

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les députés soussignés ont l'honneur, en application des dispositions de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de déférer au Conseil constitutionnel l'ensemble de la loi de finances pour 2021, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement le 17 décembre 2020.

Les députés auteurs de la présente saisine estiment que la loi déferée porte atteinte à plusieurs principes et libertés constitutionnels.

A l'appui de cette saisine, sont développés les griefs suivants.

\*\*\*

### **Sur l'inconstitutionnalité des articles 14, et 45 undecies**

Les députés Les Républicains attirent 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.

L'article 45 undecies intègre une composante poids dans le malus automobile, en créant, 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 réductions, 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 CO<sub>2</sub> et de la nouvelle taxe n'excède pas le montant maximum du malus CO<sub>2</sub> (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.

### **La mise en place de l'article contrevient au principe d'égalité devant la loi et au principe d'égalité devant les charges publiques**

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 CO<sub>2</sub> 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 CO<sub>2</sub> qu'au « malus poids » comporte nécessairement des effets discriminatoires.

Enfin, le plafonnement du malus CO<sub>2</sub> 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.

#### **I) 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 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.

## **II) Le cumul d'un malus CO<sub>2</sub> à un malus sur le poids des véhicules crée une charge manifestement excessive**

Le barème du malus CO<sub>2</sub> 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 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 confiscatore* », 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 confiscatore 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 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 a noté que « *certaines 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.

### **III) 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 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* ».

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.

### **IV) 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 CO<sub>2</sub> 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 réfaction 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 CO<sub>2</sub> acquitté (qui conditionne le montant du malus poids), pourra varier en fonction de données parfaitement étrangères aux valeurs d'émission de CO<sub>2</sub> 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.



## **Sur l'inconstitutionnalité de l'article 54 sexies**

L'article 54 *sexies* 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.

Cette mesure n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'une étude d'impact, de sorte que son incidence réelle sur les finances publiques demeure imprécise.

Selon sa 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. »

I) **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.**

En effet, d'une part, l'article 34, II, 7° de la loi organique n° 2001-692 du 1er 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 (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), mais encore une « incidence directe et immédiate » sur celles-ci (Cons. const., décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 43 et 44).

Sous ce dernier aspect, un rapport d'information parlementaire (n° 4546 du 22 février 2017) 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 ».

Au cas présent, les dispositions concernées ne respectent pas ces critères.

Tout 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

En réalité, l'article 54 sexies se borne à habiliter 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, même à supposer 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.

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 (Article R. 121-31 du code de l'énergie) de sorte que leur incidence budgétaire est elle-même décalée dans le temps.

Au cas présent, une délibération du 15 juillet 2020 a évalué les charges de service public pour 2021. 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. 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 d'ailleurs 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. En effet, lors de la 2ème séance du 15 décembre 2020, Olivier Dussopt déclarait :« [...] *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* »

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

**II) Les dispositions de l'article 54 sexies 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.**

En effet, les dispositions de l'article instaurent entre les installations photovoltaïques une différence de traitement qui ne saurait être justifiée par l'objectif d'économies budgétaires poursuivi par le législateur.

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>1</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>2</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>3</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.

---

<sup>1</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, cons. 3.

<sup>2</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 15.

<sup>3</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.

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.

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.

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.

Rappelons à cet égard 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 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* »<sup>4</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.

---

<sup>4</sup> Cons. const., décision n° 2010-410 QPC du 18 juillet 2014, *Société Roquette Frères*, cons. 7

Enfin, l'article 54 *sexies* 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* ».

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.

L'article 54 *sexies* 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>5</sup>.

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>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Amendement n° II-3369.

<sup>6</sup> V. par ex. Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 72.

Sous cet angle, rappelons que, dans le secteur des communications électroniques, « [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>7</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.

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 « [...] *réinjecté[e]s sous forme d'aides aux énergies renouvelables* »<sup>8</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.

---

<sup>7</sup> Cons. const., décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 40 et 41.

<sup>8</sup> Déclaration de Mme Pompili, Assemblée nationale, Première séance du vendredi 13 novembre 2020.

**III) 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.**

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 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>9</sup>

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>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cons. const., décision n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 16.

<sup>10</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.



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 situations légalement acquises une atteinte qui serait contraire à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>11</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>12</sup>.

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>11</sup> Cons. const., décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France*, cons. 9 et 10.

<sup>12</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

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>13</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 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 ; (Nous soulignons) ;*

---

<sup>13</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.

*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 »*

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>14</sup> (Nous soulignons).

Aussi, 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>15</sup>.

---

<sup>14</sup> CE, 16 novembre 2011, n° 344972, n° 345003 et autres.

<sup>15</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.

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 jurisprudence constitutionnelle, pour justifier une atteinte à la garantie des droits et au droit au maintien des contrats légalement conclus<sup>16</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>17</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>16</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>17</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.

## **Sur l'inconstitutionnalité de l'article 43 octies**

Le 1° de l'article 43 *octies* de la loi de finances pour 2021 modifie la rédaction de l'article 220 *undecies* du code général des impôts afin de prévoir une réduction d'impôt sur les sociétés en faveur des souscriptions au capital de « sociétés mentionnées à l'article 2 de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, éditant soit :

« 1° Une ou plusieurs publications de presse d'information politique et générale au sens de l'article 4 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques ;

« 2° Un ou plusieurs services de presse en ligne d'information politique et générale reconnus en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 précitée ;

« 3° Une ou plusieurs publications de presse ou services de presse en ligne consacrés pour une large part à l'information politique et générale au sens de l'article 39 bis A du présent code. »

Cet article est issu de l'amendement n°II-3307, déposé le vendredi 6 novembre 2020 par Madame Calvez, députée, et adopté par l'Assemblée Nationale le 13 novembre 2020. Supprimé par le Sénat, il a été rétabli par l'Assemblée Nationale.

Les objectifs de l'amendement n° II-3307 sont les suivants :

*« Le présent amendement propose de rétablir le dispositif prévu à l'article 220 undecies du code général des impôts, qui prévoyait, jusqu'au 31 décembre 2013, que les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient bénéficier d'une réduction d'impôt égale à 25 % du montant de leurs souscriptions au capital des entreprises de presse, sous condition de conservation des titres ainsi souscrits pendant cinq ans.*

*Le rétablissement de cette réduction d'impôt est proposé afin d'encourager la reprise de titres de presse qui consacrent la majorité ou une large part de leur surface rédactionnelle à l'information politique et générale.*

*En effet, le secteur de la presse d'information politique générale est fragilisé par de nombreuses mutations, notamment technologiques, et il est particulièrement exposé aux conséquences de la crise actuelle.*

*Le dispositif proposé devrait permettre de faciliter la recherche de nouveaux investisseurs et la mobilisation de capitaux suffisants pour renforcer les fonds propres des entreprises de presse ».*

Toutefois, le texte déferé n'offre l'avantage fiscal qu'il régit qu'à un nombre restreint de bénéficiaires, en contradiction avec les objectifs affichés. Le périmètre des sociétés pour lesquelles une souscription au capital ouvre droit à la réduction d'impôt n'inclut en effet que les « sociétés mentionnées à l'article 2 de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 », de sorte qu'il est porté atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques et à l'objectif de valeur

constitutionnelle de pluralisme et d'indépendance des publications de presse d'information politique et générale

En premier lieu, le 1<sup>o</sup> de l'article 43 octies de la loi de finances pour 2021 porte atteinte au principe d'égalité protégé par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dès lors qu'il ne bénéficie qu'aux actionnaires directs des « *sociétés mentionnées à l'article 2 de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986* », et exclut les actionnaires indirects (via des sociétés holdings). Tel n'était pas le cas, au demeurant, d'une ancienne version de l'article 220 *undecies* du code général des impôts que le dispositif attaqué prétend réinstaurer, et qui prévoyait que les souscriptions en numéraire, entre le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et le 31 décembre 2013, au capital de « *sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun et exploitant soit un journal quotidien, soit une publication de périodicité au maximum mensuelle consacrée à l'information politique et générale telle que définie à l'article 39 bis A* » du code général des impôts étaient éligibles à la réduction d'impôt. Ce faisant, étaient en effet éligibles à la réduction d'impôt les sommes investies au capital de **toute société exploitant un journal**, sans que soit exigé que la société soit une entreprise éditrice au sens de l'article 2 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986. Cette lecture de la disposition législative avait même été confirmée par une décision du Conseil d'Etat du 10 juillet 2017 (10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies, n° 396631). Etaient ainsi éligibles à la réduction d'impôt tant les souscriptions directes au capital des sociétés éditrices que les souscriptions indirectes au travers de holdings mixtes ou pures.

Contrairement au dispositif antérieur, le 1<sup>o</sup> de l'article 43 octies de la loi de finances pour 2021 instaure une différence de traitement entre les souscriptions au capital des entreprises éditrices de presse au sens de l'article 2 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 (éligibles à la réduction d'impôt) et les souscriptions au capital d'autres sociétés exploitant un journal (non éligibles), étant précisé que cette différence est similaire à celle qui résultait de la pratique administrative pour l'application de l'ancien dispositif, avant qu'elle ne soit censurée par le Conseil d'Etat (10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies, n° 396631).

Cette différence de traitement entre les bénéficiaires méconnaît clairement la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont il ressort 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* » (V. par exemple Conseil constitutionnel, 15 novembre 2019, n° 2019-812 QPC, *Sébastien M*, point 11 : Revue de Droit Fiscal, 2020, n° 14, comm. 217, note Alexandre Maitrot de la Motte). En d'autres termes, si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur décide de favoriser des contribuables ou des activités par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition que celui-ci fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ou que cette différence de traitement soit justifiée par des raisons d'intérêt général. Or ces conditions ne sont manifestement pas remplies en l'espèce.

Au regard des objectifs du 1<sup>o</sup> de l'article 43 octies de la loi de finances pour 2021, il n'existe en effet aucune différence de situation entre les actionnaires directs des « *sociétés mentionnées*

à l'article 2 de la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 » et les actionnaires de sociétés holdings (purs ou mixtes) finançant des sociétés éditrices (souvent indépendantes et de taille plus moyenne). Poursuivant l'objectif de « *faciliter la recherche de nouveaux investisseurs et la mobilisation de capitaux suffisants pour renforcer les fonds propres des entreprises de presse* » (exposé des motifs), la réduction d'impôt doit être accordée à tous les investisseurs dans des titres de la presse d'information politique et générale (papier ou en ligne), dont les besoins en capitaux sont effectivement importants, quelle que soit leur taille et leur forme de financement par des grands groupes ou des structures de financement intermédiées. Au regard de l'objectif poursuivi par le texte déferé, il n'existe aucune différence entre un grand groupe de presse intégré, pour lequel les apports de capitaux peuvent aisément prendre la forme d'une souscription à l'entreprise éditrice, et des titres de presse de moindre ampleur, souvent indépendant, pour lesquels les apports de capitaux reposent sur une logique autre, de financement par un pool d'actionnaires, par l'intermédiaire de holdings détentrices des titres de l'entreprise éditrice.

Pour être conforme à la Constitution, ce crédit d'impôt en faveur des sociétés de presse aurait dû s'inspirer de celui qui existe en matière IR-PME prévu à l'article 199 *terdecies*-0 A du code général des impôts, et prévoir une neutralité du système de financement direct ou indirect (notamment au travers d'un holding) par rapport à l'objectif recherché par le législateur. La réduction fiscale doit être octroyée dès lors que les financements, directs ou indirects, financent une société éditant au journal quotidien, soit une publication de périodicité au maximum mensuelle.

En définitive, le législateur ne pouvait pas réserver le bénéfice de la réduction d'impôt au premier type de souscription, au détriment du second type de souscription, sans méconnaître le principe d'égalité devant les charges publiques, garanti par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

En second lieu, cette différence méconnaît également l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme et d'indépendance des publications de presse d'information politique et générale. Cet objectif, reconnu par le Conseil constitutionnel (V. par exemple Conseil constitutionnel, 7 janvier 2016, n° 2015-511 QPC, *Société Carcassonne Presse Diffusion SAS*), doit être pleinement garanti par le législateur lorsqu'il crée un dispositif fiscal en faveur de la presse d'information politique et générale.

La différence de traitement contestée induira en effet, factuellement, une distorsion de concurrence qui **favorisera les grands titres de presse intégrés au sein de grands groupes**, et ce au détriment des groupes de presse indépendants, souvent financés au travers de sociétés holdings regroupant les actionnaires par catégorie.

En d'autres termes, en réservant l'avantage fiscal qu'il institue à certains types de souscriptions au capital, le législateur affaiblit l'indépendance des publications pour lesquelles les souscriptions au capital peuvent difficilement ou ne peuvent pas prendre la forme d'une souscription directe au capital de l'entreprise éditrice. Il s'agit justement du cas de la plupart des petits éditeurs indépendants qui garantissent justement mieux le pluralisme et l'indépendance de la presse que les groupes de presse intégrés au sein des grands groupes. Ce

faisant, le législateur protège également insuffisamment et de manière non-proportionnée le pluralisme de la presse d'information politique et générale.

Certes, le législateur n'est pas tenu, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle invoqué, de maintenir en tout temps un dispositif fiscal tel que celui prévu à l'article 220 *undecies* du CGI. Toutefois, dès lors qu'il fait le choix d'établir, même pour une durée limitée, un tel dispositif fiscal, il ne saurait traiter différemment, au regard de ce dispositif, les sociétés qui exploitent, directement ou indirectement, un journal.

Afin de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, nous demandons au Conseil constitutionnel la censure de l'article 43 *octies*. A défaut, il convient d'émettre une réserve d'interprétation afin de considérer que le terme « *éditant* » vise également les sociétés exploitant un journal d'information politique et générale, afin de permettre un financement intermédié par un holding.

\*\*\*

Souhaitant que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la fonction de contrôle de constitutionnalité de la loi que lui confère la Constitution.