

**OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
SUR LA LOI RELATIVE A L'ENERGIE ET AU CLIMAT**

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante sénateurs contre la loi relative à l'énergie et au climat. Ce recours, qui critique uniquement le 2° du III de l'article 62 de cette loi, appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

1. L'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) a été créé par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, conformément aux préconisations du rapport remis par la commission présidée par M. Champsaur en 2009.

Une double finalité lui est assignée par l'article L. 336-1 du code de l'énergie.

En premier lieu, l'ARENH est conçu pour **faire bénéficier l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français et contribuer à l'attractivité du territoire**. Il permet de faire profiter les fournisseurs d'électricité et donc, dans un marché concurrentiel, les consommateurs finaux, de conditions d'approvisionnement reflétant les coûts de production moyens du parc français et non exclusivement les prix de gros de l'électricité, qui résultent du jeu de l'offre et de la demande sur le marché européen interconnecté et correspondent, en principe, au coût marginal de production de la centrale thermique en fonctionnement la moins performante. Or le coût de production de l'électricité nucléaire en France présente le double avantage compétitif d'être tendanciellement inférieur à celui de l'électricité d'origine thermique et d'être relativement stable, alors que le coût de l'électricité produite par les centrales thermiques est étroitement dépendant des prix des combustibles et des quotas de dioxyde de carbone, qui sont volatils. L'ARENH permet ainsi de faire bénéficier le consommateur de ce double atout que constituent des coûts modérés et relativement stables.

En second lieu, et corrélativement, l'ARENH a pour objectif d'**assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité**. Ce dispositif a en effet été initialement conçu pour accompagner l'ouverture à la concurrence de l'activité de fourniture d'électricité en permettant aux fournisseurs alternatifs d'accéder à une partie de l'électricité produite par le parc nucléaire historique, c'est-à-dire les centrales nucléaires d'Electricité de France (EDF) mises en service avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 décembre 2010, jusqu'au 31 décembre 2025, dans des conditions économiques équivalentes à celles résultant pour EDF de l'utilisation de ces centrales, c'est-à-dire à un prix régulé. Cet accès permet à ces fournisseurs de proposer des offres compétitives sur le plan tarifaire avec celles qu'EDF est susceptible de proposer, notamment les tarifs réglementés de vente de l'électricité qui reflètent en partie le prix de l'ARENH. En l'absence d'un tel dispositif, l'ampleur des avantages concurrentiels qu'EDF tire de son parc nucléaire aurait entravé l'émergence de nouveaux opérateurs et altéré le fonctionnement du marché de la fourniture d'électricité en faisant obstacle à la contestabilité des offres proposées par EDF.

Il y a lieu d'observer que la Commission européenne s'est expressément fondée sur la mise en place de ce mécanisme favorable à la libéralisation du marché de la fourniture d'électricité pour clôturer la procédure qu'elle avait engagée à l'encontre de la France à raison des tarifs réglementés (verts et jaunes) qu'elle a analysés comme des aides d'Etat (décision du 12 juin 2012 concernant l'aide d'Etat SA.21918 (C 17/07) mise à exécution par la France – Tarifs réglementés de l'électricité en France, 2012/C 398/05).

2. La loi encadre la fixation des deux paramètres essentiels de l'ARENH.

2.1. En premier lieu, l'article L. 336-2 du code de l'énergie prévoit que le **volume global maximal d'électricité nucléaire historique** pouvant être cédé dans ce cadre est déterminé par arrêté ministériel 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 et de la fourniture d'électricité. Le 1^o du III de l'article 62 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel y ajoute l'objectif de contribuer à la stabilité des prix pour le consommateur final.

Le deuxième alinéa du même article L. 336-2 prescrit aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie de proportionner strictement le volume maximal aux objectifs poursuivis, et fixe un plafond de 100 térawattheures (TWh) par an, que le 2^o du III de l'article 62 de la loi déferée porte à 150 TWh par an à compter du 1^{er} janvier 2020. Chaque fournisseur se voit allouer des droits à l'ARENH calculés par la CRE en fonction des prévisions de consommation qu'il présente. En cas de surévaluation des volumes, constatée par la différence entre les droits alloués et la consommation constatée des consommateurs finaux, un mécanisme de complément de prix permet l'indemnisation d'EDF par le fournisseur concerné, dans les conditions prévues à l'article L. 336-5 du code de l'énergie, que la loi déferée modifie également afin de garantir le bon fonctionnement du dispositif. Si le cumul des demandes émanant des fournisseurs excède le volume global maximal fixé par arrêté ministériel, le deuxième alinéa de l'article L. 336-3 de ce code prévoit une répartition entre eux par la CRE, afin de permettre le développement de la concurrence sur l'ensemble des segments du marché de détail.

2.2. En second lieu, le **prix de l'électricité cédé dans le cadre de ce dispositif** doit être fixé, conformément à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 336-2 du code de l'énergie, de telle sorte que « *les conditions d'achat reflètent les conditions économiques de production d'électricité* » par le parc nucléaire historique d'EDF.

L'article L. 337-14 du même code précise cette exigence en prévoyant que ce tarif, réexaminé chaque année, doit être « *représentatif des conditions économiques de production d'électricité* » pour la durée du dispositif, soit jusqu'au 31 décembre 2025, afin d'« *assurer une juste rémunération à Electricité de France* ». A cette fin, il prescrit aux ministres, chargés d'en fixer le montant sur proposition de la CRE en vertu de l'article L. 337-13 de ce code, de tenir compte de l'addition de quatre catégories de coûts : 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 (notamment les coûts de démantèlement).

L'article L. 337-15 du code de l'énergie renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser la méthodologie de calcul des coûts énumérés à l'article L. 337-14. Ce décret n'a toutefois pas été édicté à ce jour.

Dans l'attente de l'édiction de ce décret, le IV de l'article 62 de la loi contestée a organisé un régime transitoire qui figurera à l'article L. 337-16 du code de l'énergie. Il y a lieu de préciser que cet article, qui s'applique, selon ses termes, « *par dérogation aux articles précédents* », ne doit pas se comprendre comme écartant l'ensemble des autres dispositions du chapitre VII du titre III du livre III de la partie législative du code de l'énergie au cours de la période transitoire, mais comme posant des règles particulières régissant la fixation du prix de l'ARENH pendant la période transitoire, nonobstant toutes dispositions contraires de ce chapitre. Les dispositions de cet article, dans sa rédaction issue de la loi déferée, dérogent donc uniquement :

- à l'article L. 337-13 du même code, qui prévoit que le prix de l'ARENH est en principe fixé sur proposition de la CRE, le cas échéant avec l'approbation tacite des ministres compétents, et non par les ministres après avis de la CRE, comme le prévoit l'article L. 337-16 ;
- à l'article L. 337-14 de ce code, en tant qu'il ne prévoit pas la révision du prix en fonction de l'inflation et du volume global maximal fixé par arrêté ministériel, expressément permise par l'article L. 337-16 au cours de la période transitoire. En revanche, les dispositions de l'article L. 337-14 prévoyant une juste rémunération d'EDF sur la base des coûts qu'il énumère s'imposent aux ministres dans la fixation du prix de l'ARENH au cours de la période transitoire ;
- et à l'article L. 337-15 de ce code, qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser la méthodologie de calcul de l'ARENH.

Il y a lieu de rappeler que l'article L. 337-16 du code de l'énergie dans sa version actuelle, issu du VII de l'article 4-1 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, avait prévu une période transitoire comparable s'achevant le 7 décembre 2013. En application de ces dispositions, le prix de l'ARENH a été fixé en dernier lieu à 42 euros par mégawattheure par un arrêté interministériel en date du 17 mai 2011. Ce prix résulte des travaux d'expertise des coûts de production d'EDF par la seconde commission présidée par M. Champsaur, qui avait proposé un prix compris entre 39 et 40 euros par mégawattheure, auquel ont été ajoutés deux euros par mégawattheure au titre des travaux de sécurisation du parc nucléaire faisant suite à l'accident de Fukushima. Le nouvel article L. 337-16 du code de l'énergie ouvrira la possibilité d'une révision de ce prix, sans attendre l'édiction du décret prévu à l'article L. 337-15.

3. Tout en rappelant leur attachement à ce dispositif, les auteurs de la saisine soutiennent en premier lieu que le relèvement du plafond légal du volume maximal d'électricité pouvant être cédé dans ce cadre, prévu par le 2° du III de l'article 62 de la loi déferée, méconnaîtrait la **liberté d'entreprendre** en raison des contraintes excessives qu'il ferait peser sur EDF.

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la liberté d'entreprendre, qui n'est ni générale, ni absolue (décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, cons. 51), peut faire l'objet de 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 (décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 18 ; décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, cons. 3).

3.1. En premier lieu, la restriction à la liberté d'entreprendre qui résulte, pour EDF, du relèvement du plafond légal du volume maximal pouvant être cédé dans le cadre de l'ARENH est justifiée par des **motifs d'intérêt général**.

Il y a lieu de rappeler qu'une telle atteinte peut être justifiée par la préoccupation d'assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés (décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, cons. 11), celle d'assurer un équilibre des relations commerciales (décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, cons. 5) ou encore le souci d'assurer l'égalité entre établissements d'une même profession (décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, cons. 4 et 5). L'ouverture d'un droit d'accès aux décodeurs et guides électroniques de programmes au bénéfice des éditeurs de services de télévision, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, ne porte pas une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'entreprendre en raison de l'intérêt général s'attachant à la diversification de l'offre de programmes et à la liberté de choix des utilisateurs que la mesure permet, et du caractère limité des contraintes techniques imposées aux distributeurs (décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 20). De même, une disposition obligeant certains distributeurs de services audiovisuels à mettre à disposition de leurs abonnés les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale peut être justifiée par l'objectif de maintenir et favoriser le développement de ces services publics locaux (décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, cons. 1, 4 et 7 à 9). Enfin, la majoration forfaitaire du prix d'une prestation, qui affecte la liberté de fixation des prix, peut être admise au regard de « *l'objectif de politique économique poursuivi par le législateur* » dans le secteur considéré (décision n° 2013-670 DC du 23 mai 2013, cons. 14).

La mesure critiquée par les auteurs de la saisine se justifie à titre principal par **l'objectif d'intérêt général de stabilité des prix de l'électricité pour les consommateurs finaux**, que rappellera expressément l'article L. 336-2 du code de l'énergie dans sa rédaction résultant du 1^o du III de l'article 62 de la loi déferée. Cet objectif s'inscrit dans la finalité du dispositif de l'ARENH consistant à faire « *bénéficiaire (...) l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français* ».

Il suffit, pour s'en convaincre, de constater les effets du plafonnement à 100 TWh lors du « guichet » ouvert aux fournisseurs d'électricité pour l'année 2019. Le développement de la concurrence sur le marché de détail et des prix de marché durablement supérieurs au prix de l'ARENH ont en effet conduit à une demande largement supérieure à ce plafond au titre de cette année, à hauteur de 133,6 TWh. La CRE a donc été contrainte de procéder à un écrêtement, qui a conduit à servir les fournisseurs alternatifs d'électricité à hauteur d'environ 75 % des demandes qu'ils avaient formulées. Ces derniers ont donc dû, dans des délais très brefs, s'approvisionner, pour le quart restant, sur le marché de gros, où le prix moyen s'établissait à près de 60 euros par mégawattheure - contre 42 euros pour l'ARENH - avec pour effet de **renchérir les coûts d'approvisionnement** d'environ 10 %. Au total, la proportion d'électricité au tarif ARENH dont ont pu bénéficier *in fine* les consommateurs s'est réduite de 70 % à 53 % par l'effet du plafond légal de 100 TWh, induisant mécaniquement une **hausse significative de la facture d'électricité**, aussi bien pour les clients en offre libre que ceux qui bénéficient des tarifs réglementés, dont le montant inclut, outre le prix de l'ARENH, celui du coût du complément d'approvisionnement au prix de marché en vertu de l'article L. 337-6 du code de l'énergie, et qui répliquent les contraintes des fournisseurs alternatifs afin d'assurer leur contestabilité. Comme l'indique la CRE dans sa délibération n° 2019-028 du 7 février 2019 portant proposition des tarifs réglementés de vente d'électricité, le surcoût moyen pour le consommateur lié au rationnement de l'ARENH s'est élevé à 3,3 euros par mégawattheure hors taxes, soit 40 % de la hausse des tarifs réglementées appliquée au 1^{er} juin 2019.

Il y a lieu enfin d'observer que la mesure critiquée contribue aussi à **garantir la liberté de choix du fournisseur d'électricité** dès lors qu'elle réduit le risque que les fournisseurs alternatifs soient excessivement rationnés dans l'accès à l'électricité issue du parc nucléaire d'EDF. Elle favorise ainsi l'exercice par ces opérateurs alternatifs de la liberté d'entreprendre qui leur est constitutionnellement garantie. Il ressort d'ailleurs des échanges entre la France et la Commission européenne ayant précédé la décision du 12 juin 2012 mentionnée au point 1 que cette dernière estimait que le plafond de 100 TWh par an constituait à cet égard un minimum. La France s'est engagée, par un courrier du 15 septembre 2009 du Premier ministre à la Commission européenne, à relever ce plafond en cas de dépassement répété ou si la concurrence se développait de manière déséquilibrée entre les segments, conduisant à un niveau insuffisant de contestabilité, notamment sur le marché de masse.

3.2. En second lieu, la restriction à la liberté d'entreprendre d'EDF qui résulte de la mesure critiquée est **proportionnée aux considérations d'intérêt général qui la justifient**.

D'une part, comme l'a montré le précédent du « guichet » pour 2019 évoqué au point 3.1., la demande des fournisseurs alternatifs peut être significativement supérieure à 100 TWh et le sera d'autant plus que la concurrence continuera de se développer sur le marché de la fourniture d'électricité. Le nouveau plafond de 150 TWh permet d'anticiper cette trajectoire de consommation à un horizon cohérent avec l'échéance du dispositif de l'ARENH, prévue le 31 décembre 2025. La mesure porte de 25 % à environ 37,5 % la part de la production d'électricité issue du parc nucléaire historique d'EDF susceptible de relever du dispositif de l'ARENH. Compte tenu des autres modes de production d'électricité par EDF (hydroélectricité, centrales thermiques...), **près de 78 % de la production française d'électricité totale d'EDF continuent d'échapper au champ d'application de l'ARENH**.

D'autre part, la loi se borne à fixer un **plafond** à l'intérieur duquel le volume maximal annuel relevant de l'ARENH doit être fixé par les ministres, dans le respect du principe de stricte proportionnalité aux objectifs poursuivis résultant de l'article L. 362-2 du code de l'énergie. Or d'une part il appartient au juge administratif, saisi d'un recours dirigé contre l'arrêté fixant ce volume maximal, de contrôler le respect de ce principe, si sa méconnaissance est invoquée. D'autre part, les fournisseurs d'électricité ne sont pas tenus d'acheter l'électricité relevant du dispositif. Dans le cas où le prix du marché de gros s'établit à un niveau inférieur à celui du prix de l'ARENH, ils n'ont aucun intérêt à le faire. Tel a été le cas en 2016, année au cours de laquelle la demande d'ARENH a été nulle. Le dispositif n'est donc contraignant pour EDF que pour autant que les prix du marché de gros excèdent celui de l'ARENH.

Enfin, les dispositions législatives qui encadrent la fixation du **prix de l'ARENH**, rappelées au point 2.2, font obstacle à ce qu'EDF soit contrainte, dans le cadre de ce mécanisme, de céder sa production d'électricité nucléaire à perte ou à des conditions si désavantageuses qu'elles compromettraient sa rentabilité et son développement. Elles garantissent au contraire la couverture des coûts, notamment des coûts d'entretien et de rénovation des sites de production évoqués dans la saisine, et la rémunération des capitaux investis.

Il y a lieu de rappeler que ces garanties légales, applicables au cours de la **période transitoire** prévue à l'article L. 337-16 du code de l'énergie, dans sa rédaction résultant du IV de l'article 62 de la loi déferée, sont renforcées par ces mêmes dispositions, dès lors que la révision du prix de l'ARENH pourra tenir compte notamment de l'inflation et du volume global maximal fixé par arrêté ministériel. Il ne s'agit donc nullement, contrairement à ce qui est soutenu, de contraindre EDF à vendre cette électricité « au rabais » en mettant en danger sa viabilité économique.

La limitation apportée à la liberté d'entreprendre par le mécanisme de l'ARENH mérite enfin d'être relativisée dans la mesure où, en l'absence même de ce dispositif, la liberté tarifaire d'EDF serait loin d'être entière. Outre la restriction inhérente aux tarifs réglementés de vente d'électricité, sa position dominante tant sur le marché de gros que sur le marché de détail en France¹ lui interdirait en effet, s'agissant des offres libres, des pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'être qualifiées d'abusives.

La loi offre ainsi à EDF un cadre clair et prévisible, validé par la Commission européenne, permettant le développement de la concurrence sur le marché de la fourniture d'électricité, sans entraver ses capacités de production, de vente et d'investissement, ni compromettre sa rentabilité ou son développement.

4. Il est soutenu, en second lieu, que la mesure de relèvement litigieuse méconnaîtrait **le principe d'égalité** en plaçant EDF dans une situation désavantageuse à l'égard des fournisseurs alternatifs. Le Gouvernement ne partage pas cette analyse.

Le dispositif de l'ARENH tire les conséquences de **l'asymétrie originelle et structurelle** entre EDF, opérateur historique et dominant disposant seul d'une capacité de production d'électricité d'origine nucléaire lui conférant un avantage compétitif décisif, et les fournisseurs alternatifs. La différence de traitement qu'il introduit a pour objet même de corriger une différence radicale de situation de départ. Le relèvement du plafond légal du volume maximal est en outre justifié par les considérations d'intérêt général rappelées au point 3.1, en particulier la maîtrise et la stabilité des tarifs de l'électricité à la charge des consommateurs finaux.

Cette différence de traitement est, à l'évidence, en rapport direct avec l'objet de la loi, qui vise à permettre un fonctionnement concurrentiel de ce marché et à faire bénéficier les consommateurs des avantages que présente la production d'électricité à partir du parc nucléaire historique.

Dans la mesure où le volume maximal global doit être arrêté par les ministres dans le respect du principe de stricte proportionnalité aux objectifs poursuivis posé au deuxième alinéa de l'article L. 336-2 du code de l'énergie et dès lors que la fixation du prix - qui appelle, contrairement à ce qui est soutenu, un réexamen périodique - doit obéir aux règles d'encadrement rappelées au point 2.2, permettant d'assurer une juste rémunération à EDF, la différence de traitement introduite par la mesure litigieuse ne saurait, en tout état de cause, être disproportionnée au regard de la différence de situation et des buts d'intérêt général poursuivis, ni causer à EDF un préjudice anormal susceptible de donner lieu à réparation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs du recours n'est de nature à justifier la censure des dispositions contestées de la loi déferée. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter ce recours.

¹ Au 30 juin 2019, la part de marché d'EDF, en consommation annualisée, s'établissait à 78,4% sur le segment résidentiel et à 54,3 % sur le segment non résidentiel.