

Commentaire de la décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005

Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique

Déposé le 5 mai 2004 sur le bureau de l'Assemblée nationale, le projet de loi d'orientation sur l'énergie comportait 13 articles. Il visait à la fois à définir les grandes orientations de la politique énergétique de la France et à compléter la législation actuelle par des mesures dans les domaines de la maîtrise de l'énergie, des énergies renouvelables et de la qualité du réseau de transport et de distribution d'électricité. Les orientations figuraient dans un rapport annexé qu'approuvait l'article 1er du projet.

Au Parlement, le texte s'est gonflé (passant de 13 à 110 articles) et a changé d'intitulé (devenant " loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique ").

Par ailleurs, la plus grande partie des orientations initialement contenues dans le rapport annexé est remontée dans le corps même du texte.

Définitivement adoptée le 23 juin 2005, après deux lectures par chaque assemblée et réunion de la Commission mixte paritaire, la loi a fait l'objet, le 29 juin, d'un recours formé par plus de soixante députés.

Dix articles étaient contestés.

I) Articles 1er à 6

Les requérants mettaient en cause le défaut de normativité de ces articles (dont la substance figurait initialement dans le rapport annexé au projet de loi). Ils soutenaient en outre que, s'agissant de dispositions se rattachant à une loi de programme, la consultation du Conseil économique et social s'imposait en vertu de l'article 70 de la Constitution.

La loi déferée comporte un titre Ier (intitulé " stratégie énergétique nationale ") et un rapport annexé (intitulé " orientations de la politique énergétique ") tous deux de portée programmatique.

Conformément à la jurisprudence sur la normativité issue des décisions n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 et n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cette partie du texte ne peut échapper au grief de non normativité que pour autant qu'elle puisse être rattachée à la catégorie des lois de programme visée par l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution.

1) A quelles conditions une loi telle que la loi déferée peut-elle se rattacher à la catégorie constitutionnelle des lois de programme à caractère économique et social ?

a) Il faut tout d'abord qu'elle touche au domaine économique ou social.

Sans tout englober (ainsi, une loi purement fiscale n'a pas un caractère économique et social (n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000)), l'expression " à caractère économique ou social " peut être entendue assez largement.

b) Il faut en outre qu'elle se présente comme un catalogue d'objectifs.

Pour trouver sa place dans une loi de programme, un énoncé non normatif doit en effet assigner un objectif à l'action économique ou sociale de l'Etat ou, à tout le moins, contribuer à la définition d'un tel objectif.

Les objectifs peuvent être libellés en termes qualitatifs ou quantitatifs.

Le caractère financier de ces objectifs n'est plus indispensable, puisque l'article 1er de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, qui liait les notions de " programme " et d' " autorisation de programme ", est aujourd'hui abrogé et que la LOLF est silencieuse sur ce point.

Est donc aujourd'hui caduque la jurisprudence qui combinait l'ordonnance du 2 janvier 1959 et les articles 34 et 70 de la Constitution pour définir les lois de programme à caractère économique et social (n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 6 et 7). La définition des lois de programme est désormais purement constitutionnelle : c'est l'avant-dernier alinéa de l'article 34.

c) Enfin, le Conseil économique et social (CES) doit avoir été consulté en vertu de l'article 70 de la Constitution, dès lors que, à la date de son dépôt, le projet de loi contient des éléments programmatiques qui se rattachent à la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que, pour vérifier le caractère constitutionnel d'une obligation procédurale, il y avait lieu de se placer à la date de dépôt du projet de loi (*Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 sur la loi de programmation outre-mer, considérants 9 à 11*).

2) En l'espèce, le rattachement est possible, sans que, pour autant, l'absence de consultation du Conseil économique et social ait vicié la procédure :

- Le titre Ier et le rapport annexé touchent à un domaine qui relève de l'action économique de l'État.

- Ils se présentent comme un catalogue d'objectifs, qualitatifs ou quantitatifs.

Le législateur a pris soin en effet, dans le plan suivi comme dans le vocabulaire employé (" premier axe, deuxième axe "... "), de présenter le titre Ier et le rapport annexé comme un catalogue d'objectifs.

- S'agissant de la consultation du CES, il existe, entre la loi sur l'école et la loi sur l'énergie, une différence essentielle qui conduit à ne pas faire connaître à la seconde le même sort qu'à la première.

En effet, le projet de loi sur l'énergie a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, première assemblée saisie, le 5 mai 2004 : à la différence de la loi sur l'école, il a donc débuté son parcours parlementaire avant que ne soit abrogé l'article 1er de l'ordonnance n° 59-2 du

1er janvier 1959 (*On rappellera que cette abrogation est intervenue le 1er janvier 2005, en application de l'article 67 de la nouvelle loi organique relative aux lois de finances*).

A la date de son dépôt, le projet de loi comportait certes l'énoncé d'orientations en matière de politique énergétique, mais ne contenait pas des prévisions de dépenses chiffrées destinées à réaliser ces objectifs. Il ne pouvait donc, en vertu des dispositions alors en vigueur, être regardé comme un projet de loi de programme devant impérativement être soumis pour avis au CES au titre de l'article 70 de la Constitution.

Le rattachement de la loi d'orientation sur l'énergie à la catégorie des lois de programme n'est intervenu qu'en cours de navette, du fait d'un changement dans l'ordonnancement juridique.

En conclusion, il y a lieu de considérer :

- que l'essentiel du titre Ier, ainsi que le rapport annexé n'ont pas de portée normative ;
- que ces dispositions non normatives constituent cependant un catalogue d'objectifs (qualitatifs et quantitatifs) trouvant leur place dans une loi de programme de caractère économique ou social ;
- que la loi déferée a acquis, au cours des débats, le caractère de loi de programme de caractère économique et social et peut donc contenir des dispositions du type de celles qui figurent dans le titre Ier et le rapport annexé ;
- que, toutefois, ce caractère programmatique n'ayant pas été encore acquis lors du dépôt du projet de loi au Parlement, il ne peut être fait grief à la procédure législative suivie de ne pas avoir comporté la consultation du Conseil économique et social.

De ce que les articles 1er et 6 sont non normatifs découle l'inopérance du moyen tiré de leur défaut de clarté et d'intelligibilité.

II) Article 37

L'article 37, qui réforme le régime des éoliennes, faisait l'objet de plusieurs griefs.

En vertu des dispositions antérieures, les éoliennes étaient soumises à deux agréments (permis de construire et autorisation de produire de l'électricité), tous deux délivrés par l'Etat. Lorsque la puissance de l'installation était inférieure à 12 mégawatts, EDF avait l'obligation d'acheter l'électricité produite (article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000). Liée à la puissance, cette obligation ne l'était pas à la localisation.

L'article 37 inverse ce système en supprimant toute condition liée à la puissance, mais en réservant l'obligation d'achat aux installations implantées dans une " zone de développement de l'énergie éolienne ", dont les contours sont arrêtés par le préfet du département sur proposition des communes directement concernées et après avis des communes limitrophes et de la commission départementale compétente en matière de nature, de paysages et de sites.

a) Il était soutenu en premier lieu que cette disposition méconnaissait le principe de libre administration des collectivités territoriales et les nouvelles règles constitutionnelles relatives à la décentralisation, en particulier le " principe de subsidiarité ". Pour les requérants, le texte

critiqué organisait " *une recentralisation des compétences en matière d'aménagement de leur territoire par les collectivités territoriales en faisant passer sous la tutelle des préfets de département la gestion de l'espace et de l'environnement* ".

Le grief était infondé à plusieurs égards.

Tout d'abord, il manquait en grande partie en fait.

La construction et l'exploitation d'éoliennes font déjà l'objet, sous l'empire des dispositions antérieures, de décisions relevant de la compétence d'autorités de l'Etat, notamment du préfet. La loi déferée encadre la compétence du préfet en fixant les critères au vu desquels il statuera et précise que ses décisions seront subordonnées à une proposition des communes intéressées par l'implantation d'éoliennes.

En deuxième lieu, l'attribution au préfet, plutôt qu'aux collectivités territoriales, du pouvoir de délimiter les zones de développement de l'énergie éolienne peut s'autoriser de bonnes raisons : nécessité d'une gestion globale et rationnelle des ressources énergétiques dans l'intérêt de l'économie nationale, rareté des sites rentables, aménagement du territoire, incidence sur les charges de service public des opérateurs nationaux et, partant, sur les tarifs des abonnés, impact (excédant le ressort d'une seule commune) sur l'environnement et les paysages....

En tout état de cause, même après la révision du 28 mars 2003, les règles et principes constitutionnels n'imposent pas au législateur, lorsqu'il attribue une compétence à l'Etat plutôt qu'aux collectivités territoriales, de " faire la preuve " que l'Etat peut mieux faire que les pouvoirs locaux.

Retenir une telle conception serait accorder une portée excessive au principe, dit de subsidiarité, énoncé à l'article 72 de la Constitution, selon lequel : " *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* ".

En raison du caractère peu contraignant de cette formulation, comme de la teneur des travaux parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle de mars 2003 (qui ne sont pas dans le sens d'une véritable " normativité " du principe de subsidiarité. [voir par exemple le rapport de M. Pascal Clément à l'Assemblée nationale en première lecture (n° 476, p. 62 et suiv.) : " L'affirmation du principe de subsidiarité marque une direction (...) Il s'agit d'un objectif, non d'une obligation "]), le choix effectué par le législateur pour attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne saurait être contesté sur le fondement de la disposition précitée que si, eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts en cause, cette compétence pouvait manifestement être mieux exercée par une collectivité territoriale.

Seul un contrôle restreint est réaliste, car la question de savoir si telle compétence peut être mieux exercée au niveau local ou central soulève, dans la grande majorité des cas, des difficultés techniques et des problèmes d'appréciation d'une ampleur défiant la capacité d'expertise du Conseil constitutionnel dans le délai que lui impartit la Constitution pour statuer sur la constitutionnalité des lois.

b) Les requérants soutenaient en deuxième lieu qu'en soumettant le régime de construction des éoliennes à la décision du préfet du département, la loi empêchait les collectivités territoriales intéressées de développer des activités économiques de nature à générer des

ressources propres. Il en résultait, selon eux, une entrave inconstitutionnelle à la libre administration.

Le grief était excessif : pour retenir une telle entrave à la libre administration, il faudrait que la loi prive une collectivité territoriale d'une part majeure de ses ressources. Ce n'est pas le cas du manque à gagner (de taxe professionnelle) qui résulterait d'un refus du préfet.

c) Selon le troisième grief, la loi rompait l'égalité entre producteurs d'énergie renouvelable au détriment des producteurs d'électricité éolienne : " *Alors que l'article 10 de la loi du 10 février 2000 prévoit une obligation de principe d'achat de l'électricité renouvelable, le dispositif critiqué aboutit à créer un régime moins favorable* ".

Là encore, le moyen manquait en partie en fait, puisque la loi déferée supprime le seuil de puissance au-delà duquel cessait jusqu'ici l'obligation d'achat. Dans cette mesure, elle élargit les possibilités offertes aux producteurs d'électricité éolienne.

En tant qu'elle subordonne désormais l'obligation d'achat d'électricité éolienne à l'implantation dans une zone de développement de l'énergie éolienne délimitée selon des critères objectifs et rationnels (raccordement aux réseaux, potentiel éolien, préservation des paysages) et en rapport direct avec des buts d'intérêt général (autosuffisance énergétique, qualité de l'environnement), la disposition contestée est à l'abri du reproche de rupture d'égalité entre producteurs d'énergie renouvelable (en ce sens : n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, cons. 8 à 12).

Qui plus est, il est clair qu'en raison des caractéristiques des équipements en cause (et notamment de leur hauteur), les producteurs d'électricité éolienne sont placés dans une situation différente de celle des autres producteurs d' " électricité verte ".

III) Article 40

L'article 40 subordonne l'installation d'éoliennes " off shore " à la constitution de garanties financières dès le début de leur construction.

Contrairement aux affirmations des requérants, le traitement spécifique ainsi réservé aux éoliennes " off shore " n'est pas contraire au principe d'égalité.

Leurs opérateurs se trouvent en effet placés, par rapport aux opérateurs d'éoliennes terrestres, dans une situation particulière justifiant, du point de vue de l'intérêt général, cette différence de traitement.

Cette situation particulière tient évidemment à la difficulté et au coût du démantèlement d'un équipement implanté sur le domaine public maritime, ainsi qu'aux risques qu'il présenterait pour les activités marines s'il était laissé à l'abandon après la fin de son exploitation.

IV) Article 58

L'article 58 égalise les conditions de concurrence intracommunautaire :

- entre l'électricité " verte " produite et consommée en France, d'une part, et celle importée d'autres Etats membres de l'Union européenne, d'autre part ;

- entre l'électricité verte exportée de France vers un autre pays membre de l'Union européenne, d'une part, et celle produite et consommée dans ce pays, d'autre part.

A cet effet, le consommateur final d'énergie verte importée se verra remboursé de la part de la " contribution au service public de l'électricité " (destinée à compenser les charges de service public incombant aux distributeurs d'électricité) correspondant à l'obligation d'acquérir de l'électricité verte (A titre d'exemple, dans la contribution pour charges du service public en 2005, d'un montant de 0,45 centime d'euro par kWh, le soutien aux énergies renouvelables représente 0,05 centime d'euro par kWh et celui à la cogénération 0,21 centime d'euro par kWh).

Réciproquement, les producteurs d'électricité verte français exportant vers un autre pays-membre de l'Union européenne seront taxés selon un calcul analogue, afin de compenser le poids des aides nationales accordées à la production de cette électricité.

L'article 58 se borne à rétablir les conditions de concurrence au sein de l'Union européenne en remboursant les consommateurs d'électricité verte importée, à due concurrence de la part de la contribution au service public de l'électricité correspondant au soutien financier à l'énergie renouvelable ou à la cogénération, et en taxant, à due concurrence de cette même part, les exportateurs d'énergie verte.

Il tire du principe de libre circulation des biens les conséquences déjà tirées par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 11 mars 1992 (Compagnie Commerciale de l'Ouest et autres contre Receveur principal des douanes de La Pallice Port).

Par cet arrêt, la Cour juge que constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane (interdit par l'article 25 du Traité instituant la Communauté européenne) une taxe parafiscale, certes appliquée dans les mêmes conditions de perception aux produits nationaux et aux produits importés, mais dont les recettes sont affectées au profit des seuls produits nationaux.

Le mécanisme actuel de la contribution pour charges de service public, assorti du soutien aux énergies renouvelables, s'exposait à des critiques de même nature.

Les requérants n'étaient donc pas fondés à soutenir que l'article 58 de la loi déferée méconnaissait le principe d'égalité et reposait sur des critères étrangers aux objectifs poursuivis par le législateur.

Le Conseil constitutionnel a jugé en ce sens (n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, loi de finances pour 2005) qu' " *en réservant le bénéfice du crédit d'impôt aux entreprises qui ont transféré leur activité en dehors de l'Espace économique européen, le législateur s'est borné à tirer les conséquences des prescriptions du droit communautaire relatives à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux* " (cons. 14) ou encore " *qu'en excluant les activités exercées dans les transports, la construction de véhicules automobiles, la construction de navires civils, la fabrication de fibres artificielles ou synthétiques, la sidérurgie, l'industrie charbonnière, la production, la transformation ou la commercialisation de produits agricoles, la pêche, l'aquaculture, ainsi que les assurances, les réassurances, le crédit et la capitalisation, le législateur a entendu respecter les obligations communautaires ou les engagements internationaux de la France* " (cons. 15).

Par ailleurs, l'article attaqué, eu égard à son objet, ne porte atteinte à aucun des intérêts protégés par l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004, aux termes duquel : "*Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social*" (pour une première application de cette exigence constitutionnelle, voir n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, "Registre international français", cons. 37 et 38).

V) Article 67

L'article 67 plafonne à 0,5 % de la valeur ajoutée le montant dû, au titre de la "contribution au service public de l'électricité", par toute société industrielle consommant plus de 7 gigawattheures d'électricité.

Ce plafonnement en proportion de la valeur ajoutée s'applique sans préjudice du plafonnement en valeur absolue fixé à 500 000 euros par le I de l'article 5 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Les requérants estimaient ce plafonnement contraire au principe de l'égalité devant l'impôt. Selon eux, "*le fait d'alléger la part contributive des entreprises dès lors qu'elles consomment plus d'électricité paraît totalement contradictoire au regard de l'objet de la loi tendant à la maîtrise de la demande d'énergie*".

Le Conseil constitutionnel a pourtant admis le plafonnement de l'impôt dû par une entreprise dès lors que ce mécanisme :

- poursuit, comme en l'espèce, un but légitime (éviter un prélèvement excessif pour la compétitivité ou l'emploi, et même anti-concurrentiel, ce qui est le cas de la contribution en cause, qui peut s'élever à 20 % du prix de vente unitaire pour certaines petites industries chimiques "électro-intensives". [Ainsi, dans le secteur de la chimie, le poids de la CSPE est de 20 € par tonne de chlore produite pour une PME produisant 12 000 tonnes de chlore par an, alors que, pour une grande entreprise du même secteur (produisant 200 000 tonnes par an), ce poids n'est que de 2,5 € par tonne de chlore du fait du plafonnement de la CSPE à 500 000 €. Or la tonne de chlore se négocie actuellement à un prix de l'ordre de 120 €, à comparer aux 20 € de surcoût pour les PME. Le deuxième plafond institué par l'article 67 permet donc de prendre en compte la situation des PME électro-intensives et de rétablir les conditions de concurrence] ;

- et qu'il est fondé sur des critères objectifs et rationnels au regard de ce but. C'est le cas d'un double plafond en valeur absolue et en part de la valeur ajoutée (le premier seuil, qui existe déjà, ayant vocation à jouer pour les grandes entreprises et le second, qui est nouveau, bénéficiant aux PME).

Ainsi, dans sa décision n° 93-330 DC du 29 décembre 1993 (loi de finances pour 1994, cons. 6), le Conseil a-t-il jugé qu'il "*appartient au législateur lorsqu'il établit un dégrèvement d'en déterminer librement le montant sous la réserve du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle ; que le plafonnement prévu par l'article contesté a été établi en fonction d'un critère objectif, relatif au montant de la valeur ajoutée dégagée par les entreprises assujetties ; que les entreprises relevant de la même catégorie au regard de ce critère sont placées dans la même situation pour la détermination du montant de leur*

imposition ; que par ailleurs, eu égard à son montant et son mode de calcul, ce plafonnement ne crée pas entre les entreprises redevables de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques... "

En l'espèce, les seuils retenus par le législateur reposent sur des bases rationnelles, permettant de déterminer objectivement la catégorie particulière des petites et moyennes entreprises électro-intensives :

- Le seuil de 7 GWh correspond au dernier seuil de consommation ouvrant droit à éligibilité, fixé en 2003 en application de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 sur le marché intérieur de l'électricité. Il caractérise les entreprises grandes consommatrices d'électricité.

- Le seuil de 0,5 % de la valeur ajoutée correspond à la définition des entreprises électro-intensives donnée par la directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 sur la taxation des produits énergétiques et de l'électricité.