

Paris, le 10 Octobre 2019



GROUPE SOCIALISTE

---

*LE PRESIDENT*

Les Sénateurs soussignés

à

Monsieur le Président  
Mesdames et Messieurs les Membres  
du Conseil Constitutionnel  
2, rue Montpensier

75001 PARIS

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi relative à l'énergie et au climat.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Patrick KANNER

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les membres  
du Conseil constitutionnel  
2, rue de Montpensier  
75001 PARIS

Paris, le 10 octobre 2019

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

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à l'énergie et au climat, telle qu'elle a été adoptée conformément à l'article 45, alinéa 3 de la Constitution, par l'Assemblée nationale le 11 septembre, puis par le Sénat le 26 septembre 2019.

- 1.** Cette loi, composée de 69 articles, a pour principal objectif de préparer la France à une transition énergétique qui mette en œuvre une lutte efficace contre le changement climatique, conformément aux exigences internationales.

Nous ne contestons pas la loi dans son ensemble, mais seulement son article 62, pris dans ses cinq derniers alinéas (14 à 18), en ce qu'il concerne l'accès régulé à l'énergie nucléaire historique (ARENH) et en augmente le plafond de 50%.

Ces dispositions furent introduites par amendement gouvernemental, en Commission, lors de la première lecture à l'Assemblée nationale.

Toutefois, si l'on en croit plusieurs informations rendues publiques, cet amendement est inspiré d'une suggestion de « Direct énergie », filiale du groupe Total, fortement intéressé par la hausse de l'ARENH.

- 2.** Le dispositif de l'ARENH a été créé par la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, du 7 décembre 2010 (loi « NOME »). Il tend à répondre aux exigences de la Commission européenne qui conditionnait le maintien des tarifs réglementés de vente (TRV) d'électricité à la création d'un marché concurrentiel.

Il a donc été mis en place pour favoriser la concurrence, grâce à l'émergence d'autres fournisseurs d'énergie, dits « fournisseurs alternatifs » par rapport à l'opérateur historique qu'est Électricité de France.

Il leur permet d'acheter de l'énergie nucléaire auprès de l'opérateur historique, à un tarif régulé, fixé par arrêté ministériel. Ce tarif, inchangé depuis 2012, est actuellement de 42€ le mégawattheure<sup>1</sup>.

La loi NOME a plafonné la part de l'ARENH, c'est-à-dire la quantité d'énergie nucléaire qu'EDF est tenu de vendre aux fournisseurs alternatifs, s'ils en font la demande. Aujourd'hui codifié à l'article L. 336-2, al. 2 du code de l'énergie, ce plafond est de 100 térawattheures par an.

Cela correspond à 25% de la production annuelle d'énergie nucléaire.

L'article 62, al. 16 de la loi que nous vous déférons a vocation à augmenter ce plafond de 50%, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020, en le fixant à 150 térawattheures par an.

Ce sera alors 37,5% de la production annuelle d'énergie nucléaire de l'opérateur historique, soit plus d'un tiers, que ce dernier aura l'obligation de vendre à un tarif qu'il ne maîtrise nullement et sur lequel il n'a aucune influence, fixé par arrêté ministériel.

Quoique l'existence même de l'ARENH n'ait jamais été soumise à votre appréciation, nous n'en contestons nullement le principe, d'autant moins que cet accès régulé découle d'exigences européennes et semblait répondre à un motif d'intérêt général.

En revanche, l'augmentation de son plafond, couplée à la façon dont il a été mis en œuvre depuis bientôt neuf ans, emporte des effets contraires à la Constitution, que vous ne manquerez pas de censurer, en ce qu'elle porte atteinte au principe d'égalité (I) et à la liberté d'entreprendre (II).

Pour vous convaincre de l'inconstitutionnalité invoquée, nous allons nous appuyer sur de nombreux éléments concrets et factuels, conscients d'être en décalage vis-à-vis de la nature de votre contrôle abstrait. Pour autant, nous sommes dans une situation où la modification d'une législation existante, que nous ne contestons pas, emporterait des effets inconstitutionnels, dont nous pouvons prendre pleinement conscience grâce au recul dont nous disposons sur la législation en vigueur. Ce serait donc un tort de s'en priver.

---

<sup>1</sup> Arrêté du 17 mai 2011 fixant le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, JORF du 20 mai 2011, p. 8793.

## I. SUR LA VIOLATION DU PRINCIPE D'EGALITE

3. L'élévation du plafond de l'ARENH de 100 TWh à 150 TWh, prévue par les alinéas 14 à 16 de l'article 62 de la loi déferée, porte atteinte au principe d'égalité devant la loi.

Ce nouveau plafond oblige Électricité de France à vendre 37,5% de sa production d'énergie nucléaire à des fournisseurs alternatifs, à un prix fixé par arrêté ministériel sans qu'EDF ne puisse l'influer en quoi que ce soit et sans qu'il soit réévalué automatiquement, ne serait-ce que pour tenir compte de l'inflation.

Ainsi, le prix actuel est de 42€/MWh, fut fixé en 2012 et n'a jamais été modifié depuis.

4. Initialement, la mise en place de l'ARENH poursuivait un objectif d'intérêt général : favoriser la concurrence et l'émergence de fournisseurs alternatifs à l'opérateur historique.

Cela devait permettre aux consommateurs français, comme juste retour de leur investissement à l'origine de ce patrimoine national, de bénéficier de prix modestes du fait de la compétitivité du parc nucléaire historique.

De surcroît, la loi NOME avait prévu, en son article 1<sup>er</sup>, VII, désormais codifié à l'article L. 337-14 du code de l'énergie, que l'ARENH devait permettre « d'assurer une juste rémunération à Électricité de France », de sorte que le prix devait être « réexaminé chaque année » et « représentatif des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires » historiques. En d'autres termes, ainsi que le souligne l'exposé des motifs de la loi NOME, le prix de l'ARENH devait permettre « d'assurer le financement du parc de production existant ».

À ce titre, la loi NOME établissait d'abord expressément que :

*« Il [le prix] tient compte de l'addition :*

*« 1° D'une rémunération des capitaux prenant en compte la nature de l'activité ;*

*« 2° Des coûts d'exploitation ;*

*« 3° Des coûts des investissements de maintenance ou nécessaires à l'extension de la durée de l'autorisation d'exploitation ;*

*« 4° Des coûts prévisionnels liés aux charges pesant à long terme sur les exploitants d'installations nucléaires de base mentionnées à l'article L. 594-1 du code de l'environnement. »*

*Article L. 337-14 du code de l'énergie*

Ensuite, elle prévoyait tout aussi expressément qu'un décret en Conseil d'État devait venir préciser ces « méthodes d'identification et de comptabilisation des coûts » (article L. 337-15 du code de l'énergie).

Or ce décret n'est jamais paru. Le prix est inchangé depuis 2012, si bien qu'il ne tient pas compte de l'inflation. Surtout, la maintenance étant exclusivement assumée par EDF, propriétaire des centrales, elle n'est aujourd'hui plus couverte du fait du prix inchangé.

5. En définitive, l'opérateur historique est doublement perdant, là où les fournisseurs alternatifs sont doublement gagnants.

Le premier est obligé de vendre une part substantielle de sa production d'énergie nucléaire à un tarif largement préférentiel, qui ne lui permet pas de couvrir tous les coûts que cette production génère, tout en assumant, seul, la maintenance des centrales.

Les seconds peuvent acheter cette énergie produite par l'opérateur historique (mais n'y sont pas tenus et bénéficient même d'un droit optionnel leur permettant d'y renoncer jusqu'au dernier moment, cf. *infra*, § 11), à bas prix, sans parallèlement devoir contribuer financièrement à la maintenance des centrales de production de l'énergie.

Le coût du « Grand carénage », c'est-à-dire le prolongement de la durée de vie du parc nucléaire français par des travaux de rénovation et d'augmentation du niveau de sûreté des réacteurs, a été estimé par EDF à 48 milliards d'euros courants, sur la période 2014-2025<sup>2</sup>.

C'est un coût que seul EDF **assumé assume**, non les fournisseurs alternatifs et sur lequel il n'est pas possible de rogner pour des raisons évidentes de sécurité nationale.

Tout cela place l'opérateur historique dans une situation clairement inégalitaire vis-à-vis des fournisseurs alternatifs.

6. Nous connaissons votre jurisprudence en matière de principe d'égalité : « selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi " doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ". Le principe d'égalité devant la loi 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 » (parmi d'autres, décision n°

---

<sup>2</sup> Document de référence 2018 incluant le rapport financier annuel, p. 22.

2019-781 DC du 16 mai 2019, Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises).

Pour établir une discrimination, il faut donc remplir deux conditions, la première étant alternative. Soit des situations différentes peuvent être réglées différemment, soit il faut que la dérogation à l'égalité réponde à des raisons d'intérêt général : c'est la première condition alternative. Il faut ensuite, dans tous les cas, que la différence de traitement soit en rapport direct avec la loi qui l'établit.

Ces conditions ne sont pas correctement remplies en l'espèce.

7. D'une part, il n'est pas contestable qu'en tant qu'opérateur historique, Électricité de France est placé dans une situation différente que les fournisseurs alternatifs, au regard de la production et l'acquisition d'énergie nucléaire.

Mais c'est précisément cette situation spécifique qui fait peser sur lui des coûts qui le sont tout autant.

D'autre part, la raison d'intérêt général invoquée au moment de la mise en place de l'ARENH (ouverture à la concurrence) n'est, aujourd'hui, plus aussi certaine. En effet, le marché de la ~~fourniture~~ ~~distribution~~ d'électricité est désormais concurrentiel, avec la présence de grands énergéticiens tel que Total, Engie ou l'italien Eni, ou des entreprises de la grande distribution telles que Leclerc.

Enfin, la discrimination résultant de l'augmentation du plafond et de l'absence d'un mécanisme effectif de réévaluation périodique du prix, ne présente aucun lien avec la loi qui l'établit.

Si l'on en croit les travaux préparatoires et, notamment, l'exposé sommaire sous l'amendement qui a introduit les dispositions contestées, cette augmentation a pour objectif de « *permettre à tous les consommateurs de pouvoir continuer à bénéficier de la stabilité des prix du nucléaire dans un contexte de développement de la concurrence* » (Amendement n° CE357 présenté par le Gouvernement à l'article 8 du projet de loi énergie et climat (n° 1908), Assemblée nationale, 14 juin 2019).

Or rien ne garantit que l'augmentation du plafond atteigne ou même serve à **terme** un tel objectif, au contraire.

8. En étant contraint de vendre au rabais plus d'un tiers de sa production d'énergie nucléaire, EDF, déjà endetté et qui perd actuellement plusieurs centaines de milliers de clients tous les ans (plus de 3 millions depuis 2015), serait confronté à une situation difficilement soutenable. Cela pourrait mettre en danger sa viabilité économique., ~~sauf à le contraindre à augmenter ses tarifs sur les consommateurs finals.~~

**"Compte tenu du grand carénage, des effets d'arbitrage permis par le dispositif, de l'optionnalité gratuite et de la non prise en compte de l'inflation depuis 2012, le préjudice pour EDF représente à l'évidence plusieurs milliards d'euros".**

Par conséquent, cette ~~augmentation~~ **situation** pourrait soit s'avérer **à terme** contreproductive pour le consommateur, qui pourrait voir les prix augmenter, soit se révéler dangereuse au regard de la concurrence, en raison du préjudice subi par EDF, qui entraverait sa capacité d'investissement.

Elle est, en tout état de cause, dépourvue de proportionnalité entre, d'une part, l'atteinte à l'égalité entre l'opérateur historique et les fournisseurs alternatifs, initialement justifiée par la mise en place d'un contexte concurrentiel et, d'autre part, les différences de traitement et le préjudice subis par EDF.

Or, lorsque vous admettez une atteinte au principe d'égalité, selon les conditions évoquées, vous veillez à ce qu'elle soit proportionnée et vous la censurez si elle ne l'est pas (*décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec. p. 17*).

La situation à laquelle conduit une telle augmentation du plafond et la discrimination qu'elle engendre porte ainsi une atteinte inconstitutionnelle au principe d'égalité. Les dispositions contestées de l'article 62 de la loi relative à l'énergie et au climat devront donc être déclarées contraire à la Constitution.

## **II. SUR LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE**

9. Les alinéas 14 à 16 de l'article 62 de la loi que nous vous déférons portent atteinte à la liberté d'entreprendre, telle qu'elle est garantie par la Constitution et votre jurisprudence.

La liberté d'entreprendre est effectivement issue de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (*décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, Rec. p. 18*).

Selon votre jurisprudence bien établie, cette liberté 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° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise], Rec. p. 258*).

Vous avez ainsi admis que l'ouverture à la concurrence constituait une raison d'intérêt général à même de justifier une limitation à la liberté d'entreprendre, notamment lorsqu'il s'agissait de supprimer un monopole (*décision n° 2010-102*

QPC du 11 février 2011, M. Pierre L. [*Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires*], Rec. p. 119).

10. En matière de fixation des prix des médicaments, la possibilité pour le comité économique des produits de santé de baisser le prix d'un médicament a été jugée conforme à la liberté d'entreprendre, à la condition de préserver «*le secret commercial et industriel des titulaires des droits d'exploitation d[']autres médicaments*» (décision n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017).

On peut ainsi déduire de cette dernière décision qu'une restriction à la liberté d'entreprendre doit être appréciée à l'aune des intérêts économiques et commerciaux des entreprises ainsi affectées. Une telle limitation pourrait alors être jugée disproportionnée si ces derniers étaient démesurément affectés.

Dans le prolongement de ce raisonnement, le droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, prévu par l'article 3 de la loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle, a été jugé contraire à la liberté d'entreprendre (décision n° 2017-748 DC du 16 mars 2017, Loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle).

Il devait pourtant «*permettre l'installation des agriculteurs ou le maintien et la consolidation des exploitations agricoles, en rétrocédant aux intéressés, à l'issue d'un certain délai, les parts ou actions préemptées*». Cependant, l'exercice de ce droit de préemption ne garantissait pas à la société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'être majoritaire dans la société détentrice des biens ou des droits immobiliers. Par conséquent, la rétrocession des parts ou actions ainsi préemptées n'était pas nécessairement de nature à permettre l'installation d'un agriculteur ou même le maintien et la consolidation d'une exploitation agricole.

Là encore, on retrouve la préservation d'intérêts économiques qui, s'ils peuvent être affectés par une limitation à la liberté d'entreprendre, ne saurait l'être de façon démesurée et vous veillez donc à les garantir.

Enfin, vous avez censuré la disposition de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui établissait une procédure d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine, au motif qu'elle portait une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété (décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques).

En effet, au motif de lutter contre une position dominante, cette procédure faisait peser sur les entreprises concernées des contraintes excessives.



En particulier, elle pouvait « 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 ».

L'abus de position dominante, lui, peut donc être interdit et combattu par le législateur, mais pas les résultats économiques et commerciaux dûment et légitimement acquis.

11. Les dispositions que nous contestons et vous déférons en l'espèce s'inscrivent dans un cadre d'inspiration similaire.

D'une part, lorsque l'ARENH a été introduit en 2010, il s'agissait de mettre un terme à une situation de monopole et d'ouvrir un secteur à la concurrence. Cet objectif a clairement été atteint et rien ne justifie que le dispositif soit renforcé, au motif de renforcer cette concurrence.

Par conséquent, aucun motif d'intérêt général, en lien avec l'ouverture ou le développement de la concurrence, ne justifie aujourd'hui une augmentation de 50% du plafond de l'ARENH.

D'autre part, l'augmentation de ce plafond va faire peser une obligation sur Électricité de France susceptible d'affecter sa viabilité, donc la préservation de ses intérêts économiques.

EDF sera tenu de vendre à un prix fixé par arrêté ministériel 37,5% de sa production d'énergie nucléaire, sans nullement pouvoir intervenir sur la fixation du prix et faire valoir ses intérêts économiques.

Parmi ceux-ci, EDF doit faire face à **des déficits**, à des pertes de clients du fait de l'ouverture à la concurrence et aux coûts générés par la maintenance des centrales nucléaires.

Surtout, EDF est, pour sa part, soumis à une obligation de vendre cette portion de sa production à un tarif déterminé, mais les fournisseurs alternatifs ne sont soumis, quant à eux, à aucune obligation d'achat. C'est une simple faculté, à laquelle ils peuvent renoncer jusqu'au dernier moment, c'est-à-dire même après avoir indiqué vouloir en acquérir une partie.

C'est donc un droit optionnel asymétrique et gratuit, au seul bénéfice des fournisseurs alternatifs. Il pèse lourd, en revanche, dans le budget d'EDF, qui doit ensuite faire face, dans l'hypothèse où ils renoncent à leur part, à des pertes imprévues et importantes.

Par conséquent, cette augmentation du plafond de l'ARENH, prévue par la loi que nous vous déferons, obligera désormais EDF à céder à un prix fixé par arrêté ministériel plus d'un tiers de sa production d'énergie nucléaire. Elle porte ainsi à la liberté d'entreprendre une limitation disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, qui est, rappelons-le, de « *permettre à tous les consommateurs de pouvoir continuer à bénéficier de la stabilité des prix du nucléaire dans un contexte de développement de la concurrence* » (amendement n° CE357, exposé sommaire, précité). Cette limitation n'est justifiée ni par des exigences constitutionnelles ni par l'intérêt général, puisque le maintien d'un plafond de 25% est parfaitement suffisant à favoriser la concurrence.

**Et ceci d'autant plus que contrairement à l'exposé des motifs de la loi NOME, les concurrents n'ont quasiment pas investi dans de nouvelles capacités de production<sup>3</sup>.**

Ces dispositions de l'article 62 de la loi relative à l'énergie et au climat devront donc être déclarées contraire à la Constitution.

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à censurer les dispositions contestées de la loi relative à l'énergie et au climat.

Nous vous prions, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel, d'agréer l'expression de notre haute considération.

---

<sup>3</sup> Comme le soulignait l'exposé des motifs de la loi NOME, l'ARENH avait aussi pour objectif de « *favoriser les investissements en responsabilisant les fournisseurs en les encourageant à développer des offres de consommation et à investir dans les moyens de productions nécessaires* ».