportent d'importantes modifications.

#### **1. Caractéristiques générales du bonus-malus automobile**

L'institution d'un bonus-malus en matière automobile est l'une des suites du Grenelle de l'environnement tenu en octobre 2007. L'objectif de ce mécanisme est d'inciter les acheteurs, grâce à un signal-prix, à se tourner vers les véhicules les moins polluants en taxant, d'un côté, l'achat des véhicules neufs à fortes émissions de dioxyde de carbone (malus) tout en favorisant l'acquisition de véhicules neufs peu émetteurs de CO<sub>2</sub>, par le versement d'aides à l'acquisition (bonus), pouvant être complétées par des aides au retrait des véhicules anciens, plus polluants (primes à la conversion). Le malus est donc un instrument de la fiscalité environnementale incitative. Comme tel, il ne vise d'ailleurs pas seulement à influencer sur le comportement des acheteurs mais aussi à stimuler l'innovation technologique des constructeurs en les poussant à cibler leur offre sur les voitures les plus propres.

Plus précisément, le malus automobile a été institué par l'article 63 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre (loi de finances rectificative pour 2007) qui insère, à cet effet, un article 1011 bis dans le CGI. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021, en vertu de l'article 69 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 (loi de finances pour 2020), qui a regroupé les dispositions relatives aux taxes à l'immatriculation des véhicules dans les articles 1011 à 1012 quater du CGI, le malus automobile fait l'objet de l'article 1012 ter du CGI. Les dispositions applicables jusqu'au 31 décembre 2020 (article 1011 bis) et celles qui seront applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021 (article 1012 ter) ne diffèrent pas substantiellement. Il en ressort d'abord que le fait générateur du malus est constitué par la délivrance en France du premier certificat d'immatriculation d'une voiture de tourisme. Ce certificat constitue une autorisation administrative de mise en circulation du véhicule. La logique juridique du malus est ainsi la suivante : celui qui souhaite circuler avec un véhicule polluant doit s'acquitter d'une taxe qui repose sur cette pollution. Le malus est en effet assis sur le nombre de grammes de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>) émis par kilomètre parcouru pour les voitures de tourisme qui ont fait l'objet d'une réception communautaire. Pour les autres voitures particulières (en provenance d'un

Etat tiers à l'Union européenne), il est assis sur la puissance administrative. Ces données (valeur des émissions de CO<sub>2</sub>, puissance administrative) figurent sur le certificat d'immatriculation. Le tarif de la taxe est progressif en fonction soit de la quantité des émissions de dioxyde de carbone, soit de la puissance administrative du véhicule. Certains véhicules bénéficient d'une exonération (véhicules accessibles en fauteuil roulant, véhicules dont le propriétaire est titulaire de la carte « mobilité inclusion » portant la mention « invalidité » ou d'une carte d'invalidité militaire ou dont un enfant est titulaire de cette carte). Le malus fait également l'objet d'une réfaction pour les familles comptant trois enfants et plus (20 g par Km ou 1 CV par enfant) et pour les véhicules dont la source d'énergie comprend le superéthanol E85.

A partir de sa création et en vue de maintenir son caractère incitatif, le barème du malus automobile CO<sub>2</sub> a été progressivement alourdi. Cet alourdissement porte sur trois points. En premier lieu, le seuil d'émissions de CO<sub>2</sub> à partir duquel la taxe est due a été abaissé. Il était initialement de 160g/km. Il a ensuite été successivement abaissé à 130 g (article 54 de la loi de finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013), 127 g (article 45 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017), 120 g (article 51 de la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017), 117 g (article 91 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018). En second lieu, le plafond du malus a connu une augmentation progressive. Il était initialement de 2600 euros. Il est passé à 8000 euros à compter de 2014 pour atteindre 10500 euros en 2019 (montant applicable à partir de 191 g). Enfin chacune des tranches du barème a été augmentée.

Si l'augmentation du malus CO<sub>2</sub> a ainsi été progressive jusqu'en 2019, le barème établi par l'article 69 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 a, au contraire, marqué un alourdissement brutal.

Il faut d'abord préciser, à cet égard, que ce texte prend en compte le changement de la méthode de mesure des émissions de CO<sub>2</sub>. Depuis 1973, les valeurs de ces émissions étaient déterminées par la méthode dite NEDC. Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018, c'est une nouvelle méthode, dite WLTP, qui est utilisée. Cette nouvelle méthode entraîne en moyenne une mesure des émissions de CO<sub>2</sub> supérieure de 28 grammes par kilomètre à celle qui est déterminée par la méthode NEDC. Pendant une période transitoire, le parc automobile français va comprendre à la fois des véhicules pour les lesquels les émissions de CO<sub>2</sub> figurant sur le certificat d'immatriculation sont libellées en NEDC et d'autres pour lesquels elles le sont en WLTP. C'est pourquoi l'article 69 de la loi de finances pour 2020, précisé par l'article 14 de la loi de finances pour 2021, établit des barèmes différents pour les deux types de véhicules.

Cela étant posé, l'article 69 de la loi de finances pour 2020 abaisse considérablement le seuil d'assujettissement au malus : 110 g par kilomètre à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 (norme NEDC), soit une baisse de 7 g par rapport à 2019. Le montant maximum du malus est quasiment doublé (20.000 euros à partir de 185 g en norme NEDC). L'augmentation du montant applicable à chaque tranche est exponentielle, ce montant pouvant être multiplié par 6 dans les tranches basses et au moins doublé dans les tranches hautes. Par exemple, pour un véhicule émettant 128g de CO<sub>2</sub>/ km (norme NEDC), le malus 2019 était de 90 euros, celui au 1<sup>er</sup> janvier 2020 s'élève à 650 euros.

L'article 69 de la loi de finances pour 2020 prévoit également une nouvelle grille de malus au 1<sup>er</sup> mars 2020, pour tenir compte du passage à la nouvelle norme d'émissions WLTP : le seuil d'assujettissement du malus est fixé à 138g de CO<sub>2</sub> (norme WLTP).

L'article 14 de de la loi de finances pour 2021 marque une augmentation encore plus brutale. Ainsi, entre la grille du 1<sup>er</sup> mars 2020 (norme WLTP) celle du 1<sup>er</sup> janvier 2021 (telle qu'issue de l'amendement n°2961 du Gouvernement à l'Assemblée), l'augmentation du montant applicable à chaque tranche est très importante, et est croissante jusqu'en 2023. Ainsi, un véhicule qui émet 145g de CO<sub>2</sub>, par exemple un Peugeot 3008 version essence, modèle parmi les plus vendus en France, le malus passe de 210€ en 2020, à 310€ en 2021, 540€ en 2022 et 983€ en 2023, soit une multiplication par plus de 4 entre 2020 et 2023. De même, le montant du plafond du malus est augmenté de façon significative et passe de 20 000€ en 2020 à 30 000€ en 2021, 40 000€ en 2022 et 50 000€ en 2023.

## **2. Contenu des dispositions contestées**

Ces dispositions portent sur l'augmentation du barème du malus CO<sub>2</sub> et sur l'institution d'une taxe sur la masse en ordre de marche du véhicule.

### **a) L'augmentation du barème du malus CO<sub>2</sub> (article 14 de la loi de finances pour 2021)**

Installée en octobre 2019 par le Premier ministre, la Convention citoyenne pour le climat lui a remis son rapport le 29 juin 2020. Parmi les 150 propositions que celui-ci contient figure celle de « *renforcer très fortement le malus sur les véhicules polluants* » (proposition SD-C1.2).

L'article 14 de la loi de finances pour 2021 a notamment pour objet de mettre en œuvre cette proposition. A cet effet, il modifie à nouveau le barème du malus CO<sub>2</sub> pour en abaisser le seuil de déclenchement, en augmenter le plafond ainsi que le montant applicable à chacune des tranches. La conjonction de ces trois modifications entraîne un très fort durcissement de la taxe considérée. Dans le projet de loi de finances initial, ce durcissement devait s'opérer en deux ans. Pour compenser l'institution d'un malus lié au poids du véhicule, le gouvernement a déposé un amendement (n° 2961) destiné à étaler l'augmentation du malus sur trois ans.

Le 1° a) du IV de l'article 14 modifie la rédaction du III.-A de l'article 1012 ter du CGI pour établir les barèmes en émissions CO<sub>2</sub> et en puissance administrative du malus applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021. Le seuil d'assujettissement à la taxe est fixé à 133 g/km (norme WLPT) ou 5 CV. Le montant maximal du malus, applicable au-delà de 225g/km (ou 21 CV) est fixé à 30.000 euros

Le a bis) du 8°) du I du même article 14 réécrit également le III.-A de l'article 1012 ter du CGI pour prévoir les barèmes du malus applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022. Le seuil de déclenchement de la taxe est fixé à 128 g/km (norme WLTP) ou 5 CV. Le plafond du malus reste fixé à 40.000 euros mais s'applique au-delà de 223g/km (norme WLTP) ou 25 CV.

Enfin, le b) du 8° du I de l'article 14 modifie également le III.- A de l'article 1012 ter du CGI afin de déterminer les barèmes du malus applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023. Le seuil

de déclenchement est abaissé à 123 g/km (norme WLTP) ou 4 CV. Le plafond, applicable au-delà de 225 g/km ou 28 CV, est porté à 50.000 euros.

Le a) du 8° de l'article 14 ajoute en outre un C au II de l'article 1012 ter du CGI selon lequel, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022, le montant du malus ne peut pas dépasser 50 % du prix d'acquisition du véhicule.

Il faut ajouter que pour tous les niveaux d'émission le malus est systématiquement augmenté dans des proportions considérables. Pour ne donner qu'un exemple, les modèles émettant 156 g/km (norme WLTP) verront leur malus multiplié par plus de 3 puisqu'il passera de 650 euros en 2020 à 1074 euros en 2021, 1629 euros en 2022 et 2370 euros en 2023.

#### **b) L'institution d'une taxe sur la masse en ordre de marche du véhicule (article 45 undecies de la loi de finances pour 2021)**

La convention citoyenne pour le climat avait proposé d'introduire le poids comme un des éléments à prendre en compte dans la détermination du malus automobile (proposition SD-C.1.2). L'objectif est « de tenir compte d'autres impacts sur l'environnement que les émissions de CO<sub>2</sub> (accidentologie plus grave, freinage induisant des émissions supérieures de particules fines, occupation de l'espace public) ».

Le gouvernement a décidé de mettre en œuvre cette proposition dans la loi de finances pour 2021. A cet effet, il a déposé un amendement (n° II-215) qui insère dans la deuxième partie de cette loi un article 45 undecies. Cette disposition introduit dans le CGI un article 1012 ter A qui crée, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, une nouvelle taxe à l'immatriculation des véhicules dénommée « taxe sur la masse en ordre de marche ». Comme le malus sur les émissions de CO<sub>2</sub>, cette taxe s'applique lors de la première immatriculation en France d'un véhicule de tourisme (article 1012-ter A.-I du CGI). Elle est assise sur la masse en ordre de marche du véhicule telle qu'elle est définie par la réglementation européenne relative à la réception des véhicules (article 4 du règlement (UE) n° 1230/2012) de la commission du 12 décembre 2012 portant application du règlement (CE) n° 661/2009 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les prescriptions pour la réception par type relatives aux masses et dimensions des véhicules à moteur et de leurs remorques et modifiant la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil). Le montant de la taxe résulte de l'application d'un tarif unitaire, en euros par kilogramme, à la fraction de la masse du véhicule qui excède un seuil minimum, en kilogrammes. Ce montant est donc nul en deçà de ce seuil (article 1012 ter A.- II.-A). Ce dernier est fixé à 1800 kilogrammes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022 (article 1012 ter A.- III.- B). A partir de la même date, le tarif de la taxe est égal à 10 euros par kilogramme (article 1012 ter A.- III.- A).

Le malus poids fait l'objet de deux réfections, communes avec le malus CO<sub>2</sub> : pour les familles nombreuses à partir de trois enfants (200 kg par enfant) ; pour les véhicules acquis par une entreprise ou une personne morale autre qu'une entreprise et comportant au moins huit places assises (article 1012 ter A. – IV). Les véhicules exonérés du malus CO<sub>2</sub> le sont également du malus poids (article 1012 ter A.-V, 2°). Une exonération bénéficie aussi aux véhicules électriques et aux hybrides rechargeables (article 1012 ter A.-V, 2°).

Enfin, la loi introduit un plafond garantissant que le cumul du malus CO2 et de la nouvelle taxe n'excède pas le montant maximum du malus CO2 (40 000 euros à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022 et 50. 000 euros à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2023). En revanche, la loi n'interdit pas que la somme des deux taxes excède 50 % du prix d'acquisition du véhicule.

## **II. Inconstitutionnalité des dispositions contestées**

Les dispositions contestées apparaissent contraires au principe d'égalité devant la loi et au principe d'égalité devant les charges publiques à trois égards. En premier lieu, les règles relatives au « malus poids » ne sont pas, sur certains points, en adéquation avec les objectifs que le législateur a lui-même assignés à cette taxe. En second lieu, le nouveau barème du malus CO2 confère à ce prélèvement, en lui-même et, a fortiori, cumulé avec le malus poids, un caractère excessif. En troisième lieu, l'application de certaines des règles relatives tant au malus CO2 qu'au « malus poids » comporte nécessairement des effets discriminatoires. Enfin, le plafonnement du malus CO2 en fonction du prix du véhicule apparaît contraire tant à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qu'au principe d'égalité.

### **1. Inadéquation des règles relatives à la taxe sur la masse en ordre de marche aux objectifs visés par le législateur**

Le principe d'égalité devant les charges publiques est posé par l'article 13 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : « 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 ».

La portée de ce principe est déterminée par un motif constant de la jurisprudence constitutionnelle (p. ex. : décision n° 2019-825 QPC du 7 février 2020, paragr. 4) Il en ressort, notamment, qu'en « vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives. En particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ». Ainsi, pour être conformes au principe d'égalité, les différences de traitement qui résultent des règles législatives relatives au champ d'application des impositions, à leur assiette et à leur taux doivent reposer sur des critères et objectifs et rationnels au regard des buts visés par le législateur. Cette exigence rejoint celle qui s'impose, de manière générale, en matière d'égalité devant la loi et d'après laquelle les différences de traitement instituées par le législateur, qu'elles procèdent d'une différence de situation ou repose sur une raison d'intérêt général, « doivent être en rapport direct avec l'objet de la loi ».

Ce contrôle de la cohérence de la loi fiscale est plus poussé en matière de fiscalité incitative qu'en matière de fiscalité à finalité de rendement budgétaire (v. en ce sens le commentaire

de la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-251 QPC du 8 juin 2012, p.7). Dans son principe, la fiscalité incitative n'est pas contraire au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel juge en effet que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général » (p. ex. décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 34). Toutefois, c'est à la condition que « les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs ». Cette exigence conduit le Conseil constitutionnel à apprécier la conformité des dispositions qui définissent le régime des impositions incitatives en fonction de leur adéquation à l'objectif d'intérêt général que le législateur leur a assigné (p. ex. décision n° 2009-559 DC du 29 décembre 2009, cons. 81). Cela le conduit notamment à vérifier que les exemptions instituées par la loi ne sont pas d'une importance telle qu'elles sont contraires à l'objectif d'intérêt général visé (décision n° 2009-559 DC du 29 décembre 2009, cons. 82, à propos de la taxe carbone).

La taxe sur la masse en ordre de marche des véhicules relevant de la fiscalité incitative, c'est en en fonction de l'adéquation des règles qui la régissent aux objectifs d'intérêt général que le législateur s'est proposé d'atteindre qu'il convient d'en apprécier la conformité au principe d'égalité devant les charges publiques.

Cela suppose d'abord de déterminer quels sont ces objectifs, tels que le législateur les a lui-même définis.

Alors même que les véhicules lourds sont généralement plus émetteurs de CO<sub>2</sub> que les autres, le malus poids ne vise pas à lutter contre ces émissions. S'il en était ainsi, il ferait évidemment double emploi avec le malus CO<sub>2</sub> et l'aggravation du barème de ce dernier aurait suffi à satisfaire aux ambitions environnementales du législateur en matière automobile. Comme la convention citoyenne sur le climat la souligné : « L'objectif est de tenir compte d'autres impacts sur l'environnement que les émissions de CO<sub>2</sub> (accidentologie plus grave, freinage induisant des émissions supérieures de particules fines, occupation de l'espace public) ».

Cet argumentaire a été repris par la ministre de l'environnement, Mme Barbara Pompili (v. not., débats AN 1<sup>ère</sup> lecture, 2<sup>ème</sup> séance du 20 octobre 2020). Outre les nuisances mentionnées par la Convention citoyenne pour le climat, la ministre a également fait état de ce que « le problème de l'impact environnemental d'un véhicule ne se limite pas, loin de là, à la vie de ce véhicule. Pour mesurer cet impact dans sa totalité, il faut l'observer à toutes les étapes du processus : la construction du véhicule, son transport, son utilisation par le consommateur et enfin l'usage qui est fait des matériaux lorsqu'on ne s'en sert plus ». Au titre de la construction du véhicule, la ministre évoque « l'usage important de matières premières » qu'exige la fabrication des véhicules lourds.

C'est donc au regard de l'adéquation des règles applicables au malus poids à ces objectifs qu'il convient d'apprécier la conformité de ces règles au principe d'égalité.

Or, à cette aune, il apparaît que l'exemption des véhicules électriques et des véhicules hybrides rechargeables du « malus poids » ne repose pas sur un critère objectif et rationnel.

Ces véhicules sont en effet par nature plus lourds que les véhicules thermiques. Pour ne citer qu'un exemple, mentionné lors travaux préparatoires, la Peugeot 5800 hybride est plus lourde que la Peugeot 5800 thermique.

La circonstance que ces véhicules soient moins émetteurs de CO<sub>2</sub> ne justifie pas que qu'ils soient totalement exemptés du malus poids dès lors que, précisément, ce malus ne vise pas à lutter contre ces émissions mais à prendre en compte d'autres nuisances, qui sont exclusivement liées au poids du véhicule et sont parfaitement indépendantes de la quantité de CO<sub>2</sub> qu'il émet. Par hypothèse, ces nuisances existent aussi bien pour les véhicules thermiques que pour les véhicules électriques ou hybrides rechargeable. Il n'existe donc, entre ces différentes catégories de véhicules, au regard des objectifs choisis par le législateur, aucune différence de situation de nature à justifier une différence de traitement. Par exemple, on ne voit pas bien en quoi, à égalité de poids, l'accidentologie d'un véhicule hybride, l'espace public qu'il occupe, la pollution occasionnée par le transport qu'il nécessite sont moindres que ceux d'un véhicule thermique.

Il faut d'ailleurs souligner que c'est une exemption totale qui a été consentie aux véhicules électriques et aux véhicules hybrides rechargeables et non pas, en particulier, un barème plus favorable, ce qui aurait été concevable. De ce point de vue, l'absence de différence objective de situation, au regard du but de la taxe, entre les véhicules exonérés et ceux qui sont assujettis contraste avec l'ampleur de la différence de traitement, qui apparaît disproportionnée. En outre, dans la mesure où les véhicules électriques et les véhicules hybrides rechargeables représentent une proportion non négligeable des véhicules lourds, l'exemption est d'une ampleur qui est de nature à compromettre la réalisation de l'objectif visé.

Il en est d'autant plus ainsi que cette exemption s'ajoute à la fixation d'un seuil d'imposition élevé, à 1800kg. Ce seuil n'est certes pas illogique, au regard de l'objectif visé par le législateur, dès lors qu'il permet de cibler les véhicules les plus lourds. Il faut toutefois relever que le choix de ce seuil doit beaucoup à la préoccupation que les véhicules susceptibles d'être taxés ne soient « quasiment pas issus de la filière automobile française » (déclaration de Laurent Saint-Martin, débats AN, 3<sup>ème</sup> séance du 3 novembre 2020). Quoiqu'il en soit, le choix de seuil a pour effet d'exempter un très grand nombre de véhicules.

Comme le déclarait Marc Le Fur (débat AN, 3<sup>ème</sup> séance publique du 13 novembre), « *le seuil du malus est fixé à 1 800 kg, ce qui correspond à 2 % des véhicules. On peut donc se dire qu'il concerne peu de gens* ». Le Président de la commission des Finances Éric Woerth a également indiqué que « *la présente mesure ne concernera qu'assez peu de véhicules français* ». La Ministre de la Transition écologique et solidaire Barbara Pompili a elle-même reconnu dans l'hémicycle que « *le seuil de 1 800 kg ne va en effet pas concerner énormément de voitures* » et que le but du malus poids est seulement « *d'envoyer des signaux et faire réagir* ».

Il en est d'autant plus ainsi qu'aux exemptions concernant les véhicules électriques et les véhicules hybrides, il faut ajouter les réfections applicables aux familles nombreuses et aux véhicules acquis par une entreprise ou une personne morale autre qu'une entreprise et comportant au moins huit places assises.

## 2. Le malus CO2, charge excessive

Le barème du malus CO2 confère à ce prélèvement, considéré en lui-même et, a fortiori, cumulé avec le malus poids, un caractère excessif tant au regard de l'objectif poursuivi par le législateur que par rapport aux facultés contributives du redevable.

### a) Charge excessive au regard de l'objectif poursuivi par la loi

Le principe d'égalité n'exige pas seulement que les différences de traitement établies par la loi fiscale reposent sur des critères objectifs et rationnels au regard des buts d'intérêt général poursuivis par le législateur. Il faut encore que ces différences de traitement ne soient pas d'une ampleur disproportionnée par rapport à ce qu'exige la réalisation de ces buts. A défaut, elles sont regardées comme entraînant une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Selon la même logique, le principe de l'égalité devant la loi impose que les différences de traitement justifiées par des différences de situation ou des objectifs d'intérêt général, ne soient pas disproportionnées par rapport aux unes ou aux autres.

Ce contrôle de proportionnalité est exercé de manière poussée en matière de fiscalité incitative. Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel vérifie que le montant, soit des avantages accordés à certaines catégories de contribuables (p. ex. décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 61), soit des charges qui leur sont imposées (p. ex. décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 78) n'atteint pas au niveau excessif au regard de l'objectif d'intérêt général visé.

Dans leurs tranches supérieures, les barèmes du malus CO2, fixés par l'article 14 de la loi de finances pour 2021, méconnaissent l'impératif de proportionnalité qui vient d'être rappelé, dès lors qu'ils comportent des effets équivalents à ceux d'une prohibition.

L'idée selon laquelle, pour certains types de prélèvements, le critère selon lequel doit s'apprécier le caractère excessif de leur niveau et, partant, la rupture de l'égalité devant les charges publiques, a été avancée, à très juste titre, dans le commentaire de la décision n° 2015-482 QPC du 17 septembre 2015, publié sur le site du Conseil constitutionnel. Cette décision est relative aux tarifs de la taxe générale sur les activités polluantes portant sur les déchets non dangereux réceptionnés dans des installations de stockage. Pour juger que cette imposition « n'atteint pas un niveau revêtant un caractère confiscatoire », la décision relève notamment que « le redevable de la taxe est autorisé à [la] répercuter sur son cocontractant en vertu des dispositions du 4 de l'article 266 decies du code des douanes ». Le commentaire de la décision indique sur ce point que : « S'agissant d'une taxe « répercutable », on pourrait toutefois estimer que c'est davantage son caractère prohibitif que confiscatoire qui pourrait caractériser une méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques ».

Cette idée, énoncée à propos d'une taxe pesant sur l'activité d'une entreprise et répercutable par celle-ci sur ses clients, est transposable et, à vrai dire, particulièrement adaptée, à la taxe incitative que constitue le malus CO2. Cette taxe, en pratique, s'ajoute au prix de vente du véhicule et conditionne l'acquisition du véhicule. C'est évidemment ce qui lui permet de remplir son double objectif d'orientation des comportements tant des acheteurs



que des producteurs. Une imposition incitative de ce type doit être considérée comme entraînant une charge excessive et disproportionnée au regard de l'objectif qu'elle poursuit quand, par, l'importance de son montant, elle cesse d'être incitative pour devenir prohibitive.

Tel est bien le cas en l'espèce. A l'égard de certains modèles de véhicules, le montant atteint par le malus CO2 fait pratiquement obstacle à la vente et revient à interdire la mise sur le marché de voitures particulières pourtant dûment homologuées.

Ce fait est d'ailleurs confirmé par les travaux préparatoires. Ainsi, le rapporteur général du projet de loi de finances pour 2021 au Sénat n'a pas manqué de noter que « certains modèles de véhicules produits par des constructeurs étrangers pourraient bien être retirés du marché compte tenu de montants du malus devenus prohibitifs, avec l'envolée du plafond du malus à 30 000 euros en 2021, 40.000 euros en 2022 et 50.000 euros en 2023 ».

La règle selon laquelle le malus ne peut pas dépasser 50 % du prix d'acquisition du véhicule n'est pas suffisante pour atténuer cet effet prohibitif. Au contraire, le niveau, beaucoup trop élevé, de ce plafond contribue à cet effet prohibitif, comme le président Woerth a pu le relever à juste titre lors des débats devant la commission des finances de l'Assemblée Nationale : « J'ai bien compris que le plafond du malus à 40 ou 50 % du prix d'acquisition – totalement confiscatoire – revient à interdire certains véhicules ».

Il faut d'ailleurs relever que le plafonnement du malus à 50 % du prix d'acquisition n'est applicable qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022. Par conséquent, le malus applicable à l'année 2021, pourra, lui, dépasser ce seuil. Ainsi, pour la Ford Mustang GT V8 450, dont le prix moyen à l'achat est de 48 800 euros et qui émet 277g/km, le malus s'élèvera à 30.000 euros, soit 61 % du prix de vente. Il aurait au moins fallu prévoir que le plafond du prix d'acquisition s'appliquerait au 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Excessif considéré isolément, le malus CO2 l'est, a fortiori, du fait qu'il se cumule avec les autres taxes à l'immatriculation et, notamment, avec le malus poids. Il convient de rappeler à cet égard, que, pour les besoins de l'appréciation des atteintes au principe d'égalité devant les charges publiques, le Conseil constitutionnel admet que soient prises en considération l'ensemble des impositions ayant le même fait générateur (décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 32). C'est le cas des taxes à l'immatriculation. En particulier, dès lors que les véhicules lourds sont aussi les plus émetteurs de CO2, le cumul du malus CO2 et de la taxe sur la masse en ordre de marche aura nécessairement pour effet d'aggraver fortement le montant global des taxes perçues sur ce type de modèle. Il en va d'autant plus ainsi que si le législateur a prévu que le cumul de ces deux taxes ne peut pas dépasser le plafond du malus CO2, il n'est pas interdit que ce cumul dépasse 50 % du prix du véhicule.

#### **b) Charge excessive au regard des facultés contributives**

Le Conseil constitutionnel juge, de manière constante, que l'exigence d'une égale répartition des impositions en fonction des facultés contributives, posée par l'article 13 de la Déclaration de 1789, « ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives » (p. ex. décision n° 2019-825 QPC du 7 février 2020, cons. 4).

Dans sa décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a accepté de vérifier que les limites supérieures des taux d'une taxe sur les achats de viande par les distributeurs ne présentaient pas un caractère confiscatoire. Le cas du malus CO2 et celui du malus poids sont analogues. Si leur fait générateur réside dans la première immatriculation du véhicule en France, en pratique, comme il a été dit, ces taxes s'ajoutent au prix de vente et sont acquittées par l'acheteur du véhicule, lequel peut d'ailleurs être aussi bien un particulier qu'une entreprise. Le moyen tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel prohibant les prélèvements confiscatoires ou excessifs est donc opérant à l'égard des taxes considérées. Il est également fondé au regard des éléments précédemment mentionnés au titre du caractère prohibitif du malus CO2, considéré isolément et dans son cumul avec le malus poids.

### 3. Effets discriminatoires

Il convient d'abord de souligner, à titre liminaire, que le Conseil constitutionnel admet parfois de prendre en compte, dans son contrôle de constitutionnalité de la loi, les effets que l'application de celle-ci est susceptible d'entraîner. En dehors du domaine de l'égalité. Il l'a fait, par exemple, dans son contrôle du respect du principe de proportionnalité des sanctions, en prenant en compte les effets potentiels de la sanction dans l'appréciation de sa gravité et donc de sa proportionnalité (p. ex, décision n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, cons 39, qui censure une disposition qui « *pourrait dans nombre de cas donner lieu à l'application de sanctions* » manifestement disproportionnées). Une telle prise en compte des effets que pourrait produire la loi se rencontre également dans le contrôle du respect du principe d'égalité. Ainsi, pour juger contraire à ce principe l'article 37 de la loi de finances pour 2001 étendant la taxe générale sur les activités polluantes à l'électricité et aux produits énergétiques fossiles, le Conseil constitutionnel s'est notamment fondé sur le fait que les modalités de calcul de cette taxe « pourraient conduire [c'est nous qui soulignons] à ce qu'une entreprise soit taxée plus fortement qu'une entreprise analogue, alors même qu'elle aurait contribué de façon moindre au rejet de gaz carbonique dans l'atmosphère ».

C'est à la lumière de cette remarque qu'il convient d'envisager la conformité au principe d'égalité du seuil d'assujettissement au malus poids (1800kgs). Comme il a été dit, ce seuil a été choisi par le législateur, dans une large mesure, afin de faire échapper les véhicules produits par les constructeurs français à la taxe. De fait, il aura pour conséquence que cette dernière frappera surtout les produits des constructeurs allemands (Daimler/Mercedes et BMW) qui, historiquement, construisent des véhicules plus lourds. Le malus poids comporte donc une discrimination indirecte à l'égard de ces constructeurs : apparemment neutre, le critère du poids et, plus précisément, le seuil de 1800kg a pour effet de les désavantager. A cet égard, il ne fait guère doute que la taxe sur la masse en ordre de marche est contraire à l'article 110 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) aux termes duquel : « Aucun Etat membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires ».

Certes, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité de la loi au droit de l'Union européenne. Néanmoins, dès lors qu'il accepte de prendre en compte,

dans son contrôle du respect du principe d'égalité, les traitements inégaux résultant de l'application de la loi, il devrait censurer, sur le terrain du principe constitutionnel d'égalité, cette discrimination indirecte. En effet, ce qui constitue une discrimination indirecte à l'égard des produits des constructeurs allemands, au sens de l'article 110 du TFUE, peut être appréhendé, sur le terrain du principe constitutionnel d'égalité, comme une différence de traitement découlant inéluctablement (et d'ailleurs délibérément) de l'application de la loi et fondée sur un critère (la nationalité) qui est sans rapport avec l'objet de celle-ci.

Comme il a été précédemment indiqué, le fait générateur du malus CO2 et de la taxe sur la masse en ordre de marche des véhicules réside dans la délivrance du premier certificat d'immatriculation en France. Le barème applicable est donc celui qui est en vigueur à la date de la première immatriculation (comme le rappelle d'ailleurs, pour le malus poids, le II-A de l'article 1012 ter A du CGI issu de l'article 45 undecies de la loi de finances pour 2021). L'application de cette règle entraîne inévitablement une inégalité de traitement entre les redevables des taxes considérées. La date de la première immatriculation dépend des délais de traitement de la demande d'immatriculation. Il en résulte que, pour les commandes de véhicules passées en fin d'année, selon que la demande est traitée par le SIV directement ou par un CERT, les barèmes applicables seront, pour le même véhicule soit celui de l'année en cours, soit celui, plus élevé, de l'année suivante. Cette différence de traitement, qui découle inévitablement de la loi, est contraire au principe d'égalité devant les charges publiques. On compte en moyenne plus de 2 mois de retard dans le traitement des immatriculations par les CERT.

#### **4. Plafonnement du malus en fonction du prix du véhicule**

La disposition qui plafonne le malus CO2 à 50 % du prix d'achat est entachée d'une double inconstitutionnalité.

En premier lieu, elle ne précise pas si le prix en cause est le prix HT ou le prix TTC. Le taux de la TVA frappant l'achat des véhicules étant de 20 %, la différence est considérable. A cet égard, la disposition considérée méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité 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 et impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (pour un rappel récent, décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, paragr. 4).

En second lieu, l'application de la règle du plafonnement par référence aux prix d'achat entraînera nécessairement l'application de taxes d'un montant inégal à des véhicules présentant les mêmes valeurs d'émission de CO2 et un poids identique. Le prix de vente d'un véhicule est librement décidé par le vendeur, qui n'est pas obligé de suivre les prix qui peuvent être proposés par le constructeur. Pour les véhicules importés (qui sont taxés lors de leur première immatriculation en France, avec une refaction de 10 % pour chaque année écoulée depuis leur première immatriculation à l'étranger), le professionnel tiendra compte de la cote Argus, de l'origine du véhicule, de l'historique de l'entretien. Pour ces véhicules comme pour ceux qui sont neufs, le prix peut également dépendre de la valeur de reprise du véhicule en cas de vente avec reprise. Il faut aussi compter avec la négociation. Il en résulte que le prix

d'acquisition servant de référence au plafonnement et, partant, le montant du malus CO2 acquitté (qui conditionne le montant du malus poids), pourra varier en fonction de données parfaitement étrangères aux valeurs d'émission de CO2 et au poids du véhicule. Sur ce point aussi, la règle posée par la loi entraîne nécessairement une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Pour l'ensemble des motifs ainsi exposés, le CNPA estime devoir attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur la méconnaissance, par les articles 14 et 45 undecies de la loi de finances pour 2021, des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques ainsi que de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

# C/M/S/ Francis Lefebvre

Avocats

## CMS Francis Lefebvre Avocats

2 rue Ancelle  
92522 Neuilly-sur-Seine Cedex  
France

T +33 1 47 38 55 00  
cms.law/fl

Conseil Constitutionnel  
Monsieur Jean Maïa  
Secrétaire Général  
2, rue de Montpensier  
75 001 Paris

Neuilly-sur-Seine, le 20 décembre 2020

## Objet : Affaire 2020-813 DC – Loi de finances pour 2021 – Article 54 *sexies*

Monsieur le Secrétaire Général,

Dans le cadre de l'examen, par le Conseil Constitutionnel, de la loi de finances pour 2021, nous vous prions de bien vouloir trouver ci-joint la contribution extérieure que nous déposons, au nom et pour le compte de la société Engie SA, visant à contester la constitutionnalité des dispositions de l'article 54 *sexies* de la loi de finances pour 2021.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Secrétaire Général, à l'assurance de notre haute considération.

Claire Vannini  
Avocat Associé  
T +33 1 47 38 43 59  
E [claire.vannini@cms-fl.com](mailto:claire.vannini@cms-fl.com)

Céline Cloché-Dubois  
Avocat Associé  
T +33 1 47 38 40 44  
E [celine.cloche-dubois@cms-fl.com](mailto:celine.cloche-dubois@cms-fl.com)

Augustin de la Hossieraye  
Avocat  
T +33 1 47 38 41 74  
E [augustin.brieredelahossieraye@cms-fl.com](mailto:augustin.brieredelahossieraye@cms-fl.com)

## PJ : Contribution de la société Engie SA sur l'article 54 *sexies* de la loi de finances pour 2021

---

CMS Francis Lefebvre Avocats est membre du groupement européen d'intérêt économique CMS Legal Services EEIG qui coordonne un ensemble de cabinets d'avocats indépendants / CMS Francis Lefebvre Avocats is a member of CMS Legal Services EEIG, a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms.

**Implantations CMS / CMS locations** : Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Mombasa, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznań, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich. cms.law/fl

**Siège social / Head Office** : CMS Francis Lefebvre Avocats – Avocats au Barreau des Hauts-de-Seine – 2 rue Ancelle, 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex. S.E.L.A.F.A. à Directoire et Conseil de Surveillance au capital de 39 180 € – 722 047 164 R.C.S. Nanterre – Ident. TVA FR 69 722 047 164

**C/M/S/ Francis Lefebvre**  
Avocats

Saisines 2020-813 DC

OBSERVATIONS DE LA SOCIETE ENGIE S.A SUR L'ARTICLE 54 SEXIES DE LA LOI DE FINANCES  
POUR 2021

L'article 54 sexies de la loi de finances pour 2021 (ci-après « la Disposition contestée ») est rédigé comme suit :

*« 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 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 »*

Il convient de rappeler que 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'électricité, a institué un mécanisme d'obligation d'achat au bénéfice des producteurs d'énergies renouvelables (dont les exploitants d'installations photovoltaïques ou thermodynamiques). Les conditions d'achat d'électricité produite par les installations bénéficiant de l'obligation d'achat sont fixées par arrêté ministériel conformément au décret n° 2001-410 du 10 mai 2001, pris en application des articles L. 314-1 et suivants du code de l'énergie. En vertu de ce dispositif, EDF ainsi que certains autres distributeurs en charge du service public de l'électricité, sont tenus, au titre de leurs obligations de service public, d'acquérir l'électricité produite par les producteurs concernés à des tarifs supérieurs à ceux du marché, fixés par arrêté ministériel selon la catégorie d'installation concernée, pour une durée déterminée par le même arrêté (c'est-à-dire 20 ans selon les arrêtés tarifaires de la filière photovoltaïque et notamment les arrêtés des 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010).

A la date d'adoption des arrêtés tarifaires visés par la Disposition contestée, l'article 10 de la loi du 10 février 2000 prévoyait ainsi que le tarif d'achat devait couvrir les coûts d'investissement et d'exploitation, ainsi qu'une rémunération normale des capitaux compte tenu de la nature de l'activité<sup>1</sup>.

En outre, si une révision périodique de ces tarifs d'achat était – et est toujours – prévue par la loi, en l'état actuel du droit, la modification des tarifs issue de cette révision périodique ne peut s'appliquer aux contrats en cours<sup>2</sup>.

C'est dans ce contexte que la Disposition contestée a été adoptée par le législateur, afin de permettre au pouvoir réglementaire de réduire le tarif des contrats d'achat d'ores et déjà conclus sur la base des arrêtés tarifaires datant de 2006 et de 2010 et dont l'exécution est en cours de longue date afin, d'après le Gouvernement, d'éviter des phénomènes de « surrentabilité » qui seraient censés découler de tarifs trop avantageux consentis à l'époque aux producteurs.

---

<sup>1</sup> Il était ainsi prévu que : « 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. »

<sup>2</sup> Ainsi que le prévoit l'article R. 314-12-1 du Code de l'énergie « [l]es révisions des conditions d'achat et de celles de complément de rémunération ne s'appliquent ni aux installations faisant l'objet d'un contrat en cours à la date d'entrée en vigueur de ces arrêtés, ni aux installations ayant fait l'objet, antérieurement à l'entrée en vigueur de ces derniers, d'une demande complète de contrat. »



Ce faisant, le législateur poursuit avant tout un objectif budgétaire, ainsi que cela ressort de l'exposé des motifs de l'amendement du Gouvernement (N° II-3369) qui est à l'origine de la Disposition et qui a été présenté à l'Assemblée Nationale en première lecture :

*« Le présent amendement consiste à réviser pour l'avenir le tarif des contrats en cause afin de ramener leur rentabilité à un niveau correspondant à une rémunération raisonnable des capitaux. Il vise ainsi à mettre fin à une situation de rémunération excessive et sans cause issue de l'application de certains contrats d'obligation d'achat d'électricité d'origine photovoltaïque et préserver les ressources publiques et l'effort du contribuable au bénéfice de l'atteinte des objectifs environnementaux ambitieux poursuivis par le Gouvernement de la manière la plus efficiente. »*

Notons d'emblée que cet amendement, par l'insécurité juridique qu'il suscite a immédiatement engendré d'importantes réactions des acteurs de la filière, et en particulier des financeurs, qui ont annoncé suspendre plusieurs opérations de refinancement en conséquence<sup>3</sup>. Ces réactions immédiates doivent également être mises en perspective avec le constat d'un déclassement de l'attractivité relative de la France en matière de projets d'investissements dans les énergies renouvelables<sup>4</sup>, alors même que l'accord de Paris et le « pacte vert pour l'Europe » posent des objectifs ambitieux en la matière.

Ceci précisé, d'un strict point de vue juridique, le Conseil Constitutionnel ne pourra que constater que la Disposition contestée a été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution et qu'elle constitue donc un cavalier budgétaire (1).

En outre, la Disposition contestée méconnaît les normes et principes constitutionnels suivants :

- la protection des situations légalement acquises et des contrats en cours (2) ;
- le principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques (3) ;
- la liberté d'entreprendre et le droit de propriété (4) ;
- l'article 34 de la Constitution et le principe d'intelligibilité et de clarté de la loi (5) ;
- l'article 21 de la Constitution (6).

---

<sup>3</sup> <https://www.greenunivers.com/2020/10/tarifs-solaires-nous-avons-bloque-des-refinancements-christine-delamarre-unifergie-245571/>

<sup>4</sup> [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en\\_gl/topics/power-and-utilities/ey-renewable-energy-country-attractiveness-index-56.pdf](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/power-and-utilities/ey-renewable-energy-country-attractiveness-index-56.pdf)

## 1. La Disposition contestée constitue un cavalier budgétaire

En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil Constitutionnel censure les cavaliers budgétaires, c'est-à-dire les dispositions législatives qui n'ont pas vocation à figurer au sein d'une loi de finance.

Or, il ne pourra qu'être constaté que la Disposition contestée ne se rattache à aucun des catégories prévues par la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) et en particulier par son article 34.

A cet égard, il ne saurait être considéré que la Disposition contestée « *affect[e] directement les dépenses budgétaires de l'année* » (7° du II de l'article 34).

D'abord car la Disposition n'affecte pas directement les dépenses budgétaires de l'Etat.

Le Conseil Constitutionnel juge en effet cette condition satisfaite lorsque la disposition législative concerne « *la détermination des ressources et des charges de l'Etat* » (CC, 96-385 DC du 30 décembre 1996). A cet égard, le Conseil Constitutionnel a censuré comme cavalier budgétaire une disposition modifiant « *les modalités de calcul de l'attribution de compensation versée à leurs communes membres par les établissements publics de coopération intercommunale dotés d'une fiscalité propre* » (même décision).

En l'espèce, on rappellera que la Disposition contestée concerne les tarifs des contrats d'achat conclus par EDF – ou par certains autres distributeurs d'électricité – avec les producteurs, et non par l'Etat. Ce n'est que dans l'éventualité où *in fine* la modification des tarifs aboutirait à la réduction des crédits versés par l'Etat à EDF et aux autres distributeurs au titre des charges du service public de l'énergie pour lesquels ils perçoivent une compensation, financée par des ressources publiques, qu'un effet sur les dépenses budgétaires de l'Etat pourrait être constaté. Or, non seulement un tel effet n'est qu'indirect ; mais à supposer qu'il se matérialise il ne se répercuterait que sur le montant des charges du service public de l'électricité à définir dans le cadre de la prochaine loi de finances puisque les charges de service public de l'électricité pour l'année 2021 ont, par définition, déjà été budgétées dans la loi de finances qui fait l'objet de la saisine du Conseil Constitutionnel, sans inclure l'impact de la Disposition.

En outre, un tel effet est de toute façon hypothétique puisque la date d'adoption de la réduction des tarifs par le pouvoir réglementaire n'étant pas fixée par la Disposition contestée, il n'est même pas certain que cette réduction de tarif soit adoptée sur l'exercice budgétaire couvert par la loi de finances pour 2021. En toute hypothèse, quand bien même les tarifs d'achat relatifs aux contrats en cause subiraient une baisse, cette baisse n'entraînerait pas nécessairement une réduction des charges du service public de l'électricité, le Gouvernement ayant au contraire indiqué lors des débats parlementaires vouloir réallouer les « économies » réalisées sur ces contrats d'achat sur d'autres sources d'énergie renouvelables.

Ainsi, ce n'est que très indirectement, et hypothétiquement que la Disposition contestée pourrait avoir un effet sur les dépenses budgétaires de l'Etat (de la même manière que le régime de la compensation versée par un EPCI auprès de ses communes membres est susceptible d'avoir *in fine* un effet indirect sur les dotations versées par l'Etat aux collectivités territoriales ; cet effet ne permettant toutefois pas de justifier l'intégration en loi de finances, comme l'a jugé le Conseil Constitutionnel dans la décision mentionnée ci-dessus).

Il n'est donc pas possible d'affirmer que la Disposition contestée affecte directement les dépenses budgétaires de l'année 2021.

Il est à cet égard significatif que la disposition législative instituant le mécanisme de l'obligation d'achat d'électricité n'a pas été adoptée au sein d'une loi de finances, mais au sein d'une loi ordinaire (cf. la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité).

La Disposition contestée constitue donc un « cavalier budgétaire » et devra, pour ce seul motif, être censurée par le Conseil Constitutionnel.

## 2. Sur l'atteinte aux situations légalement acquises et aux contrats en cours

En droit, le Conseil Constitutionnel juge que le législateur « *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* » (CC, n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, cons. 14).

En outre, s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie de contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (CC, n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, cons. 46, Journal officiel du 14 décembre 2000, page 19840, Rec. p. 176)

Par ailleurs, un motif purement budgétaire n'est en principe pas suffisant pour remettre en cause les effets pouvant légitimement être attendus d'une situation juridiquement constituée (2014-435 QPC, 5 décembre 2014, cons. 10, JORF n°0283 du 7 décembre 2014 page 20465, texte n°24). Il ne peut l'être qu'à titre exceptionnel et ne peut en tout état de cause pas « *port[er] sur des sommes dont l'importance du montant n'est pas établie* » (CC, n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone - SFR).

### 2.1 Les contrats signés par les producteurs sous l'empire des arrêtés tarifaires ont cristallisé des droits ou à tout le moins des espérances légitimes de les voir se poursuivre jusqu'à leur terme

Au cas d'espèce, la Disposition contestée prévoit une réduction du tarif applicable à des contrats d'achat conclus entre les producteurs et EDF, pour une durée de vingt ans, sur la base d'arrêtés tarifaires adoptés en 2006 et en 2010 sur le fondement des dispositions de l'article 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. Il n'est donc pas contestable que cette Disposition porte atteinte à des situations juridiquement constituées sur le fondement d'une disposition législative et à tout le moins aux effets qui pouvaient légitimement en être attendus, ainsi qu'à l'économie de contrats en cours.

On rappellera à cet égard que, dans le cadre du mécanisme de l'obligation d'achat, les modifications tarifaires ne sont pas censées affecter les contrats en cours (article R. 314-12-1 du Code de l'énergie précité). D'ailleurs, lorsque le pouvoir réglementaire avait, en 2010, suspendu pour trois mois le mécanisme de l'obligation d'achat dans le secteur de l'énergie solaire, le décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 qui avait réalisé cette suspension n'était, par hypothèse, applicable qu'aux projets dont les contrats n'avaient pas encore été signés et pour lesquels l'accusé de réception de la demande complète de raccordement, élément matérialisant le droit à bénéficier d'un contrat d'achat, n'avait pas été émis avant la date d'entrée en vigueur du décret. Ce dispositif réglementaire qui avait, à l'époque,

été jugé conforme à la Constitution par le Conseil d'Etat<sup>5</sup> ménageait ainsi un juste équilibre entre l'objectif d'intérêt général de remettre ce dispositif en adéquation avec les objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) et la garantie des situations légalement acquises.

Par ailleurs, contrairement aux affirmations de la Ministre de la transition écologique, qui a indiqué au cours de la procédure parlementaire que : « *les contrats qui sont visés aujourd'hui sont illégaux au titre du droit européen puisqu'ils n'ont pas été validés par la Commission Européenne au titre des aides d'Etat* »<sup>6</sup>, il ne saurait être fait grief aux producteurs de ne pas avoir anticipé la possible modification d'un dispositif potentiellement problématique au regard de l'encadrement des aides d'Etat par le droit de l'Union Européenne pour contester l'existence d'une situation légalement acquise.

En effet, le Conseil d'Etat avait, à l'époque de l'adoption de ces arrêtés tarifaires, considéré que le mode de financement de l'obligation d'achat, en l'occurrence à l'époque la CSPE, ne mobilisait pas de ressources d'Etat (Conseil d'Etat, 9ème et 10ème sous-sections réunies, *UNIDEN*, 21 mai 2003, n° 237466, mentionné aux tables du recueil Lebon) de sorte que l'obligation d'achat ne pouvait par hypothèse pas constituer un régime d'aide d'Etat. Par conséquent, les producteurs pouvaient donc, à la date à laquelle ils ont signé leurs contrats, légitimement anticiper le maintien des tarifs en cause.

Il convient en outre de souligner que les contrats d'achats et la stabilité de leurs tarifs constituent l'élément déterminant ayant justifié, d'un point de vue économique, l'investissement du producteur dans les installations concernées. Ainsi, l'ensemble des projets sont structurés au regard des caractéristiques des contrats d'achat conclus par les producteurs. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) relève ainsi, à propos des installations photovoltaïques :

*« La durée d'exploitation des installations est un facteur important de la rentabilité des projets. 5 % des installations seulement ont prévu de fonctionner 25 ans, soit 5 ans de plus que l'obligation d'achat. Les producteurs évaluent généralement la rentabilité de leur installation sur la durée de l'obligation d'achat, en raison des incertitudes qui pèsent sur l'évolution du rendement des panneaux. » (...)*

(CRE, avril 2014, Analyse Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine, Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque, page 44).

Il convient également d'insister sur le fait que les installations concernées par la Disposition contestée (c'est-à-dire d'une puissance supérieure à 250 kilowatts crête) sont financées majoritairement par de la dette bancaire, dans le cadre d'un financement sans recours, ainsi que le relève également la Commission de régulation de l'énergie dans le document précité, page 43 :

*« Les installations photovoltaïques sont généralement développées par une société de projet dédiée, avec un financement sans recours. La majorité des investissements est financée par dette bancaire, et le solde, par un apport en fonds propres des actionnaires.(...) Les développeurs ont recours à un financement de projet classique, avec un ratio moyen entre dette et fonds propres de 80 % - 20%. Près des trois quarts des projets ont un niveau de fonds propres compris entre 10 et 25% (...). Les installations financées à 100 % par des fonds propres sont portées par des entreprises importantes de la filière. Les puissances de ces installations sont inférieures*

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 16 novembre 2011, n° 344972

<sup>6</sup> Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de la Ministre.

*à 250 kWc et les coûts d'investissement représentent moins d'un million d'euros. (...) Dans le cadre de l'appel d'offres de 2013 portant sur les installations de puissance supérieure à 250 kWc, les projets se financent généralement auprès des grandes banques françaises comme le Crédit Agricole, Natixis ou encore la BPI France. »*

Par conséquent, la Disposition contestée entraîne non seulement une remise en cause des contrats d'achat qu'elle vise directement mais également des contrats d'emprunt conclus par le producteur avec les tiers financeurs. En effet, ces contrats sont nécessairement conclus au regard des contrats d'achat et des tarifs qui y sont stipulés. Dans ces conditions, la modification du tarif des contrats d'achat est généralement considérée comme un « cas de défaut » entraînant des conséquences significatives sur le contrat (résiliation, exigibilité anticipée, restructuration de l'emprunt, etc.) et ce d'autant plus qu'il s'agit d'un financement « sans recours ».

Dans ces conditions, l'insécurité juridique liée à la Disposition contestée entraînerait un précédent qui pénaliserait significativement l'investissement dans les projets d'énergie renouvelables et porterait ainsi atteinte à l'objectif de valeur constitutionnel de protection de l'environnement (Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020).

Ainsi, les conséquences de la Disposition contestée sur les situations légalement acquises et les effets qui pouvaient en être attendus sont particulièrement importantes et graves.

Or, le motif d'intérêt général invoqué par le Gouvernement et par le législateur pour justifier une telle atteinte ne sont pas pertinents, ni en adéquation avec l'objectif réellement poursuivi.

## **2.2 Le motif invoqué par le Gouvernement ne peut justifier une telle atteinte**

Comme il l'a été rappelé ci-dessus, la Disposition contestée est fondée sur des motifs purement budgétaires – alors même que l'effet sur le budget de l'Etat est très indirect et de surcroît incertain - insuffisants pour justifier en eux-mêmes une atteinte si importante aux situations légalement acquises et aux effets qui pouvaient légitimement en être attendus.

A cet égard, le Gouvernement a invoqué au cours des débats parlementaires le chiffrage suivant :

*« Aujourd'hui, ces contrats nous coûtent 2 milliards par an, soit 20 milliards sur dix ans. Les économies attendues seront réalisées non pas sur tous les contrats, mais sur une partie d'entre eux, qui nous coûtent environ 750 millions d'euros par an. Ces contrats eux-mêmes ne seront pas tous renégociés, notamment en raison des clauses de sauvegarde. On table donc sur une économie d'environ 350 à 400 millions d'euros par an, soit environ 4 milliards sur dix ans, qui seront réinjectés sous forme d'aides aux énergies renouvelables. »<sup>7</sup>*

Le caractère extrêmement approximatif et artificiel de ce chiffrage est manifeste. Il varie en effet du simple au double en fonction d'une clause de sauvegarde dont il est impossible, à ce stade, de déterminer les conditions d'application (cf. les développements ci-dessous au point 5.). De la même manière, on comprend mal comment une évaluation a pu être établie par le Gouvernement, alors même que les effets financiers de la Disposition contestée dépendront entièrement des tarifs finalement adoptés par le

---

<sup>7</sup> Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de la Ministre.



pouvoir réglementaire et dont il est aujourd'hui, compte-tenu de l'imprécision des termes de la loi, impossible de déterminer à quel niveau ils pourraient être fixés (cf. également ci-dessous au 5.).

Par conséquent, au regard de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel évoquée ci-dessus (2014-435 QPC, 5 décembre 2014, cons. 4, 5, 7, 9 et 10, et Cons. const., déc. n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone - SFR, cons. 6) le motif budgétaire censé justifier l'atteinte aux situations légalement acquises et aux contrats en cours ne pourra qu'être écarté.

Dans ces conditions, l'atteinte aux situations légalement acquises et aux effets qui pouvaient légitimement en être attendus ainsi qu'aux contrats en cours, est donc totalement injustifiée.

Enfin, et en toute hypothèse, à supposer même qu'il existe un motif d'intérêt général qui puisse en théorie justifier une telle atteinte, la Disposition contestée n'est pas assortie de garanties légales suffisantes de sorte que cette atteinte reste, par nature, disproportionnée.

En effet, ainsi qu'il sera développé ci-après au point 5, cette réduction des tarifs n'est absolument pas encadrée par la loi puisque la Disposition contestée laisse une totale latitude au pouvoir réglementaire pour décider de l'ampleur de ces modifications, sans nullement les encadrer. Par ailleurs, aucune mesure de compensation n'est prévue à l'égard des opérateurs affectés.

Or, dans une décision 2017-758 DC du 28 décembre 2017 dans laquelle le Conseil Constitutionnel était saisi de la conformité à la Constitution d'un mécanisme de réduction des loyers des bailleurs sociaux applicable aux contrats en cours, le Conseil a estimé que ce mécanisme ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe de liberté contractuelle en raison des garanties légales qui avaient été apportées par le législateur pour en atténuer les effets, dès lors que le montant de la réduction était plafonné et encadré par la loi et que les conséquences financières pour les organismes de logement social faisaient l'objet de mesures de compensation<sup>8</sup>.

Au cas d'espèce, aucune garantie de cette nature ne vient atténuer les effets de l'atteinte portée à la liberté contractuelle de sorte que la Disposition contestée est totalement disproportionnée.

Pour toutes ces raisons, elle devra donc être déclarée contraire à la Constitution.

---

<sup>8</sup> En effet, le Conseil a estimé que : « La réduction de loyer de solidarité instituée par les dispositions contestées a pour effet de diminuer les ressources des bailleurs du parc social. Elle s'applique à compter du 1er février 2018, y compris aux contrats en cours. En premier lieu, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu non seulement réduire le coût pour les finances publiques de la politique du logement, mais aussi améliorer les mécanismes de fixation des loyers afin de mieux les ajuster à la réalité des niveaux de vie des locataires, en particulier ceux aux revenus modestes et rencontrant des difficultés particulières d'accès au logement social. Ce faisant, il a poursuivi un motif d'intérêt général. En second lieu, la réduction de loyer de solidarité s'applique à des loyers dont le prix est fixé selon une procédure réglementée dans laquelle il appartient à l'autorité administrative de chercher à assurer l'équilibre de la situation financière des organismes de logement social. En outre, le montant de la réduction est plafonné et encadré, en fonction de la composition du foyer et du zonage géographique retenu pour le calcul des aides au logement. Enfin, ses conséquences financières pour les organismes de logement social font l'objet de mesures de compensation, sous la forme notamment d'une modulation de leur cotisation à la caisse de garantie du logement locatif social. Compte tenu du motif d'intérêt général poursuivi, des différentes garanties légales qui précèdent et de la nature même des contrats de location passés par les bailleurs du parc social pour l'exercice de leurs missions d'intérêt général, l'atteinte portée par les dispositions contestées à la liberté contractuelle n'est pas disproportionnée. Rejet du grief tiré de la méconnaissance de l'article 4 de la Déclaration de 1789. » (2017-758 DC, 28 décembre 2017, paragr. 121 à 124, JORF n°0305 du 31 décembre 2017, texte n° 11)

### 3. Sur la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi

En droit, le Conseil Constitutionnel juge 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* » (CC, déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre).

A cet égard, le Conseil Constitutionnel contrôle notamment qu'une disposition législative n'entraîne pas un effet de seuil excessif<sup>9</sup>.

Par ailleurs, dans le contexte plus spécifique du mécanisme de l'obligation d'achat, le Conseil Constitutionnel a d'ores et déjà jugé que les éventuelles différences de traitement instituées par le législateur étaient contraires au principe d'égalité lorsqu'elles ne sont justifiées « *ni au regard de la rentabilité de ces installations ni au regard de la nécessité pour les entreprises qui les exploitent d'engager des investissements, du processus industriel (...) employé ou de l'impact positif sur l'environnement qui en résulte* » (2014-410 QPC, 18 juillet 2014, cons. 4 à 7, JORF n°0166 du 20 juillet 2014 page 12117, texte n°39). Ainsi, a été censurée une disposition législative instituant une différence de traitement en faveur d'installations de cogénération ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat d'électricité avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, par rapport à celles n'ayant pas bénéficié d'un contrat d'achat avant cette date.

Or, au cas d'espèce, le Conseil Constitutionnel ne pourra que constater que la Disposition instaure plusieurs différences de traitement dénuées de tout lien avec l'objet de la Disposition contestée ainsi qu'avec les critères retenus par le Conseil Constitutionnel.

En effet, la Disposition entraîne des discriminations infondées selon :

- la puissance des installations (3.1) ;
- le mode de financement des projets et la capacité, pour les actionnaires, de mettre en œuvre des mesures de soutien (3.2) ;
- l'intervention ou non d'un changement d'actionnaire durant le cycle de vie des installations concernées (3.3).

#### 3.1 Rupture d'égalité selon la puissance des installations

En premier lieu, la Disposition contestée instaure une différence de traitement manifeste entre les installations d'une puissance inférieure au seuil de 250 kilowatts crête (qui ne font pas l'objet d'une réduction tarifaire), communément dénommées « petites installations » et les installations d'une puissance supérieure à 250 kilowatts.

On relèvera d'emblée que la Disposition contestée entraîne un effet de seuil considérable, puisque deux installations quasiment identiques pourront être respectivement exclues ou intégrées dans le champ

---

<sup>9</sup> Cons. const., déc. n° 2016-742 DC, 22 décembre 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, paragr. 14 et 15.

d'application de la réduction tarifaire selon qu'elles se situent juste au-dessus ou juste au-dessous du seuil de 250 kilowatts crête.

En outre, l'objet de la Disposition contestée, qui est de limiter la surrentabilité des installations photovoltaïques ne justifie en rien une telle différence de traitement.

En effet, il est incontestablement établi et connu de longue date par les pouvoirs publics que les installations d'une puissance inférieure à 250 kilowatts crête présentent une rentabilité très supérieure aux installations d'une puissance installée supérieure, ce qui a pu entraîner pour ces porteurs de projets des effets d'aubaine indiscutables. Ceci ressort explicitement de l'avis de la CRE du 3 décembre 2009 sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil, dont le tableau est reproduit ci-dessous :

	Taux de rentabilité interne moyen des projets (entre parenthèses, TRI sur fonds propres) %		
Intégration au bâti	Habitat		Autre usage du bâti
	Résidentiel P = 3 kWc	Collectif P = 250 kWc	
Intégration renforcée (tarif = 60 c€/kWh)	15,2% (91 %)	12,2% (46 %)	12,2% (46 %)
Intégration simplifiée (tarif = 45 c€/kWh)	15,2% (90%)	9,7% (35 %)	9,7% (35 %)
Centrales au sol (tarif de référence = 32 c€/kWh)	10,5% (40%)		

En outre, les installations d'une puissance inférieure à 250 kilowatts crête représentent une part significative des sommes versées au titre des contrats d'achat. La CRE relève ainsi dans l'avis du 3 décembre 2009 précité :

*« Dans les conditions de rentabilité décrites précédemment, le marché se développe très rapidement. EDF enregistre 5 000 à 9 000 demandes de contrats par mois, émanant principalement de particuliers. A ce rythme, les charges annuelles de services public imputables au développement de la production photovoltaïque, pour le seul segment des particuliers, augmentent de 100 à 200 M€/an (+ 180 à 325 MW installés par an). »*

L'on notera par ailleurs que les installations d'une puissance inférieure à 250 kilowatts sont régulièrement exploitées par des entreprises d'une taille significative, et pas uniquement par des particuliers. La CRE relève ainsi :

*« Les installations financées à 100 % par des fonds propres sont portées par des entreprises importantes de la filière. Les puissances de ces installations sont inférieures à 250 kWc et les coûts d'investissement représentent moins d'un million d'euros. »*

(CRE, avril 2014, Analyse Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine, Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque, page 43).

Or, au regard de l'objectif de la Disposition contestée qui est de lutter contre des phénomènes de surrentabilité d'une part et de limiter l'impact de ces contrats sur les charges du service public de l'électricité, la différence de traitement entre les petites installations exclues du dispositif et celles supérieures à 250 kilowatts n'est absolument pas justifiée.



Soulignons que l'objectif initial et unique du dispositif de l'obligation d'achat est bien d'inciter les opérateurs à investir dans des projets d'énergie renouvelables assurant la promotion d'une électricité décarbonée au moyen d'un soutien financier *via* un tarif d'achat fixé à un niveau de nature à permettre la rentabilité des investissements.

Il serait absurde de considérer que les installations les plus puissantes ont un impact moins significatif en termes de réduction d'émission de gaz à effet de serre, et qu'elles nécessitent des investissements moins importants que les installations d'une puissance crête de moins de 250 kilowatts.

Pour toutes ces raisons, la différence de traitement instaurée ne respecte donc pas les critères établis par le Conseil Constitutionnel (décision 2014-410 QPC, 18 juillet 2014, cons. 4 à 7, JORF n°0166 du 20 juillet 2014 page 12117, texte n°39 précitée).

Pour ce seul motif, la Disposition contestée est donc contraire à la Constitution.

### **3.2 Rupture d'égalité selon le mode de financement des projets et la capacité, pour les actionnaires, de mettre en œuvre des mesures de soutien au bénéfice des producteurs**

En deuxième lieu, la Disposition contestée entraîne une différence de traitement des opérateurs selon les mesures de soutien susceptibles d'être mises en œuvre par les actionnaires de l'opérateur exploitant le projet en réaction à la baisse du tarif de son contrat d'achat.

En effet, le deuxième alinéa de la Disposition prévoit la possibilité, « *sur demande motivée d'un producteur* », pour les ministres chargés de l'énergie et du budget d'adopter une décision individuelle permettant de moduler la baisse des tarifs à laquelle un contrat aurait dû être soumis, dans l'hypothèse où le producteur pourrait démontrer qu'une telle baisse compromet sa viabilité économique, d'une part, et sous réserve notamment que « *les personnes qui le détiennent directement ou indirectement [l'installation] aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, et dans la stricte mesure nécessaire à la préservation de cette viabilité.* », d'autre part. Ce mécanisme s'apparente à une sorte de « clause de sauvegarde » permettant à un opérateur d'échapper à la baisse des tarifs de son contrat.

Toutefois, seuls pourront bénéficier du deuxième alinéa de la Disposition les producteurs dont les actionnaires auront au préalable consenti des mesures de soutien (sans que la nature et l'étendue de ces mesures ne soient précisées par la loi, cf ci-dessous au 5.).

Or, ce critère est particulièrement mal choisi dès lors que, comme indiqué précédemment, les installations concernées par la Disposition sont très largement financées par de la dette bancaire et non par des fonds propres, comme cela est rappelé par la CRE dans son rapport « Analyse Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine, Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque » précité (page 43 du rapport, page 6 ci-dessus).

Il est donc injustifié de soumettre le bénéfice du deuxième alinéa de la Disposition à la contribution des seuls actionnaires, qui représentent une part minoritaire du financement des installations concernées.

Ceci est d'autant plus injustifié que le rendement des fonds propres investis par les actionnaires (TRI actionnaires) est décorrélé de la variation des tarifs des contrats d'achat puisqu'il est essentiellement lié

à la structure de financement de l'installation, ainsi que le rappelle également la CRE dans l'avis du 3 décembre 2019 précité :

*« Le taux de rentabilité interne des fonds propres (TRI des fonds propres ou TRI actionnaires) est calculé à partir des flux de trésorerie disponibles pour rémunérer les actionnaires après remboursement du service de la dette. La rentabilité des fonds propres dépend de la structure de financement de chaque installation. »*

(CRE, avril 2014, Analyse Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine, Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque, page 47).

Dans son avis du 3 décembre 2019 précité, la CRE indique par ailleurs :

*« Le TRI sur fonds propres de 91% résulte d'une mise de fonds très réduite, après prise en compte du crédit d'impôt et de la faculté de financer par les revenus tirés du tarif d'achat le service d'une dette couvrant les sommes restant à la charge de l'investisseur. La modulation du tarif influence peu ce TRI. »*

Dans ces conditions, puisque la situation des actionnaires est largement décorrélée de la variation des tarifs, on comprend mal pourquoi le législateur subordonne la possibilité, pour un producteur dont la viabilité serait compromise, de moduler voire d'échapper à la baisse des tarifs aux mesures de soutien préalables adoptées par les actionnaires.

En imposant aux actionnaires de rétablir la viabilité économique d'un producteur affecté par la baisse des tarifs, alors-même qu'il n'est nullement établi que ces actionnaires tirent un quelconque bénéfice d'une supposée « sur-rentabilité » des installations, le législateur crée à leur égard une obligation qui constitue une charge injustifiée et sans rapport avec l'objet de la loi ce qui caractérise une autre violation du principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques.

Par ailleurs, ce mécanisme expose les producteurs se trouvant dans la même situation, à savoir que leur viabilité économique sera compromise par la baisse des tarifs, à un traitement différencié selon que leurs actionnaires auront ou non accepté de contribuer au rétablissement de leur situation, décision à laquelle ils sont totalement extérieurs. Là encore, la rupture d'égalité est flagrante et totalement hors de proportion avec l'objectif poursuivi par le législateur.

### **3.3 Rupture d'égalité selon l'intervention ou non d'un changement d'actionnaire durant le cycle de vie des installations concernées**

En troisième lieu, la Disposition implique une différence de traitement selon la durée de détention des contrats d'achat et l'existence ou non d'un changement d'actionnaire depuis la mise en exploitation des installations.

Il faut à cet égard d'emblée préciser que ce type de situation est extrêmement fréquente, puisque l'on estime à 75% la proportion d'installations photovoltaïques acquises dans le cadre d'opérations de croissance externe<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> De très nombreuses opérations de cession interviennent en effet en la matière, à titre d'exemple :

Or, lorsqu'un opérateur acquiert un parc d'installations photovoltaïques existant, cette acquisition est valorisée sur la base des tarifs du contrat d'achat dont ces installations sont titulaires, puisque, en l'état actuel du droit, les modifications tarifaires ne s'appliquaient pas aux contrats en cours. Dans ces conditions, le vendeur aura pu bénéficier d'un prix de cession basé sur une valorisation de son parc tenant compte de l'application des tarifs initiaux sur toute la durée du projet.

A l'inverse, du fait de la Disposition contestée, l'acquéreur se trouve pénalisé dans la mesure où il bénéficiera des tarifs antérieurs sur une durée plus courte que celle escomptée au moment du rachat, alors même que le montant de son investissement dans le projet avait été calculé sur la base d'un TRI lié aux tarifs « non réduits » pour la totalité de la durée du projet. Il y a donc rupture d'égalité au détriment des opérateurs ayant acquis des parcs d'installations photovoltaïques avant l'adoption de la Disposition contestée.

D'ailleurs, cette rupture d'égalité se manifeste également pour l'application de la clause de sauvegarde prévue au deuxième alinéa de la Disposition contestée. En effet, pour le bénéfice de cette clause, les actionnaires doivent mettre en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition sans que ne soit prise en considération la date de leur investissement.

Or, ces différences de traitement ne sont aucunement justifiées par l'objet de la Disposition contestée. Bien pire, ces différences de traitement sont directement contraires à l'objet même de la Disposition, puisqu'elles affecteront plus gravement les actionnaires récents, qui ont le moins bénéficié de la prétendue surrentabilité des installations concernées, préservant les actionnaires « sortants » qui ont pu, pour autant qu'une surrentabilité ait existé, capter ces bénéfices au moment de la cession de leurs parcs.

\*\*\*

Ces différences de traitement engendrées par la Disposition contestée sont dépourvues de rapport avec les objectifs invoqués par le Gouvernement et caractérisent donc une violation manifeste du principe d'égalité devant la loi, d'une part, et devant les charges publiques, d'autre part.

---

Acquisition de SOLAIRE DIRECT par ENGIE : <https://www.engie.com/journalistes/communiques-de-presse/engie-leader-du-solaire-en-france-solairedirect>

Acquisition de LANGA par ENGIE : <https://www.engie.com/journalistes/communiques-de-presse/confirme-sa-position-n1-solaire-et-eolien-en-france>

Acquisition de QUADRAN par DIRECT ENERGIE : [https://total.direct-energie.com/fileadmin/Digital/Groupe/PDF/Communiques\\_de\\_presse/2017/CP\\_Direct\\_Energie\\_-\\_Quadrان\\_31102017.pdf](https://total.direct-energie.com/fileadmin/Digital/Groupe/PDF/Communiques_de_presse/2017/CP_Direct_Energie_-_Quadrان_31102017.pdf)

Acquisition de DIRECT ENERGIE par TOTAL : <https://www.total.com/fr/medias/actualite/communiques/total-finalise-lacquisition-de-73-de-direct-energie-et-depose-une-offre-publique-obligatoire>

Acquisition de LUXEL par EDF : <https://www.edf-renouvelables.com/edf-renouvelables-finalise-lacquisition-du-groupe-luxel-developpeur-et-exploitant-francais-de-projets-solaires/>

Ce point a d'ailleurs été soulevé au cours de la procédure parlementaire par le député Charles de Courson, qui indiquait : « *Savez-vous que 90 % des contrats signés entre 2006 et 2010 ont déjà été revendus, avec une importante plus-value (...) ?* » (Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de M. Charles de Courson, député)

#### 4. Sur la méconnaissance du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre constitue le droit fondamental d'un opérateur d'exercer une activité économique et garantit la liberté de l'opérateur non seulement dans l'accès à cette activité, mais également dans son exercice.

Le Conseil Constitutionnel admet qu'une telle liberté n'est pas absolue et qu'elle peut être aménagée lorsque le législateur poursuit un motif d'intérêt général. Toutefois, le respect de ce principe implique néanmoins de ne pas faire peser de contraintes disproportionnées sur l'activité des opérateurs économiques, en conférant aux autorités administratives un pouvoir de réglementation, d'injonction ou d'appréciation susceptible de remettre en cause leur viabilité.

Par ailleurs, lorsque de telles contraintes affectent un bien dont disposent les opérateurs (telle qu'une entreprise pour ses actionnaires) des contraintes disproportionnées traduisent également une atteinte au droit de propriété.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré une définition du licenciement économique au motif qu'elle reposait sur un « *cumul des contraintes* » sur la gestion de l'entreprise qui avait « *pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause* » de sorte qu'une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi avait été portée à la liberté d'entreprendre. Le Conseil a notamment relevé que la nouvelle définition prévue par la disposition législative contestée ne permettait des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise que si cette réorganisation était « *indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise* » et non plus « *si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* » (Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 cons. 46-50, voir également Décision n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014, Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, cons. 40).

De la même manière, le Conseil Constitutionnel a considéré qu'était contraire au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, le dispositif législatif permettant à l'Autorité de la concurrence de prononcer, sous certaines conditions des injonctions structurelles imposant la modification des accords ou la cession d'actifs d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, en cas d'existence d'une position dominante (Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, cons. 27 à 32).

Le Conseil Constitutionnel estime également que lorsqu'il fait peser des contraintes susceptibles d'entraver la libre entreprise ou le droit de propriété, fussent-elles justifiées par un motif d'intérêt général, le législateur doit adopter des définitions suffisamment précises de ces contraintes. Dans le cas contraire, le Conseil Constitutionnel considère que, outre une éventuelle violation de l'article 34 de la Constitution, une définition trop vague ou imprécise des obligations pesant sur les opérateurs porte par elle-même atteinte au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre.

Ainsi, porte atteinte à la liberté d'entreprendre le fait, pour le législateur, de donner compétence au Gouvernement pour fixer les conditions dans lesquelles « certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois » (Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013 cons. 10) ; ou d'adopter une définition générale et imprécise de la notion de « schéma d'optimisation fiscale » (Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. 82 à 92).

De même, porte atteinte au droit de propriété le fait de fixer une obligation de rénovation énergétique des bâtiments privés résidentiels « à l'occasion d'une mutation » sans pour autant définir « *ni la portée*

*de l'obligation (...), ni les conditions financières de sa mise en œuvre, ni celles de son application dans le temps* » (Décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015).

Or, au cas d'espèce, comme indiqué ci-dessus (au 3.2), le deuxième alinéa de la Disposition contestée prévoit la possibilité, « *sur demande motivée d'un producteur* », pour les ministres chargés de l'énergie et du budget d'adopter une décision individuelle permettant de moduler la baisse des tarifs à laquelle un contrat aurait dû être soumis dans l'hypothèse où le producteur pourrait démontrer qu'une telle baisse est de nature à « *compromettre [sa] viabilité économique* », d'une part, et sous réserve notamment que « *les personnes qui le détiennent directement ou indirectement [l'installation] aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition, et dans la stricte mesure nécessaire à la préservation de cette viabilité.* », d'autre part.

Au regard des principes énoncés, ce mécanisme démontre que la Disposition contestée porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

(i) Tout d'abord car le fait de subordonner le bénéfice de la clause de sauvegarde à la compromission de la « *viabilité économique* » du producteur est excessivement restrictif.

En effet, pour être conforme à l'approche constitutionnelle en la matière, la Disposition contestée ne pouvait prévoir une clause de sauvegarde applicable uniquement dans l'hypothèse où la survie économique du producteur serait menacée (cf par analogie, la décision relative au licenciement économique n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 précitée).

Cette rédaction ne permet notamment pas de couvrir des situations où l'application de la réduction des tarifs aboutit à des situations manifestement excessives et inéquitables, sans pour autant menacer la survie économique du producteur lui-même.

Au demeurant, comme démontré ci-après au point 5, la notion de viabilité économique est inintelligible dans le contexte de la Disposition.

(ii) En outre, la Disposition contestée impose aux actionnaires d'adopter des mesures de soutien et de redressement pour que le producteur puisse bénéficier de la clause de sauvegarde.

Or, comme il a été démontré ci-dessus, le TRI des actionnaires est en pratique très peu impacté par le niveau des tarifs puisque celui-ci dépend avant tout de la structure de financement des installations. En d'autres termes, un actionnaire dont le projet bénéficie de tarifs élevés n'aura pas nécessairement un TRI de son investissement élevé si la structure d'endettement du projet est importante.

Par ailleurs, cette contrainte incite les actionnaires à adopter toutes les mesures possibles au soutien d'installations devenues non-viables du fait de la réduction tarifaire, ce qui est susceptible de caractériser une faute de gestion au sens du droit des sociétés, voir dans des cas extrêmes, d'engager leur responsabilité pénale.

Il s'agit donc d'une contrainte envers des opérateurs économiques qui est disproportionnée et sans lien avec l'objet de la loi, qui traduit une violation de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété.

Enfin, les mesures de soutien et de redressement dont il est question ne font l'objet d'aucune précision par le législateur, ce qui aggrave la violation de ces principes.

## 5. Sur la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et du principe d'intelligibilité et de clarté de la loi

Comme indiqué ci-dessus, le législateur est seul compétent pour porter atteinte à des situations légalement acquises ainsi qu'aux situations contractuelles établies, d'une part, et à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété, d'autre part, dès lors qu'une telle atteinte est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant et proportionnée à cet objectif.

Et en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le législateur est tenu d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34.

Dans l'exercice de cette compétence, celui-ci doit respecter le principe de clarté de la loi, qui découle également de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC.

Le respect de ces principes impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans transférer au pouvoir réglementaire, à 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.

C'est ainsi qu'ont été déclarées contraires à la Constitution les dispositions insérées dans l'article 57 du code général des impôts (ci-après « CGI ») pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales sur les prix de transfert<sup>11</sup>. Le Conseil a relevé l'imprécision des termes employés, en particulier des notions de « transfert de fonctions » et de « risques ». Il a également relevé que les dispositions en cause prévoyaient la réintégration « des bénéficiaires qui auraient dû être réalisés » sans désigner la période correspondant à ces bénéfices (Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014, considérant 130).

Dans une même logique, le choix du renvoi général au pouvoir réglementaire pour l'application de dispositions législatives insuffisamment précises est censuré par le Conseil constitutionnel pour incompétence négative.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi censuré un article de loi prévoyant : *« que l'attribution (...) d'un nom de domaine est assurée « dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques*

---

<sup>11</sup> Plus spécifiquement, l'article 106 qui était en cause avait pour objet d'insérer dans l'article 57 du CGI notamment un deuxième alinéa qui disposait que :

« Lorsqu'une entreprise transfère une ou plusieurs fonctions ou un ou plusieurs risques à une entreprise liée, au sens du 12 de l'article 39, cesse de les exercer ou de les assumer en tout ou partie, et que son résultat d'exploitation constaté au cours de l'un des deux exercices suivant le transfert est inférieur d'au moins 20 % à la moyenne de ceux des trois exercices précédant le transfert, elle doit établir qu'elle a bénéficié d'une contrepartie équivalente à celle qui aurait été convenue entre des entreprises n'ayant pas un tel lien de dépendance. A cet effet, elle fournit à l'administration, à la demande de celle-ci, tous les éléments utiles à la détermination des résultats réalisés avant et après le transfert par les entreprises qui y sont parties, y compris celles bénéficiaires du transfert. A défaut, les bénéfices qui auraient dû être réalisés sont incorporés à ses résultats. L'obligation de justification mentionnée au premier alinéa du présent article n'est applicable ni à la cession d'un actif isolé, ni à la concession du droit d'utilisation de celui-ci lorsque cette cession ou cette concession est indépendante de tout autre transfert de fonction ou de risque ».



*et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle » ; et renvoyant « à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser ses conditions d'application ». Selon le Conseil Constitutionnel, le législateur a ainsi « entièrement délégué [au pouvoir réglementaire] le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés » (CC, n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010).*

Le Conseil Constitutionnel a également jugé que : « *si les dispositions contestées pouvaient imposer que la majorité du capital d'un éco-organisme constitué sous forme de société soit détenue par des producteurs, importateurs et distributeurs représentatifs des adhérents à cet éco-organisme pour les produits concernés, elles ne pouvaient imposer une telle obligation nouvelle aux sociétés et à leurs associés et actionnaires sans que soient prévues des garanties de nature à assurer la protection du droit de propriété et de la garantie des droits, qui ne sauraient relever du décret en Conseil d'Etat prévu par le paragraphe X de l'article L. 541-10 du code de l'environnement dans lequel les dispositions contestées s'insèrent* ». (CC, n° 2015-718 DC du 13 août 2015)

De la même manière, est inconstitutionnel le choix d'un renvoi désignant précisément les domaines d'intervention de la mesure réglementaire, si ces domaines figurent au nombre de ceux relevant de la compétence du législateur (CC, n° 80-115 DC du 1er juillet 1980). A cet égard, la loi ne peut renvoyer à un décret ou à toute autre mesure réglementaire le soin de fixer sa date d'entrée en vigueur (CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986).

A l'inverse, les renvois au pouvoir réglementaire sont jugés constitutionnels lorsqu'ils sont précisément encadrés et plafonnés. Ainsi, dans sa décision précitée relative à la réduction du loyer de solidarité versé aux bailleurs sociaux, le Conseil Constitutionnel a relevé, pour écarter le grief tiré de la méconnaissance de l'article 34 que : « *le 2° du paragraphe I vise à tirer les conséquences, sur le montant de l'aide personnalisée au logement, de la réduction de loyer de solidarité dont bénéficient les locataires de logements sociaux. Le législateur a prévu que ce montant serait diminué d'une fraction, déterminée par décret, comprise entre 90 % et 98 % de la réduction de loyer de solidarité.* » (2017-758 DC, 28 décembre 2017, paragr. 121 à 124, JORF n°0305 du 31 décembre 2017, texte n° 11).

Or, en l'espèce, le Conseil Constitutionnel ne pourra que constater que l'ensemble de ces règles ont été méconnues.

(i) Le premier alinéa de la Disposition contestée prévoit que la date à compter de laquelle le niveau des tarifs devra être réduit ainsi que le niveau de réduction des tarifs sont « *fixés par arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget* » sous la seule réserve que la rémunération totale des capitaux immobilisés n'excède pas une « *rémunération raisonnable* ». Pour le reste, la Disposition contestée se borne à indiquer qu' « *Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, précise les modalités d'application du présent article.* »

Ainsi, la Disposition n'encadre en aucune manière la période de réduction des tarifs.

Bien plus, en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de fixer la date à compter de laquelle s'appliquera la réduction des tarifs, la Disposition aboutit, dans les faits, à renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de déterminer l'entrée en vigueur effective du dispositif.

Au regard, de la jurisprudence constitutionnelle citée ci-dessus, un tel renvoi est inconstitutionnel.

En outre, la notion de rémunération « raisonnable » des capitaux n'est absolument pas définie ni encadrée.

Une telle absence de précision est d'autant plus problématique que la rémunération « raisonnable » constitue le critère déterminant qui devra être pris en compte pour porter atteinte aux tarifs en cours et aux contrats d'achats (et donc à la situation légalement acquise ou, à tout le moins à l'espérance légitime de pouvoir continuer à en bénéficier) et que c'est également sur cet objectif de faire échec à une rémunération jugée « déraisonnable » que repose le motif d'intérêt général invoqué par le législateur pour justifier le dispositif.

Par ailleurs, la Disposition se borne à indiquer que, pour déterminer la réduction des tarifs, l'arrêté devra tenir 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* » sans qu'aucune indication ne soit donnée quant aux modalités selon lesquelles ces critères devront être appréhendés par le pouvoir réglementaire.

Autrement dit, selon l'appréciation donnée à la notion de bénéfice raisonnable, et la date retenue pour l'application de la baisse des tarifs, le pouvoir réglementaire pourra porter une atteinte considérable aux situations acquises ; ou au contraire vider entièrement de sa substance le dispositif prévu par la Disposition contestée. Ainsi, la portée de la Disposition et son effet sur les contrats en cours seront entièrement déterminés par les mesures adoptées par le pouvoir réglementaire.

Il est donc clair que le législateur n'a pas épuisé sa compétence ce qui constitue, par principe, une violation de l'article 34 de la Constitution.

Au cas d'espèce, cette violation est d'autant plus caractérisée que le dispositif porte atteinte aux situations légalement acquises et aux contrats en cours ce qui justifiait d'autant plus de l'encadrer de garanties suffisantes et en premier lieu d'une définition claire et précise des conditions dans lesquelles ces réductions de tarif pourraient être arrêtées.

Pour ces raisons, la Disposition contestée devra être déclarée contraire à la Constitution.

(ii) La rédaction du deuxième alinéa de la Disposition contestée n'est pas plus satisfaisante.

Il est tout d'abord impossible de déterminer ce que recouvre précisément la notion de « viabilité économique du producteur » justifiant, lorsqu'elle est compromise, le bénéfice de la clause de sauvegarde prévue au deuxième alinéa de la disposition.

En particulier, cette viabilité doit-elle s'apprécier au regard de la rentabilité des installations concernées (TRI projet) ou au regard de la rentabilité pour les actionnaires (TRI actionnaires évoquée ci-dessus, pages 11 et 12) ? Selon la solution retenue par le pouvoir réglementaire, les bénéficiaires de la clause de sauvegarde seront radicalement différents, puisque comme développé ci-dessus (pages 11 et 12) le TRI projet et le TRI actionnaires ne sont pas déterminés par les mêmes facteurs (structure de financement pour le TRI actionnaires ; tarifs d'achat et coûts d'exploitation pour le TRI projet).

Il est en outre impossible de déterminer quelles sont les « mesures de soutien » et les « mesures de redressement » devant être mises en œuvre par les producteurs et les actionnaires pour bénéficier de l'exemption prévue au deuxième alinéa de la Disposition et ce, alors même que cette définition est particulièrement importante puisque la Disposition prévoit par ailleurs que « *ne peuvent se prévaloir du [deuxième] 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 ».*

(iii) Enfin la combinaison du deuxième et du premier alinéa de la Disposition contestée rend le dispositif dans son ensemble inintelligible.

En effet, si l'arrêté modifiant les tarifs doit permettre une « *rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation.* » comme cela est prévu au premier alinéa de la Disposition contestée, on comprend mal dans quelles circonstances l'application de cet arrêté pourrait aboutir à « *compromettre la viabilité économique du producteur* », situation justifiant de déroger à la réduction des tarifs (deuxième alinéa).

Dans ces conditions, les conditions d'exemption du dispositif prévu par la Disposition ne sont pas intelligibles car contradictoires.

Pour toutes ces raisons, la Disposition contestée devra donc, dans son ensemble être déclarée contraire à la Constitution.

## **6. Sur la méconnaissance de l'article 21 de la Constitution**

Si le Premier ministre tient directement de l'article 21 de la Constitution sa compétence pour assurer l'exécution des lois et exercer le pouvoir réglementaire, il n'en va pas de même des ministres et des autres autorités administratives. Aussi, s'il est souhaité que des mesures d'application soient prises par ces autorités, l'habilitation donnée doit respecter la jurisprudence constitutionnelle qui ne l'admet que « pour des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (CC, no 88-248 DC du 17 janvier 1989).

En l'espèce, comme indiqué ci-dessus, la Disposition renvoie à un arrêté interministériel des ministres chargés de l'énergie et du budget le soin de fixer la date et le niveau des tarifs applicables à des contrats en cours sans qu'aucune disposition n'encadre précisément cette compétence. Or, comme indiqué ci-dessus, cette fixation va déterminer l'ampleur de l'atteinte portée à des contrats en cours. Il ne s'agit donc pas de fixer des dispositions purement techniques.

Certes, il est prévu par la Disposition un renvoi général à un décret en Conseil d'Etat pour la définition de ses modalités d'application.

Toutefois, pour assurer le respect de l'article 21 de la Constitution, il aurait fallu prévoir explicitement la subordination de l'arrêté interministériel au décret d'application.

A titre d'exemple, une telle rédaction avait été adoptée par le législateur pour 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'électricité : « *Un décret précise les obligations qui s'imposent aux producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, les conditions d'achat de l'électricité ainsi produite.* ».

A l'inverse, aux termes de la Disposition, la compétence des ministres chargés de l'énergie et du budget s'exerce indépendamment du décret d'application, ce qui constitue une méconnaissance de l'article 21 de la Constitution.

\*\*\*\*\*

**En conclusion :**

1) La Disposition contestée ne concerne directement ni les ressources ni les charges de l'Etat, et rien ne garantit qu'elle produira des effets en 2021. Il s'agit donc d'un cavalier budgétaire.

2) Sur le fond, alors qu'elle est essentiellement motivée par un motif financier, étayé de manière très approximative par le Gouvernement, la Disposition contestée porte atteinte à de nombreux principes constitutionnels (protection des situations acquises et des contrats en cours ; principe d'égalité ; droit de propriété ; liberté d'entreprendre) et génère des différences de traitement (selon la puissance des installations, leur mode de financement ou la durée de leur détention) sans aucun rapport avec son objet ou avec les critères retenus par le juge constitutionnel.

3) Enfin, la Disposition contestée est rédigée dans des termes généraux, et ne prévoit aucun élément objectif (en particulier en termes d'application dans le temps) susceptible d'encadrer l'intervention du pouvoir réglementaire pour l'adoption du décret d'application et des arrêtés tarifaires.

Dans ces conditions, la portée effective de la Disposition contestée sera entièrement déterminée par les mesures adoptées par le pouvoir réglementaire, qui pourra tout aussi bien porter une atteinte considérable aux contrats en cours, ou au contraire vider entièrement le dispositif de sa substance.

Dès lors, pour tous ces motifs, la Disposition contestée devra être déclarée contraire à la Constitution.

Claire Vannini  
Avocat Associé

Céline Cloché-Dubois  
Avocat Associé

Augustin de La Hossieraye  
Avocat



**Monsieur le Président  
du Conseil constitutionnel,  
Mesdames et Messieurs les membres  
du Conseil constitutionnel**

2, rue de Montpensier  
75001 Paris

Paris, le 19 décembre 2020

**Objet : Transmission d'une « contribution extérieure » dans le cadre du contrôle de conformité à la Constitution de la loi de finances pour 2021**

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

J'ai l'honneur de vous transmettre une « contribution extérieure », rédigée à la demande du Syndicat des énergies renouvelable par le Professeur Martin Collet, visant à attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur plusieurs griefs susceptibles d'entacher la constitutionnalité de l'article 225 de la loi de finances pour 2021.

Vous en souhaitant bonne réception, je vous prie de trouver Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'expression de mes salutations respectueuses.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'J' followed by a series of loops and a final horizontal stroke.

Jean-Louis Bal

Président du Syndicat des Énergies Renouvelables

Martin COLLET

*Agrégé des Facultés de droit*

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

## Contribution extérieure

### Dans le cadre du contrôle de conformité à la Constitution de la loi de finances pour 2021

Rédigée à la demande du Syndicat des énergies renouvelables (SER), cette Contribution extérieure vise à attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur plusieurs griefs susceptibles d'entacher la constitutionnalité de l'article 225<sup>1</sup> de la loi de finances pour 2021.

\*\*\*

**1. - Le dispositif litigieux et sa « clause de sauvegarde ».** Le premier alinéa de l'article 225 de la loi de finances pour 2021, issu d'un amendement déposé par le gouvernement, prévoit une réduction du tarif d'achat de l'électricité photovoltaïque produite par les installations d'une puissance supérieure à 250 kilowatts pour les contrats d'achat d'électricité conclus entre 2006 et 2011 en application des arrêtés tarifaires du 10 juillet 2006, du 12 janvier 2010 et du 31 août 2010. Le niveau de cette réduction tarifaire et sa date de prise d'effet doivent être fixés par arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget. Selon l'exposé sommaire des motifs de l'amendement gouvernemental à l'origine du dispositif, celui-ci a pour objet de « *réviser pour l'avenir le tarif des contrats en cause afin de ramener leur rentabilité à un niveau correspondant à une rémunération raisonnable des capitaux* »<sup>2</sup>.

En outre, le second alinéa de l'article litigieux instaure une « *clause de sauvegarde* »<sup>3</sup> permettant aux ministres compétents de fixer par arrêté conjoint, sur demande motivée d'un producteur d'électricité visé par le dispositif et après proposition de la Commission de régulation de l'énergie

---

<sup>1</sup> Numérotation du « Texte adopté provisoire avec liens vers les amendements » disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale au 19 décembre 2020.

<sup>2</sup> Assemblée nationale, Projet de loi de finances n° 3360 pour 2021 (PLF 2021), Mission Écologie, développement et mobilité durables, Amendement n° 3369 déposé par Le Gouvernement (adopté vendredi 13 novembre 2020).

<sup>3</sup> Selon l'expression employée par le gouvernement (v. : PLF 2021, Amendement n° 3369, préc.).

(CRE), un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultant de l'application du premier alinéa si ceux-ci sont de nature à compromettre la viabilité économique du producteur.

**2. - Le droit applicable.** La Constitution ne s'oppose pas, par principe, à ce que le législateur vienne modifier les conditions d'exécution de contrats en cours. Toutefois, dans l'exercice de cette prérogative, il appartient au législateur d'épuiser sa compétence (I), de n'apporter qu'une atteinte strictement justifiée et proportionnée au principe de la liberté contractuelle (II), et ce dans le respect du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques (III). Or, ces exigences ne sont que partiellement satisfaites par les dispositions de l'article litigieux de la loi de finances pour 2021.

## I. L'OBLIGATION PESANT SUR LE LÉGISLATEUR D'EXERCER PLEINEMENT SA COMPÉTENCE

**3. -** Les exigences que la Constitution fait peser sur le législateur afin qu'il épuise sa compétence (A) n'apparaissent pas pleinement respectées par le dispositif litigieux (B).

### A. Les exigences tirées de la Constitution

**4. - Les cas d'incompétence négative.** Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement « *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* »<sup>4</sup>.

Cette exigence s'applique non seulement aux domaines dans lesquels, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi « *fixe les règles* » (en matière fiscale, par exemple), mais encore à ceux dans lesquels elle « *détermine les principes fondamentaux* »<sup>5</sup>, comme c'est le cas s'agissant du régime des obligations civiles et commerciales<sup>6</sup>, ici en cause – sachant que les contrats d'achat d'électricité

---

<sup>4</sup> Cons. const., déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, cons. 6.

<sup>5</sup> Le considérant 6 de la décision n° 2009-592 DC (v. ci-dessus) concernait la mise en œuvre des dispositions de l'article 34 de la Constitution selon lesquels « *la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail* ».

<sup>6</sup> Selon l'article 34 de la Constitution, « *La loi détermine les principes fondamentaux (...) du régime (...) des obligations civiles et commerciales* ». Toutefois, cette disposition ne s'applique pas aux contrats administratifs (v. not. : Cons. const., déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, AJDA 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau). Ainsi, comme le relève Laurent Richer, « *Le Conseil constitutionnel considère (...) que le pouvoir exécutif, compétent pour passer les contrats [administratifs], l'est aussi pour fixer par voie générale le régime de ces contrats, conçu comme une autolimitation qu'il s'impose* » (L. Richer, « Constitution, contrats et commande publique », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, oct. 2012).

concernés par le dispositif litigieux constituent pour partie des contrats de droit privé et pour partie des contrats administratifs<sup>7</sup>.

**5. - La distinction entre la fixation des règles et la détermination des mesures nécessaires à leur application.** S'agissant de dispositifs législatifs ayant des conséquences financières, une jurisprudence constitutionnelle constante s'efforce de distinguer la « fixation de la règle », qui relève de la compétence du législateur, et la détermination des « mesures nécessaires à son application », qui relève de la compétence réglementaire<sup>8</sup>.

La jurisprudence fiscale fournit de nombreuses illustrations de cette exigence de fixation par le législateur du cadre général dans lequel le pouvoir réglementaire peut, le cas échéant, être habilité à « *fixer la définition technique des critères dont [la loi] a déterminé la nature* »<sup>9</sup>, ce qui suppose donc que la loi ait effectivement déterminé la nature des dits critères. Symétriquement, le Conseil constitutionnel annule pour incompétence négative les dispositions fondées sur la notion de « potentiel financier annuel moyen » mais « *renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de définir le mode de calcul du « potentiel financier » annuel moyen, d'arrêter la liste des investissements à prendre en compte pour déterminer le champ d'application du prélèvement en cause et de fixer, sans l'encadrer suffisamment, le taux de ce prélèvement* »<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Les contrats d'achat d'électricité signés par les producteurs d'énergie photovoltaïque avec EDF (ou l'un des « distributeurs non nationalisés »), dans le cadre du dispositif d'obligation d'achat, sont, depuis l'intervention de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 (art. 10), entrée en vigueur le 14 juillet 2010, des contrats administratifs par détermination de la loi. En revanche, il résulte de la jurisprudence combinée du Tribunal des conflits (Trib. Confl., 13 décembre 2010, n° C3800, Sté Green Yellow, AJDA 2011, p. 439, concl. M. Guyomar ; Trib. Confl., 5 mars 2012, n° 3843, Sté Baryflor c/ Électricité de France) et du Conseil d'État (CE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, Société Bioenerg, n° 333275, AJDA 2010, p. 1341 ; CE, 21 mars 2012, n° 349415, Sté EDF, Dr. adm. 2012, comm. 72, note S. Ferrari) que les contrats signés avant le 14 juillet 2010 demeurent de droit privé s'ils faisaient l'objet d'un contentieux devant le juge judiciaire à cette même date et, en l'absence d'un tel litige, sont devenus administratifs par l'effet des dispositions législatives précitées.

<sup>8</sup> Ainsi, s'agissant par exemple d'un article de la loi de finances pour 1981 posant que « *le montant maximal des ressources fiscales par habitant que chaque établissement public régional peut percevoir évoluera annuellement, dans la limite d'un maximum de 20 p 100, comme l'indice de la formation brute de capital fixe des administrations publiques* » et prévoyant « *en outre, que ce montant maximal sera fixé chaque année par décret* », le Conseil estime que cette disposition ne viole pas l'article 34 de la Constitution dans la mesure où « *que ce décret n'interviendra pas pour arrêter une règle, qui est posée par la loi elle-même, mais se bornera à constater le résultat du calcul que cette règle implique* » (Cons. const., déc. n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, Loi de finances pour 1981, cons. 14 et 16). De même, en matière fiscale, le Conseil opère cette distinction en relevant que si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, « *il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles* » (Cons. const., déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cons. 5).

<sup>9</sup> Cons. const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons. 41 : s'agissant d'une exonération de taxe foncière bénéficiant aux logements sociaux neufs remplissant certains critères de qualité environnementale, le Conseil constitutionnel admet dans cette décision que le législateur ait pu, sans méconnaître la compétence qui lui est dévolue par l'article 34 de la Constitution, renvoyer au pouvoir réglementaire « *le soin de fixer la définition technique des critères dont il a déterminé la nature* ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel relève que, selon les termes de la loi, l'exonération concerne les constructions qui « *satisfont à au moins quatre des cinq critères de qualité environnementale suivants : - modalités de conception, notamment assistance technique du maître d'ouvrage par un professionnel ayant des compétences en matière d'environnement ; - modalités de réalisation, notamment gestion des déchets du chantier ; - performance énergétique et acoustique ; - utilisation d'énergie et de matériaux renouvelables ; - maîtrise des fluides* » et le Conseil relève qu'est « *renvoyée à un décret en Conseil d'État la définition technique de ces critères* ».

<sup>10</sup> Cons. const., déc. n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cons. 6, à propos d'un dispositif fiscal visant à prélever une partie des ressources financières des organismes d'habitations à loyer modéré (HLM) lorsqu'au cours des deux derniers exercices comptables, leurs investissements annuels moyens étaient restés inférieurs à une fraction de leur potentiel financier annuel moyen.

## B. L'application au dispositif litigieux

6. - Aux termes de l'article 225 de la loi de finances pour 2021, le législateur fixe une règle de révision tarifaire par référence à des éléments qu'il ne détermine pas véritablement, s'agissant tant du niveau de la réduction tarifaire qu'appelle le dispositif (1) que des modalités d'application de la « clause de sauvegarde » qui l'accompagne (2).

### 1) Le niveau de la réduction tarifaire

7. - **Le flou de la notion de « rémunération raisonnable ».** Selon les dispositions litigieuses, le niveau de la réduction tarifaire et sa date de prise d'effet doivent être fixés par arrêté des ministres chargés de l'énergie et du budget au regard de considérations manquant de précision. En particulier, ce niveau doit être déterminé par référence à la notion de « *rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation* » qui, en elle-même, apparaît à la fois floue et indéfinie<sup>11</sup>.

Certes, l'article litigieux précise que « *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* ». Mais ces dispositions se contentent de renvoyer aux différentes caractéristiques distinguant les contrats concernés, en suggérant seulement que la baisse tarifaire doit « en tenir compte ». En revanche, elles ne permettent pas de guider le pouvoir réglementaire dans la définition du niveau tarifaire adéquat en ne disant rien des modalités de prise en compte de ces différentes caractéristiques.

### 8. - **L'exemple de la référence ambivalente à la « localisation » des installations.**

L'évocation par le dispositif de la « *localisation* » des installations illustre bien ce défaut de précision et l'incertitude qui en résulte. Cette expression peut en effet renvoyer à divers éléments évoqués dans les travaux préparatoires à la loi de finances, sans que le pouvoir réglementaire ne soit mis à même de déterminer lesquels de ces éléments privilégier ni, surtout, la manière de les envisager.

Ainsi, par exemple, la lecture des travaux parlementaires révèle la volonté du gouvernement que la nouvelle tarification distingue la situation des producteurs de métropole continentale et celle des producteurs installés en Corse ou en Outre-mer. Mais ces mêmes travaux et, plus encore, l'alinéa 2 de l'article litigieux (pour l'application de la « clause de sauvegarde ») insistent plutôt, quant à eux, sur l'importance de prendre en compte « *les spécificités de financement liées aux zones non*

---

<sup>11</sup> Cette notion de « *rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation* » n'est pas inédite : elle apparaît à l'article L. 314-4 du Code de l'énergie qui fixe les conditions dans lesquelles les ministres chargés de l'économie et de l'énergie arrêtent, après avis de la CRE, les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables. Toutefois, cette notion y est employée d'une manière indissociable de plusieurs autres éléments précisément définis qui, globalement, sont appelés à guider le pouvoir réglementaire dans la définition technique de ces conditions d'achat.

*interconnectées* » (ZNI), ce qui ne recouvre pas les mêmes zones géographiques (dès lors notamment que la Nouvelle Calédonie et la Polynésie française ne sont pas considérées comme des ZNI<sup>12</sup>).

Surtout, la manière d'envisager la situation de la Corse et de l'Outre-mer reste ambiguë : tandis que les débats parlementaires insistent sur les coûts spécifiques que subissent les producteurs installés sur ces territoires<sup>13</sup>, le Rapport « Charpin » de 2010 (qui est à l'origine de la nouvelle tarification de l'électricité photovoltaïque) relève de son côté les atouts des territoires ultra-marins pour des raisons liées notamment à l'ensoleillement comme au coût élevé des énergies alternatives<sup>14</sup>.

Une même ambiguïté affecte les autres éléments distinctifs évoqués par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article litigieux, et notamment les « *caractéristiques techniques de l'installation* » et « *ses conditions de fonctionnement* » : ces références sont susceptibles de renvoyer à de multiples caractéristiques et ne guident donc en rien le pouvoir réglementaire.

**9. - En conclusion sur ce point, la mention à l'alinéa 1<sup>er</sup> du dispositif litigieux de plusieurs caractéristiques des installations dont le pouvoir réglementaire doit tenir compte lors de l'élaboration d'une nouvelle grille tarifaire apparaît insuffisante pour satisfaire l'exigence constitutionnelle selon laquelle le législateur peut seulement renvoyer au pouvoir réglementaire « *la définition technique des critères dont il a déterminé la nature* »<sup>15</sup>.**

2) La « clause de sauvegarde »

**10. - L'indétermination de la notion de « *viabilité économique* » comme des modalités d'application de la « clause de sauvegarde ».** La « clause de sauvegarde » insérée au second alinéa du dispositif souffre également d'un défaut de précision. En particulier, la **notion de « *viabilité économique* »** sur laquelle repose le mécanisme peut être interprétée de différentes manières : s'agit-il d'un niveau de rentabilité minimale (dont le niveau exact pourrait de plus être discuté : 1 %, 2 %, 3 %, 4 %, 5 % du capital investi ?) ou bien s'agit-il d'un niveau d'équilibre global entre les recettes et les coûts sur la durée du contrat permettant seulement d'éviter la faillite ? Ou bien encore de respecter les ratios des financements bancaires en place ? Il revient en principe au législateur de répondre à ces questions ou, du moins, de guider avec précision le pouvoir réglementaire sur la manière d'élaborer cette réponse.

<sup>12</sup> V. : CRE, Transition énergétique dans les ZNI, mise à jour le 4 février 2020, disponible sur : <https://www.cre.fr/Transition-energetique-et-innovation-technologique/soutien-a-la-production/transition-energetique-dans-les-zni>.

<sup>13</sup> Mme Maina Sage, députée, évoque ainsi « *les surcoûts liés à l'éloignement, à l'insularité, aux conditions climatiques et aux réseaux électriques propres aux territoires ultramarins. Notez que ces surcoûts peuvent atteindre 30 % à 40 % par rapport à l'Hexagone. Les niveaux d'amortissement différent également en raison du climat tropical* » (Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54).

<sup>14</sup> J.-M. Charpin, A. Siné, P. Helleisen, C. Tlili, C. Trink, C. Stoffaës, *Mission relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France*, Rapport final, IGF-CGIET, 2010, p. 27.

<sup>15</sup> Cons. const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons 41.



En outre, l'alinéa 2 prévoit que, à certaines conditions, les ministres chargés de l'énergie et du budget « *peuvent (...) fixer (...) un niveau de tarif ou une date différents de ceux résultants de l'application du premier alinéa* ». Toutefois, aucune indication n'est donnée sur les **modalités de détermination de ce nouveau tarif**. S'agit-il d'offrir aux bénéficiaires de la clause de sauvegarde un tarif leur permettant seulement d'assurer leur « *viabilité économique* » ou bien, comme pourrait le suggérer l'alinéa 1<sup>er</sup>, de leur garantir une « *rémunération raisonnable* » (et donc, a priori, supérieure), ou bien encore de leur permettre de continuer de bénéficier du tarif d'origine ?

De même, l'**articulation des deux hypothèses** évoquées par la disposition (fixation d'un niveau de tarif différent « *ou* » d'une date d'entrée en vigueur différente du nouveau tarif) n'est pas précisée : est-ce au demandeur de solliciter l'une ou l'autre des options ? S'excluent-elles mutuellement ? Si une combinaison est envisageable, selon quelles modalités doit-elle être conduite ? Le défaut de réponse à ces questions laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire qui peut apparaître excessif, au regard des exigences constitutionnelles.

Enfin, la saisine de la CRE – dont l'article ne précise d'ailleurs pas les modalités – ne semble pas à même de réduire l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire, dès lors que l'autorité de régulation sera appelée à délivrer une « proposition » au cas par cas, sur des demandes individuelles diverses, sans qu'un cadre général de traitement des demandes ne soit esquissé par la loi.

Au-delà, comme on le verra, ce défaut de précision de la « clause de sauvegarde » comme de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article litigieux est également de nature à entraîner une rupture de l'égalité devant la loi et les charges publiques des différents producteurs (v. *infra*, § 25 et s.).

**11. - En conclusion sur ce point : les modalités d'application de la « clause de sauvegarde » insérée à l'alinéa 2 de l'article litigieux sont définies d'une manière trop imprécise pour satisfaire les exigences constitutionnelles imposant au législateur d'exercer pleinement sa compétence.**

## II. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

**12. - Le contrôle de l'atteinte aux droits.** Depuis 1998<sup>16</sup> et, plus encore, depuis 2003<sup>17</sup>, le Conseil constitutionnel contrôle les atteintes portées par la loi aux contrats en cours, au nom d'un principe de droit au « maintien des conventions légalement conclues » dont la portée a été précisée par de nombreuses décisions. Il en ressort qu'il « *est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées 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. Par ailleurs, 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*

<sup>16</sup> Cons. const., déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

<sup>17</sup> Cons. const., déc. n° 2002-465 DC, 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789»<sup>18</sup>. Fréquemment mis en œuvre à des contrats de droit privé, ce dernier principe semble entièrement applicable aux contrats administratifs<sup>19</sup>, dès lors que ceux-ci sont « *pleinement concernés – et protégés –* »<sup>20</sup> par le principe de la liberté contractuelle<sup>21</sup>. Ainsi, le Conseil exige d'une part qu'un tel « motif d'intérêt général suffisant » soit établi (A) et, d'autre part, apprécie ce motif au regard du niveau d'atteinte porté aux conventions légalement conclues (B).

#### A. Les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur

**13.** - Au regard d'une jurisprudence bien établie (1), les motifs ayant guidé la rédaction du dispositif litigieux (2) apparaissent difficilement assimilables à des « motifs d'intérêt général suffisants » susceptibles de justifier une atteinte à la liberté contractuelle.

##### 1) La jurisprudence relative aux « motifs d'intérêt général suffisants »

**14. - La prise en compte des motifs purement financiers.** Le Conseil a eu plusieurs occasions d'identifier certains « motifs d'intérêt général » susceptibles de justifier une atteinte aux contrats en cours<sup>22</sup> mais, à notre connaissance, ne s'est jamais prononcé sur une hypothèse comparable à celle ici en cause, où le motif poursuivi par le législateur semble exclusivement financier (v. *infra*, § 15). Toutefois, la jurisprudence relative aux lois de validation comme celle portant sur la protection due aux situations légalement acquises et aux attentes que de telles situations peuvent légitimement faire naître fournissent, quant à elles, de nombreuses illustrations des modalités d'identification d'un tel « intérêt général suffisant ». Fondée sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, cette jurisprudence conduit le Conseil à vérifier, comme en matière d'atteinte à la liberté contractuelle, qu'un « motif d'intérêt général suffisant » (ou, depuis la décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, un « motif impérieux d'intérêt général »<sup>23</sup>) est susceptible de justifier lesdites atteintes. Il ressort notamment de cette jurisprudence que :

<sup>18</sup> Cons. const., déc. n° 2016-742 DC, 22 décembre 2016, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017, cons. 28.

<sup>19</sup> À notre connaissance, le Conseil ne s'est jamais explicitement prononcé sur ce point. Toutefois, s'agissant au moins des contrats d'achat d'électricité, il apparaît difficilement concevable d'appliquer différemment les exigences tirées de l'article 4 de la Déclaration de 1789 à ces différents contrats, selon leur nature administrative ou de droit privé, dès lors que, comme on l'a relevé (v. *supra*, note de bas de page n° 7), cette différence de qualification juridique dépend uniquement de la date de signature des contrats en cause et s'explique essentiellement par la volonté du législateur de confier au juge administratif le contentieux qu'ils soulèvent (v. : M. Guyomar, concl. sur : Trib. Confl., 13 décembre 2010, n° C3800, Sté Green Yellow, AJDA 2011, p. 439). Pour le reste, ces contrats restent en tous points similaires – s'agissant des parties susceptibles de contracter, des stipulations de ces contrats ou encore de leurs conditions tarifaires qui restent indifférentes à la nature « publique » ou « privée » desdits contrats (v., *a contrario*, le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel pour justifier une différence de régime contentieux entre contrats de droit public et de droit privé, relevant qu'en principe « *les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents* » – ce qui n'est pas le cas des contrats d'achat d'électricité : déc. n° 2020-857 QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, cons. 27).

<sup>20</sup> D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, 12<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 867.

<sup>21</sup> Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, cons. 31.

<sup>22</sup> V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cons. 14 ; déc. n° 2009-592 DC, 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, cons. 10.

<sup>23</sup> Cette différence terminologique n'implique apparemment pas de modification dans la portée même de l'obligation pesant sur le législateur, à en juger par la manière dont les Commentaires produits par le service juridique du Conseil constitutionnel

a) en principe, un « *motif purement financier* » (consistant à générer de nouvelles recettes ou à réduire le niveau des dépenses publiques) ne peut constituer, à lui seul, un motif suffisant d'intérêt général justifiant la mise en cause rétroactive de situations légalement acquises ou bien encore une atteinte à des « *attentes légitimes* »<sup>24</sup>.

Ainsi, par exemple, dans sa décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil formule une réserve d'interprétation afin de neutraliser les effets d'un dispositif portant atteinte aux « *attentes légitimes* » des contribuables sachant que, comme le souligne le Commentaire publié par le Conseil sous cette décision : « *seul pouvait être retenu un motif d'intérêt général de rendement financier* »<sup>25</sup>. Selon les travaux parlementaires cités par ce même Commentaire, le dispositif litigieux recouvrait un rendement budgétaire de « *640 millions d'euros* » pour l'année à venir<sup>26</sup>.

**Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un motif purement financier peut, au regard de son importance, constituer à lui seul un motif impérieux d'intérêt général**<sup>27</sup>. Cette hypothèse a été admise par la décision n° 2014-695 DC, dans l'affaire dite des « *emprunts toxiques* » souscrits par certaines collectivités territoriales, où l'enjeu financier pouvait « *excéder dix milliards d'euros* » et ce, en particulier, pour des établissements de crédit « *auxquels l'État a apporté sa garantie* »<sup>28</sup>.

Ce caractère exceptionnel s'explique d'autant mieux que, de son côté, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) relative aux lois de validation comme aux dispositifs susceptibles de porter atteinte aux « *espérances légitimes* » apparaît extrêmement exigeante sur ce point, en considérant que « *la seule préservation des intérêts financiers de l'État est en principe un motif insuffisant à lui seul* » pour justifier de telles dispositions, comme le relève Édouard Crépey dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 25 octobre 2017, *min. c/ Sté Vivendit*<sup>29</sup>. Or, depuis la condamnation de la France dans l'arrêt *Zielinski* du 28 octobre 1999<sup>30</sup>, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'efforce de converger avec cette jurisprudence européenne reposant notamment sur l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention.

**b) le montant attaché à l'éventuel motif financier doit être établi de manière suffisamment précise.** C'est notamment ce qui ressort de la décision n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013 qui,

se réfèrent volontiers à des décisions antérieures à 2014 pour préciser le sens de la notion de « *motif impérieux d'intérêt général* » ; v. par ex. : Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2019-776 QPC, 19 avril 2019, Société Engie, p. 10-11.

<sup>24</sup> V. not. : Cons. const., déc. n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013, cons. 44 ; déc. n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, cons. 18.

<sup>25</sup> Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, p. 15.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> V. en ce sens : Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2019-776 QPC, 19 avril 2019, Société Engie, p. 10.

<sup>28</sup> Cons. const., déc. n° 2014-695 DC, 24 juillet 2014, Loi relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public, cons. 11.

<sup>29</sup> « *Il est suffisamment bien acquis que la seule préservation des intérêts financiers de l'État est en principe un motif insuffisant à lui seul pour que nous n'y revenions pas trop longuement. La CEDH l'a jugé en matière sociale (CEDH, Gr. ch., 28 octobre 1999 n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, Zielinski et Pradal et Gonzalez c/ France : RJF 1/00 n° 140) puis en matière fiscale par un arrêt Joubert c/ France du 23 juillet 2009 (CEDH, 23 juill. 2009, n° 30345/05 : RJF 11/09 n° 1041) » (E. Crépey, concl. sur : CE, Plén., 25 octobre 2017, n° 403320, min. c/ Sté Vivendi, RJF 01/18, C 131, pt. 38).*

<sup>30</sup> CEDH, 28 octobre 1999, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France.

pour annuler une disposition rétroactive, relève que les motifs financiers invoqués à l'appui de la validation concernaient des rémunérations « *qui portent sur des sommes dont l'importance du montant n'est pas établie* »<sup>31</sup>. Un même constat pourrait s'opérer au cas d'espèce.

2) Les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur, en l'espèce

**15. - Un motif purement financier.** La lecture des travaux préparatoires – et, notamment des débats parlementaires – ne permet pas d'identifier, derrière le dispositif inséré à l'article litigieux de la loi de finances pour 2021, un motif d'intérêt général autre que purement financier. Ce caractère exclusif du motif financier ressort par exemple d'une intervention entendant répondre par avance au grief d'inconstitutionnalité qu'un tel constat pourrait faire naître. M. Julien Aubert, député, rapporteur spécial, indique ainsi, en défense du dispositif : « *je ne partage pas l'avis de mon collègue s'agissant du risque constitutionnel au regard du motif invoqué : en effet, économiser des milliards, ou même des centaines de millions d'euros, revient à protéger les contribuables français, et cela me semble justifier l'intérêt général* »<sup>32</sup>.

**16. - Le montant incertain de l'enjeu financier.** Selon les estimations de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), telles que citées par la Cour des comptes, le poids des engagements reposant sur les arrêtés tarifaires antérieurs à 2011 serait « *à hauteur de 2 Md€ par an jusqu'en 2030* »<sup>33</sup>. Sur ce périmètre, les dispositions litigieuses viseraient, selon le gouvernement, « *800 contrats sur 230 000* »<sup>34</sup> représentant un enjeu de l'ordre de « *750 millions d'euros par an* »<sup>35</sup>. Sur la base de ce montant et après application de la « clause de sauvegarde », l'économie réalisée serait, toujours d'après le gouvernement, « *d'environ 350 à 400 millions d'euros par an, soit environ 4 milliards sur dix ans* »<sup>36</sup>.

Ce chiffrage est toutefois contesté, au regard notamment du niveau réel de rentabilité des contrats entrant dans le champ de la disposition, qui offrirait d'ores et déjà une « rémunération raisonnable » (et donc équivalente à celle qui pourrait résulter des nouveaux arrêtés) à de nombreux producteurs, sachant qu'une majorité de ces contrats a fait l'objet d'une cession depuis leur date de signature et que leur niveau de rentabilité actuel est sans commune mesure avec celui dont pouvaient bénéficier les titulaires initiaux des contrats. Durant la discussion devant l'Assemblée nationale, en première lecture, M. Charles de Courson, député, interpellait en ces termes ses collègues : « *Savez-vous que 90 % des contrats signés entre 2006 et 2010 ont déjà été revendus, avec une importante plus-value, à des personnes ayant donc acheté des contrats avec une rentabilité de 3 à 4 % –*

<sup>31</sup> Cons. const., déc. n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone - SFR, cons. 6.

<sup>32</sup> Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de M. Julien Aubert, député, rapporteur spécial.

<sup>33</sup> Cour des comptes, *Le soutien aux énergies renouvelables, Communication à la commission des finances du Sénat*, Mars 2018, p. 47.

<sup>34</sup> Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de la Ministre.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Idem.

*ce qui est tout à fait normal ? Vous n'obtiendrez donc absolument pas les 350 ou 400 millions d'euros d'économies que vous espérez* »<sup>37</sup>.

Plus généralement, les incertitudes liées au champ et aux modalités d'application de la « clause de sauvegarde » (v. *supra*, § 10) ne peuvent que renforcer cette incertitude relative aux montants susceptibles d'être économisés par l'État.

## **B. Le niveau d'atteinte aux contrats en cours**

### **17. - Une atteinte significative aux situations contractuelles légalement formées.**

Comme il ressort des débats parlementaires, l'atteinte que le dispositif litigieux porterait aux situations contractuelles qu'il vise est significative et se traduit de plusieurs manières. En particulier :

- elle impliquerait une **baisse de recettes significative** pour les producteurs concernés, équivalente à l'économie budgétaire réalisée ;
- elle pourrait **fragiliser de nombreux opérateurs** puisque, quand bien même la « clause de sauvegarde » produirait les effets escomptés par le gouvernement, le niveau de rentabilité des opérateurs en bénéficiant pourrait ne pas dépasser un niveau d'équilibre leur interdisant tout investissement nouveau ;
- au-delà de la situation des producteurs d'électricité photovoltaïque, les travaux parlementaires soulignent les **conséquences défavorables à l'investissement dans les énergies renouvelables**<sup>38</sup> que ce « manquement à la parole donnée » pourrait générer, tout comme l'avait déjà relevé en 2011 le Rapport « Charpin – Trink »<sup>39</sup>, et ce alors même que le gouvernement entend poursuivre une politique ambitieuse en la matière ;
- enfin, il peut être relevé que la mise en œuvre du dispositif litigieux ne manquerait pas de soulever un **abondant contentieux**, s'agissant tant de l'application de la « clause de sauvegarde » (au regard de ses conditions de mise en œuvre fondées sur des considérations subjectives : v. *supra*, § 10) que, plus généralement, de sa potentielle contrariété aux exigences

<sup>37</sup> Assemblée nationale, XVe législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de M. Charles de Courson, député.

<sup>38</sup> Les professionnels du secteur considèrent notamment que le dispositif litigieux impliquerait nécessairement une dégradation des conditions de financement pour tous les projets futurs de production d'électricité photovoltaïque, en raison d'une augmentation des niveaux de fonds propres exigés par les prêteurs, d'une augmentation des taux d'intérêt des emprunts accordés, d'une réduction de la maturité de ces emprunts et d'un accroissement des sûretés à constituer par les emprunteurs. Ils estiment qu'une telle dégradation entraînerait une augmentation du coût actualisé de la production d'énergie renouvelable pour les projets futurs d'au moins 15 % (Source : SER – chiffrage établi le 22 octobre 2020).

<sup>39</sup> J.-M. Charpin, C. Trink (prés.), *Rapport de la concertation avec les acteurs concernés par le développement de la filière photovoltaïque*, 17 février 2011. Ce rapport souligne à quel point le décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque, avait déjà, de l'avis des acteurs du secteur, conduit les banques à se montrer « très réticentes à financer les projets d'installation » et à faire que « les investisseurs se détournent du secteur » (p. 21). Le rapport relève en outre que, selon les acteurs financiers du secteur, « toute modification des tarifs d'achat sur des projets en cours de développement est perçue de manière très négative et accroît le risque de financement et donc la prime de risque associé » (id.)

tirées de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la CEDH. Or, par principe, le Conseil constitutionnel estime que c'est la prévention de ce type de contentieux qui peut constituer un motif général susceptible de justifier une atteinte aux contrats en cours<sup>40</sup>, et pas le fait de le susciter.

**18. - En conclusion, sur ce point : d'une part, le motif poursuivi par le législateur apparaît purement financier, sans que son montant exact ne soit précisément évalué. Au demeurant, même si – ce qui apparaît peu réaliste – il atteignait les montants évoqués par le gouvernement (jusqu'à 400 millions par an sur 10 ans), ces montants restent inférieurs à ceux ayant, par le passé, convaincu le Conseil constitutionnel d'admettre qu'un motif purement financier constitue un motif d'intérêt général suffisant pour justifier une atteinte au principe de la garantie des droits. D'autre part, l'atteinte aux droits des opérateurs visés par le dispositif s'avèrerait significative. La conformité du dispositif litigieux au principe de la liberté contractuelle n'apparaît donc pas assurée.**

### III. LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI ET LES CHARGES PUBLIQUES

**19. -** L'atteinte aux contrats en cours peut entraîner une violation des exigences tirées des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789<sup>41</sup>, dès lors notamment que ne sont concernés que certains opérateurs en fonction d'un seuil sans lien direct avec l'objet de la loi (A) et que, parmi les opérateurs dépassant ce seuil, certains échapperont au dispositif du fait d'un mécanisme qualifié par le gouvernement de « clause de sauvegarde », en fonction de considérations dont l'objectivité n'est pas acquise (B).

#### A. Le seuil d'application du dispositif

**20. - Le principe du contrôle des « seuils ».** Dès lors que l'application d'un dispositif législatif ayant des conséquences pécuniaires dépend d'un seuil, le Conseil constitutionnel s'assure que les « effets de seuils » qui en résultent ne soient pas excessifs et qu'en retenant un tel seuil, le législateur se fonde sur un critère en rapport avec l'objet de la loi<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2019-776 QPC, 19 avril 2019, Société Engie, cons. 6.

<sup>41</sup> Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Selon le Conseil, « 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 » (Cons. const., déc. n° 2020-861 QPC, 15 octobre 2020, Fédération nationale de l'immobilier et autre, cons. 16). Selon l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 ». Selon le Conseil, « pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose. Cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (Cons. const., déc. n° 2020-862 QPC, 15 octobre 2020, Communauté de communes Chinon, Vienne et Loire, cons. 4).

<sup>42</sup> V. not. : Cons. const., déc. n° 2016-742 DC, 22 décembre 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, paragr. 14 et 15. V. également : Commentaires sous : Cons. const., déc. n° 2017-638 QPC, 16 juin 2017, M. Gérard S., p. 8 ; Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2015-466 QPC, 7 mai 2015, Époux P., p. 5.

**21. - Le motif poursuivi par le législateur, en l'espèce.** Selon l'exposé sommaire des motifs de l'amendement gouvernemental à l'origine du dispositif litigieux, celui-ci a pour objet de « réviser pour l'avenir le tarif des contrats en cause afin de ramener leur rentabilité à un niveau correspondant à une rémunération raisonnable des capitaux. Il vise ainsi à mettre fin à une situation de rémunération excessive et sans cause issue de l'application de certains contrats d'obligation d'achat d'électricité d'origine photovoltaïque et préserver les ressources publiques et l'effort du contribuable au bénéfice de l'atteinte des objectifs environnementaux ambitieux poursuivis par le Gouvernement de la manière la plus efficiente »<sup>43</sup>.

Toutefois, pour réaliser cet objectif, le législateur a retenu un seuil conduisant à ce que le dispositif litigieux ne « s'attaque qu'aux plus gros contrats », pour paraphraser la ministre<sup>44</sup>, à savoir ceux concernant des installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts.

**22. - Le choix du seuil d'une puissance de 250 kWc.** Le seuil d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts proposé par le gouvernement puis retenu par le législateur correspond à celui posé par l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010<sup>45</sup> (tarif dit « S10 ») qui, pour la métropole continentale, opère une distinction tarifaire sur le fondement d'un tel seuil. Cette distinction est manifestement guidée par un motif de simplification administrative : selon l'arrêté, l'ensemble des installations d'une puissance inférieure au seuil bénéficient d'un tarif unique (R = 31,4 c€/kWh) tandis que les installations d'une puissance supérieure bénéficient, selon leur département d'implantation, d'un tarif compris entre 1 et 1,2 fois ce tarif, selon le niveau d'ensoleillement théorique du département<sup>46</sup>.

Ainsi, aux termes de l'arrêté du 12 janvier 2010, non seulement les distinctions tarifaires liées au seuil de 250 kilowatts ne sont pas fondées sur une différence de rentabilité théorique selon la puissance de l'installation, mais encore cet arrêté présuppose une rentabilité équivalente voire potentiellement *inférieure* des « grandes » installations dès lors que celles-ci peuvent seulement bénéficier d'un tarif d'achat équivalent ou supérieur à celui offert aux « petites ». Les travaux de la CRE valident, au demeurant, une telle approche. Dans son avis du 3 décembre 2009, la CRE compare le taux de rentabilité interne (TRI) moyen de projets d'une puissance de 3 kWc et de projets équivalents mais d'une puissance 250 kWc et estime que ces derniers bénéficient d'un TRI moyen de 9,7 % à 12,2 % tandis que les « petits » projets bénéficient quant à eux d'un TRI moyen de 15,2 %<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Projet de loi de finances n° 3360 pour 2021, Assemblée nationale (Mission visée : Écologie, développement et mobilité durables), Amendement 3369 déposé par Le Gouvernement (adopté le vendredi 13 novembre 2020).

<sup>44</sup> « 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 (...) 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 » (Assemblée nationale, XV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2020-2021, Compte rendu Intégral, Première séance du vendredi 13 novembre 2020, Après l'article 54, Intervention de la Ministre).

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Par exemple, le tarif est de 1 à 1,03 x R pour les départements du Sud Est de la France et de 1,20 x R pour la Lorraine ou le Nord-Pas-de-Calais (v. Arrêté du 12 janvier 2010, préc., Annexe 3).

<sup>47</sup> Avis de la CRE du 3 décembre 2009 sur le projet d'arrêté 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, p. 2.

Au-delà, l'absence de lien entre la puissance d'une installation et sa rentabilité théorique est attestée par plusieurs travaux d'experts.

**23. - L'absence de lien entre la puissance d'une installation et sa rentabilité théorique.** En premier lieu, la puissance d'une installation ne constitue pas, par principe, un critère pertinent de rentabilité. Cette dernière dépend en effet d'autres considérations, comme l'indique le Rapport « Charpin » de 2010 : « *il est délicat d'afficher un indicateur synthétique de rentabilité des projets photovoltaïques. L'évaluation de la rentabilité dépend en effet des caractéristiques de chaque projet : (...) la production d'énergie dépend fortement de la zone géographique, de l'orientation ou de l'inclinaison d'un toit ; (...) Les modalités de financement des projets peuvent également varier (ratio entre fonds propres et endettement) ...* »<sup>48</sup>. En particulier, « *la rentabilité des projets photovoltaïques dépend principalement du niveau d'ensoleillement et du coût des installations* »<sup>49</sup>.

En second lieu, le niveau effectif de rentabilité des installations – grandes ou petites – dépend aujourd'hui principalement de la question de savoir si le producteur est ou non le titulaire initial du contrat d'achat d'électricité. En effet, selon les statistiques communiquées aux parlementaires par les professionnels du secteur, la majorité des installations d'une puissance crête de plus de 250 kilowatts ont été acquises sur le marché secondaire. Leur niveau de rentabilité est ainsi bien inférieur dès lors que, par hypothèse, les titulaires initiaux du contrat d'achat ont cédé leurs droits au meilleur prix, réduisant d'autant le niveau de marge des acquéreurs<sup>50</sup>.

**24. - En conclusion, sur ce point : dès lors que le seuil de 250 kilowatts s'avère indifférent au niveau de rentabilité réel ou supposé des installations concernées, il n'apparaît ni objectif ni rationnel au regard de la volonté du gouvernement de « mettre fin à une situation de rémunération excessive »<sup>51</sup>, et méconnaît les exigences tirées du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques.**

## B. La « clause de sauvegarde »

**25. - La volonté du législateur d'instaurer une « clause de sauvegarde ».** Une jurisprudence nourrie, fondée sur l'article 13 de la Déclaration de 1789, défend au législateur d'instaurer des présomptions irréfragables afin d'établir une imposition dans le but de lutter

<sup>48</sup> J.-M. Charpin, A. Siné, P. Helleisen, C. Tlili, C. Trink, C. Stoffaës, *Mission relative à la régulation et au développement de la filière photovoltaïque en France*, Rapport final, IGF-CGIET, 2010, p. 15.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Comme le souligne un parlementaire : « (...) la baisse du tarif d'achat pénalisera les propriétaires actuels de ces centrales photovoltaïques, qui ont souvent acquis leurs installations auprès des investisseurs initiaux en les payant à un prix fondé sur la prévision de chiffre d'affaires provenant des contrats d'achat et de leur durée de 20 ans » (Sénat, Projet de loi de finances pour 2021, Sénat, (1ère lecture) Seconde partie, Mission Écologie, développement et mobilités durables, (n° 137, 138, 139, 142) N° II-28, 20 novembre 2020, Amendement présenté par, Mme Lavarde, au nom de la commission des finances, Article 54 *sexies* (Adopté).

<sup>51</sup> Assemblée nationale, Projet de loi de finances n° 3360 pour 2021 (Mission visée : Écologie, développement et mobilité durables), Amendement 3369 déposé par Le Gouvernement (adopté le vendredi 13 novembre 2020).



contre la fraude ou l'évasion fiscales<sup>52</sup>. Ce principe se traduit par l'exigence d'insérer dans la loi une « clause de sauvegarde »<sup>53</sup> autorisant le contribuable à prouver que son comportement répond à des motifs différents de ceux de fraude ou d'évasion que le législateur attache, par voie de présomption, au comportement visé par le dispositif fiscal en question.

En employant cette expression pour désigner le mécanisme inséré à l'alinéa 2 de l'article litigieux, les travaux préparatoires suggèrent la volonté du législateur de mettre en œuvre un dispositif de même nature, permettant aux titulaires des contrats visés par l'alinéa 1<sup>er</sup> de renverser la présomption sur laquelle repose le dispositif de révision tarifaire de l'alinéa 1<sup>er</sup> : celle selon laquelle ces contrats bénéficieraient d'une rentabilité excessive.

Toutefois, au regard de ses caractéristiques, le dispositif de l'alinéa 2 semble susceptible de violer les exigences tirées des articles 6 et 13 de la Déclaration, et ce à deux titres au moins : son manque d'objectivité et de rationalité au regard des objectifs du législateur (1) et le risque qu'il crée des effets de seuil « antiprogessifs » (2).

1) L'objectivité et la rationalité du dispositif

**26. - En premier lieu, le dispositif retenu n'apparaît pas susceptible d'atteindre l'objectif que suggère l'emploi de la notion de « clause de sauvegarde ».**

En effet, la présomption qui fonde le dispositif de l'alinéa 1<sup>er</sup> est celle d'une rentabilité « *excessive* » (auquel le dispositif permettrait de substituer une rentabilité « *normale* »). Or, pour bénéficier de la « clause de sauvegarde », les producteurs ne sont pas mis en mesure de prouver que leur rémunération n'est pas « *excessive* » (afin de renverser la présomption) mais seulement de prouver que l'application du dispositif de l'alinéa 1<sup>er</sup> menacerait leur « *viabilité économique* ».

Ainsi, la « clause de sauvegarde » ne bénéficierait pas à un producteur parvenant seulement à prouver que l'application des nouveaux tarifs le conduirait à tirer une rémunération juste suffisante pour poursuivre son activité (avec une marge et un profit proches de 0), et ce alors même que sa rémunération ne serait pas « *excessive* ». La possibilité de renverser la présomption n'est donc que partielle et, à ce titre, la « clause de sauvegarde » pourrait porter atteinte aux exigences tirées des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789.

**27. - En second lieu, les conditions de bénéfice de la « clause de sauvegarde » apparaissent, pour partie, insuffisamment objectives et rationnelles au regard de l'objet du**

---

<sup>52</sup> V. not. : Cons. const., déc. n° 2012-661 DC, 29 décembre 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (III), cons. 23 et 24 ; Cons. const., déc. n° 2014-437 QPC, 20 janvier 2015, Association française des entreprises privées et autres, cons. 9 et 10 ; Cons. const., déc. n° 2016-598 QPC, 25 novembre 2016, Société Eurofrance, paragr. 8.

<sup>53</sup> L'expression n'est pas employée par le Conseil constitutionnel, dans ses décisions. Certains Commentaires rédigés par son service juridique l'évoquent, quant à eux (v. par ex. Commentaire sous Cons. const., déc. n° 2014-437 QPC, 20 janvier 2015, p. 9 : une « "clause de sauvegarde" (...) permet au contribuable d'échapper à l'application d'un régime fiscal généralement défavorable reposant sur une présomption de fraude fiscale, en rapportant la preuve qu'il n'a pas tenté de se soustraire à l'impôt »).

texte, dans la mesure où leur application dépend notamment d'éléments extrinsèques aux opérateurs et à leurs installations.

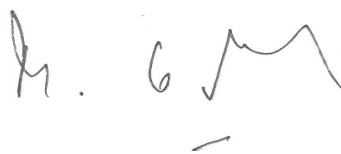
Ainsi en est-il de l'exigence que le producteur souhaitant bénéficier de la « clause de sauvegarde » prouve qu'il « *ait pris toutes les mesures de redressement à sa disposition et que les personnes qui le détiennent directement ou indirectement aient mis en œuvre toutes les mesures de soutien à leur disposition* ». En effet, à supposer cette exigence suffisamment précise, sa mise en œuvre par l'administration pourrait conduire à défavoriser certains producteurs au regard non pas de leurs caractéristiques propres, de celles de leurs installations ou de leurs comportements, ni même de leur rentabilité intrinsèque, mais des capacités financières comme du bon-vouloir de leurs actionnaires (voire des actionnaires de leurs actionnaires) – et donc de considérations sur lesquels les producteurs concernés n'ont pas prise.

2) Le risque d'effet de seuil « anti-progressif » lié à la clause de sauvegarde

**28. - Le caractère « antiprogessif » de l'effet de seuil.** En matière fiscale, le Conseil constitutionnel annule les dispositions impliquant un « effet de seuil excessif »<sup>54</sup>. Comme le résume le Commentaire publié par le Conseil sous la décision n° 2015-466 QPC : « *l'excès [peut] être constaté soit par la disproportion de la différence de traitement par rapport à la différence de situation soit par l'effet antiprogessif (inversion de l'échelle des revenus bruts et des revenus nets après impôt)* »<sup>55</sup>.

Cette jurisprudence apparaît pleinement transposable au dispositif litigieux et pourrait recouvrir une situation factuelle envisagée plus haut : celle dans laquelle un producteur ne parvenant pas à prouver que sa « viabilité économique » serait menacée (dans la mesure où il pourrait, avec la nouvelle grille tarifaire issue de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article litigieux, bénéficier d'une rentabilité minimale lui évitant le dépôt de bilan) se verrait finalement moins bien traité qu'un second producteur dont la viabilité serait menacée par l'application des nouveaux tarifs et qui, grâce à la clause de sauvegarde, pourrait potentiellement obtenir de la part des ministres un tarif lui assurant une « rémunération raisonnable » (v. *supra*, § 10) et donc, le cas échéant, supérieure à la rentabilité minimale du premier producteur. Dans cette hypothèse, après application du dispositif, l'échelle de rentabilité serait renversée, entre ces deux producteurs.

Paris, le 19 décembre 2020.



Martin COLLET

---

<sup>54</sup> V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2015-498 QPC, 20 novembre 2015, Société SIACI Saint-Honoré SAS et autres.

<sup>55</sup> Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2015-466 QPC, 7 mai 2015, Époux P., p. 6. V. not. : Cons. const., déc. n° 2012-654 DC, 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II).

**SPINOSI & SUREAU**  
SOCIÉTÉ CIVILE PROFESSIONNELLE  
D'AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION

Paris, le 21 décembre 2020

*M. Jean Maia*  
*Secrétaire général du Conseil constitutionnel*  
*2, rue de Montpensier*  
*75001 — Paris*

Monsieur le Secrétaire général,

Sollicité à cet effet par les organisations suivantes :

- La CRPNPAC (Institution de retraite complémentaire)
- Le SNPNC-FO (Organisation syndicale)
- L'UNSA PNC (Organisation syndicale)
- Le SNPL F ALPA (Organisation syndicale)
- Le SNPAC (Organisation syndicale)
- Le SCARA (Organisation patronale)
- La FNAM (Organisation patronale)

J'ai l'honneur de porter à votre connaissance les observations que suscitent à mon sens l'article 107 de la loi de finances pour 2021.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir partager les réflexions qui suivent avec les membres du Conseil Constitutionnel au titre de la « contribution extérieure ».

Vous remerciant vivement de l'attention que vous prêterez à ce document, je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, en l'assurance de ma haute considération.

**I.** – L'article 107 de la loi de finances pour 2021 vise à étendre le dispositif d'allègements de cotisations sociales patronales au régime géré par la Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (« CRPNPAC »).

À cette fin, le législateur a adopté les dispositions suivantes :

*« I. – L'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale est ainsi modifié :*

*1° Au I, après la deuxième occurrence du mot : « code », sont insérés les mots : « ou créés par la loi » ;*

*2° Au premier alinéa du VII, après la référence : « L. 922-4 », sont insérés les mots : « du présent code et à l'article L. 6527-2 du code des transports ».*

*II. – Le présent article est applicable pour les cotisations et contributions dues au titre des périodes d'activité courant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021. »*

En vertu de ces dispositions, l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale, qui porte le dispositif général d'allègement (« allègement Fillon ») dégressif entre 1 et 1,6 SMIC, inclut désormais les cotisations des employeurs à la CRPNPAC dont l'article L. 6527-2 du code des transports précise qu'elle a la nature d'une

*« [...] personne morale de droit privé à but non lucratif et remplissant une mission d'intérêt général. Elle est placée sous la tutelle du ministre chargé de la sécurité sociale. »*

Cette caisse gère donc un régime complémentaire obligatoire instauré, à l'origine, par la loi n° 51-482 du 27 avril 1951, et reposant sur la seule solidarité professionnelle. Ce régime couvre une population de 34 000 salariés actifs et 20 000 pensionnés.

**II.** – Ainsi qu'en dispose l'article 107 ici contesté, l'inclusion de ce régime complémentaire dans le champ d'application du dispositif d'allègement général dégressif des cotisations sociales patronales a vocation à s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Cette date suscite une première difficulté, d'ordre technique, compte tenu de son caractère rapproché. Or, il est bien certain que la mise en œuvre d'un dispositif aussi complexe aurait justifié, pour le moins, une application décalée.

Toutefois, cette difficulté n'est pas la plus importante. Le législateur semble avoir méconnu la nature à la fois exclusivement professionnelle et autonome du régime géré par la CRPNPAC.

Il s'agit, en effet, d'un régime par répartition, n'ayant jamais fait appel à la solidarité nationale, et dont l'assiette des cotisations se trouve, de fait, circonscrite aux salariés relevant de la profession de navigant<sup>1</sup>. Autrement dit, son équilibre financier est fragile.

Le législateur a d'ailleurs pleinement reconnu ces particularités, puisque selon l'article L. 6527-8 du code des transports,

*« L'équilibre financier du régime est assuré par ses seules ressources. Au cas où il serait constaté que les ressources sont insuffisantes pour assurer le service intégral des prestations, celles-ci seraient réduites au prorata. »*

Mais, d'autre part, en adoptant la mesure sous examen, le législateur a précisément ouvert la voie d'un possible déséquilibre financier, qui s'induit de façon mécanique de l'allègement des cotisations sociales patronales dont la constitutionnalité est ici mise en cause.

**III.** – Ce point est déterminant. Alors que les travaux parlementaires font état d'un coût de 2 millions d'euros<sup>2</sup>, c'est en réalité bien davantage qui est en jeu : l'équilibre du régime et le maintien du niveau des prestations.

---

<sup>1</sup> Article L. 6527-4 du code des transports : « la couverture des charges est assurée par des cotisations assises sur les rémunérations perçues par les personnels navigants au cours d'une année civile ».

<sup>2</sup> V. not. Assemblée nationale, rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, en nouvelle lecture, sur le projet de loi de finances pour 2021 modifié par le sénat (n° 3642).

Or, une telle atteinte portée à l'intégrité de ce régime professionnel suscite un premier élément de discussion.

Les dispositions en cause, qui n'ont été précédées d'aucune concertation, sont issues d'un amendement sénatorial, adopté en séance en première lecture, avec l'avis favorable du Gouvernement. Aussi bien, leur incidence réelle ou, du moins, suffisamment prévisible, n'a donc fait l'objet d'aucune évaluation préalable, ce qu'il faut regretter au regard des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire<sup>3</sup>.

Et ce n'est pas le seul regret que l'on doive former à l'encontre d'une mesure aussi peu opportune. L'amendement finalement adopté fait suite, en effet, à deux propositions précédentes qui prévoyaient une compensation de la perte de recettes par la création d'une taxe additionnelle.

En d'autres termes, l'amendement a donc été voté avec la ferme volonté de n'apporter aucune garantie de protection de l'équilibre financier du régime<sup>4</sup>.

**IV.** – Surtout, ces dispositions, au-delà de leur incidence de fait, apparaissent contraires à la Constitution sous différents aspects : non seulement elles sont étrangères au domaine des lois de finances, mais elles doivent aussi être regardées comme portant une atteinte disproportionnée à l'exigence de garantie des droits consacrée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'au principe constitutionnel d'égalité protégé par l'article 6 de ce texte.

---

<sup>3</sup> V. Cons. const., décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat*, cons. 3.

<sup>4</sup> On ne peut qu'être surpris que le Gouvernement y ait donné un avis favorable en considérant que l'amendement n° II-1006 *ter* était « *plus protecteur des équilibres financiers* » que les précédents (Sénat, compte-rendu de la séance du 5 décembre 2020).

**V. – En premier lieu**, l'inconstitutionnalité qui les frappe tient d'abord à la circonstance que ces dispositions sont sans lien avec la loi de finances qui les porte.

**V-1. En droit**, on sait que, conformément à l'article 47 de la Constitution, les lois de finances sont adoptées dans les conditions prévues par la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 (« LOLF »), laquelle définit le champ d'application de ce type de lois.

Sans qu'il soit même besoin d'évoquer les domaines obligatoire et exclusif, qui ne sont pas en cause ici, le 7° du II de l'article 34 de la LOLF énumère les dispositions susceptibles de figurer dans la seconde partie de la loi de finances, à savoir :

*« a) [...] des dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature qui n'affectent pas l'équilibre budgétaire ;*

*b) [...] des dispositions affectant directement les dépenses budgétaires de l'année ;*

*c) [...] les modalités de répartition des concours de l'État aux collectivités territoriales ;*

*d) Approuver des conventions financières ;*

*e) [...] toutes dispositions relatives à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques ;*

*f) [...] toutes dispositions relatives à la comptabilité de l'État et au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics. »*

En particulier, s'agissant du b) précité, on sait également que la jurisprudence constitutionnelle préserve la cohérence des lois de finances en exigeant que les dispositions qui y sont inscrites, dans une telle hypothèse, aient non seulement une « *incidence directe* » sur les

charges de l'État<sup>5</sup>, mais encore une « *incidence directe et immédiate* » sur celles-ci<sup>6</sup>.

Enfin, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle rigoureux sur les « cavaliers budgétaires », c'est-à-dire les dispositions qui ne relèvent d'aucune des catégories rattachables à l'un ou l'autre domaine des lois de finances. Aux termes du considérant de principe suivant :

« [Ces dispositions] *ne concernent ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État, qui n'ont pas trait à des impositions de toutes natures affectées à des personnes morales autres que l'État, qui n'ont pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières, qui ne sont pas relatives au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques* »<sup>7</sup>.

À cet égard, la jurisprudence constitutionnelle a précisé que les cotisations sociales ne relèvent pas de la catégorie des impositions de toute nature au sens de l'article 34 de la Constitution<sup>8</sup>.

**V-2. Au cas présent**, les dispositions de l'article 107 sous examen ne sauraient être rattachées, ni par leur objet, ni par leurs effets, à l'un des domaines des lois de finances.

---

<sup>5</sup> V. Cons. const., décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, cons. 37 ; décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 6.

<sup>6</sup> Cons. const., décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 43 et 44.

<sup>7</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 103 ; décision n° 2008-574 DC du 29 décembre 2008, *Loi de finances rectificative pour 2008*, cons. 10 à 14.

<sup>8</sup> Cons. const., décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013*, cons. 8 et 12.



Elles se rapportent à un dispositif d'allégement de cotisations sociales patronales qui n'entretient aucun lien avec le budget de l'État et portent sur des prélèvements qui n'ont pas de nature fiscale.

Aucune des catégories mentionnées au 7° du II de l'article 34 de la LOLF précité n'est en cause. Il en va notamment ainsi du *a)* susvisé, dès lors que l'article 107 ne porte aucune disposition relative à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement d'une imposition de toute nature ; il en va de même à propos du *b)*, puisque l'extension du dispositif d'allégement au régime géré par la CRPNPAC n'est pas de nature à affecter, et encore moins directement, les dépenses budgétaires de l'année.

Dans ces conditions, les dispositions contestées doivent être regardées comme étrangères à la loi de finances pour 2021. Il appartient au Conseil constitutionnel d'en tirer toutes les conséquences et de les déclarer inconstitutionnelles.

**VI.** – Mais ces dispositions, **en second lieu**, encourent de nouveau la censure à raison de leur contrariété au principe de la garantie des droits consacré à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

**VI-1.** *En droit*, l'exigence constitutionnelle de garantie des droits fait obstacle à la remise en cause, sans compensation indemnitaire, de droits nés d'une situation légalement acquise. Pour le Conseil constitutionnel :

*« 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 », mais que « il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement*

*acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »<sup>9</sup>.*

Le caractère « suffisant » de ce motif d'intérêt général doit se comprendre comme devant être porteur d'une contrainte non disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi par le législateur.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré à plusieurs reprises qu'une atteinte financièrement dommageable à la garantie des droits ne peut être jugée proportionnée qu'à la condition d'être compensée par une indemnisation appropriée.

Par exemple, il n'a validé le transfert à titre gratuit des biens ou droits des sections de commune qu'après avoir relevé :

*« Le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour les membres de la section une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ; que, dans ces conditions, ces dispositions n'affectent pas une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>10</sup>.*

Le juge constitutionnel a adopté la même position à propos de l'atteinte portée par la loi à des autorisations administratives unilatérales d'utilisation des eaux :

*« Le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où la modification ou le retrait de l'autorisation entraînerait pour son bénéficiaire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »<sup>11</sup>.*

---

<sup>9</sup> Cons. const., décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45.

<sup>10</sup> Cons. const., décision n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. [Biens des sections de commune]*, cons. 8.

<sup>11</sup> Cons. const., décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation]*, cons. 8. *Adde* Cons.

Plus encore, la jurisprudence constitutionnelle retient l'idée que, lorsque l'État a fait naître chez les sujets la conviction selon laquelle ils seront traités d'une manière déterminée, le législateur est tenu de respecter cette anticipation comme un droit. Il s'en déduit que la loi est inconstitutionnelle si elle trahit les attentes légitimes de stabilité suscitées par la collectivité publique.

Le Conseil constitutionnel juge ainsi que le législateur

« [...] 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 »<sup>12</sup>.

**VI-2. Au cas présent**, le dispositif en cause se vérifie contraire à l'exigence constitutionnelle de garantie des droits, ainsi qu'il est possible de s'en convaincre à partir des éléments suivants.

**VI-2.1 *De première part***, au regard de son objet et de sa nature, le régime de retraite complémentaire géré par la CRPNPAC appelle une protection singulière de la part du législateur qui l'a institué et qui doit lui assurer des modalités de financement adéquates.

Cette attention législative particulière ressort des termes de l'article L. 6527-8 du code des transports, dont on sait qu'il énonce en sa première phrase :

« *L'équilibre financier du régime est assuré par ses seules ressources.* »

Une telle énonciation doit être rapportée à l'article L. 6527-2 du même code instituant la CRPNPAC, dont il a été dit qu'elle est une

---

const., décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 10 à 14.

<sup>12</sup> Cons. const., décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 14.

*« [...] personne morale de droit privé à but non lucratif et remplissant une mission d'intérêt général. »*

Lues de façon combinée, ces dispositions signifient très concrètement que la gestion saine et équilibrée du régime en cause constitue un impératif d'intérêt général dont le respect a été confié à la CRPNPAC.

Celle-ci, dont l'absence de caractère lucratif résonne fortement avec la nature d'intérêt général de sa mission, est donc débitrice de l'obligation de veiller à ce que ce régime demeure équilibré, compte tenu non seulement de l'assiette par définition réduite des cotisants, mais aussi du fait que la gestion en est autonome, au sens fort du terme, c'est-à-dire sans aucun recours possible à la solidarité nationale.

Cela explique aussi que l'intérêt général tenant à l'équilibre général du régime prime nécessairement sur les droits à pension des intéressés et ayants droit.

Sous cet angle, le législateur a pris soin de tirer toutes les conséquences de la mission d'intérêt général confiée à la CRPNPAC en l'autorisant à diminuer le montant des prestations versées. La deuxième phrase de l'article L. 6527-8 susvisé pose à cette fin :

*« Au cas où il serait constaté que les ressources sont insuffisantes pour assurer le service intégral des prestations, celles-ci seraient réduites au prorata. »*

**VI-2.2** *De deuxième part*, il se déduit de ces constatations que le législateur a nécessairement entendu garantir à la CRPNPAC la possibilité matérielle de mener à bien sa mission d'intérêt général visant à maintenir l'équilibre financier du régime de retraite complémentaire dont elle a la charge.

On comprendrait mal, en effet, que le législateur, une fois le régime institué, s'en désintéresse au point de ne pas veiller à ce que l'entité gestionnaire soit en tout temps investie des moyens de réaliser l'intérêt général qui lui a été confiée.

Il résulte donc de l'objet même de cette mission d'intérêt général que le législateur a défini dans les termes précités, une garantie légale ou, à tout le moins, une attente légitime à ce que la CRPNPAC puisse remplir ses obligations dans l'intérêt général.

Le volume des ressources affectées au financement du régime de retraite complémentaire forme à l'évidence un paramètre essentiel de nature à assurer son équilibre et, constitue, par suite, l'élément premier de cette garantie étatique. Il en est le corollaire indispensable, sans lequel la CRPNPAC ne serait pas en mesure de mener à bien la mission qui lui a été confiée.

En l'espèce, le législateur a porté atteinte à cette situation légalement protégée et aux attentes qui s'en déduisent en adoptant les dispositions contestées. La soumission du régime géré par la CRPNPAC au mécanisme général d'allégement des cotisations sociales patronales entre 1 et 1,6 SMIC, entraînera un manque à gagner qui rejaillira de façon mécanique sur son équilibre financier en contradiction avec la garantie légale dont il bénéficie.

**VI-2.3** *De troisième part*, cette atteinte doit être regardée comme méconnaissant l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 dès lors qu'elle n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant.

– Sous cet angle, on ne peut qu'être surpris, *d'abord*, par l'indigence des travaux parlementaires. Ni le texte de l'amendement dont ces dispositions sont issues, ni la discussion en commission ou en séance, n'indiquent les raisons pour lesquelles cette modification a été proposée puis adoptée.

Ainsi, l'énoncé sommaire des motifs sur l'amendement n° II-1006 *ter* se borne à énoncer :

*« Cet amendement [...] propose que le secteur aéronautique puisse bénéficier pleinement, à compter de 2021, du renforcement de la réduction générale dégressive des cotisations et contributions patronales prévue à l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale, applicable aux rémunérations inférieures à 1,6 SMIC, porte également (sic)*

*sur les cotisations de retraite complémentaire dues par les employeurs. »*

Ainsi qu'on peut l'observer, aucune justification n'est mise en avant ni même évoquée.

La discussion parlementaire est aussi peu explicite. L'un des auteurs de l'amendement déclare ainsi :

*« Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la réduction générale dégressive des cotisations et contributions patronales de sécurité sociale, applicable aux rémunérations inférieures à 1,6 SMIC, porte également sur les cotisations de retraite complémentaire dues par les employeurs.*

*Cette extension ne concerne que les régimes légalement obligatoires, mais institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis. Elle ne vise donc en réalité que l'Agirc-Arrco, régime complémentaire de droit commun pour les salariés du secteur privé.*

*De ce fait, certains employeurs de salariés affiliés à des régimes obligatoires institués par la loi, qui ne peuvent pas bénéficier de l'extension du champ de la réduction générale aux cotisations de retraite complémentaire prévue par le code en vigueur, pourraient se retrouver privés du bénéfice de la compensation du CICE pour une partie de leurs salariés.*

*Cette situation ne concerne que les employeurs des salariés affiliés à la Caisse de retraite complémentaire du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile, la CRPNPAC, pour les personnes rémunérées à moins de 1,6 SMIC, soit un enjeu global estimé à moins de 2 millions d'euros. »<sup>13</sup>*

L'amendement n'est donc, en définitive, motivé que par le constat d'une situation de fait qui ne peut valoir motivation à proprement parler.

---

<sup>13</sup> Déclaration de M. Lurel, Sénat, Séance du 5 décembre 2020.

– Mais à supposer même, *ensuite*, et pour les seuls besoins de la démonstration, qu'un motif d'intérêt général soit de nature à expliquer l'extension du dispositif d'allégement des cotisations sociales patronales à la CRPNPAC, celui-ci ne saurait être regardé comme « *suffisant* » au sens de la jurisprudence constitutionnelle précitée.

En effet, la seule volonté législative ne saurait suffire à justifier l'atteinte portée à l'équilibre de ce régime de retraite complémentaire, alors que celui-ci constitue une des composantes lui imprimant un caractère d'intérêt général.

Surtout, l'atteinte économiquement dommageable à la garantie des droits ne peut être regardée comme proportionnée en l'absence de toute mesure de compensation financière. Celle-ci, on l'a vu, a été sciemment exclue par le législateur qui a ainsi fait un choix contraire à la fois à l'intérêt général porté par la CRPNPAC, mais aussi à l'exigence de garantie des droits.

Pour ces raisons, les dispositions contestées méconnaissent l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789, ce qui justifie qu'elles soient déclarées contraires à la Constitution.

**VII. – En troisième lieu**, leur contrariété à la Constitution ressort de plus fort de la méconnaissance du principe d'égalité, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789, dont elles sont porteuses.

**VII-1. En droit**, le principe constitutionnel d'égalité impose une exigence rigoureuse au législateur, puisque

« [...] *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* »<sup>14</sup>.

Le respect du principe d'égalité impose ainsi au législateur :

*« [de] fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose »*<sup>15</sup>.

En sorte que ce dernier est contraint à une cohérence particulière dans le choix des moyens réputés propres à réaliser les fins qu'il recherche<sup>16</sup>.

**VII-2.** *En l'espèce*, la contrariété au principe d'égalité de traitement se déduit de la situation particulière du régime légal géré par la CRPNPAC, dont le législateur n'a manifestement pas tenu compte.

Ainsi que cela a été rappelé plus haut, le régime de retraite complémentaire en cause a une assise exclusivement professionnelle. Il s'agit d'un régime de simple mutualisation qui ne repose pas sur un principe de solidarité étendue, à la différence des autres régimes de retraite complémentaire légalement obligatoires mentionnés à l'article L. 921-4 du code de la sécurité sociale et auxquels le dispositif d'allégement des cotisations sociales patronales a été étendu par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018.

Compte tenu de ses caractéristiques développées plus haut, le régime géré par la CRPNPAC se trouve ainsi dans une situation spéciale qui justifie, à rebours de la volonté législative, son maintien en dehors du champ d'un régime d'allégement des charges sociales dont l'incidence sur son équilibre financier et social ne peut être tenue pour comparable.

---

<sup>14</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, cons. 3.

<sup>15</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 15.

<sup>16</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 81 et 82, à propos de la taxe carbone.

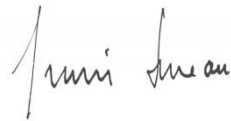


Dans ces conditions, il appartenait au législateur de prendre en considération les impératifs spéciaux tenant à la bonne gestion de ce régime pour l'exempter du champ d'application d'un dispositif général inadapté.

En outre, l'extension en cause de ce dispositif ne saurait être tenue pour justifiée au regard d'un motif d'intérêt général qu'on peine à comprendre et dont la faible intelligibilité ne peut, dès lors, justifier la mesure ici contestée.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel pourra regarder les dispositions en cause comme étant contraires au principe d'égalité garanti à l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 et les déclarer contraires à la Constitution.

Pour l'ensemble des raisons précédemment exposées, il appartient donc au Conseil constitutionnel de tirer toutes les conséquences de ces constats en déclarant les dispositions de l'article 107 contraires à la Constitution.



François Sureau

Paris, le 22 décembre 2020

***A l'attention de Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel***

**Observations du Forum Automobile, Droit & Société visant le « malus poids »**

Le présent mémoire pointe quelques-unes des difficultés d'ordre constitutionnel, non des moindres, posées par la taxation envisagée.

**1/ Une violation de l'égalité devant l'impôt**

Rappelons que par la voix de Mme Pannier-Runacher, le gouvernement a déclaré lundi 7 décembre au Sénat dans le cadre de l'examen du « malus poids » en réaction aux doutes de sénateurs sur la constitutionnalité de la mesure « malus poids » :

Agnès Pannier-Runacher, ministre déléguée :

*« Cet amendement pose la question des immatriculations qui interviendraient en tout début d'année pour un achat réalisé en fin d'année. Le délai d'immatriculation est commun à l'ensemble des Français et rien ne montre qu'il se rallonge spécifiquement en fin d'année. Il n'y a donc pas lieu de modifier la trajectoire annuelle. D'autres dispositifs fonctionnent ainsi, comme les appels à projets dans le cadre du plan de relance : nous avons fixé une date au milieu du mois de novembre dernier et nous avons laissé courir un délai jusqu'à la fin du mois. À chaque fois, les délais sont bien intégrés par les acteurs ».*

A) Une violation de l'égalité devant l'impôt qui résulte de délais non maîtrisés par l'acheteur d'un véhicule

Le SIV (service d'immatriculation des véhicules) peut non seulement traiter des dossiers en année N et d'autres en année N+1 mais, pire (!) 2 véhicules identiques relevant du même malus poids achetés le même jour peuvent se voir appliquer des délais de traitement différents !

Ces délais sont aléatoires, non maîtrisés par l'acheteur, pas plus qu'ils ne le sont d'ailleurs par l'administration fiscale.

L'administration n'étant pas en mesure de prendre en compte à la source une iniquité de traitement, cette disposition enfreint le principe d'égalité devant l'impôt a fortiori au regard des dysfonctionnements du SIV qui sont de notoriété publique et que de nombreuses questions parlementaires, rapports d'inspection et analyses de la Cour des Comptes ont pu relever ...

Voir encore, dernièrement

<https://www.ccomptes.fr/system/files/2020-02/20200225-01-Tomell-gains-de-productivite-qualite-de-services.pdf>

B) Une violation de l'égalité devant l'impôt accentuée au regard des modalités de calcul de la taxe

Deux véhicules identiques ... ne sont pas nécessairement vendus au même prix par les concessionnaires compte tenu des remises.

Le cumul s'appliquant par référence au prix de vente ... nous aurons donc, pour 2 véhicules identiques 2 taxes d'un montant différent !

Il ne s'agit ni d'égalité devant les charges publiques ... ni d'égalité devant l'émission de CO2 puisque la taxe additionnelle variera en fonction du prix et non du poids !

**2/ Une taxation en cascade enfreint manifestement les règles constitutionnelles**

Si le dispositif légal envisagé a bien prévu une taxation à un montant plafond de 50% du prix de vente de véhicule, le cumul de taxation d'un véhicule lourd et fortement émetteur de CO2 (tel que la Ford Mustang Co2 Ford Mustang V8 GT année 2020: 277g/km) nécessite de prendre en compte un cumul de taxation.

1. Le cumul de 50% ajouté à la taxe véhicules de sociétés fait ressortir une taxation de 79 % %
2. Le cumul de 50% ajouté à la taxe véhicules de sociétés ajouté lui-même à la TVA une taxation cumulée de 118 % %

soit un taux de taxation qu'aucun produit ou activité ne connaît sur le territoire français.

Un tel niveau de taxation encourt tout naturellement encourt le qualificatif de prélèvement confiscatoire posé par le Conseil Constitutionnel.

M. Pierre FRANCOIS

**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](mailto: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 2006<sup>1</sup>, du 12 janvier 2010<sup>2</sup> et du 31 août 2010.<sup>3</sup>

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.

---

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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

Sommaire

<b>I. Sur le contexte et le cadre juridique de l'article 225 de la loi de finances pour 2021</b>	<b>4</b>
II. Sur l'article 225 de la loi de finances pour 2021	10
<b>2.1. Sur la procédure de réduction du tarif d'achat</b>	<b>12</b>
<b>2.1.1. Sur le champ d'application de la procédure de réduction du tarif d'achat</b>	<b>12</b>
<b>2.1.1.1. Sur les installations concernées par la réduction du tarif d'achat</b>	<b>12</b>
<b>2.1.2. Sur les contrats d'achat</b>	<b>14</b>
<b>2.2. Sur les critères de définition de la réduction du tarif d'achat</b>	<b>14</b>
<b>2.2.1. Sur le critère de « rémunération raisonnable des capitaux »</b>	<b>14</b>
<b>2.2.2. Sur le critère tenant aux caractéristiques de l'installation</b>	<b>15</b>
<b>2.2. Sur la procédure de réclamation pour les producteurs concernés</b>	<b>15</b>
<b>III. Sur la conformité à la Constitution de l'article 225 de la loi de finances pour 2021</b>	<b>17</b>
<b>3.1. Sur l'objectif de clarté et de sincérité du débat parlementaire</b>	<b>17</b>
<b>3.2. Sur l'incompétence négative du législateur</b>	<b>18</b>
<b>3.3. Sur l'atteinte aux contrats légalement conclus</b>	<b>23</b>
<b>3.4. Sur la violation du principe d'égalité devant les charges publiques</b>	<b>28</b>
<b>Conclusion</b>	<b>33</b>

## 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'électricité<sup>4</sup> :

*« 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.<sup>5</sup>

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*

---

<sup>4</sup> 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

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie,<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Ce décret n°2000-

---

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>
- 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.<sup>10</sup>
- 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°

---

<sup>7</sup> 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

<sup>8</sup> 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

<sup>9</sup> 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

<sup>10</sup> 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 2010<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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°3369<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Lors de cette séance, le problème de la conformité à la Constitution

---

<sup>11</sup> 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

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

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

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

de ces nouvelles dispositions a été débattu à plusieurs reprises<sup>15</sup> 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 Sénat<sup>16</sup> 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.

---

<sup>15</sup> Sous-amendements n°3550 et 3560

<sup>16</sup> <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<sup>o</sup> 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 »<sup>17</sup>*

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).

---

<sup>17</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, n°2006-540 DC

Ainsi, il y a 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 2000<sup>18</sup>, 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 :

---

<sup>18</sup> 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 2012<sup>19</sup>, 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 1998<sup>20</sup>, 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 2013<sup>21</sup>, 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 :*

---

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

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

<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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

---

<sup>22</sup> 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'environnement<sup>23</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, 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'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.<sup>24</sup> 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*

---

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

<sup>24</sup> 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 ; »<sup>25</sup>*

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 »* :

---

<sup>25</sup> 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 2016<sup>26</sup>, 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 créé 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

---

<sup>26</sup> 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

