

**CONSEIL D'ETAT
ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

Section des travaux publics

Séance du 25 avril 2019

N° 397668

**EXTRAIT DU REGISTRE DES
DÉLIBÉRATIONS**

Avis sur

un projet de loi relatif à l'énergie, au climat et à l'environnement

1. A la suite de deux premières saisines intervenues les 11 février et 11 mars 2019, le Conseil d'Etat a été saisi une troisième fois, le 16 avril 2019, d'un projet de loi relatif à l'énergie et au climat comportant huit articles qui portent sur des aspects très divers. Outre la révision de certains objectifs de la politique de l'énergie et du climat, ils prévoient la création d'un Haut Conseil pour le climat, une disposition conduisant à la fermeture des dernières centrales à charbon, une mesure de simplification concernant la procédure d'évaluation environnementale, des mesures de lutte contre la fraude aux certificats d'économie d'énergie, l'habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnances pour assurer la mise en œuvre en droit français des textes européens, adoptés ou en voie d'adoption par le Parlement européen et le Conseil, qui constituent le paquet « Une énergie propre pour tous les Européens », enfin des dispositions relatives à la Commission de régulation de l'énergie, y compris à son comité de règlement des différends et des sanctions, ainsi qu'à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique.

2. L'avis du Conseil national de la transition énergétique, dont la consultation était obligatoire pour l'ensemble du projet de loi, a été émis pour partie le 28 février 2019, pour une autre partie le 4 mars, enfin pour une dernière partie le 18 avril 2019. L'avis du Conseil économique, social et environnemental, requis par l'article 70 de la Constitution pour les objectifs de la politique énergétique et climatique, qui constituent des dispositions de programmation, a été émis le 20 février 2019.

3. L'étude d'impact accompagnant le projet soumis au Conseil d'Etat, qui porte sur les différents sujets traités, a été sensiblement améliorée au fil des saisines successives. Elle comporte toutefois quelques insuffisances auxquelles il devra être remédié dans la perspective du dépôt du projet de loi au Parlement.

Les observations qui suivent signalent les quelques dispositions du projet pour lesquelles des compléments sont nécessaires au regard des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009.

4. Malgré la relative brièveté du texte, le Conseil d'Etat a rétabli son organisation en chapitres prévue par la première saisine, nécessaire en raison de la diversité des thèmes abordés. Il n'a apporté aux intitulés des chapitres que des corrections limitées, mais indispensables.

5. Au-delà de ces remarques préliminaires, et outre de nombreuses améliorations de rédaction qui s'expliquent d'elles-mêmes, ce projet appelle, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Programmation concernant les objectifs de la politique énergétique

6. Le projet fait évoluer trois des objectifs de la politique énergétique figurant dans le code de l'énergie et qui résultent en dernier lieu de la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015. Ainsi modifiés, ces objectifs constitueront l'encadrement de la programmation pluriannuelle de l'énergie destinée à être adoptée prochainement.

En premier lieu, le projet remplace l'objectif de division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 (« facteur 4 ») par l'objectif de « neutralité carbone » à l'horizon 2050, en portant simultanément l'objectif chiffré de réduction des émissions entre 1990 et 2050 à une « division par un facteur supérieur à six » (« facteur 6 »). L'objectif de neutralité carbone, issu de l'Accord de Paris de 2015 et repris par le Plan Climat de 2017, correspond à l'équilibre entre les émissions de gaz à effet de serre et leurs absorptions (« zéro émissions nettes ») et conditionne la limitation de la hausse des températures sur la planète à + 1,5° à la fin du siècle, pour autant qu'il soit mis en œuvre dans le monde entier.

En deuxième lieu, l'objectif de baisse des consommations énergétiques primaires d'énergies fossiles de 30 % en 2030 par rapport à 2012 est renforcé et porté à 40 %. Ce nouvel objectif est destiné à être décliné entre les différentes composantes du bouquet énergétique primaire (pétrole, gaz et charbon). Ce nouvel objectif prend en compte l'arrêt des dernières centrales électriques à charbon, annoncé pour l'horizon 2022 et qui fait l'objet d'une disposition expresse prévue par le présent projet de loi (cf. infra point 11).

En troisième lieu, l'objectif de réduction de la part du nucléaire à 50 % de la production d'électricité en 2025 est reporté à 2035.

L'objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité demeure, mais son report résulte, d'une part, de ce que, pour l'atteindre dès 2025, il serait nécessaire de fermer d'ici à cette date plus de 20 réacteurs nucléaires sur les 58 actuellement en fonctionnement, en risquant de menacer la sécurité d'approvisionnement en électricité de la France et en renonçant à une électricité entièrement décarbonée, d'autre part, de l'impossibilité de porter à un niveau suffisant, dans un délai limité, la production d'électricité renouvelable et de l'inopportunité de consentir dans la même période des investissements de nouveaux moyens de production d'électricité fossiles qui n'auraient qu'un caractère transitoire et auraient au demeurant pour effet de renforcer les émissions de gaz à effet de serre. Le report à 2035 de l'objectif de 50 % devrait conduire à la fermeture, jusqu'à cette date, d'une douzaine de réacteurs en plus des deux réacteurs de Fessenheim.

7. En ce qui concerne le nouvel objectif de neutralité carbone, le Conseil d'Etat relève que, pour prendre en considération les avis du Conseil économique, social et environnemental et du Conseil national de la transition écologique, le Gouvernement maintient simultanément, à côté de ce nouvel objectif, un objectif chiffré de division à l'horizon 2050 des émissions de gaz à effet de serre. L'objectif de « division par un facteur supérieur à six » de ces émissions entre 1990 et 2050 ne semble pas incohérent avec l'objectif de neutralité carbone, présenté par l'étude d'impact comme correspondant à un facteur de division des émissions de gaz à effet de serre compris entre six et huit.

Haut Conseil pour le climat

8. Le projet crée un Haut Conseil pour le climat, organisme indépendant composé de personnalités qualifiées en raison de leur expertise scientifique, technique et économique dans le domaine des sciences du climat et de la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Ce Haut Conseil est chargé d'établir chaque année un rapport sur le respect de la trajectoire de baisse des émissions de gaz à effet de serre, sur la bonne mise en œuvre des politiques et mesures destinées à réduire ces émissions, à développer les puits de carbone et à réduire l'empreinte carbone, et sur la soutenabilité économique, sociale et environnementale de ces actions. Il peut également être saisi ou se saisir de toute question portant sur la mise en œuvre des budgets carbone et de la stratégie bas carbone.

Le Haut Conseil est destiné à se substituer au comité d'experts pour la transition énergétique, créé par la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 et chargé d'émettre des avis sur les budgets carbone et sur la stratégie bas carbone ainsi que sur la programmation pluriannuelle de l'énergie.

9. Le Conseil d'Etat relève que le Haut Conseil pour le climat et ses treize membres ont d'ores et déjà été installés, le 27 novembre 2018, par le Président de la République et qu'il a depuis lors commencé ses travaux. Il estime toutefois que, quelles que soient son opportunité et l'importance qui lui est attachée, la création d'un tel organe, dont les attributions sont purement consultatives et dont l'intervention ne peut être regardée comme garantissant le respect d'un principe de valeur supra-réglementaire, ne relève pas, en vertu de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, de la loi mais du pouvoir réglementaire. Par suite, il estime qu'il y a lieu d'écarter les dispositions du projet relatives à l'organisation et aux missions du Haut Conseil pour le climat.

Toutefois, dans la perspective de la création du Haut Conseil par la voie réglementaire, le Conseil d'Etat maintient les dispositions du projet qui sont de nature législative : celles qui suppriment le comité d'experts pour la transition énergétique auquel le Haut Conseil se substitue, avec les dispositions de coordination nécessaires, et celles qui, à l'instar des dispositions relatives au comité d'expert, imposent aux membres du Haut Conseil pour le climat de déposer une déclaration d'intérêts.

10. Enfin, le Conseil d'Etat relève que si le Haut Conseil pour le climat se substitue au comité d'experts, il s'ajoute, certes avec un champ de compétence plus large, à plusieurs organismes consultatifs ayant une vocation voisine dans le secteur de la transition écologique. Tout en attirant l'attention du Gouvernement sur la multiplication de tels organismes créés par la loi, il estime opportun que les dispositions relatives au Haut Conseil pour le climat prennent place dans la partie du code de l'environnement où sont déjà prévues plusieurs institutions intervenant dans le domaine de la protection de l'environnement (livre I^{er}, titre III : Institutions).

Plafonnement, à compter du 1^{er} janvier 2022, des émissions de gaz à effet de serre de certaines installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles

11. En premier lieu, le projet prévoit que, dans le but de réduire les émissions de gaz à effet de serre et de réduire la consommation d'énergie fossile primaire de 40 % en 2030 par rapport à 2012, qui constituent des objectifs de la politique énergétique (code de l'énergie, article

L. 100-4 1° et 3°), mais aussi dans le but de respecter les plafonds d'émissions des budgets carbone, l'autorité administrative fixera, pour les installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles existantes émettant plus de 0, 550 tonne d'équivalent CO2 par MWh, c'est-à-dire les plus émettrices, un plafond d'émissions annuel applicable à compter du 1^{er} janvier 2022.

Compte tenu du critère que constitue ce niveau d'émissions, le plafonnement concernera l'ensemble des installations fonctionnant à partir de combustibles fossiles, à l'exception des centrales à cycles combinés au gaz. Mais surtout, le niveau du plafonnement envisagé par le Gouvernement pour les installations concernées – 0,7 kilotonne d'équivalents CO2 émis annuellement par MW de puissance installée - aura un effet spécifique et immédiat sur les centrales de production d'électricité à partir du charbon, correspondant d'ailleurs à l'objectif poursuivi : en leur imposant une réduction considérable de leur durée de fonctionnement (700 heures/an au lieu de 3500 à 4000 heures/an), compte tenu du niveau très élevé des émissions de CO2 /MWh, il les contraindra à arrêter immédiatement la production d'électricité, soit dès le 1^{er} janvier 2022. Sont concernées les quatre dernières centrales à charbon en fonctionnement sur le territoire français : les centrales de Cordemais (Loire-Atlantique) et du Havre (Seine maritime), détenues par EDF, et de Saint-Avold (Moselle) et de Gardanne (Bouches-du-Rhône), détenues par Uniper.

Dès lors que ces centrales ont été régulièrement autorisées et qu'en outre elles ont fait l'objet d'investissements permettant la poursuite de leur exploitation pendant plusieurs années très au-delà de 2022, le principe du plafonnement des émissions aura pour effet, compte tenu de la mise en œuvre évoquée ci-dessus, de porter atteinte à des situations légalement acquises. Toutefois cette atteinte trouve sa justification dans un motif d'intérêt général : les centrales de production d'électricité à partir du charbon, qui produisent ensemble environ 2 % de l'électricité française, sont à l'origine d'environ un tiers des émissions de gaz à effet de serre résultant de la production d'électricité. Ainsi la réduction des émissions de gaz à effet de serre devrait pouvoir être regardée par le Conseil constitutionnel comme un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la mesure (Conseil constitutionnel, décisions n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, n° 2016-603 QPC du 9 décembre 2016 et n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018).

Par suite, le Conseil d'Etat estime que le dispositif de plafonnement proposé est, dans son principe et en tant qu'il ouvre la possibilité pour le Gouvernement d'arrêter les centrales à charbon, juridiquement valide.

12. Il appartiendra toutefois au Gouvernement de s'assurer que l'arrêt des centrales à charbon au 1^{er} janvier 2022 ne soit pas de nature à compromettre, à cette date, la sécurité d'approvisionnement en électricité du territoire français ou d'une zone particulière de ce territoire, dès lors que la sécurité d'approvisionnement constitue également un objectif majeur de la politique de l'énergie (code de l'énergie, article L. 100-1 2°).

Surtout, compte tenu de l'atteinte portée par la mesure aux exploitants des centrales à charbon, la validité juridique du dispositif est subordonnée à l'existence d'un délai suffisant entre l'adoption du texte et sa date d'entrée en vigueur, indispensable pour garantir la sécurité juridique des exploitants. Cette condition concerne à la fois le volet législatif (CEDH, Grande chambre, 13 décembre 2016, n° 53080/13, *Belane Nagy c/ Hongrie* ; Conseil constitutionnel, décisions n° 2016-603 QPC du 9 décembre 2016, paragraphe 9, et n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, paragraphe 18) et le volet réglementaire (CE Ass 24 mars 2006, n° 288460,

KPMG et CE Section, 13 décembre 2006, n° 287845, Mme Lacroix).

En l'espèce, la durée du différé d'entrée en vigueur doit tenir compte des mesures techniques préparatoires à l'arrêt des centrales et, surtout, du temps nécessaire à la prise de mesures de toute nature concernant les personnels des centrales qui se trouveront privés de leur emploi : élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, mise en place de mesures sociales de reclassement et d'accompagnement... L'étude d'impact devrait exposer plus complètement ces diverses mesures et le temps nécessaire à leur réalisation, et permettre d'apprécier ce que devrait être en l'espèce un différé d'entrée en vigueur d'une durée suffisante.

13. En second lieu, le projet soumis au Conseil d'Etat prévoit une disposition en faveur des salariés dont l'emploi serait, par suite des dispositions évoquées au point 11, supprimé. Elle concerne les salariés des exploitants des installations de production qui devraient cesser leur exploitation – en l'espèce les salariés des exploitants des centrales à charbon affectés à ces centrales - mais aussi les salariés des entreprises sous-traitantes dont l'emploi serait supprimé par voie de conséquence.

Ceux de ces salariés qui seraient licenciés pourraient faire l'objet d'un « accompagnement spécifique » défini par décret, qui se traduirait par un renforcement des mesures susceptibles d'être prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (augmentation de l'allocation de reclassement, allongement de la durée d'accompagnement, formation dans une optique de reconversion professionnelle...).

Si la fermeture des installations de production d'électricité à partir du charbon est effectivement susceptible de donner lieu à des licenciements économiques, le Conseil d'Etat estime que le dispositif envisagé par le Gouvernement pour mettre en place un accompagnement spécifique des salariés concernés manque de précision et pose un problème d'articulation entre la loi et le décret. Il estime préférable que le projet de loi habilite le Gouvernement à légiférer sur ce point par ordonnance, ce qui permettrait notamment de lever d'éventuelles contraintes législatives. Il suggère de modifier le projet en ce sens.

Simplification de l'évaluation environnementale

14. Les projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagements qui, par leur nature, leur dimension ou leur localisation, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou sur la santé humaine font l'objet d'une évaluation environnementale en vertu de la directive du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2001 concernant l'évaluation environnementale de certains projets publics et privés sur l'environnement, et en application du code de l'environnement. Les projets qui sont soumis à une évaluation environnementale le sont, en vertu du code de l'environnement, soit « automatiquement » en fonction de critères et de seuils définis réglementairement, soit, pour certains, à la suite d'un examen au cas par cas qui consiste à déterminer si un projet doit, en raison de ses incidences sur l'environnement, être soumis à évaluation environnementale. Cet examen au cas par cas est jusqu'à présent confié par la loi à l'« autorité environnementale », qui est l'autorité chargée de responsabilités spécifiques en matière d'environnement, et en tout premier lieu chargée de procéder à l'évaluation environnementale. L'autorité environnementale exerce ainsi, actuellement, deux missions distinctes, d'évaluation environnementale des projets, mais aussi, en amont, d'examen au cas par cas des projets relevant de cette procédure, en vue de leur soumission éventuelle à une évaluation environnementale.

15. Le projet propose que ces deux missions soient désormais confiées à des autorités différentes. Ainsi, l'évaluation environnementale des projets demeurerait naturellement confiée à l'autorité environnementale spécifiquement compétente, mais l'examen au cas par cas serait confié à une autre autorité, par exemple le préfet de région. A cette fin, le projet renvoie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer l'autorité chargée de l'examen au cas par cas.

16. Cette mesure ne soulève pas de difficulté juridique. En effet, elle n'entraîne aucune modification en ce qui concerne l'évaluation environnementale elle-même des projets, et est conforme à la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. En effet, si cette directive impose que l'évaluation environnementale soit réalisée par une autorité chargée de responsabilités spécifiques en matière d'environnement, elle n'impose pas aux Etats membres, en revanche, de confier à une telle autorité l'examen au cas par cas des projets relevant de cette procédure, et leur laisse au contraire la libre détermination de l'autorité chargée de cet examen, sous réserve de son autonomie fonctionnelle par rapport à l'autorité compétente pour autoriser un projet ou en assurer la maîtrise d'ouvrage. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a déjà admis, lors de l'examen du projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance, une dérogation à la compétence de l'autorité environnementale, au profit de l'autorité de police compétente, pour procéder à l'examen au cas par cas de certains projets spécifiques (avis du 23 novembre 2017, point 86).

Dans la mesure où le projet généralise, pour l'examen au cas par cas des projets relevant de cette procédure, la compétence d'une autorité administrative autre que l'autorité environnementale, le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu, à l'occasion de la nouvelle rédaction, de supprimer la disposition dérogatoire issue de la loi pour un Etat au service d'une société de confiance figurant au dernier alinéa du IV de l'article L. 122-1 du code de l'environnement.

17. Le Conseil d'Etat relève enfin que si la disposition proposée est prévue en premier lieu en vue d'accélérer les projets d'installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables, en tant qu'ils relèvent de l'examen au cas par cas, elle concerne en fait, de façon beaucoup plus générale, l'ensemble des projets qui relèvent d'un examen au cas par cas en vue d'une éventuelle évaluation environnementale : elle a ainsi un caractère environnemental qui dépasse le domaine de l'énergie et du climat. Dès lors, il estime nécessaire de modifier l'intitulé du chapitre comportant cette disposition pour lui donner la portée adaptée, en faisant référence à l'évaluation environnementale, et par suite de compléter l'intitulé du projet de loi par une référence à l'environnement.

Lutte contre la fraude aux certificats d'économie d'énergie

18. Le projet prévoit plusieurs mesures destinées à faire face à la fraude qui se développe en matière de certificats d'économies d'énergie (CEE).

Le dispositif des certificats d'économies d'énergie, mis en place par la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, constitue l'un des instruments majeurs de la politique de maîtrise de la demande énergétique. Il repose sur une obligation de réalisation d'économies d'énergie imposée par les pouvoirs publics aux vendeurs d'énergie - les « obligés » (électricité, gaz, chaleur, froid, fioul domestique et carburants pour automobile) - qui sont incités à développer des actions de promotion de

l'efficacité énergétique auprès des utilisateurs finals d'énergie : ménages, collectivités territoriales et professionnels. Un objectif pluriannuel est défini et réparti entre les acteurs en fonction de leur volume de vente. En fin de période, les vendeurs d'énergie doivent justifier de l'accomplissement de leur obligation par la détention d'un montant de certificats correspondant. Si l'obligation n'est pas respectée, ils doivent verser une pénalité libératoire.

Les obligés obtiennent les certificats soit à la suite d'actions qu'ils entreprennent en propre, soit en contrepartie de contributions financières à des programmes d'économies d'énergie, soit par achat auprès d'acteurs ayant réalisé des opérations et obtenu des certificats (échange). Les certificats sont matérialisés par leur inscription sur un compte individuel ouvert dans le registre national des certificats d'économie d'énergie, lequel enregistre l'ensemble des transactions et fournit une information publique sur le prix d'échange des certificats.

19. Les manquements à la réglementation sont de natures très diverses : manquements concernant la forme des pièces justificatives, au respect du « rôle actif et incitatif antérieur » du demandeur, concernant les conditions d'éligibilité des opérations, mauvaise application d'une fiche d'opération standardisée, manquement portant sur le niveau de revenu des ménages concernés (cas des demandes de certificats pour des ménages en situation de précarité énergétique), manquements concernant la qualité ou même la réalité des travaux. Ils sont sanctionnés par le ministre chargé de l'énergie, qui peut prononcer une sanction pécuniaire, la privation de la possibilité d'obtenir des certificats, l'annulation des certificats obtenus et la suspension ou le rejet des demandes de certificats présentées.

La très forte augmentation des obligations d'économies d'énergie au cours des dernières périodes (1 600 TWh Cumac pour la quatrième période 2018-2020) et simultanément des certificats demandés et délivrés, qui ont conduit à ne plus pratiquer de contrôles que par sondages, ainsi que l'augmentation très importante de la valeur des certificats, sont de nature à favoriser le développement de fraudes de divers types, notamment l'attribution frauduleuse de certificats - économies d'énergie surévaluées ou non réalisées (fausses déclarations) - avec blanchiment de sommes issues d'activités délictueuses, comme l'ont relevé plusieurs rapports d'activité TRACFIN récents.

20. Plusieurs mesures de portée diverse sont proposées.

En vue d'accélérer les sanctions, le projet supprime la phase de mise en demeure pour les manquements qui ne portent pas sur les obligations déclaratives. Dans la mesure où, pour de tels manquements, le demandeur de certificats n'est en tout état de cause pas susceptible de se conformer à ses obligations a posteriori, et dès lors que la procédure restera contradictoire, conformément aux principes généraux et aux dispositions expresses du code de l'énergie, cette suppression ne soulève pas de difficulté.

En vue de mieux détecter la fraude, le projet prévoit également des échanges d'information entre agents de l'Etat habilités à constater les manquements et les agents des services de l'Etat chargés des finances, des impôts et de la concurrence, ainsi que la possibilité pour TRACFIN de transmettre des informations aux agents du pôle de contrôle CEE. Ces mesures ne soulèvent pas de difficulté.

21. Le projet prévoit également la possibilité de mettre en place, à l'égard d'une personne sanctionnée, un mécanisme nouveau permettant au ministre d'imposer à une personne sanctionnée un « contrôle » qui pourrait porter sur les certificats d'économies d'énergie

délivrés à cette personne au cours d'une période passée pour d'autres actions d'économies d'énergie réalisées et susceptibles d'être affectées par des manquements de même nature que ceux qui ont donné lieu à la sanction, ou sur la délivrance future de certificats d'économies d'énergie. Ce contrôle serait confié à un « organisme tiers ».

22. Le Conseil d'Etat relève tout d'abord que les intentions du Gouvernement ne ressortent pas clairement de l'étude d'impact du projet. En ce qui concerne les certificats délivrés dans la période passée, cette étude ne précise pas quel est l'objet du contrôle, n'indique pas s'il peut déboucher sur de nouvelles sanctions, n'explique pas quels sont les pouvoirs de l'organisme tiers, les obligations de la personne contrôlée, n'apporte pas d'éléments sur la procédure à suivre dans le cas d'une opposition à contrôle de l'intéressé. De même, en ce qui concerne la période postérieure à la sanction, la nature de l'intervention de l'organisme tiers n'apparaît pas clairement.

Si l'intervention d'un organisme tiers n'est pas juridiquement à exclure, elle impose que soient précisément définies ses missions, ses obligations et, en particulier, les conditions de sa rémunération, qui serait en l'espèce à la charge de la personne contrôlée. De nombreux éléments de procédure devraient être précisés par le projet.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat écarte dans la version du texte qu'il retient l'ensemble du dispositif proposé qui, à ce stade, ne définit pas ses objectifs et ne précise pas clairement les missions et obligations de chacun.

Mise en œuvre par ordonnance du paquet européen « Une énergie propre pour tous les Européens »

23. Le projet habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour assurer la mise en œuvre de l'ensemble des textes composant le paquet « Une énergie propre pour tous les Européens » adoptés, ou en voie d'adoption, par le Parlement européen et le Conseil.

Il s'agit de transposer quatre directives européennes et de prendre les mesures nécessaires à l'application en droit français de trois règlements européens. Par suite, l'intitulé du chapitre prévu par le Gouvernement doit être adapté pour désigner à la fois les directives et les règlements.

Trois textes sont en date du 11 décembre 2018 : la directive relative à la promotion de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, qui est une refonte de la directive de 2009 modifiée, la directive modifiant la directive de 2012 relative à l'efficacité énergétique et le règlement sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat.

La directive modifiant la directive de 2010 sur la performance énergétique et celle de 2012 relative à l'efficacité énergétique est en date du 30 mai 2018.

Trois autres textes restent à publier : le règlement sur la préparation aux risques dans le secteur de l'électricité, qui concerne la prévention, la préparation et la gestion des situations de crise de l'électricité dans une perspective de sécurité énergétique, ainsi que la directive et le règlement relatifs au marché intérieur de l'électricité.

24. Ces habilitations ne soulèvent pas de difficulté juridique, même si trois de ces textes ne sont pas juridiquement complètement finalisés, dès lors qu'ils ont reçu l'accord du Parlement

européen et du Conseil, selon le cas fin 2018 ou en janvier 2019, et surtout que, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003), leur adoption formelle et leur publication interviendra dans le délai d'habilitation.

Le Conseil d'Etat estime toutefois indispensable que le délai d'habilitation imparti au Gouvernement pour chaque ordonnance soit adapté pour être cohérent avec les dates prévues, par les directives pour leur transposition ou par les règlements pour leur entrée en vigueur, de façon à ce que chaque ordonnance respecte ces dernières dates.

Régulation de l'énergie

25. En premier lieu, le projet prévoit une disposition relative au collège de la Commission de régulation de l'énergie. Il supprime, à titre de correction, la disposition selon laquelle « le collège de la Commission de régulation de l'énergie est renouvelé par tiers tous les deux ans », devenue contradictoire avec la disposition selon laquelle « le collège est, à l'exception de son président, renouvelé par moitié tous les trois ans », issue de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

26. En deuxième lieu, le projet habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance, en ce qui concerne les procédures de règlement des différends et des sanctions du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, pour renforcer l'effectivité du droit au recours, des droits de la défense et du principe du contradictoire. Il habilite également le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour permettre à la Commission de régulation de l'énergie d'agir devant les juridictions, notamment en déposant un pourvoi en cassation dans le cas où aucune autre partie ne dépose un tel recours.

Cette habilitation ne soulève pas de difficulté juridique.

27. En troisième lieu, le projet habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour permettre à la Commission de régulation de l'énergie de recourir à la transaction pour mettre un terme aux 15 000 litiges pendants devant le tribunal administratif de Paris et aux 45 000 contestations engagées devant la Commission de régulation de l'énergie, concernant la contribution au service public de l'électricité payée par les consommateurs au titre des années 2009 à 2015, dans le cadre du régime qui était le sien avant la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

Sur ce point, le Conseil d'Etat relève tout d'abord que la contribution au service public de l'électricité (CSPE) a été qualifiée d'imposition (Conseil d'Etat, 13 mars 2006, Eurodif, n° 255 333 et Réseau ferré de France et Société nationale des chemins de fer français, n° 265 582 et 273 093). Or, d'une part, l'article L. 247 du livre des procédures fiscales ne prévoit la possibilité d'une transaction que pour « l'atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives ». D'autre part, les dispositions des articles L. 423-1 et L. 423-2 du code des relations entre le public et l'administration, si elles prévoient la transaction au nombre des modes non juridictionnels de résolution des différends par l'administration, ne sont toutefois pas applicables aux litiges relatifs aux impositions.

Par suite, l'adoption d'une disposition législative spécifique donnant compétence à la

Commission de régulation de l'énergie pour transiger sur les demandes de remboursement de la CSPE est indispensable. Dès lors qu'il ne ressort d'aucune règle constitutionnelle ou issue du droit de l'Union européenne qu'il serait exclu de transiger sur le montant d'une imposition, l'adoption d'une telle disposition législative est possible.

En outre, l'habilitation du Gouvernement à légiférer, en l'espèce, par voie d'ordonnance est justifiée compte tenu de la nécessité d'encadrer strictement les transactions qui seront menées par la Commission de régulation de l'énergie. En effet, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne Messer France SAS du 25 juillet 2018 (affaire C-103/17), qui a admis le droit à un remboursement partiel de la CSPE payée à partir du 1^{er} janvier 2009, en a également très précisément fixé le cadre, repris par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 3 décembre 2018 (SAS Messer France, n° 399 115). En vertu de ces décisions, ne doit donner lieu à remboursement que la part de la CSPE qui, année par année, n'a pas été affectée à sa finalité environnementale. Par suite, l'adoption d'une méthodologie s'impose pour guider la transaction de manière transparente et égale pour tous. Cette méthodologie devra respecter à la fois le principe d'égalité devant les charges publiques et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce mécanisme de transaction, s'il laisse peu de place à la négociation sur le montant de la restitution, a pour objet de traiter efficacement un contentieux de masse, en évitant le recours aux juridictions et en assurant un paiement rapide des sommes dues aux demandeurs.

L'étude d'impact, qui est très succincte sur cette mesure, devrait être complétée pour indiquer le mode de fonctionnement envisagé pour cette transaction d'une nature particulière.

28. Enfin, le projet apporte des précisions utiles au dispositif de l'accès régulé à l'énergie nucléaire historique, qui impose à EDF de céder aux autres fournisseurs d'électricité qui le demandent, sur la base d'un tarif régulé, une partie limitée de sa production d'électricité nucléaire. Ces précisions concernent le complément de prix notifié par la Commission de régulation de l'énergie aux fournisseurs lorsque les volumes d'électricité nucléaire historique effectivement utilisée ont été inférieurs aux droits initialement alloués, notamment dans le cas où les demandes initiales d'électricité ont, ensemble, atteint le plafond des cessions.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du 25 avril 2019.