



Commentaire

Décision n° 2019-791 DC du 7 novembre 2019

Loi relative à l'énergie et au climat

La loi relative à l'énergie et au climat a été définitivement adoptée par le Parlement le 26 septembre 2019.

Le 7 octobre 2019, le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de soixante sénateurs du groupe « Socialiste et républicain » qui contestaient les paragraphes III et IV de l'article 62 de cette loi.

Le paragraphe III modifie l'article L. 336-2 du code de l'énergie pour porter à 150 térawattheures par an le volume global maximal d'électricité nucléaire historique qu'Électricité de France (EDF) peut être tenue d'offrir à la vente aux autres fournisseurs d'électricité. Le paragraphe IV réécrit l'article L. 337-16 du même code afin de prévoir que la révision du prix de l'électricité cédée dans ce cadre pourra prendre en compte l'inflation et l'évolution du volume global maximal d'électricité en cause.

Dans sa décision n° 2019-791 DC du 7 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à l'article L. 336-2 du code de l'énergie par le paragraphe III de l'article 62 de la loi déferée. Il a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 337-16, dans sa rédaction résultant du paragraphe IV de ce même article 62, sous la réserve qu'il n'autorise pas l'autorité ministérielle à arrêter un prix de l'électricité qu'EDF peut être tenue de vendre sans suffisamment prendre en compte les conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires.

I. – Présentation des dispositions contestées et des griefs des requérants

* La loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité a créé le dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) qui été codifié aux articles L. 336-1 à L. 336-10 et L. 337-13 à L. 337-16 du code de l'énergie. Ce dispositif a pour objet de permettre aux fournisseurs alternatifs d'électricité d'accéder, jusqu'au 31 décembre 2025 et sous la forme d'un droit d'option qu'ils sont libres d'exercer, à la production du parc nucléaire historique d'EDF, en contraignant cette dernière entreprise à leur offrir un volume d'électricité nucléaire à un prix fixé par la puissance publique.

L'objectif est de permettre à la concurrence de s'exercer sur le marché de la fourniture d'électricité dans un contexte où l'opérateur historique, EDF, conserve une position dominante dans la production d'électricité. Il s'agit notamment, d'une part, d'assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité et, d'autre part, de faire bénéficier l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc nucléaire français, c'est-à-dire de faire en sorte que l'investissement des Français dans la construction de ce parc bénéficie à tous les consommateurs, quel que soit leur fournisseur.

Ainsi, l'article L. 336-2 du code de l'énergie prévoit que le volume maximal d'électricité pouvant être cédé est fixé, dans la limite de cent térawattheures par an, par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), en fonction notamment du développement de la concurrence sur les marchés de la production d'électricité et de la fourniture de celle-ci à des consommateurs finals.

L'article L. 337-13 du même code dispose que le prix de l'électricité ainsi cédée est arrêté par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie. L'article L. 337-14 prévoit que, pour assurer une juste rémunération à EDF, le prix, réexaminé chaque année, est représentatif des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires sur la durée du dispositif et que ce prix tient compte de la rémunération des capitaux prenant en compte la nature de l'activité, des coûts d'exploitation, des coûts des investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée de l'autorisation d'exploitation et des coûts prévisionnels liés aux charges pesant à long terme sur les exploitants d'installations nucléaires. L'article L. 337-15 dispose que les méthodes d'identification et de comptabilisation de ces coûts sont précisées par décret en Conseil d'État.

* Les dispositions contestées de l'article 62 de la loi déferée apportent plusieurs modifications à ce dispositif.

En premier lieu, le paragraphe III de cet article modifie l'article L. 336-2 du code de l'énergie pour prévoir que le volume global maximal d'électricité nucléaire historique qu'EDF peut être tenue de céder annuellement, d'une part, peut, à compter du 1^{er} janvier 2020, atteindre cent-cinquante térawattheures par an et, d'autre part, est déterminé en fonction également de l'objectif de contribuer à la stabilité des prix pour le consommateur.

En deuxième lieu, le paragraphe IV de ce même article 62 modifie l'article L. 337-16 du code de l'énergie afin de prévoir que, jusqu'à l'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État déterminant les méthodes d'identification et de comptabilisation

des coûts, le prix de l'électricité cédée dans le cadre de l'ARENH est arrêté par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie après avis motivé de la CRE et que peuvent être prises en compte pour réviser ce prix, notamment, l'évolution de l'indice des prix à la consommation et celle du volume global maximal d'électricité nucléaire historique.

Ces modifications sont issues d'un amendement du Gouvernement adopté en premier lecture, que son exposé sommaire justifie ainsi : « *le développement de la concurrence sur le marché de détail et des prix de marché durablement supérieurs au prix réglementé ont conduit la demande d'Arenh à excéder ce plafond de 100 TWh lors du guichet du 21 novembre 2018. Ce dépassement du plafond conduit à écrêter les volumes alloués aux fournisseurs éligibles, et à en répliquer l'effet dans la construction du tarif réglementé de vente de l'électricité, avec un impact sur la formation du niveau du tarif réglementé et sur une large part des offres de marché du segment de détail. [...] Les conditions actuelles du marché conduisent à examiner un relèvement du plafond au-delà du plafond de 100 TWh actuellement fixé dans la loi dans un contexte de développement de la concurrence, et, de manière coordonnée, la question du prix d'accès régulé au nucléaire historique. En effet, le prix, fixé lors de la mise en place du dispositif de sorte à être représentatif des conditions économiques d'exploitation du parc nucléaire historique, n'a pas pu être modifié depuis début 2012 en l'absence d'approbation de la Commission européenne sur un projet de décret précisant les méthodes d'identification et de comptabilisation des coûts mentionnés aux articles L. 337-14 et L. 337-15 du code de l'énergie. L'absence totale d'évolution du prix, et notamment de prise en compte de l'inflation, génère pour EDF un impact croissant avec le temps* ».

* Les requérants faisaient valoir que les paragraphes III et IV de l'article 62 de la loi méconnaissaient le principe d'égalité devant la loi au motif que la différence de traitement que ces dispositions maintiennent entre EDF, tenue de céder une partie de son électricité nucléaire à un prix déterminé, et les autres fournisseurs n'est plus justifiée dès lors que l'objectif d'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité a été atteint. Ils faisaient également valoir qu'en contraignant EDF à céder aux autres fournisseurs d'électricité jusqu'à cent-cinquante térawattheures par an d'électricité nucléaire historique à un prix déterminé par arrêté, ces dispositions méconnaissaient la liberté d'entreprendre.

II. – Analyse de constitutionnalité

Dans la décision ici commentée, le Conseil constitutionnel a centré sa réponse aux requérants sur le grief tiré de la liberté d'entreprendre, qui était le plus sérieux.

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de liberté d’entreprendre

La liberté d’entreprendre résulte de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789.

La jurisprudence la protège dans ses deux composantes traditionnelles : la liberté d’accéder à une profession ou une activité économique¹ et la liberté dans l’exercice de cette profession et de cette activité². Au titre de cette seconde composante, le Conseil a reconnu la liberté d’embaucher en choisissant ses collaborateurs³, de licencier⁴, de fixer ses tarifs⁵ ou de faire de la publicité commerciale⁶.

Toutefois, la liberté d’entreprendre peut être limitée. Le Conseil juge ainsi qu’« *il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre, qui découle de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen 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* »⁷.

La liberté d’entreprendre peut ainsi être limitée au nom d’un objectif de valeur constitutionnelle tel que le droit de disposer d’un logement décent⁸, pour des raisons d’ordre public⁹, de protection de la santé¹⁰, au nom des droits sociaux résultant du Préambule de 1946¹¹ ou pour certains motifs d’intérêt général, comme, par exemple, le développement de laboratoires de biologie médicale intégrés aux établissements de santé et la mutualisation de leurs moyens¹², la

¹ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l’initiative économique (Conditions d’exercice de certaines activités artisanales)*.

² Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d’affiliation à une corporation d’artisans en Alsace-Moselle)*, cons. 7.

³ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 22.

⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 50.

⁵ Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, cons. 21 (à propos des critères d’homologation des tarifs conventionnels ayant pour but de maîtriser l’évolution des dépenses de santé).

⁶ Décisions nos 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 12 et 13 et 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme*, cons. 15.

⁷ Décision nos 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l’archéologie préventive*, cons. 14’.

⁸ Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *Société SAUR SAS (Interdiction d’interrompre la distribution d’eau dans les résidences principales)*, cons. 4 à 10.

⁹ Décision n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C. (Incapacité et interdiction d’exploiter un débit de boissons)*, cons. 7.

¹⁰ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011 précitée, cons. 3 à 8 ; décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe (Suspension de la fabrication, de l’importation, de l’exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du bisphénol A)*.

¹¹ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA (Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle)*, cons. 6 à 8.

¹² Décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS (Tarif des examens de biologie médicale)*, cons. 6.

protection de l'environnement¹³ ou, en matière de concurrence, la préservation de l'ordre public économique¹⁴ ou la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales¹⁵.

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les atteintes ou les limitations de la liberté d'entreprendre a subi une lente évolution qui va dans le sens de son renforcement. Toutefois, ce contrôle demeure restreint. Il se limite à un contrôle de la disproportion manifeste¹⁶, le Conseil reconnaissant en ce domaine une large marge d'appréciation au législateur.

Par exemple, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution des dispositions qui autorisaient les conseils généraux à moduler les prix de vente du tabac dans les départements d'outre-mer en fonction du prix de vente au détail déterminé pour la France continentale. Il a considéré « *qu'en permettant que soit fixé un minimum de prix de vente des produits du tabac et en encadrant la détermination de ce minimum par les conseils généraux, le législateur a assuré une conciliation, qui n'est pas manifestement déséquilibrée, entre l'exercice de la liberté d'entreprendre et les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à "la protection de la santé" »*¹⁷.

Dans le cadre du contrôle de dispositions restreignant la liberté de fixation des prix, le Conseil constitutionnel a également pu retenir des objectifs de politique économique. Ainsi, dans sa décision relative à « *l'écotaxe poids lourd* », il a considéré que « *La majoration forfaitaire du prix de la prestation de transport apporte à la liberté de fixation des prix de cette activité une atteinte qui ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif de politique économique poursuivi par le législateur à l'égard du secteur du transport routier de marchandises* »¹⁸. En imposant que le prix de la prestation de transport routier de marchandises contractuellement défini fasse l'objet d'une majoration forfaitaire pour répercuter une taxe acquittée par le transporteur, le législateur a entendu « *corriger* » les effets de cette taxe sur un secteur économique fragilisé, taxe qui, elle-même, poursuit des objectifs environnementaux.

¹³ Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC (Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – abrogation des permis de recherches)*, paragr. 12.

¹⁴ Décisions n°s 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 5 et 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 11.

¹⁵ Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II)*, paragr. 13.

¹⁶ Décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 24 à 36 et n° 2001-455 DC précitée, cons. 43 à 50.

¹⁷ Décision n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Société Distrivit et autres (Droit de consommation du tabac dans les DOM)*, cons. 16.

¹⁸ Décision n° 2013-670 DC du 23 mai 2013, *Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports*, cons. 14.

En matière de liberté de la concurrence, dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, s'il a censuré les dispositions instituant un pouvoir d'injonction structurelle conféré à l'Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur avait poursuivi un objectif d'intérêt général : « *en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs* »¹⁹. Il a toutefois considéré que ces dispositions portaient une atteinte manifestement disproportionnée dès lors que « *d'une part, [elles] peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire* ».

Dans la décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, en revanche, le Conseil n'a pas admis le motif de protection du consommateur qui était avancé en défense et il a donc censuré pour violation de la liberté d'entreprendre des dispositions interdisant certains modes de tarification pour la détermination du prix des prestations que les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle des voitures avec chauffeur proposent aux consommateurs lors de la réservation préalable (les modes de tarification en cause étant, eux, légalement admis pour les taxis)²⁰.

Dans la décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, le Conseil a admis certaines atteintes portées à la liberté d'entreprendre par des dispositions instaurant un contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie. Il a revanche censuré un dispositif renforcé de réglementation des prix, qui accordait au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de larges prérogatives de contrôle des prix des produits et des services, qui pouvaient être mises en œuvre à des conditions peu exigeantes et sans limitation suffisante de durée, portant ainsi à la liberté d'entreprendre une

¹⁹ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 32.

²⁰ Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre (Voitures de transport avec chauffeur - Interdiction de la « maraude électronique » - Modalités de tarification - Obligation de retour à la base)*, cons. 20.

atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de protection des consommateurs contre l'inflation²¹.

B. – L'application à l'espèce

Après avoir classiquement rappelé qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (paragr. 4), le Conseil constitutionnel a jugé que la possibilité de porter à cent-cinquante térawattheures le volume maximal d'électricité nucléaire historique qu'EDF peut être tenue d'offrir annuellement à la vente aux autres fournisseurs d'électricité à un prix déterminé par arrêté, porte atteinte à la liberté d'entreprendre d'EDF (paragr. 5).

Placé devant une telle atteinte, le Conseil constitutionnel s'est ensuite attaché à examiner les motifs.

À cet égard, et après avoir constaté qu'EDF dispose d'un monopole de production de l'électricité nucléaire en France, le Conseil constitutionnel a indiqué que *« l'obligation qui lui est imposée d'offrir à la vente aux autres fournisseurs d'électricité un volume d'électricité nucléaire historique à un prix déterminé a pour objet, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture d'électricité, de faire bénéficier l'ensemble des fournisseurs et leurs clients de la compétitivité du parc nucléaire français. En portant à cent-cinquante térawattheures le volume maximal d'électricité, le législateur a entendu éviter la situation où les fournisseurs, faute d'accéder au volume d'énergie nucléaire nécessaire pour fournir leurs clients, seraient contraints d'acquérir sur le marché une électricité plus chère entraînant ainsi un renchérissement des prix pour le consommateur final »* (paragr. 6). Le Conseil a alors jugé que *« le législateur, qui a entendu assurer un fonctionnement concurrentiel du marché de l'électricité et garantir une stabilité des prix sur ce marché, a poursuivi un objectif d'intérêt général »* (même paragr.).

Enfin, le Conseil a vérifié que l'atteinte à la liberté d'entreprendre d'EDF n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Le Conseil constitutionnel a considéré que le dispositif de l'ARENH présentait, à ce titre, plusieurs garanties. Il a ainsi relevé, en premier lieu, que le dispositif est transitoire, en ce qu'il est applicable jusqu'à la fin 2025 (paragr. 7), en deuxième lieu, que le volume d'électricité nucléaire qu'EDF peut être tenu de céder est déterminé, dans la limite du plafond annuel de cent-cinquante térawattheures, de

²¹ Décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, *Société Magenta Discount et autre (Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie)*, paragr. 33 à 37.

façon strictement proportionnée aux objectifs de développement de la concurrence sur les marchés de la production d'électricité et de fourniture de celle-ci aux consommateurs ainsi que de contribution à la stabilité des prix (paragr. 8) et, en troisième lieu, que le dispositif comporte un mécanisme de complément de prix de nature à protéger EDF des demandes excessives d'achat d'électricité nucléaire historique (paragr. 9).

Concernant la détermination du prix auquel est cédée l'électricité nucléaire historique aux autres fournisseurs, le Conseil a observé que ce prix, fixé sur proposition de la CRE, doit en principe être représentatif des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires afin d'assurer une juste rémunération à EDF et, qu'à cet égard, il doit intégrer la rémunération des capitaux prenant en compte la nature de l'activité, les coûts d'exploitation, les coûts des investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée de l'autorisation d'exploitation et les coûts prévisionnels liés aux charges pesant à long terme sur les exploitants d'installations nucléaires de base (paragr. 10).

Toutefois, le Conseil a relevé que l'article L. 337-16 du code de l'énergie, dans sa rédaction résultant de la loi déferée, prévoit que, jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires devant préciser les méthodes d'identification et de comptabilisation de ces coûts, le prix de l'électricité est, par dérogation, arrêté par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie après avis de la CRE, sans garantie particulière quant à la fixation de son montant. En effet, le dispositif transitoire se borne à permettre, pour la révision de ce prix, la prise en compte éventuelle de l'évolution de l'indice des prix à la consommation et de celle du volume global maximal d'électricité nucléaire historique pouvant être cédé (paragr. 11).

Constatant que ces dispositions ne prévoient aucune autre modalité de détermination du prix, le Conseil a en conséquence formulé une réserve d'interprétation selon laquelle ces dispositions transitoires *« ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, autoriser les ministres chargés de l'énergie et de l'économie à arrêter un prix sans suffisamment tenir compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires »* (paragr. 11).

Ainsi, le Conseil admet que, jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires sur l'identification et la comptabilisation des coûts, le prix soit arrêté par les ministres chargés de l'énergie et de l'économie après avis de la CRE à la condition que, pour la détermination de ce prix, il soit suffisamment tenu compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires.

Après avoir rapidement écarté l'autre grief, fondé sur le principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « *et dans l'objectif de contribuer à la stabilité des prix* » et « *jusqu'au 31 décembre 2019 et 150 térawattheures par an à compter du 1^{er} janvier 2020* » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 336-2 du code de l'énergie, dans sa rédaction résultant du paragraphe III de l'article 62 de la loi déferée, ainsi que, sous la réserve d'interprétation précitée, l'article L. 337-16 du même code, dans sa rédaction résultant du paragraphe IV du même article 62.